

Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge



**Concorrenza e Autorità Antitrust
Un bilancio a 10 anni
dalla legge**

Atti del Convegno
Roma 9-10 Ottobre 2000

**AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA

Concorrenza e Autorità Antitrust

**Un bilancio a 10 anni
dalla legge**

**Atti del Convegno
Roma 9-10 Ottobre 2000**

**AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

INDICE

Telegramma del Presidente della Repubblica	7
Parte prima	
Interventi introduttivi	
N. Mancino - <i>Indirizzo di saluto</i>	9
G. Amato - <i>La cultura della concorrenza in Italia dagli anni '80 al 2000</i>	13
A. Fazio - <i>La concorrenza nel settore delle banche e il ruolo della Banca d'Italia</i>	21
Parte seconda	
Tutela e promozione della concorrenza in Italia: una valutazione d'insieme	
F. Silva - <i>La prospettiva economica: competizione, collusione e potere di mercato</i>	33
M. Libertini - <i>La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano</i>	69
Parte terza	
L'esperienza di altri paesi	
H. Hovenkamp - <i>Poteri di intervento ed efficacia applicativa della normativa antitrust americana</i>	105
A. Fells - <i>I benefici dell'integrazione istituzionale: antitrust e regolamentazione in Australia</i>	121
F. Jenny - <i>Commercio internazionale e concorrenza: l'esperienza dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio</i>	147
M. Monti - <i>Le nuove sfide per l'antitrust in Europa</i>	153
Parte quarta	
L'adeguatezza della normativa italiana alle sfide del prossimo decennio	
G. Rossi - <i>Governo, Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust</i>	165
Tavola rotonda	
E. Letta	181
M. Polo	185
F. Romani	191
M. E. Schinaia	195
A. Tizzano	205
Parte quinta	
Conclusioni	
G. Tesouro	221
Relatori	235

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato compie dieci anni e celebra questa significativa ricorrenza con un convegno di alto profilo, che vede impegnati eminenti esperti e personalità italiane e straniere.

In questi anni l'Italia ha attraversato una fase di profonda trasformazione: il risanamento economico, l'avvio delle privatizzazioni, la regolazione di un mercato allargato e integrato.

È stato così possibile riprendere la strada dello sviluppo, entrare nella Unione Monetaria, continuare a svolgere un ruolo attivo non solo per l'integrazione economica ma anche per l'unione politica delle istituzioni europee.

In un mercato sempre più dinamico e tecnologicamente avanzato l'azione dell'Autorità richiederà impegno e autorevolezza sempre maggiori.

Gli interessi sottoposti a vostro giudizio sono complessi. La soluzione equilibrata delle diverse esigenze può derivare soltanto dalla vostra autonomia e indipendenza, fondate su un'alta qualità professionale in una profonda consapevolezza dei vostri compiti istituzionali.

La garanzia della democrazia economica, la promozione di pari opportunità sono alla base della democrazia politica.

Solo per queste vie si possono affrontare i grandi processi di cambiamento in corso, si può sviluppare la crescita economica e sociale, l'occupazione, il benessere per la collettività.

Con tale consapevolezza rivolgo a tutti i partecipanti un saluto ed un cordiale augurio di buon lavoro insieme ad un caloroso benvenuto agli ospiti che provengono da altri paesi.

Carlo Azeglio Ciampi

Concorrenza e Autorità Antitrust

Un bilancio a 10 anni dalla legge

Parte prima

Interventi introduttivi

Indirizzo di salute

di Nicola Mancino

Nel portare il mio saluto a questo Convegno, che si propone un bilancio a dieci anni dal varo della legge istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, credo utile ricordare alcuni fatti salienti che si pongono in diretto collegamento con il tema al nostro esame.

Dal 1994 ad oggi sono state effettuate in Italia privatizzazioni per un ammontare pari a circa 122 mila miliardi di lire. Esse hanno riguardato i principali settori dell'economia: dalle telecomunicazioni alle banche, dalla siderurgia alle infrastrutture, dall'energia alla grande distribuzione.

Ne è conseguentemente derivato un significativo sviluppo dei mercati finanziari e dell'economia in genere, senza tralasciare il contributo che queste risorse hanno fornito per l'ingresso dell'Italia nell'Unione monetaria europea. Basti ricordare che nello stesso periodo sono stati riacquistati e rimborsati titoli di Stato per oltre 102 mila miliardi, con effetti positivi per gli interessi e per il debito.

Contemporaneamente, sono state avviate politiche di liberalizzazione dei mercati, specie per i settori di pubblica utilità. Si è trattato, anche in questo caso, di adempiere a precisi impegni assunti in sede europea, e contemporaneamente di realizzare le condizioni per una più efficace tutela dei consumatori.

L'istituzione di un'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata funzionale alle rilevanti innovazioni sinora introdotte: del resto, i compiti di controllo e di regolazione ad essa attribuiti muovevano dalla consapevolezza di dover accompagnare, nelle sue diverse fasi, il processo di privatizzazione e di liberalizzazione.

Opportunamente, il Presidente Tesauo, nella sua relazione dello scorso maggio, ha precisato che "le privatizzazioni non conducono necessariamente alla concorrenza, anche se associate ad estese liberalizzazioni, ma possono favorire la creazione di monopoli privati, solo eventualmente più efficienti".

Era necessaria, perciò, la presenza di un soggetto istituzionale incaricato, sono parole del Presidente Tesauo, di provvedere al "controllo e alla inibizione dei comportamenti anticoncorrenziali da parte dei soggetti operanti nei diversi mercati e alla appropriata regolazione dei mercati che, per le particolari condizioni di tecnologia e di domanda, presentano rischi di cattivo funzionamento".

Non è stato facile arrivare all'Autorità: del resto è stata per lunghi anni minoritaria in Parlamento la cultura antimonopolistica e mentre si sopportava la presenza di quelli privati ci si compiaceva dei monopoli pubblici.

È stata l'Europa a imprimere nel nostro Paese una marcia in più in favore dell'apertura alla concorrenza con l'abbattimento di tabù che apparivano insormontabili.

I risultati raggiunti possono essere valutati in modo diverso. Sicuramente c'è ancora molto da fare e l'Autorità, come del resto altri soggetti competenti, non perde occasione per segnalare problemi e suggerire soluzioni. Non basta, del resto, la privatizzazione se alcune attività vengono tuttora svolte senza concorrenza.

Nel contesto della cosiddetta globalizzazione, il crescente collegamento delle imprese con intrecci complessi tra dimensione industriale e finanziaria, e i tempi rapidi con cui si susseguono grandi cambiamenti nell'assetto dei mercati obbligano ad una riflessione approfondita sugli strumenti in possesso degli organismi competenti.

Vi è stato un dibattito, anche, sul ruolo delle autorità indipendenti in generale e dell'Antitrust in particolare. Si è discusso attorno alla loro legittimazione, sono stati sollevati problemi in relazione all'inserimento e alle modalità di azione di tali nuovi soggetti all'interno dell'assetto istituzionale vigente, si è parlato di frammentazione, di competenze da chiarire.

Soprattutto il tema del modo con il quale si è realizzato il circuito fra Autorità, Governo e Parlamento si presta a qualche osservazione.

Finora le relazioni annuali presentate dalle Autorità non sono state esaminate dal Parlamento proprio per evitare che, attraverso il voto di documenti di indirizzo, quali risoluzioni o mozioni proprie della logica del sistema parlamentare, si potesse aprire la strada a possibili lesioni dell'indipendenza delle Autorità. Cosa accadrebbe, infatti, se il Parlamento manifestasse un indirizzo e l'Autorità non lo seguisse? Non ci sono strumenti sanzionatori, ma anche se ci fossero si profilerebbe inevitabilmente una lesione dell'indipendenza dell'Autorità.

Senza tralasciare il fatto che potrebbe esservi la tentazione, attraverso un voto di maggioranza, di allineare l'Autorità alla maggioranza del momento, mentre le Autorità indipendenti sono istituzioni che, proprio perché raccordate a valori che superano la logica maggioritaria, non dovrebbero essere sottoposte a questo tipo di sollecitazione.

D'altra parte un Parlamento che, in difetto di una convergenza unanime, rinunciasse a decidere verrebbe, a sua volta, a trovarsi limitato in un suo potere essenziale.

Su questo tema ho avuto occasione di soffermarmi diffusamente in occasione della presentazione alla Sala Zuccari del Senato della relazione annuale del Garante per la protezione dei dati personali.

Vorrei, perciò, riprendere una mia osservazione conclusiva di allora. Personalmente ritengo che, proprio per conservare il carattere di indipendenza delle Autorità, non si tratta tanto di approvare atti di indirizzo riferiti a singoli compiti delle varie Autorità, ma atti di indirizzo generale che precisino, nei limiti stabiliti dalle leggi istitutive, i fini entro i quali le Autorità

indipendenti – l'insieme delle Autorità indipendenti – si muovano autonomamente.

L'approvazione di una legge generale che contenga una disciplina "minimale" uniforme per tutte le Autorità potrebbe rappresentare una soluzione utile per realizzare un circuito virtuoso fra Parlamento ed Autorità, evitando alle Autorità stesse di perdere la loro specificità, che si racchiude nella loro indipendenza.

Credo che il Convegno odierno, nel tracciare un bilancio decennale, possa ulteriormente approfondire, insieme agli altri, anche questo tema. La competenza e l'esperienza dei relatori non è in discussione mentre un utile apporto potrà venire dagli ospiti che parleranno della situazione di altri Paesi.

Non vorrei mancare di sottolineare che il ruolo attribuito per legge all'Autorità debba essere interpretato all'interno di una positiva dialettica istituzionale. D'altra parte, l'articolo 21 della stessa legge istitutiva attribuisce all'Autorità il potere di segnalare al Governo, al Parlamento o alle amministrazioni pubbliche competenti i casi in cui provvedimenti normativi già vigenti o in via di formazione possono dar luogo a restrizioni della concorrenza.

In ragione della sua indipendenza, nel corso dei dieci anni di attività, l'Autorità ha esercitato tale facoltà in oltre duecento casi. A ciò si devono aggiungere le indicazioni contenute nei pareri resi ai sensi dell'articolo 22, nelle relazioni annuali nonché nei rapporti presentati con riferimento agli specifici settori degli appalti pubblici, delle imprese concessionarie e della distribuzione commerciale. Non è mancato, inoltre, un costante rapporto con le Commissioni parlamentari competenti.

Il contenuto spesso critico di tali atti nei confronti di alcune scelte compiute dal legislatore o dal potere esecutivo è quindi fisiologico. Spetta all'Autorità valutare i singoli provvedimenti alla luce degli obiettivi di tutela del mercato e dei consumatori che sono propri della sua competenza, ma spetta al Parlamento e al Governo contemperare tali indicazioni con ulteriori e diverse esigenze di carattere generale.

Il Parlamento, in particolare, non può e non deve abdicare alla propria funzione di definire regole volte a coniugare l'ampliamento e la concorrenzialità dei mercati con la garanzia di livelli adeguati, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, dei servizi e con l'attenta considerazione degli effetti prodotti dalle liberalizzazioni in termini di equità sociale. Ciò non al fine di frenare i processi innovativi, ma per intervenire con misure compensative tanto più possibili quanto è maggiore lo sviluppo dell'economia. Analogamente, con riferimento ai singoli casi concreti, la legge prevede il concorso di diversi soggetti per la realizzazione di situazioni di mercato realmente concorrenziali. Nelle diverse materie, il rapporto con la Banca d'Italia, l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, l'ISVAP e altre Autorità indipendenti costituiscono momenti essenziali per il raggiungimento di risultati soddisfacenti.

Un bilancio anche di tali relazioni può rappresentare un utile contributo da parte del Convegno. In particolare, per valutare se il sistema dei pareri incrociati che è stato previsto si sia dimostrato efficace nell'esperienza concreta.

Indicazioni rilevanti potranno anche venire con riferimento all'esito dei ricorsi presentati al giudice amministrativo sulle decisioni assunte dall'Autorità. L'analisi del grado di resistenza dei provvedimenti potrà certamente contribuire a valutare l'efficacia delle modalità di intervento.

Vi è poi il problema dell'ambito di competenza dell'Autorità rispetto agli organi dell'Unione europea. La normativa europea definisce in termini quantitativi la dimensione delle concentrazioni di imprese che ricadono sotto il controllo della Commissione, mentre la delimitazione concernente i casi di intese restrittive e di abuso di posizione dominante è effettuata sulla base della rilevanza comunitaria dei mercati coinvolti. Anche su questi aspetti sarà interessante acquisire elementi di valutazione nel corso dei lavori del Convegno.

Vasto, perciò, si presenta il campo della vostra riflessione: un motivo in più per augurare a tutti i partecipanti un proficuo lavoro.

La cultura della concorrenza in Italia dagli anni '80 al 2000

di Giuliano Amato

Non tutti quelli che se ne occupano, o quelli che ne sentono parlare, sono consapevoli, come gli addetti ai lavori in senso stretto, che la ricerca dell'Europa, che in questi mesi ci sta impegnando in ruoli diversi e con difficoltà molteplici, trova nella vicenda dell'antitrust uno dei suoi capitoli più importanti. Se ci si chiede oggi dov'è l'Europa, di sicuro è nell'Euro, di sicuro è in Schengen, di sicuro è nell'Airbus, ma ancora più di sicuro è nell'antitrust.

Se Mario Monti viene definito dal "Wall Street Journal" l'uomo più potente d'Europa, forse esagerando un po' ..., vuol dire qualcosa, vuol dire che in questo corpo, in parte informe dell'Europa, l'antitrust fa parte dell'ossatura più robusta. Non a caso lui è comunque il commissario più forte perché è l'unico che può comminare sanzioni ai privati di tutta Europa ed anche di tutto il mondo, il che dimostra che l'Antitrust è un pezzo forte della costruzione europea. Lo è al di là del potere di sanzione, che poi è della Commissione e non del Commissario, naturalmente.

La storia, ormai di quasi 50 anni di antitrust, è uno dei capitoli più importanti della *ever closer integration europea*; la politica e la giurisprudenza della concorrenza hanno costituito in tutti questi anni lo strumento principale per la realizzazione del mercato europeo, del mercato integrato europeo.

Molto è stato realizzato attraverso regolamenti e direttive, molto è stato realizzato attraverso l'armonizzazione dei sistemi legali degli Stati Membri, ma più ancora è stato realizzato dall'antitrust attraverso l'abbattimento progressivo di barriere pubbliche e private che segmentavano il mercato unico. La nozione che si è affermata col passare degli anni è che la politica della concorrenza è la più efficace nel determinare integrazioni, perché impone alle attività economiche regole che per loro natura tendono ad essere più uniformi, quelle della concorrenza. Mentre qualunque altro tipo di disciplina delle attività economiche non ispirato alle finalità, chiamiamole "arbitrali", della concorrenza, tende a differenziare attività da attività, settore da settore, in qualche modo mercato nazionale da mercato nazionale. Poi ci siamo dovuti adattare per il progresso dell'Unione a passare, giustamente, dall'armonizzazione uniformizzante delle regole al mutuo riconoscimento e il mutuo riconoscimento è per definizione convivenza e coesistenza di regole ritenute compatibili ma diverse.

Sono le regole della concorrenza le regole forti dell'integrazione, dell'uniformità, perché è l'uniformità la cornice del mercato, senza ulteriori interventi settoriali o intrusivi di varia natura. Questo lo si è capito col passare degli anni e questo ha creato quel circolo virtuoso per cui la concorrenza

serve a fare integrazione e l'integrazione genera più forte concorrenza perché riduce le differenze tra un mercato nazionale e l'altro.

Tutta la giurisprudenza antitrust europea è segnata dalla finalità prioritaria di realizzare l'integrazione. Per gli addetti ai lavori, mentre l'analisi economica ha portato tendenzialmente qualunque divieto ad essere valutabile caso per caso in base alla "rule of reason", con la tendenziale eliminazione dei divieti che gli americani chiamano "per se" cioè dei divieti presuntivi, in Europa tende a sopravvivere un divieto presuntivo, quello di qualunque intesa, accordo od altro che possa ricostruire confini nazionali ai fini dello svolgimento di un'attività economica. Quindi qualunque atto o comportamento che si ponga in contrasto con le finalità dell'integrazione appare nel nostro sistema vietato, il che fa capire il rapporto intrinseco che si è venuto costruendo tra concorrenza e integrazione europea.

C'è stato da questo punto di vista addirittura una sorta di atteggiamento utopico nell'affidare alla concorrenza il progredire dell'integrazione sino al punto da far sparire qualunque differenza, in particolare qualunque differenza di prezzo.

Se si leggono i documenti comunitari, essi di anno in anno verificano quanto ampia è ancora la divergenza nei prezzi dei medesimi prodotti o servizi da paese a paese, quasi che col progredire dell'integrazione e col progredire della concorrenza, si possa arrivare alla fine ad avere prezzi uguali in tutti i paesi per il medesimo bene o servizio. Questo è, secondo me, un ideale utopico perché nessuno potrà impedire ai tedeschi di gradire la birra più dei sammarinesi e quindi alla lunga è possibile che il prezzo della birra in Germania risenta di un incontro tra domanda e offerta diverso, a volte scendendo perché ai tedeschi ne viene offerta di più, a volte salendo perché i tedeschi ne bevono di più, ma al netto di questa naturale divergenza, derivante dal fatto che siamo pur sempre comunità nazionali diverse nelle culture, nei gusti e quindi nella domanda che facciamo di prodotti diversi, resta che il processo d'integrazione è avvenuto anche attraverso una progressiva convergenza di prezzi dei medesimi beni o servizi, che è stata frutto del crescere della concorrenza.

L'euro non lo si spiegherebbe se non si avesse in mente questa filosofia europea. L'euro per gli europei non è una moneta senza Stato, è una moneta figlia dell'integrazione di mercato ed è figlia della necessità di evitare la distorsione concorrenziale che in un mercato integrato può essere determinata da diversità di valore per ragioni puramente monetarie, ed è per questa ragione che è nata la moneta unica. E quando ci hanno detto: ma perché fate una moneta senza Stato? Perché stiamo completando un processo di integrazione concorrenziale dei mercati e quindi la diversità di valute rimarrebbe come un fattore distorsivo della concorrenza, pur avendo cercato di eliminare tutti gli altri.

Paradossalmente, insomma, abbiamo costruito un capitolo di Europa e di architettura europea che va al di là del federalismo. Mentre discutiamo se

è plausibile che l'Europa abbia un futuro federale, dobbiamo constatare che uno dei versanti sui quali l'abbiamo costruita sta andando avanti con aspettative che sono "oltre" quelle di uno Stato federale, integrazione e concorrenza.

C'è poi una seconda ragione per cui la concorrenza ha giocato fortemente nella costruzione europea; essa ha favorito la trasformazione degli ordinamenti nazionali in chiave di armonizzazione. Ci sono pochissimi settori della vita individuale e collettiva che, come questo della concorrenza, hanno subito un processo di armonizzazione di culture, di regole, di prassi applicative. Insomma, siamo riusciti a far cambiare la legge antitrust al Regno Unito, che essendo padre dell'istituto – del trust più che dell'antitrust – ma comunque padre storico come tradizione giuridica di tutta questa faccenda, alla fine si è trovato ad essere talmente eccentrico rispetto agli ordinamenti continentali, ormai tutti uniformati nello schema degli articoli ora 81 e 82 del Trattato, che ha finito per adottare una legge che largamente riprende l'insieme delle norme, dei principi e degli indirizzi della Comunità europea. E così hanno fatto tutti.

Nel corso di quarant'anni le leggi degli Stati nazionali sono diventate fondamentalmente simili; le Autorità che hanno applicato queste leggi hanno cominciato a parlare la stessa lingua, le possibilità di incontro tra queste Autorità, anche nella gestione di casi concreti, si sono moltiplicate in ragione proprio di questa sintonia e armonizzazione progressivamente intervenute.

È stato in questo settore, non meno che in altri e per certi aspetti più che in altri, che quel fenomeno grandioso, secondo me, che è parte della costruzione europea cioè la nascita di un diritto comune tra "civil law" e "common law" è avvenuta in modo particolarmente efficace. Oggi noi abbiamo soprattutto in termini di processo antitrust una intervenuta osmosi tra istituti di "common law" e istituti di diritto continentale che caratterizzano ormai il nostro antitrust e ci permettono di collocarlo e collegarlo con la costruzione in atto di regole interregionali per l'antitrust, che ormai attraversano il mondo.

Ed è su questa premessa che sta diventando possibile quello che, impostato per la verità già in precedenza, Mario Monti è ora nella condizione di realizzare: un sistema europeo antitrust in cui Commissione e Autorità nazionali siano partecipi di una medesima implementazione delle regole antitrust europee, decentrando alle Autorità nazionali quasi tutta l'applicazione degli stessi articoli del Trattato, salvo per la Commissione la possibilità di avocare o mantenere quei casi in cui siano in gioco interessi comunitari o principi comunitari di particolare rilievo.

Era quella che il predecessore di Mario Monti, Karel Van Miert, chiamava la "seamless web" dell'antitrust europeo. Come è possibile? La realizziamo perché ce ne sono tutti i termini strutturali, avrebbe detto un vecchio marxista, perché le Autorità parlano la stessa lingua, applicano gli stessi prin-

cipi, comunicano continuamente fra di loro, il rischio della divergenza delle giurisprudenze è fortissimamente attenuato e c'è comunque la Commissione e la Corte di Giustizia che possono intervenire.

Si tratta di una trasformazione straordinaria anche culturalmente. La Commissione mette in gioco con questa nuova impostazione il suo monopolio, custodito gelosamente per decenni, del potere di esenzione del terzo comma dell'art.81, un potere di esenzione che io ho sempre difeso, nella sua gestione monopolistica comunitaria, in tutti gli anni nei quali politica della concorrenza e politica industriale erano negli Stati Membri due opposti estremi, due antagonisti l'uno rispetto all'altro, con il rischio quindi che un potere di esenzione esercitato in sede nazionale fosse determinato non da ragioni di efficienza economica, bensì da ragioni di politica industriale nazionale.

Siamo ora nella condizione, per il futuro, di poter osare una devolution anche di questo e, quindi, di costruire un sistema europeo dell'antitrust in cui Autorità nazionali e Commissione sono parti di uno stesso insieme.

E torno al punto iniziale: si vuole costruire l'Europa e andremo a Nizza a cercare di rafforzare le possibilità delle cooperazioni rafforzate. Ebbene, questo è un terreno di cooperazione rafforzata che nasce al di fuori dei canali in cui la politica cerca di spingere la maggiore integrazione. È proprio la realtà dell'economia europea e il ruolo illuminato e illuminante che sull'economia europea gioca la politica della concorrenza a dar vita ad un rafforzamento che è più forte di quelli che stiamo cercando su altri versanti e che riesce a realizzarsi al di fuori della arena politica.

Merita questo una sottolineatura. Rispetto alle dottrine che vi sono sulla costruzione dei sistemi, di sicuro tendo a dar ragione a coloro che vedono queste costruzioni più figlie delle forze sociali ed economiche nella loro capacità di espandersi e di premere che non dei giacobini illuminati, perché qui c'è tanto vigore di mercato, di forze economiche, di spinte ad allargare, di spinte ad integrare, di spinte a non trovare più barriere e diversificazioni, a spiegare il processo che è intervenuto.

Il nostro Paese in questo processo si è inserito bene, il complesso di "calimero" per una volta lo possiamo lasciare da parte. Naturalmente adoriamo criticarci più che apprezzare ciò che di positivo abbiamo fatto. Ed è vero del resto che siamo stati un calimero recidivo e impenitente in materia di antitrust, se pensiamo ai 40 anni di ritardo rispetto all'Europa, sui quali è bene stendere oggi un velo pietoso. E meno male c'è stato chi alla fine, con un po' di giacobinismo illuminato, ha introdotto, quando i tempi erano maturi, una legge antitrust anche in Italia.

Ma in questi dieci anni devo dire che l'Autorità antitrust è riuscita ad affermarsi, è riuscita ad affermarsi nel contesto italiano ed è riuscita a diventare parte – e parte autorevole – di questo concerto europeo. Non soltanto ha vinto quello che è l'handicap di qualunque nuova istituzione quando deve radicarsi in un sistema istituzionale preconstituito, ma, per chi segue

dall'interno queste cose, ha anche saputo in termini di cultura della concorrenza tenere il passo con gli affinamenti, spesso vertiginosi, intervenuti negli ultimi anni, nella interpretazione ed applicazione delle regole della concorrenza.

L'Antitrust italiano ha cominciato quando in Europa ancora prevaleva la cultura dei giuristi e non l'analisi economica in materia di antitrust, e quindi quel buon senso condito da commi e da farisaiche architetture sorrette da logiche che caratterizzano la cultura di noi giuristi in ambiti nei quali per capire come vanno le cose serve di più l'analisi economica. In Europa c'era arretratezza a questo proposito, anche da parte della Commissione. Ma quando anche l'Europa è arrivata all'analisi economica, l'Italia ha saputo rendersi partecipe.

Se uno entra nelle decisioni della nostra Antitrust vede che i ritrovati più sofisticati dell'analisi fanno parte ormai del bagaglio delle nostre decisioni. Quando si è scoperto che un'impresa in posizione dominante per far fuori l'avversario più ancora dei prezzi predatori può usare il suo opposto, alzare cioè in modo non tollerabile i costi del settore per far uscire il concorrente dal mercato dalla parte opposta, perché non regge costi così alti, questo è uno schema che l'Autorità italiana ha saputo identificare ed applicare a casi celebri a partire da quelli telefonici.

E ancora: è difficile oggi che un'intesa risulti dimostrabile attraverso un documento sottoscritto in cui le parti si impegnano a concordare i prezzi o a spartirsi i mercati. In realtà, è nel gioco delicatissimo dello scambio di informazioni che oggi si arriva a valutare qual è il limite al di là del quale tale scambio fa venir meno il rischio d'impresa e quindi può essere configurato alla stregua di pratica concertata. È un esame difficilissimo; il nostro Antitrust si è impegnato alla grande su questo e ha adottato decisioni particolarmente impegnative. In più, se oggi sappiamo qualcosa dei tanti settori di attività economiche, ai fini della presenza o meno di meccanismi concorrenziali, questo lo si deve al lavoro non necessariamente sui casi, ma anche d'indagine dell'Antitrust e della stessa Banca d'Italia laddove la Banca lo ha fatto per la sua parte.

Settore elettrico, settore del gas, distribuzione petrolifera, assicurazioni, ordini professionali, servizi finanziari, distribuzione e produzione cinematografica, mercato librario, sono tutti grandi ambiti, diversi capitoli della nostra vita collettiva ed economica, sui quali la luce è stata gettata da indagini e da casi particolarmente importanti, passando la palla poi agli organi politici per le modificazioni necessarie della regolazione.

Se mi permettete un ultimo elogio all'Antitrust – ma è giusto riconoscerle anche questo – oggi l'Ocse nello stabilire classifiche sul grado di concorrenzialità dei Paesi Membri, colloca l'Italia molto più in alto di quanto non facesse anni fa e in particolare la identifica come uno dei paesi nei quali, negli ultimi anni, è stato più significativo il progresso, in termini di maggiore competitività; se andiamo a vedere le pezze d'appoggio, c'è un po'

di Bassanini e un bel po' di Antitrust, questi due sono gli ingredienti del cambiamento che da noi è intervenuto.

Naturalmente è fin troppo banale dire che molta strada rimane da fare, però attenti, senza il complesso di Calimero, molta strada la deve fare l'Italia, molta strada la deve fare l'Europa. I vizi che continuiamo ad avere noi in materia di concorrenza e di competitività sono vizi spaventosamente europei e non soltanto nazionali. Noi possiamo essere gli specialisti degli edicolanti, in ragione del ruolo che hanno le edicole in Italia e che magari in altri paesi non hanno, ma la persistenza di discipline corporative che affidano agli interessati la selezione dei futuri concorrenti, è un problema largamente europeo; la esistenza di discipline strutturali che continuano a fissare il numero e gli ingredienti essenziali del processo economico è un problema non solo italiano ma europeo; la esistenza di aiuti che alterano profondamente il mercato è un problema europeo e non solo italiano. Ed è un problema che l'Europa non si pone abbastanza, se è davvero convinta di essere nel mondo un soggetto potenzialmente più gradito, in ragione del suo modello sociale e della sua attenzione contro l'esclusione sociale, a quei paesi terzi, che sentiamo spesso dire "Yankee go home" e che quindi pensiamo possano di più accettare l'Europa.

È sgradevole dirlo, ma una buona volta ce lo dobbiamo pur dire noi europei che nel mondo siamo noi in realtà ad apparire i più protezionisti e i più chiusi nella difesa dei propri interessi e quindi che le nostre aperture: riduzione del debito, cancellazione del debito, "free trade" verso i paesi più poveri ecc. ecc., poi trovano nel perdurare di vincoli alla concorrenzialità interna, e quindi anche esterna, degli ostacoli che cambiano la fisionomia che vorremmo avere nel mondo.

Alcuni di noi hanno chiesto che nei confronti dei paesi verso i quali abbiamo adottato la cancellazione del debito ha completato l'opera aprendo integralmente i nostri mercati ai loro prodotti. Nel suo insieme l'Europa non se la sente di farlo. Abbiamo una politica agricola comune che è ancora la negazione della concorrenza e che è vista all'esterno come una grande isola di protezionismo. Siamo ancora un continente nel quale parlare di concorrenza e accordi sindacali è quasi come dire un'eresia, eppure attraverso gli accordi sindacali o parasindacali, come ha dimostrato la vicenda dei prodotti petroliferi in Italia, possono passare anche accordi tra imprese, che limitano fortemente il mercato. La stessa Corte di Giustizia su questo è di una cautela assolutamente impressionante, eppure arriverà il giorno, come qualcuno ha cominciato a sostenere, che anche in questo settore bisognerà fare i conti con l'analisi economica e non sempre la protezione di interessi meritevoli può essere occasione che giustifica chiusure di mercato immeritevoli.

L'Europa della concorrenza è uno dei piatti forti della integrazione europea, ma sta ancora convivendo con l'Europa delle corporazioni, l'Europa degli aiuti, l'Europa delle chiusure protezionistiche non ancora smantellate,

che non solo ai fini interni, ma ancora di più ai fini del ruolo che l'Europa vuole esercitare nel mondo, sono una palla al piede assai pesante.

Nel corso di quarant'anni l'Antitrust ha cambiato molto l'Europa, ora ci sono davanti forse gli ossi più duri, gli ossi più difficili. È importante non fermarsi, è importante continuare, è importante mantenere questa dialettica finora feconda che ha consentito al canale Autorità, Commissione e Corte di Giustizia di far valere percorsi che gli Stati nazionali da soli probabilmente non sarebbero riusciti a trovare, perché sulla arena politica è più difficile trovarli; da questo punto di vista possiamo avere la spiegazione di quello che dicevo all'inizio, sull'essere questa una cooperazione rafforzata più forte di altre. L'arena politica l'ha rispettata e nei limiti in cui l'ha rispettata questa ha potuto funzionare.

Chissà che in un domani non si arrivi a porre anche il problema istituzionale, del rendere ancora più indipendente la gestione dell'antitrust di quanto non lo sia oggi. Ma di questo parleremo al prossimo decennale.

La concorrenza nel settore delle banche e il ruolo della Banca d'Italia

di Antonio Fazio

Concorrenza, sviluppo e sistema bancario

L'assetto del sistema bancario e finanziario italiano emerso dalla crisi degli anni trenta configurava un mercato nel quale, anche per ragioni storiche, era ampia la segmentazione territoriale e operativa. La presenza pubblica nelle banche si era rafforzata.

In analogia con quanto avvenuto negli altri paesi industriali, profonde modifiche regolamentari e legislative sono state introdotte, a partire dagli anni ottanta e con maggiore intensità negli anni novanta, in risposta all'apertura e all'integrazione dei mercati finanziari e allo sviluppo della tecnologia dell'informazione; è progressivamente aumentata la concorrenza tra le banche e tra queste e gli altri intermediari.

Le istituzioni creditizie hanno reagito con aggregazioni dirette ad aumentare le dimensioni aziendali e con l'ingresso in nuove aree di attività, per ottenere economie di scala e di scopo, per innalzare l'efficienza.

Nel quinquennio 1995-99 le fusioni e le acquisizioni nei paesi del Gruppo dei Dieci, in Australia e in Spagna sono state, nel settore finanziario, 4.360; il valore complessivo delle operazioni di cui sono note le condizioni è stato di 1.390 miliardi di dollari, quasi 6 volte l'importo registrato nel quinquennio precedente. Fusioni e acquisizioni tra imprese industriali e commerciali sono aumentate anch'esse a un ritmo assai sostenuto.

Con la globalizzazione si è acuita la concorrenza per tutte le imprese, commerciali, finanziarie e industriali. Negli Stati Uniti e in misura minore in altri paesi si è aperta una fase nuova, in cui l'innovazione è tornata a spingere la crescita dell'economia: i progressi conseguiti nei settori della microelettronica, nell'informatica e nelle telecomunicazioni generano guadagni di produttività diffusi a tutto il sistema economico.

L'innovazione è strumento potente di sviluppo. Dobbiamo continuare a evitare, anche in Italia, che distorsioni della concorrenza e formazione di monopoli siano di ostacolo all'avanzamento tecnologico e alla diffusione dei progressi.

Il consolidamento del sistema bancario italiano

In Italia e in Europa alle aggregazioni hanno dato impulso l'ampliamento del mercato, l'apertura alla concorrenza estera, l'espansione delle attività di gestione del risparmio, la moneta unica. Il grado di concentrazione raggiunto dal sistema bancario, misurato dalla quota di mercato dei primi cinque gruppi, in Italia è pari al 51 per cento, valore analogo a quello della

Francia e più elevato di quello della Germania. Negli Stati Uniti tale quota è passata, tra il 1990 e il 1999, dall'11 al 27 per cento.

Nel nostro sistema la riduzione dei margini nell'attività di intermediazione tradizionale e le perdite su crediti, in presenza di un elevato costo del lavoro e di diffuse inefficienze gestionali, avevano portato, nella prima parte degli anni novanta, a un rapido declino della redditività. Le banche del Mezzogiorno hanno risentito della profonda crisi dell'economia in quell'area, anche per la limitata diversificazione territoriale dei rischi.

Le operazioni di concentrazione hanno contenuto i costi; hanno permesso il conseguimento di economie di scala nella produzione e nella distribuzione di nuovi servizi; hanno accresciuto la diversificazione dei rischi.

Tra il 1990 e la fine dello scorso settembre sono state realizzate 508 aggregazioni. In 157 casi gli intermediari acquisiti hanno conservato la personalità giuridica: nel contesto di progressiva integrazione delle strutture operative, il mantenimento dell'identità aziendale ha consentito di valorizzare il radicamento nelle economie locali. Il numero delle banche è sceso da 1.176 a 862. Hanno assunto grande rilevanza i gruppi creditizi.

Con la privatizzazione delle banche e la loro quotazione in Borsa è divenuta piena la contendibilità della proprietà e del controllo. Ne sono derivati notevoli benefici per la concorrenza nel mercato del credito.

La quota di mercato delle banche facenti capo allo Stato e alle Fondazioni, pari al 68 per cento alla fine del 1992, è scesa al 17 per cento nel 1999. I fondi intermediati dai gruppi bancari presenti in Borsa sono saliti dal 30 a oltre il 70 per cento del totale. Ampia è la partecipazione di intermediari esteri nelle grandi banche italiane: essi controllano quote rilevanti del capitale di ognuno dei primi cinque gruppi.

Ai processi di concentrazione e di privatizzazione si è accompagnato l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, sia nazionali sia esteri. Nel decennio sono state costituite 165 nuove banche; il numero delle filiali e delle filiazioni di banche estere è salito da 41 a 65.

Le banche interessate delle operazioni di concentrazione hanno ampliato l'offerta di servizi in misura nettamente superiore al resto del sistema. Nel 1999 il 45 per cento del margine d'intermediazione delle banche italiane è stato generato da commissioni e proventi connessi con attività diverse da quelle di impiego e raccolta di fondi; alla metà del decennio la quota era ancora inferiore al 30 per cento.

Nell'ambito dei processi di ristrutturazione aziendale seguiti alle operazioni di concentrazione sono stati adottati interventi per contenere le spese per il personale. Il numero degli addetti è sceso di 20.000 unità, il 5,5 per cento rispetto al 1995. Il costo unitario del lavoro si è stabilizzato; il livello rimane elevato nel confronto internazionale. Sono stati conseguiti significativi aumenti di produttività. Tra il 1997 e il 1999 il margine d'intermediazione per addetto, valutato a prezzi costanti, è aumentato in media del 4,4 per cento all'anno; era rimasto pressoché invariato tra il 1990 e il 1996.

La redditività del sistema bancario italiano si è riportata su livelli prossimi a quelli degli altri principali paesi dell'area dell'euro, grazie all'offerta di nuovi servizi, al contenimento dei costi e a una migliore gestione dei rischi creditizi. Gli utili, nella media del quadriennio 1994-97 pari al 2 per cento del capitale e delle riserve, sono saliti al 7,4 nel 1998 e al 9,7 nel 1999. Le informazioni relative al primo semestre di quest'anno indicano risultati operativi più elevati di quelli della prima metà dell'esercizio precedente.

Nel decennio il divario tra il rendimento unitario dei prestiti e il costo medio della raccolta è sceso da 7,0 a 3,9 punti percentuali.

La maggiore efficienza derivante dalle concentrazioni è stata volta anche a vantaggio degli utenti; sono migliorate le condizioni di offerta dei servizi tradizionali alla clientela; ne hanno beneficiato soprattutto le imprese più piccole e le famiglie.

Ricerche empiriche sul mercato bancario italiano, a livello provinciale e regionale, mostrano che la riduzione del numero degli intermediari di minore dimensione dovuta alle aggregazioni non ha determinato un calo dell'offerta di credito alle piccole e medie imprese. Nei mercati provinciali, nel corso degli anni novanta, la remunerazione dei depositi da parte di banche derivanti da fusioni o incorporazioni è aumentata rispetto al resto del sistema. In ambito regionale, i tassi sui prestiti applicati dalle banche con le quote di mercato più ampie sono generalmente discesi, allineandosi a quelli degli altri intermediari; la tendenza è stata più accentuata nelle regioni dove è insediato un maggior numero di banche.

Promozione e tutela della concorrenza

La concorrenza apporta benefici in termini di efficienza tecnica e allocativa. Viene rafforzata la stabilità degli intermediari e del sistema. Ne trae vantaggio l'attività produttiva.

Negli anni ottanta, in armonia con le tendenze che emergevano negli altri principali sistemi bancari, la Vigilanza si orientava verso l'adozione di strumenti a carattere prudenziale. La rimozione dei vincoli amministrativi all'operatività e espansione territoriale delle banche hanno dato un forte impulso alla concorrenza; è stato favorito l'accesso ai mercati locali con alto grado di concentrazione. È stata incoraggiata la despecializzazione nell'attività; la capacità di crescita del singolo intermediario è stata posta in più stretta connessione con la dotazione patrimoniale.

Negli anni novanta innovazioni normative hanno concorso all'ammodernamento del sistema finanziario; sono state recepite le direttive comunitarie che hanno disegnato l'architettura del mercato unico europeo dei servizi finanziari. Nel Testo unico bancario del 1993 la competitività del sistema è espressamente richiamata come uno degli obiettivi dell'attività di vigilanza.

La normativa emanata successivamente ha favorito un ulteriore ampliamento dell'operatività e lo sviluppo di nuovi canali distributivi complemen-

tari ai tradizionali sportelli; si sono ridotte le segmentazioni e ulteriormente aperti i mercati locali.

La disciplina sulla trasparenza, favorendo la diffusione generalizzata dell'informazione, rende possibile la comparabilità fra prodotti e condizioni offerti dagli intermediari; consente al cliente di operare scelte consapevoli. La crescente concorrenza trova conferma nell'evoluzione degli indicatori di prezzo e di quantità, nella presenza capillare delle banche sul territorio. La flessione del divario fra tassi attivi e passivi si è accentuata nell'ultimo biennio; nel Centro-Sud il divario, partendo da livelli più elevati, si è ridotto più rapidamente.

La differenza fra i tassi attivi a breve termine applicati al Sud e al Centro-Nord si è ridotta da 3 a 2 punti percentuali tra la fine del 1986 e quella del 1991. Alla metà dell'anno in corso essa è pari a 1,8 punti percentuali; è più bassa per gli impieghi a medio e a lungo termine. La differenza riflette la maggiore rischiosità dei prestiti nel Mezzogiorno. Si è assottigliato, fino quasi a scomparire, il divario fra i tassi di remunerazione dei depositi nelle diverse aree del Paese; nel settore del risparmio gestito, le condizioni di offerta alla clientela non presentano differenze territoriali.

Si è intensificato lo spostamento delle quote di mercato fra intermediari sia per gli impieghi sia per i depositi: nel 1999 è stato dell'8 per cento della consistenza nel comparto dei mutui.

In ogni provincia operano in media 31 banche, contro le 20 del 1979; l'80 per cento della popolazione, a fronte del 58 di venti anni or sono, può scegliere nel proprio comune fra almeno 3 banche.

La quota delle attività riferibile a filiali e filiazioni di banche estere negli anni novanta è passata dal 3 al 7 per cento. Nel settore del risparmio gestito elevata è la quota dei prodotti offerti che fa capo a soggetti esteri; la loro attività è vivace anche nei comparti del credito alle famiglie, dei servizi di finanza aziendale, dell'intermediazione in titoli di Stato.

Quale garante della concorrenza nel settore del credito, la Banca d'Italia ha condotto 35 istruttorie, un numero elevato nel confronto internazionale; 17 hanno riguardato le concentrazioni, 13 le intese e 5 le situazioni di abuso di posizione dominante.

L'elemento centrale nell'esame dei profili concorrenziali dei mercati bancari è costituito dalla dimensione del mercato rilevante, valutata con riferimento agli ambiti geografico e merceologico. L'efficacia dell'azione si fonda sulla disponibilità di informazioni dettagliate e sull'analisi dei mercati e degli intermediari.

La scelta di individuare zone territoriali circoscritte, le province per il mercato dei depositi e le regioni per quello degli impieghi, discende dalla verifica dei rapporti di sostituzione degli strumenti finanziari tra le varie aree e dal grado di mobilità della domanda.

Per gli altri prodotti finanziari la dimensione geografica è più ampia, in ragione delle caratteristiche di produzione e di commercializzazione omo-

genee sul piano nazionale. Per alcuni prodotti, il mercato di riferimento risulta di dimensione sovranazionale, aperto alla competizione da parte di intermediari esteri.

L'innovazione tecnologica, abbattendo i costi di distribuzione, attenua la rilevanza della distanza geografica fra domanda e offerta; tende ad ampliare la dimensione dei mercati rilevanti. L'intensità di tali effetti non è tuttavia ancora valutabile con precisione. Per i prestiti alle imprese di minore dimensione, la conoscenza derivante dal contatto diretto resta un elemento imprescindibile; l'utilizzo dei servizi prestati per via telematica rimane limitato, pur se in crescita.

Il processo di consolidamento del sistema bancario non deve avvenire a detrimento delle condizioni di concorrenza nei mercati locali. Carli già nel 1970 affermava che il processo di concentrazione *"è seguito con attenzione e non è giudicato contrario agli interessi generali nella misura in cui non alteri una struttura del sistema bancario atta a mantenere nel suo interno un grado elevato di concorrenza"*.

Nei casi in cui è accertato che la concentrazione possa condurre alla costituzione di una posizione dominante, l'operazione viene subordinata all'adozione di misure correttive. Il ricorso a esse si è intensificato a seguito del crescente numero di aggregazioni e dell'ampia dimensione delle banche interessate.

La sovrapposizione, in più aree, delle reti distributive dei più grandi gruppi bancari rende problematica la realizzazione di ulteriori aggregazioni ai fini della tutela della concorrenza; per alcuni prodotti *"al dettaglio"*, ciò può indurre effetti sfavorevoli per la clientela.

Nella repressione delle intese e degli abusi di posizione dominante l'attenzione è stata rivolta in primo luogo agli schemi contrattuali tipo diffusi dall'associazione di categoria, riguardanti le operazioni e i servizi bancari alla clientela; è stata imposta l'eliminazione delle clausole dirette a fissare condizioni economiche o a limitare la possibilità delle banche di differenziare l'offerta.

Altre istruttorie sono state dedicate alle intese riguardanti i prezzi e la ripartizione dei mercati e agli scambi di informazioni che riducono i naturali incentivi per le imprese a operare in modo efficiente.

Al fine di provare la collusione sono necessarie indagini complesse, perché la sola osservazione di comportamenti paralleli non basta a fornire l'evidenza di una specifica volontà collusiva. È stata condotta una riflessione sui possibili effetti di limitazione della concorrenza derivanti dalle indicazioni fornite dalle associazioni di categoria, nella misura in cui risulti ridotta la libertà d'azione dei singoli intermediari o venga coordinato il loro comportamento sul mercato. Uno scambio ampio e sistematico di informazioni *"sensibili"* pregiudica la concorrenza.

Abbiamo avviato un programma volto a rilevare sistematicamente, attraverso le nostre filiali, la presenza sui mercati locali di eventuali comportamenti

collusivi o di abusi. La conoscenza diretta delle specifiche realtà territoriali consentirà di arricchire il patrimonio informativo, di intervenire, con maggiore tempestività ed efficacia, su situazioni potenzialmente lesive della concorrenza difficilmente identificabili attraverso l'analisi dei dati statistici.

Le decisioni della Banca d'Italia quale autorità preposta alla tutela della concorrenza nel settore del credito vengono assunte tenendo conto del parere dell'Autorità garante.

I rapporti tra le due Istituzioni, impostati sulla base dell'Accordo del marzo del 1996, sono proficui e continui; verranno sviluppati per mantenere l'analisi coerente con l'evoluzione dell'attività bancaria e finanziaria; potrà rivelarsi opportuna una ridefinizione dei mercati geografici e di prodotto rilevanti in campo finanziario.

La composizione e le caratteristiche dei prodotti offerti dalle banche tendono a modificarsi continuamente; si accresce l'importanza delle attività più innovative. Si affermano nuovi canali di distribuzione, anche per via telematica. Gli sviluppi della finanza rafforzano il carattere multiprodotto dell'impresa bancaria; nel mercato della raccolta le forme individuali e collettive di gestione del risparmio sono in misura crescente complementari ai depositi.

La Banca d'Italia informa la Commissione europea delle proprie iniziative; partecipa attivamente sia all'esame dei casi che coinvolgono soggetti bancari sia alla fase di discussione e di redazione dei progetti di riforma presentati dalla Commissione.

La collaborazione con gli organi comunitari è destinata ad ampliarsi con la costituzione di una rete di collegamento tra le Autorità antitrust dei Paesi Membri, prefigurata nell'ambito del progetto di modernizzazione delle regole di concorrenza. La cooperazione internazionale è essenziale per l'efficacia dell'azione di tutela nel contesto della globalizzazione dei soggetti economici e dei mercati.

Competitività, concorrenza e sviluppo

Dalla fine del 1996, ossia dal rientro della nostra moneta negli Accordi europei di cambio, la competitività delle merci italiane è peggiorata di 5 punti percentuali.

Tra il 1996 e il 1999 le esportazioni italiane di beni e servizi sono aumentate del 10 per cento, contro il 28 del commercio mondiale. Le importazioni sono cresciute del 24 per cento, contro un aumento del 9 della domanda totale, interna ed esterna. Nell'anno in corso, anche in connessione con il deprezzamento del cambio, le esportazioni hanno recuperato ritmi di crescita prossimi all'espansione della domanda mondiale; essi rimangono tuttavia inferiori rispetto agli incrementi registrati in Francia e in Germania; le importazioni hanno accelerato, sospinte dalla ripresa dell'attività produttiva.

È diminuita la presenza dell'Italia nelle produzioni a maggiore contenuto tecnologico, al contrario di quanto è avvenuto negli altri principali paesi dell'area dell'euro.

In una fase caratterizzata da rivolgimenti profondi, indotti dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, emerge con maggiore evidenza il nesso fra un nuovo tipo di confronto concorrenziale e l'attività innovativa. Sempre più rilevante ai fini del successo delle imprese, e indirettamente dei paesi, è la capacità di innovare. La concorrenza di prezzo è via via limitata ai settori maturi. Le lavorazioni emergenti, le attività del futuro si connotano per l'introduzione continua di nuovi prodotti e nuove tecnologie produttive. Il settore dei servizi, con l'eccezione di quelli più tradizionali, è esso stesso oggetto di radicali trasformazioni tecnologiche.

La forza innovatrice è alla base del successo dell'economia degli Stati Uniti negli anni novanta. Si parla di una "nuova economia". Dalla seconda metà del decennio il tasso di crescita della produttività, misurata dal prodotto per addetto, è pressoché raddoppiato rispetto ai decenni precedenti; nel 1999 ha raggiunto il 3 per cento. Il prodotto lordo americano dal 1996 è aumentato al tasso medio annuo del 4 per cento, un valore particolarmente elevato per un paese avanzato.

Le imprese e l'economia americana nel suo complesso hanno beneficiato del vasto programma di liberalizzazioni avviato oltre venti anni fa e dell'aumento della concorrenza che ne è derivato nei settori delle telecomunicazioni, dei trasporti, dell'energia; le innovazioni introdotte negli ultimi decenni tendono a configurare una vera e propria rivoluzione tecnologica. Assumono di nuovo rilievo le considerazioni di un grande economista che già nel 1942 sosteneva che lo sviluppo è guidato dagli avanzamenti tecnologici. *"L'impulso fondamentale che aziona e tiene in moto la macchina capitalistica viene dai nuovi beni di consumo, dai nuovi metodi di produzione o di trasporto, dai nuovi mercati, dalle nuove forme di organizzazione industriale che l'intrapresa capitalistica crea"*.

La concorrenza è un processo di "distruzione creativa", caratterizzato dal ruolo dei nuovi imprenditori e dalle nuove imprese. Essa è la condizione per assicurare la capacità di innovare e il dispiegarsi del dinamismo. L'attività innovativa tuttavia si associa a costi crescenti degli investimenti in ricerca e sviluppo e a un'elevata rischiosità dei progetti; può portare al predominio delle imprese più grandi e all'innalzamento di barriere all'entrata legate proprio alle innovazioni.

Essendo la capacità innovativa il principale strumento di concorrenza, nella fase attuale è necessario creare le condizioni per un rafforzamento delle attività di ricerca. Gli investimenti indirizzati unicamente alla riproduzione del modello di organizzazione esistente finiscono per condurre al mantenimento di livelli di produttività inadeguati e quindi a un restringimento della base produttiva; in ultima istanza, a una riduzione dell'occupazione.

Secondo dati dell'OCSE, il nostro Paese mostra una propensione a investire in ricerca e sviluppo nettamente inferiore rispetto alla maggioranza dei paesi industriali.

La competitività delle imprese italiane dipende, in misura non trascurabile, anche dalla qualità e dal costo dei servizi, segnatamente di quelli più legati all'attività industriale, come i trasporti, le comunicazioni, l'energia, le risorse idriche, i servizi professionali.

Una indicazione si ricava dal confronto fra i prezzi dell'energia per le utenze industriali. In conseguenza della dimensione media delle utenze, della loro distribuzione sul territorio, della struttura e della regolamentazione del mercato, il confronto con i paesi dell'Unione europea è decisamente sfavorevole all'Italia: il divario è compreso tra il 36 e il 41 per cento nel caso dell'energia elettrica, rispettivamente al netto o al lordo delle imposte, e tra il 2 e il 7 per cento nel caso del gas. Il forte aumento del prezzo del petrolio è destinato a produrre effetti più negativi nel nostro Paese, a causa del maggior peso relativo della bolletta energetica.

Nel settore delle telecomunicazioni e in quello dell'elettricità, l'Italia ha avviato processi di liberalizzazione. Come rilevato dall'Autorità garante della concorrenza permangono margini di azione ancora ampi.

Luigi Einaudi, Presidente della Repubblica, nello svolgere, nel 1954, alcune considerazioni a favore di un disegno di legge di iniziativa parlamentare per la disciplina delle attività monopolistiche, sosteneva: *"È lecito manifestare un qualche scetticismo intorno al successo del tentativo quando si pensi che molta parte della legislazione vigente e dell'opera, consapevole o no, dell'amministrazione italiana è precisamente rivolta a porre le condizioni nelle quali fioriscono i monopoli"*.

Dovettero passare da allora decenni perché il Parlamento, Ministro del Tesoro Guido Carli, varasse una legge antitrust. Oggi il contesto economico-sociale è diverso da quello degli anni cinquanta. Eppure rimane cruciale il ruolo che la Pubblica Amministrazione può svolgere, rinnovandosi nelle funzioni e nell'operatività per l'efficienza del sistema economico.

Nel campo del diritto e della giustizia civile e amministrativa si assisterà sempre più nei prossimi anni a una concorrenza tra ordinamenti sia in ambito europeo, sia sul piano internazionale.

Nelle decisioni di localizzazione, nella nascita delle imprese e nella crescita di quelle già esistenti saranno avvantaggiati i sistemi dotati di ordinamenti e regimi fiscali più rispondenti alle esigenze di flessibilità delle moderne economie industriali.

È necessario un diritto societario che accresca l'autonomia statutaria, che introduca forme giuridiche adatte alle piccole imprese, che semplifichi le procedure lungo le linee del disegno di legge già presentato dal Governo al Parlamento. Altrettanto urgente è la definizione della riforma delle norme sul fallimento, volta a conservare il valore dell'impresa.

In Italia i costi per la costituzione di società di capitali, inclusi quelli indiretti connessi con la lunghezza delle procedure e con la complessità della regolamentazione, sono tra i più alti a livello internazionale.

L'Italia negli anni novanta ha compiuto progressi significativi nella tutela della concorrenza. È stato attuato un vasto programma di dismissioni di società pubbliche; dalla metà del decennio ha preso avvio la liberalizzazione di importanti servizi di pubblica utilità.

Tutta l'economia trae benefici considerevoli dall'aumento di efficienza del settore bancario; esso seleziona i progetti e fornisce agli imprenditori le risorse finanziarie per realizzarli. In regime di concorrenza, la riduzione dei costi viene traslata alla clientela, famiglie e imprese. La ristrutturazione del settore deve consentire di far fronte all'accresciuta competizione internazionale. I tassi sui prestiti sono in Italia in linea con quelli praticati negli altri principali paesi dell'area dell'euro. La redditività delle banche si è innalzata, riavvicinandosi ai valori prevalenti nell'Europa continentale.

Un'accresciuta concorrenza, la ricerca, l'innovazione sono fattori su cui far leva per utilizzare appieno le ampie risorse di cui il Paese dispone. Sta alle imprese compiere il salto tecnologico necessario per accrescere la propria capacità competitiva sui mercati internazionali. Spetta alle parti sociali ricercare il grado di flessibilità richiesto dal nuovo contesto.

Sono questi i fattori e le condizioni per garantire una crescita sostenuta dell'economia e dell'occupazione.

Concorrenza e Autorità Antitrust

Un bilancio a 10 anni dalla legge

Parte seconda

Tutela e promozione della concorrenza in Italia: una valutazione d'insieme

La prospettiva economica: competizione, collusione e potere di mercato

di Francesco Silva

1. Introduzione

Dieci anni or sono il Parlamento italiano, approvando la legge 287, diede vita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)¹. La legge nasceva dal timore delle numerose concentrazioni industriali concretizzate negli anni '80. Gli eventi mostrarono che questo timore era infondato, mentre altri furono i problemi che, almeno nei primi dieci anni di vita, l'Autorità dovette affrontare.

Questo contributo si propone di presentare e discutere le luci e le ombre del primo decennio di vita dell'Autorità. La tesi sostenuta è che l'AGCM è un attore di politica economica, un *policy maker* che, nel quadro della politica europea per la concorrenza, mira a far modificare le regole pubbliche e i comportamenti privati che ostacolano il funzionamento di un mercato aperto alla concorrenza. I precisi limiti legislativi che vincolano l'Autorità lasciano peraltro spazio a interpretazioni che risentono sempre delle contingenze storiche. Poche sono le verità assolute, e forse proprio in questo sta la sfida continua di questa istituzione, le cui decisioni sono il complesso risultato di principi, obiettivi e metodi non sempre congruenti. Come mostreremo, l'Autorità spesso sanziona comportamenti delle imprese che in qualche misura sono fisiologici in un'economia che vive sull'incentivo al profitto e che trae vantaggio dalla concorrenza, ma anche dalla cooperazione; inoltre, l'Autorità spesso si trova nella difficile situazione di difendere la concorrenza là dove la legislazione promuove comportamenti non concorrenziali.

Nel primo paragrafo di questo articolo si farà una brevissima storia delle motivazioni che diedero origine alla legge 287/90. Nel secondo, sulla base di alcuni dati che sintetizzano l'attività dell'AGCM, faremo una valutazione della sua attività. Nel terzo e quarto paragrafo esporremo la tesi secondo cui l'*antitrust* in generale, ma soprattutto in Europa e in Italia, è un *policy maker* dotato di strumenti per conseguire l'obiettivo della difesa della concorrenza. Mostreremo inoltre quanto sia difficile condurre a coerenza le varie dimensioni della politica *antitrust*. Nei tre paragrafi successivi infine esamineremo nei dettagli le linee di azione dell'AGCM in tema di concentrazioni, abusi e intese. Si mostrerà come è evoluta la politica dell'Autorità in questi tre campi di azione, traendo spunto per osservazioni critiche e suggerimenti. Infine l'ultimo paragrafo contiene alcune idee sulle prospettive dell'attività dell'AGCM nel prossimo futuro.

¹ Nel 1992 il D.L. n. 74 le attribuì anche la competenza in tema di pubblicità ingannevole.

2. Un po' di storia

L'approvazione della legge 287 nell'ottobre del 1990 concluse un dibattito iniziato già alla fine degli anni '50 nella prospettiva di attivare anche in Italia una legislazione a tutela della concorrenza. Questo progetto allora non si concretizzò: i tempi non erano maturi per una legge considerata inutile, se non dannosa².

Il dibattito acquistò di nuovo vigore nella seconda metà degli anni '80³ per tre motivi. Innanzitutto si era concretizzata negli anni '80 una fase di crescita delle grandi imprese e di acquisizioni⁴, che cominciava a preoccupare i politici che temevano le concentrazioni di potere economico nelle mani delle più grandi imprese italiane e internazionali; a questo timore si contrapponeva quello delle imprese stesse, le quali paventavano che il potere politico cercasse di mettere sotto controllo i gruppi, anche attraverso una legge così detta "antitrust"⁵. In secondo luogo si profilava per l'1/1/93 il compimento dell'unificazione del mercato europeo, e quindi la necessità di adeguare il mercato italiano alle regole europee, tra cui quelle della concorrenza. Infine, cominciavano a prendere corpo idee nuove di politica industriale, più attente al buon funzionamento dei mercati e alla tutela dei diritti delle imprese a concorrere e dei cittadini a essere tutelati da comportamenti anticompetitivi delle imprese.

Nel 1987 si costituì presso il Senato della Repubblica la "Commissione industria sulla internazionalizzazione delle imprese e le concentrazioni industriali". Tra il 1987 e il 1988 furono proposti in Parlamento tre disegni di legge, due di iniziativa parlamentare⁶ e uno del governo, basato sui risultati della Commissione Romani⁷.

Questa attività parlamentare evidenziò posizioni assai diversificate.

² L'orientamento generale degli economisti italiani non era affatto favorevole a una legislazione antitrust. Uno dei fondatori dell'economia industriale italiana, F. Momigliano, assai aperto a molti altri aspetti dell'evoluzione internazionale degli studi di economia industriale, riteneva che l'antitrust fosse una 'nostalgia liberale'.

³ Già nel 1984 l'allora Ministro dell'Industria V. Zanone aveva insediato una Commissione per la concorrenza, presieduta dal prof. F. Romani, il cui obiettivo era quello di verificare la compatibilità tra una possibile normativa antitrust italiana e quella europea.

⁴ "Il risveglio reddituale delle grandi imprese, i mutamenti delle strategie di gruppo, il recentissimo sviluppo di massicci fenomeni di fusione ed acquisizione che hanno viste protagoniste le imprese nazionali hanno riportato all'attenzione degli osservatori economici e politici il tema del grado di concentrazione dei mercati e dell'opportunità di un suo controllo" Terzo Rapporto CER-IRS sull'industria e la politica industriale italiana, il Mulino, Bologna, 1989, pag. 57.

⁵ Nella proposta di legge presentata il 5 agosto 1987 dall'on. L. D'Amato e altri si legge: "... si assiste in Italia a una crescente tendenza - che poi in questi ultimi anni è diventata una vera e propria corsa - alla concentrazione in campo industriale, nel settore della grande distribuzione e persino di piccola distribuzione a livello locale..." Senato della Repubblica, La legislazione antitrust, vol. II, Roma, 1990, pag. 688.

⁶ Proposta di legge n. 1365 "Normativa antimopolio ed a tutela della libera concorrenza" d'iniziativa dei deputati D'Amato e altri (5/8/87); disegno di legge n. 1012 "Norme per la tutela del mercato" d'iniziativa dei senatori Rossi ed altri (10/5/88); disegno di legge n. 1240 "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato" d'iniziativa del governo (26/7/88).

⁷ Vedi sopra nota 3.

Il dibattito presso la Commissione del Senato mostrò che i parlamentari, salve alcune significative eccezioni: a) erano soprattutto preoccupati della presunta crescita del potere dei grandi gruppi, anche alla luce dell'internazionalizzazione dell'economia; b) erano sensibilissimi alla dinamica delle concentrazioni nei *mass-media*, che peraltro sollevava problematiche e metodi d'intervento diversi da quelli dell'antimonopolio⁸; c) mescolavano al tema della concorrenza problemi differenti, tra cui in particolare quelli relativi ai gruppi e al loro controllo, che oggi chiameremmo di *corporate control*; d) avevano idee ancora assai imprecise sui contenuti e i metodi di una politica antimonopolistica, nonostante i quasi trent'anni di vita della *EEC competition law*.

I rappresentanti del mondo imprenditoriale, di area pubblica e privata, e del mondo bancario, con l'eminente eccezione dell'allora Governatore della Banca d'Italia A. Ciampi, non sembravano avere ancora messo a fuoco gli obiettivi e gli strumenti di una legislazione di tutela della concorrenza⁹ e in genere manifestarono posizioni esplicitamente contrarie¹⁰, oppure ritenevano che la legislazione fosse di scarsa utilità, essendo sufficiente la legge antimonopolistica europea¹¹, o infine chiedevano che un'eventuale norma dovesse avere caratteristiche diverse da quelle della tradizione americana ed europea¹². Inoltre in generale ritenevano che la riforma del diritto societario fosse prioritaria.

⁸ Nello stesso anno in cui approvava la legge 287 per porre un limite alle concentrazioni industriali, il legislatore aveva anche approvato la legge 223, più nota come legge Mammi, il cui effetto era quello di sanzionare il duopolio di fatto nel settore televisivo.

⁹ Il fatto che la Commissione del Senato avesse posto in prima linea il controllo delle concentrazioni non aiutò a chiarire il senso di una legislazione antimonopolistica, e anzi creò un'ostilità alla norma nel suo complesso. Molti rappresentanti del mondo imprenditoriale si chiedevano anche quale fosse il senso di un'Autorità nazionale quando era in corso un processo di europeizzazione dei mercati. Il dubbio nascondeva la mancata comprensione dell'importanza della stessa legislazione antitrust come strumento di europeizzazione. Nel corso del dibattito tra gli oppositori privati cominciò a farsi spazio la percezione che la nuova legge forse sarebbe stata utile per contrastare i monopoli pubblici.

¹⁰ L'avvocato G. Agnelli così sintetizzò l'intervento del Presidente di Confindustria: "...il Presidente Lucchini è il portavoce di circa 120000 aziende, le quali sono contrarie alla legislazione anticartello. Esse sono contrarie perché vi vedono i pericoli di una perdita di tempo e di una burocratizzazione, nonché la possibilità di subire dei tagli e degli aggiustamenti." Senato della Repubblica, La legislazione antitrust, vol. 1, Roma, 1990, pag.228.

¹¹ Il dott. F. Viezzoli, presidente dell'ENEL, affermò che "...per me non è necessaria una legislazione antitrust." (ibidem, pag.168); il prof. R. Prodi, presidente dell'IRI, dichiara che "Con tutta sincerità non mi sentirei di dire che le politiche antitrust negli altri paesi europei abbiano avuto una grande incidenza" (ibidem, pag.68); l'avvocato G. Agnelli affermò che "il mio parere è che, se ritenete che rappresenti una carenza di status symbol il non avere una legge antitrust o se considerate mortificante arrivare alla scadenza del 1992 nell'attuale situazione legislativa, una normativa in materia va approvata" (ibidem, pag.222); il dott.S. Berlusconi, presidente della Fininvest afferma che "In Italia nel settore televisivo esiste un forte grado di concorrenzialità. Sento spesso da molte parti parlare della televisione e legare l'attuale assetto di essa alla necessità di una norma antitrust. Nell'attuale situazione della televisione italiana accade esattamente il contrario di ciò che si può chiamare trust" (ibidem, pag.15).

¹² Così si esprime il prof. F. Reviglio, presidente dell'ENI: "Oggi non sarebbe certamente opportuno accogliere nel nostro ordinamento modelli tradizionali di legislazione antitrust. Occorre, invece, ridefinire gli obiettivi stessi di una moderna legislazione antimonopolistica alla luce dei mutamenti sopravvenuti nella struttura industriale e nei processi di integrazione produttiva e dei mutamenti stessi che si può prevedere avverranno in misura più massiccia nei prossimi anni" (ibidem, pag.81); l'ingegner C. De Benedetti ritiene che sia "...necessario distinguere i prodotti esportabili da quelli non esportabili...a mio parere sui prodotti esportabili non deve essere introdotta una normativa limitativa; essa deve avere come parametro di riferimento almeno il mercato europeo. Per quanto riguarda i prodotti non esportabili, invece, è opportuno introdurre una normativa che tenda all'eliminazione, o perlomeno al controllo, di abusi di posizioni dominanti." (ibidem, pag.133).

In sede legislativa si contrapposero due posizioni.

La Commissione Romani espose in Parlamento le motivazioni di principio e di fatto per una nuova politica della concorrenza, evidenziando l'opportunità di una politica antimonopolistica nazionale armonica con quella europea, guidata da un'autorità centralizzata diversa dalla magistratura civile. Era però contraria a norme di controllo delle concentrazioni¹³, differenziandosi al riguardo da tutte le altre posizioni¹⁴. A queste idee si ispirò la proposta di legge ministeriale, che però prevedeva detto controllo.

Il disegno di legge del prof. Guido Rossi seguiva un'impostazione diversa. Ispirandosi al modello americano riteneva che la legge dovesse soprattutto difendere le libertà individuali dei consumatori e delle imprese, attraverso il ricorso alla magistratura civile decentrata. Prevedeva anche il divieto di concentrazioni da cui "possa derivare un'apprezzabile limitazione della concorrenza"¹⁵, coinvolgendo nelle decisioni anche un organo politico, il CIPE.

Nonostante le posizioni generiche o esplicitamente ostili, il Parlamento concluse con una normativa ben articolata, che nel decennio successivo dimostrerà una sostanziale validità¹⁶. La legge era del tutto aderente, nella forma e nella sostanza, a quella europea, discostandosi per alcuni limiti temporali e sanzionatori posti all'autorità, di cui si dirà più sotto, ma soprattutto per l'attribuzione ad altro soggetto, la Banca d'Italia, del controllo del settore del credito.

A questo risultato, apparentemente paradossale, concorsero alcuni fattori decisivi: lo stimolo europeo del Mercato Unico entro il 1992, la disponibilità di una norma già consolidata in sede CEE e, infine, la presenza di un numero, seppur ristretto, di persone che avevano una lucida percezione dei problemi in discussione¹⁷.

¹³ Le perplessità della commissione circa l'inserimento di norme per il controllo preventivo delle concentrazioni nascono da quattro considerazioni: i livelli di concentrazione sia economica che finanziarie in Italia risultano essere bassi; gran parte dei problemi che riguardano le concentrazioni finanziaria e i gruppi, problemi sollevati soprattutto in sede politica, non coinvolgono una legge di tutela della concorrenza, ma eventualmente una riconsiderazione del diritto societario; in molti paesi la politica antitrust sulle concentrazioni è sottoposta a critiche; spetterà alla regolamentazione europea sulle concentrazioni, di prossima approvazione - come avverrà nel dicembre 1989 - controllare le concentrazioni di dimensioni veramente rilevanti. Senato della Repubblica, La legislazione antitrust, vol. II, Roma, 1990, pagg. 544-563.

¹⁴ Una terza proposta di legge - D'Amato - , bene esprime il sentire politico, quando parla di esigenza "di smantellare le posizioni dominanti e di impedire che altre se ne costituiscano".

¹⁵ Disegno di legge 1012, art. 6.

¹⁶ La maggioranza che approvò la legge conteneva al suo interno anche rappresentanti di parti che in realtà non erano favorevoli a un'Autorità dotata di molto potere, e questo non è forse ininfluente su alcune norme, che limitano molto i poteri dell'Autorità. Su questo punto si ritornerà più sotto.

¹⁷ Tra i principali, anche se certamente non unici, artefici del successo dobbiamo ricordare in particolare il prof. F. Romani, presidente della Commissione ministeriale, il senatore prof. G. Rossi, estensore principale del disegno di legge n. 1012, e il senatore R. Cassola, presidente della Commissione parlamentare.

3. Dieci anni di vita dell'AGCM

A dieci anni esatti dall'approvazione della legge 287, e a quasi nove dall'introduzione del d.l. 74/92 sulla pubblicità ingannevole¹⁸, quali sono i risultati conseguiti dall'AGCM? Esiste una corrispondenza con le attese del legislatore?

Esamineremo in sintesi alcuni risultati in una prospettiva che definirei 'aziendale', valutando la quantità di "prodotto"¹⁹ svolto, i tempi di erogazione e il riscontro che l'attività svolta ha avuto presso l'autorità giudiziaria e il pubblico.

Tavola 1 - Consuntivo dell'attività dell'Autorità

Al 31 luglio 2000 i procedimenti conclusi sono i seguenti:

Concorrenza	1991	1992	1993	1994	1995(*)	1996	1997	1998	1999	2000
										(31/7)
Concentrazioni	232	422	501	597	282	357	292	344	423	288
Istruttorie	1	5	9	3	1	3	7	2	6	4
- di cui violazioni		2	2		-	-	1	-	-	-
- di cui autorizzate con condizione (**)		1	3		-	3	5	2	2	4
Intese	13	34	26	25	32	64	64	54	30	32
Istruttorie	3	14	14	14	5	23	12	14	12	10
- di cui violazioni	1	12	7	7	3	15	8	11	12	7
Abuso	4	20	20	14	31	52	46	21	15	18
Istruttorie		5	7	8	11	10	5	3	4	6
- di cui violazioni		5	6	5	8	7	4	2	3	5
Inottemperanza notifica concentrazioni	2	7	2	7	5	13		2	6	4
Inottemperanza diffida				1	2		3	1		2
Attività di segnalazione	3	3	11	15	25	18	38	42	30	14
Pareri alla Banca d'Italia	17	19	28	52	46	48	50	46	43	30
Diritti calcistici (L. 78/99)									1	
Pubblicità ingannevole										
Procedimenti	23	140	191	240	389	506	468	358	171	
- di cui violazioni		8	59	105	169	284	361	300	275	138

(*) Dal 1995 non vengono più comunicate le operazioni di concentrazione che avvengono tra imprese non indipendenti.

(**) A seguito di modifica degli accordi o con condizioni imposte dall'Autorità.

(***) Il decreto legislativo n. 74/92, attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole, è entrato in vigore nel gennaio 1992. Sono considerati solo i procedimenti istruttori.

Fonte: AGCM

¹⁸ Nel 1992 il legislatore italiano, con il d.l. 25/1/1992 n. 74, ha attribuito all'AGCM una competenza anche in tema di pubblicità ingannevole (e a partire dal 25/2/2000 con d.l. 25/2/2000 n.67 anche di liceità della pubblicità comparata).

¹⁹ Il 'prodotto' dell'AGCM consiste in decisioni relative all'apertura e chiusura di procedimenti e istruttorie, in tema di concentrazioni, intese e abusi, e pubblicità ingannevole oltre che nell'attività regolatoria prevista dalla legge (artt. 8, 21 e 22).

3.1. L'attività di law enforcement

La tav.1 mostra l'attività complessiva dell'AGCM. Il numero dei procedimenti è aumentato nel tempo, soprattutto per effetto della pubblicità ingannevole e delle concentrazioni, la cui quantità peraltro dipende dall'obbligo di comunicazione imposto alle imprese quando l'acquisizione o fusione raggiunge certe dimensioni. Il numero di istruttorie relative alle concentrazioni è molto esiguo. I procedimenti e le istruttorie aperte in tema di intese ed abusi non mostrano alcuna particolare tendenza all'aumento, così come i pareri dati alla Banca d'Italia.

Dunque, diversamente da quanto previsto in fase di definizione della legge, le concentrazioni non rappresentano il principale problema per l'Autorità. Sono invece presenti, più di quanto non prevedesse il legislatore, gli abusi e le intese, a cui si riferisce l'81.5% delle istruttorie concluse.

I dati evidenziano inoltre che all'incremento quasi costante dei procedimenti avviati, che in qualche misura indica un'espansione dell'attività di monitoraggio delle imprese, non corrisponde l'aumento del numero delle istruttorie. Il dato potrebbe rivelare una sorta di tetto della capacità produttiva dell'AGCM. A conferma indiretta di questa ipotesi interviene il dato sulla durata media dei procedimenti istruttori (tav. 2): mentre la durata dei procedimenti relativi alle concentrazioni è fissata per legge e di conseguenza non aumenta, cresce quella dei procedimenti relativi a intese ed abusi²⁰.

Tavola 2 - Durata media dei procedimenti istruttori (numero giorni)

Anno	Intese	Abusi	Concentrazioni
1991	86		41
1992	119	133	53
1993	175	210	59
1994	225	234	42
1995	168	230	63
1996	266	292	48
1997	288	299	44
1998	288	440	76
1999	276	367	44
2000 (al 31/7)	365	464	53
Media	226	297	52

Fonte: AGCM

²⁰ L'aumento dei tempi delle istruttorie potrebbe essere causato anche dalla crescente complessità dei casi esaminati.

La tav.1 mostra anche che solo il 12% delle istruttorie avviate in tema di concentrazione giunge al divieto e il 51% all'autorizzazione condizionata. Per contro il numero di violazioni nei casi di intese e abusi non solo è più elevato, ma si avvicina progressivamente a quello delle istruttorie aperte: complessivamente il 71% delle istruttorie aperte conducono a giudizio di violazione. Questo risultato può essere interpretato come un indice di continuità, o comunque di sintonia, tra l'azione istruttoria e quella giudicante della Commissione.

La tav. 3 mostra il valore delle sanzioni, che è aumentato soprattutto negli ultimi due anni. Nei primi anni infatti l'AGCM non sanzionava comportamenti che successivamente cominciò a sanzionare²¹; inoltre con il passare degli anni ha esaminato casi coinvolgenti imprese sempre più grandi, con un ovvio aumento della visibilità della sua azione.

Tavola 3 - Ammontare sanzioni al 31 luglio 2000 (milioni di lire)

1991	500	
	500	C90-ENI/ENIMONT
1992	11.511	
	5.560	I29-CEMENTIR/SACCI
	5.290	I32-PRO. CAL.
	661	I39-CE.DI.C
1993	2.027	
	20	C635-PERRIER/SAN BERNARDO
	1.793	A11-IBAR/AEROPORTI DI ROMA
	40	C700-CRAGNOTTI & PARTNERS/FEDITAL
	60	I64B-FEDERAZIONE ITALIANA SPEDIZIONIERI
	115	A44-GRUPPO SICUREZZA/AEROPORTI DI ROMA
1994	21.618	
	50	C1115B-SIO/PERGINE
	10	C1135B-PRAEVIDENTIA/TIRRENA
	1.099	A56-SOCIETA' PER AZIONI ESERCIZI AEROPORTUALI (IBAR/SEA)
	10	C1313B-CONSAP/NUOVA TIRRENA
	10	C1332-ITALGAS SUD/MERIDIONALI ACQUE
	20.379	I74-ASSICURAZIONI RISCHI DI MASSA
	60	C1365-EUROFLY/AVIOFIN/AIR EUROPE
1995	4.372	
	50	C1737-CECCHI GORI/CINEMA ROMA E FIRENZE
	3.750	A76-TEKAL/ITALCEMENTI
	50	C2119-ILVA/SIGMA TECNOLOGIE DI RIVESTIMENTO
	522	I135-TUBI DALMINE ILVA/GENERAL SIDER ITALIANA/ARVEDI TUBI ACCIAIO

segue

²¹ Si pensi al caso degli slot negati ai concorrenti da Alitalia.

segue **Tavola 3 - Ammontare sanzioni al 31 luglio 2000** (milioni di lire)

1996	2.982
155	C2181-AGIPPETROLI/VARIE SOCIETA'
1.362	I123-S.I.P.A.C. (SOCIETÀ ITALIANA PER LE PROMOZIONI ED APPLICAZIONI DEL CALCESTRUZZO)
37	A146-COMPAGNIA PORTUALE BRINDISI
296	I196-NOLEGGIO AUTOBUS SCOLASTICI
94	C2450-ERG PETROLI/IMPRESE VARIE
21	C2451-TAMOIL ITALIA/IMPRESE VARIE
22	C2452-KUWAIT PETROLEUM ITALIA/IMPRESE VARIE
15	C2453-FINA ITALIANA/IMPRESE VARIE
22	C2455-IP-ITALIANA PETROLI/IMPRESE VARIE
3	C2456-SHELL ITALIA/IMPRESE VARIE
3	C2457-ESSO ITALIANA/DITTA INDIVIDUALE
415	A102-ASSOCIAZIONE CONSUMATORI UTENTI/ALITALIA
476	I148-ISTITUTI VIGLIANZA SARDEGNA
34	C2512-GRUPPO TAMOIL/IMPRESE VARIE
10	C2518-API-ANONIMA PETROLI ITALIANA/DITTA INDIVIDUALE
17	C2519-SHELL ITALIA/DITTA INDIVIDUALE
1997	52.885
1.491	I210-MERCATO DEL CALCESTRUZZO PRECONFEZIONATO DI OLBIA
38.050	I201-PRODUTTORI DI VETRO CAVO
74	A146B-COMPAGNIA PORTUALE BRINDISI
1.636	I239-OPERATORI NEL SETTORE DEGLI ESPLOSIVI DA MINA
247	A110-CONSORZIO PER IL NUCLEO DI INDUSTRIALIZZAZIONE CAMPOBASSO-BOIANO/SOCIETÀ GASDOTTI DEL MEZZOGIORNO
163	I195B-ASSOCIAZIONE ITALIANA CALCIATORI-PANINI
440	I193-ASSICURAZIONE RISCHI COMUNE MILANO
2.140	A115B-ASSOCIAZIONE NAZIONALE IMPIANTISTI MANUTENTORI/ITALGAS
7.693	I207-ASSOCIAZIONE VENDOMUSICA/CASE DISCOGRAFICHE MULTINAZIONALI-FEDERAZIONE INDUSTRIA MUSICALE ITALIANA
950	A178-ALBACOM/TELECOM ITALIA-CIRCUITI DEDICATI
1998	8.024
25	I215-CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI-COPMA
6	C3125-FELTAM/IMPRESA INDIVIDUALE
2.723	I239B-OPERATORI NEL SETTORE DEGLI ESPLOSIVI DA MINA
400	I305-ASSITALIA-UNIPOL/AZIENDA USL CITTA' DI BOLOGNA
53	I299-RAI-CECCHI GORI COMMUNICATIONS
2.409	I283B-RAI-MEDIASET-R.T.I.-MEDIATRADE
2.184	I329-ASSOCIAZIONE NAZIONALE ESERCENTI CINEMATOGRAFICI LOMBARDA
210	C3076-RAI-RADIOTELEVISIONE ITALIANA/EMITTENTI PRIVATE
15	A209-GORIZIANE/FIAT FERROVIARIA

segue

segue **Tavola 3 - Ammontare sanzioni al 31 luglio 2000** (milioni di lire)

1999	204.055
120	C3156B-COSTRUZIONI ELETTROMECCANICHE ASCENSORI MONTACARICHI-OTIS/VARIE SOCIETÀ
3.584	A221-SNAM-TARIFE DI VETTORIAMENTO
706	I332-BYK GULDEN ITALIA-ISTITUTO GENTILI
115	I333-ISTITUTO GENTILI-MERCK SHARP & DOHME-NEOPHARMED-SIGMA TAU INDUSTRIE FARMACEUTICHE RIUNITE-MEDIOLANUM FARMACEUTICI
13.334	A248-FORNITURA PEZZI DI RICAMBIO CALDAIE A GAS
12	C3364-INFOSTRADA/ITALIA ON LINE
3.001	I331-SERVIER ITALIA-ISTITUTO FARMACO BIOLOGICO STRODER
4.001	I364-CONSORZIO QUALITA' VENETA ASFALTI
147.300	I372-TIM-OMNITEL TARIFE FISSO MOBILE
103	C3606-NUTRICIA BELGIE/MILUPA
9	I174B-PREZZO DEL PANE A TRENTO
200	C3180-RAI-RADIOTELEVISIONE ITALIANA/VARI IMPIANTI RADIOFONICI
153	C3601-GRUPPO CECCHI GORI/CINEMA DI FIRENZE
31.417	A224-PEPSICO FOODS AND BEVERAGES INTERNATIONAL-IBG SUD/COCA COLA ITALIA
2000 (31/7)	1.219.296
1.248	A255-ASSOCIAZIONE ITALIANA INTERNET PROVIDERS/TELECOM
4.549	I266-ASSIREVI/SOCIETA' DI REVISIONE
20	C3655C-MEDUSA FILM/SALE CINEMATOGRAFICHE
29	I308-INAZ PAGHE/ASSOCIAZIONE NAZIONALE CONSULENTI DEL LAVORO
6.289	A227-CESARE FREMURA-ASSOLOGISTICA/FERROVIE DELLO STATO
5.909	I328-LATTE ARTIFICIALE PER NEONATI
51	C3742-GRUPPO CECCHI GORI/CINEMA MARCONI
64	C3736-LIQUIGAS-CPL CONCORDIA/FONTENERGIA
11.693	A256-OTIS-KONE ITALIA-SCHINDLER
6.990	A256-OTIS-KONE ITALIA-SCHINDLER
482.596	I165-ACCORDI PER LA FORNITURA DI CARBURANTI
16	C3897-MEDUSA/SALE CINEMATOGRAFICHE
699.845	I377-RC AUTO
Totale	1.527.269

Fonte: AGCM

Come noto i soggetti colpiti da sanzione possono ricorrere al giudice di primo grado, che è il TAR del Lazio, ed eventualmente in appello al Consiglio di Stato. Quanto avviene dopo la decisione dell'AGCM è rilevante ai fini della valutazione complessiva dell'intero sistema sanzionatorio previsto dalla legge 287. Due variabili entrano in gioco:

a) il tempo che intercorre tra l'eventuale ricorso in giudizio delle imprese e la decisione del TAR del Lazio, e poi ancora tra l'eventuale

ricorso in appello delle imprese, o dell'AGCM, e la decisione definitiva del Consiglio di Stato;

b) lo scostamento tra i contenuti delle decisioni dell'AGCM e del giudice e del Consiglio di Stato.

Tempi lunghi indeboliscono l'impalcatura complessiva dell'azione di tutela della concorrenza. D'altra parte una perfetta coincidenza tra i tre livelli non è possibile, né auspicabile. Comunque in una fase iniziale come quella vissuta dalla legge italiana, è fisiologico un processo di apprendimento e di sintonizzazione da parte dei tre organi, e in particolare del TAR e del Consiglio di Stato, meno dotati di competenze specifiche in ambito di concorrenza, almeno in una fase iniziale.

Le tavv. 4 e 5 mostrano che il 95% delle sanzioni relative alle intese e l'87% di quelle relative agli abusi sono state impugnate dalle imprese. Su un totale di 164 decisioni complessive impugnate presso il TAR, 56 hanno dato luogo a sentenza definitiva, con esito sfavorevole o parzialmente sfavorevole per l'AGCM nel 45% dei casi, e 6 da parte del Consiglio di Stato²². Come mostra la tav. 6 gran parte dei non numerosi esiti dei ricorsi al Consiglio di Stato (4 su 6), che si riferiscono ancora a istruttorie concluse dall'Autorità prima del 1996, hanno avuto esito sfavorevole per l'Autorità stessa.

Tavola 4 - Numero di decisioni impugnate dell'Autorità per anno della decisione

Anno	Intese	Abuso	Concentrazioni	Indagine conoscitiva	Inottemperanza	Varie	Totale
1991			2				2
1992	9	4	2	1			16
1993	8	7	3		1		19
1994	4	3	2	1			10
1995	4	7	2			2	15
1996	15	5	1			2	23
1997	13	5	2		3	4	27
1998	9	2	1		1	4	17
1999	11	4	5			4	24
2000 (31/7)	6	2	1			3	11
Totale	79	39	21	2	4	20	164

Fonte: AGCM

²² Non tutte le decisioni del TAR sono impugnate presso il Consiglio di Stato.

Tavola 5 - Esito delle sentenze del TAR per anno della sentenza

Anno	Accolto	Accolto parzialmente	Respinto	(*)	(**)	Totale
1993	1	1	2			4
1994	3		1		1	5
1995	1	1				2
1996	2		3			5
1997	1		2	3	1	7
1998	1	1	3		4	9
1999	3		1		2	6
2000 (31/7)	2	2	11	1	2	18
Totale	14	5	23	4	10	56

(*) Rinuncia agli atti, cancellato dal ruolo, perento

(**) Inammissibile o improcedibile

Fonte: AGCM

Tavola 6 - Esito^(*) dei ricorsi al CdS per anno della sentenza su decisioni dell'Autorità

Anno	Accolto	Accolto parzialmente	Respinto	Totale
1996	2			2
1999	1		1	2
2000 (31/7)	1	1		2
Totale	4	1	1	6

(*) L'esito è l'esito finale del contenzioso: "accolto" significa che il contenzioso si è risolto in senso **sfavorevole** all'Autorità

Fonte: AGCM

Più difficile è quantificare i tempi intercorrenti tra i diversi livelli di giudizio. Infatti, soprattutto fino a pochi anni or sono, l'accettazione della sospensiva da parte del TAR rappresentava un'indicazione di probabile accoglienza del ricorso, riducendo di fatto i tempi decisionali. In anni recenti l'intervallo intercorrente tra il ricorso e la decisione del TAR si è abbreviato, e anche la tendenza iniziale ad accogliere favorevolmente i ricorsi appare meno accentuata. Non è però ancora possibile esprimere un giudizio sull'intera catena dei procedimenti: essa riguarda anche il Consiglio di Stato il quale fino ad oggi ha concluso pochi ricorsi relativi ad antiche istruttorie. Se ne può tuttavia trarre un'indicazione: l'iniziale difficoltà di dialogo tra TAR e AGCM sembra superata e le due istituzioni hanno raggiunto una conoscenza reciproca e una competenza della casistica, che consente loro di sviluppare un rapporto di sana dialettica.

Anche con riferimento ai pareri espressi dall'Autorità sulle decisioni della Banca d'Italia nel settore del credito si registra una sostanziale sintonia tra le due istituzioni. Per le intese il parere dell'AGCM è stato conforme a quello della Banca d'Italia nel 67% dei casi, per gli abusi nel 100% dei casi e per le concentrazioni nell'85% dei casi.

3.2. L'attività di regolazione

La legge 287/90, in linea con l'EEC *competition law*²³, attribuisce all'AGCM poteri che possiamo definire di natura regolatoria: nel rispetto della propria natura amministrativa²⁴, l'Autorità contribuisce a rimuovere o modificare le regole che ostacolano la concorrenza.

L'interpretazione restrittiva data all'art.8 della 287/90²⁵ ha consentito interventi, soprattutto in tema di abusi, il cui effetto è stato quello di delimitare lo spazio fino ad allora lasciato ai monopoli pubblici. Inoltre gli artt. 21 e 22 hanno permesso di incidere, seppure indirettamente, sulla modificazione di regole esistenti e su quella di nuove norme in approvazione.

Come indica la tav. 7, l'attività di segnalazione e consultiva è cresciuta fino al 1998, soprattutto nella forma di pareri espressi al legislatore ai sensi dell'art. 22²⁶.

Tavola 7 - Attività di Segnalazione per anno e articolo

Attività di Segnalazione	Anno											
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	Totale	
Articoli											(31/07)	
Art. 21-Attività di segnalazione al Parlamento e al Governo	1		2	5	9	5	14	8	9	6	59	
Art. 22-Attività consultiva	2	2	7	9	16	11	21	32	19	8	127	
Art. 21 e Art. 22	1	2	1	2	3	2	2	13				
Totale	3	3	11	15	25	18	38	42	30	14	199	

Fonte: AGCM

²³ Ci riferiamo in particolare all'art. 86 Trattato di Amsterdam.

²⁴ La politica antitrust non può ovviamente essere intesa come uno strumento che si contrappone alle scelte politiche dello Stato sovrano. In altri termini non può modificare leggi esistenti. Può però interpretare le norme per aprire al mercato spazi nei contorni dell'economia regolata, oppure cercare di esprimere pareri sull'attività legislativa passata o in atto quando questa abbia determinato o stia determinando norme che ostacolano la concorrenza.

²⁵ Fin dal 1995 l'AGCM definisce come criterio di guida nell'interpretare l'art.8 "...vincolare l'ambito di applicazione della deroga di cui all'art.8, secondo comma, al rispetto dei principi di necessità e proporzionalità in rapporto alle finalità di interesse generale specificatamente perseguite." Relazione annuale 1995, pag.137.

²⁶ L'attività di segnalazione e quella consultiva hanno un costo elevato in termini di risorse interne assorbite rispetto ai risultati non sempre soddisfacenti. Questo forse spiega il diminuito ricorso all'uso di questo potere.

Dall'esame dei risultati conseguiti emerge che "... dove l'AGCM si fa portavoce di politiche della Comunità le probabilità di successo delle segnalazioni sono più elevate. In assenza di questo sostegno le probabilità decrescono....Se l'obiettivo della concorrenza non si combina con altri, tra cui in particolare quello dell'occupazione, allora l'attenzione delle autorità politiche è minore... Nel caso di iniziative legislative già in azione....questo ostacolo si attenua"²⁷. Dietro questi dati, peraltro, si nasconde anche un'attitudine più attenta e cooperativa nei confronti del legislatore: le segnalazioni sono più mirate all'effettiva possibilità istituzionale di essere in qualche misura recepite.

In sintesi possiamo dire che l'obiettivo di controllare le concentrazioni non è risultato prioritario. Il contesto storico si stava muovendo in una direzione diversa, prevista solo da pochi al momento dell'approvazione della legge. L'attività è cresciuta molto anche nelle altre direzioni previste dalle leggi, ma già si evidenziano limiti alla possibilità di svilupparla oltre le attuali dimensioni. Per molti anni i tempi e la direzione dell'attività giudiziaria del TAR e del Consiglio di Stato non sono stati sinergici con l'attività dell'AGCM, ma la situazione è andata modificandosi in tempi recenti. La macchina amministrativa e giudiziaria comincia a muoversi con efficacia e coerenza.

3.3. La pubblicità ingannevole

I procedimenti relativi alla pubblicità ingannevole sono cresciuti moltissimo nel tempo. L'aumento del numero delle denunce rivela che questo tipo di intervento è apprezzato, nonostante l'inevitabile lentezza del procedimento rispetto all'esigenza di risposta rapida che la materia richiederebbe.

Il fatto di avere attribuito a un'autorità *antitrust* competenze in tema di pubblicità è piuttosto anomalo nel panorama internazionale, ma ha un senso e un'utilità. La scelta del legislatore è coerente con l'idea che spetta all'AGCM un generale ruolo di difesa della concorrenza; la dimensione informativa è parte importante del processo concorrenziale. Inoltre il monitoraggio della pubblicità offre all'Autorità un supplemento di informazioni sul funzionamento del mercato. Al riguardo sembra appropriata la recente scelta fatta dall'AGCM di abbandonare la separazione tra gli uffici che seguono la pubblicità ingannevole e gli altri uffici istruttori, per unificarli nelle stesse direzioni.

²⁷ F. Silva "Autorità garante della concorrenza e deregolazione", in S. Cassese, G. Galli (a cura di) "L'Italia da semplificare: I Le istituzioni" Il Mulino, Bologna, 1998, pagg. 321-2. Per approfondimenti sul tema rinviamo allo stesso lavoro, oltre che a P. L. Parcu "Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive" AGCM, 'Temi e problemi', 1995.

3.4. Una valutazione di sintesi

A questi risultati hanno contribuito la presidenza del prof. Francesco Saja che ha dato all'AGCM solide regole amministrative, un'organizzazione interna del personale e del lavoro che consentono un rapido avvio dell'attività, e un'impronta di qualità. Con la presidenza del prof. Giuliano Amato, l'AGCM ha guadagnato maggiore visibilità politica come attore intenzionato a svolgere un ruolo importante nel processo di liberalizzazione dei mercati più protetti e dominati dai monopoli pubblici. Infine sotto l'attuale presidenza del prof. Giuseppe Tesauro, l'AGCM, pur insistendo nell'impegno di liberalizzazione dei mercati, ha rinforzato i propri interventi nei confronti di abusi e di intese in mercati di grandi dimensioni, nei quali operano grandi imprese private, rispetto ai quali vi è una forte sensibilità pubblica.

In dieci anni l'AGCM ha guadagnato una generale reputazione di serietà e di determinazione, proponendosi come soggetto capace di un intervento attivo a difesa della concorrenza e del mercato. In altri termini, l'AGCM è un autorevole, per quanto particolarissimo, *policy maker*.

4. L'AGCM: un *policy maker* anomalo

"Competition law does not exist in a vacuum: it is an expression of the current values and aims of society and it is susceptible to change as political thinking generally.....competition law is infused with tension", così R. Whish esprime in modo molto chiaro la collocazione storica della politica per la concorrenza in generale e di quella antimonopolistica in particolare²⁸.

La legislazione europea per la concorrenza è parte costitutiva del progetto politico mirante all'unità d'Europa, a cui contribuisce favorendo la formazione di mercati concorrenziali e quindi non separati. Gli obiettivi di questa politica sono numerosi: sanzionare gli abusi e le intese, impedire le concentrazioni che ostacolano la costruzione di un mercato unico concorrenziale, controllare gli aiuti pubblici alle imprese, attivare la concorrenza nei servizi di pubblica utilità e negli altri servizi.

L'interpretazione della norma evolve nel tempo e l'intervento riflette le mutevoli sensibilità sociali, politiche ed economiche, i problemi particolari di ogni paese e le continue mediazioni politiche tra paesi e Comunità. Tutto questo introduce elementi di contraddittorietà. Si pensi, ad esempio, come la stessa Comunità, in contrasto con i principi da essa affermati, continui a implementare una politica agricola fatta di protezionismo e regolazione, che penalizza pesantemente i consumatori²⁹.

²⁸ R. Whish "Competition Law", Butterworth, London, III edition, 1993, pag.13.

²⁹ Il costo complessivo della politica agricola europea per la collettività italiana è oscillato tra 30.000 e 26.000 miliardi, nel periodo 1990 - 1998. Per alcuni prodotti importanti, come il frumento e la carne suina, il prezzo finale è tre volte maggiore di quello che si avrebbe alla frontiera; per altri, come la carne bovina, lo zucchero e i semi di girasole il prezzo finale è più del doppio. Vedi S. Tarditi "Il bilancio agricolo dell'Unione Europea: tendenze e proposte di modifica da una prospettiva italiana", CIP, Università di Siena, mimeo, 2000.

La politica *antitrust* è parte di questo disegno più ampio, e non può essere capita senza tenerne conto. La 287/90 è un tassello della politica antimonopolistica europea e l'Autorità è il soggetto istituzionale che contribuisce a realizzarla in Italia e che da questo legame trae forza. Nella Relazione 2000 si afferma che " Il fondamento comunitario nell'interpretazione e nell'applicazione della legge...ha rafforzato la qualificata indipendenza strutturale e funzionale dell'Autorità".

Fin dalla seconda Relazione annuale (1993) l'obiettivo della tutela e della promozione della concorrenza si esprime in due direzioni: le privatizzazioni, di cui si paventano soprattutto i possibili effetti sulla concentrazione industriale, e la costituzione del Mercato Unico, alla cui formazione l'Autorità vuole contribuire, nei limiti delle proprie competenze. La quarta Relazione annuale (1995), precisando questi obiettivi, afferma il sostegno dell'Autorità alla liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità avviato in sede legislativa dalla CEE. L'AGCM punta anche a far modificare le regole corporative diffuse nel settore terziario.

La Relazione 2000 ribadisce l'impegno a impedire "comportamenti d'impresa degli ex-monopolisti che pregiudichino l'apertura alla concorrenza, ovvero tentino di reintrodurre restrizioni artificiali" e afferma che "la riforma della regolazione dovrebbe estendersi anche ai servizi diversi da quelli di pubblica utilità". Prende inoltre sostanza il proposito di colpire in modo più severo i comportamenti anticoncorrenziali diffusi in tutto il sistema economico.

Il legislatore europeo, e di conseguenza quello italiano, attribuiscono all'autorità antimonopolistica strumenti d'intervento – ingiunzioni e sanzioni – meno estesi e potenti di quelli presenti nel sistema *antitrust* americano: è assente la possibilità di attivare procedimenti di natura penale e di imporre la divisione di società. Gli strumenti disponibili in Europa sono talvolta inadeguati rispetto agli obiettivi ambiziosi che ci si propone. Una sanzione pecuniaria, anche quando elevata, può non essere un sufficiente disincentivo a modificare i comportamenti: per imporre il funzionamento della concorrenza talvolta sarebbero necessari provvedimenti di tipo regolativo, altre volte interventi più penalizzanti. In aggiunta a questi limiti, la 287 ne introduce alcuni, specifici dell'Autorità italiana³⁰, il cui effetto negativo sull'efficacia dell'azione dell'AGCM non è secondario.

La capacità dell'Autorità di influire sui comportamenti delle imprese e del legislatore dipende molto dalla sua autorevolezza. Più ancora che le regole automatiche d'intervento è la chiarezza dei principi e la loro costante e

³⁰ I poteri attribuiti all'Autorità sono ridotti, rispetto a quelli attribuiti in sede europea alle corrispondenti autorità. Ci riferiamo non solo ai più stretti limiti lasciati alle indagini, e paradossalmente soprattutto ai tempi brevissimi per le procedure di autorizzazione delle concentrazioni, di cui già si è detto più sopra, ma anche all'ammontare massimo delle sanzioni.

severa applicazione che possono educare le imprese italiane, ancora troppo disattente alle regole della "concorrenza corretta". Il successo di un *policy maker* dipende molto dalla sua reputazione. Un'Autorità poco nota a imprese e cittadini è poco efficace. Le sanzioni forti hanno un impatto comunicativo che supera i confini del mercato in questione, quando sono toccati interessi sentiti dai cittadini. Decisioni 'popolari' hanno un'efficacia segnaletica e sono funzionali agli obiettivi della politica antimonopolistica, almeno nel breve e medio periodo, perché informano le imprese del 'bisogno di concorrenza'.

La reputazione raggiunta non è garanzia di successo: per valutare la significatività del successo occorrerebbe verificare l'impatto strutturale della politica seguita. Questo problema è reso più cogente dal fatto che gli strumenti di deterrenza dell'Autorità sono modesti. Sarebbe quindi utile cercare di monitorare ex-post gli effetti degli interventi già effettuati, non accontentandosi del capitale di reputazione acquisito, che pure è assai importante.

5. L'AGCM: poche verità assolute³¹

La legge 287, all'interno dei limiti geografici e istituzionali ad essa attribuiti, offre all'Autorità un vasto spazio di discrezionalità alimentato dalla natura stessa della norma, la quale esplicita o sottointende obiettivi diversi e può essere interpretata seguendo criteri differenti e mutevoli. Se infatti è vero che la teoria economica e la riflessione giuridica offrono oggi una strumentazione teorica più solida rispetto al passato, anche se tutt'altro che definitiva, è pure vero che sia la diversa complessità delle situazioni reali rispetto a quelle teoriche, sia le difficoltà di disporre degli elementi di giudizio necessari, sia infine l'incontrovertibile pluralità dei punti di vista e dei criteri di giudizio offrono complessivamente grande spazio alla discrezionalità, nei casi in cui non si applichino regole automatiche.

Gli interventi dell'Autorità sono spesso complessi e talvolta anche incongruenti: nella realtà il confine tra comportamenti concorrenziali e non concorrenziali non è sempre chiaro come nei modelli teorici; la difesa della concorrenza può scontrarsi con altre regole con essa incompatibili; l'*antitrust* rischia talvolta di interferire nelle scelte delle imprese anche quando queste perseguono l'obiettivo del profitto senza ostacolare la concorrenza; spesso l'*antitrust* esprime valutazioni che riguardano il divenire basandosi su ipotesi basate sul presente.

³¹ Così scrive M. Bishop riferendosi all'antitrust americano: "...l'insegnamento principale da trarre dalla storia della politica antitrust americana è che vi sono poche verità assolute", M. Bishop "Microsoft sotto processo" in Mercato, concorrenza e regolazione, n.1, 1999, pag. 84.

Esaminiamo qui di seguito tre aspetti di queste difficoltà o incongruenze.

5.1. Quale 'gioco della concorrenza'?

La legge 287/90, saggiamente, non stabilisce quale sia il tipo di concorrenza che l'Autorità deve tutelare. L'art. 2 si limita ad affermare che sono vietati comportamenti che "abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza". Per individuare la violazione bisogna però sapere quale sia il "gioco della concorrenza" violato, e quindi individuare il *benchmark*. Poiché i giochi possibili sono numerosi, si dovrà altresì stabilire se questo gioco sia sempre lo stesso, o vari di caso in caso, nella quale circostanza bisognerebbe ancora stabilire quale criterio guidi nell'accettazione di differenti *benchmark*.

La concorrenza ha regole diverse a seconda delle condizioni istituzionali, delle tecnologie, della storia dell'industria, e di molti altri fattori, endogeni ed esogeni. La teoria economica ha costruito numerosi modelli di concorrenza. La "concorrenza perfetta" presuppone condizioni raramente presenti nella realtà. Un gioco dagli esiti simili a quelli della concorrenza perfetta è quello di Bertrand³², nel quale il prezzo è la variabile competitiva: ha un certo grado di realismo in situazioni dove è possibile l'ingresso di nuovi concorrenti che usano il prezzo per trovare spazio nel mercato. Per contro le imprese già presenti sul mercato raramente pensano di eliminarsi reciprocamente attivando una guerra dei prezzi. Eventualmente si acquistano. Il gioco di Cournot, nel quale le imprese coesistono senza coordinarsi né cooperare è ormai considerato un possibile *benchmark* nella prassi dell'*antitrust*. Per tal via però già si accetta un riferimento che, dal punto di vista del benessere del consumatore, è un *second best*.

Il discorso diventa più complesso e non ancora ben definito neppure dalla teoria economica, quando si introducono altre variabili: la differenziazione dei prodotti, la pubblicità, le informazioni, la durata dell'industria e dei concorrenti, il loro numero, le caratteristiche e le diversità nelle tecnologie, la presenza di diritti di proprietà intellettuale, etc. Stabilire quali potrebbero essere i modi concorrenziali corretti in cui si comportano le imprese, ossia quali sono gli equilibri non collusivi, e quali gli scostamenti da questi equilibri, è sempre molto complesso. In questi casi la concorrenza prezzo, su cui si focalizza l'attenzione dell'*antitrust*, è solo parte di una più complessa strategia che coinvolge anche altre variabili: l'innovazione, la pubblicità, etc.³³

³² Il risultato finale di Bertrand è identico a quello della concorrenza perfetta.

³³ Da un punto di vista analitico la complessità delle strategie in mercati nei quali vi è differenziazione dei prodotti si esprime nella costruzione di modelli a due o tre stadi, nei quali la concorrenza prezzo, ad esempio ipotizzando un gioco alla Cournot, è il secondo o terzo stadio. Quindi le scelte di spese pubblicitarie o di R&S interagiscono con quelle sui prezzi. Vedi ad esempio J.Sutton "Sunk costs and market structure", MIT Press, London, 1991, part. I.

Queste situazioni evidenziano anche un altro problema. La configurazione di ogni gioco, che può indurre comportamenti cooperativi non sempre in forma esplicita tramite contratti o 'pratiche concordate', dipende da condizioni esogene. L'esperienza statunitense tratta dall'applicazione del Webb-Pomerene Export Trade Act³⁴ mostra ad esempio che molti cartelli hanno una lunga vita la cui durata dipende dalle condizioni esterne del mercato. Quindi se l'Autorità volesse indurre comportamenti più vicini a quelli di un'effettiva concorrenza, dovrebbe agire sulle condizioni esterne, usando strumenti diversi dalla sanzione pecuniaria, di tipo regolatorio. In assenza di questi strumenti vi è contraddizione tra l'atto sanzionatorio e l'accettazione di fatto delle condizioni che rendono del tutto naturali i comportamenti sanzionati. Casi di questo tipo sono la norma nelle situazioni di transizione alla concorrenza nei servizi di pubblica utilità³⁵.

Da un punto di vista collettivo la concorrenza, possibilmente perfetta, è una condizione necessaria, ma non sufficiente, per ottenere il massimo benessere; per le imprese invece non è condizione necessaria, né tanto meno sufficiente per ottenere il massimo profitto, il cui perseguimento d'altra parte è necessario per garantire l'efficienza del sistema³⁶. L'impresa compete se ritiene per questa via di ottenere il massimo profitto di lungo periodo, risultato che richiede conoscenze o capacità proprie che gli altri non hanno. Nel mondo reale le imprese sono spesso propense a scelte di tipo cooperativo che consentano loro quanto meno di coesistere, generando per tutti maggiori profitti. D'altra parte gli accordi non configurano sempre dei comportamenti monopolizzanti³⁷, e spesso anzi generano una maggiore efficienza³⁸. Il sistema produttivo contemporaneo tende a valorizzare la cooperazione tra imprese di dimensioni minori rispetto alla formazione di grandi imprese verticalmente integrate. La legge stessa, d'altra parte, prevede che vi siano intese che hanno valore positivo.

³⁴ Vedi G. Bittlingmayer "Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?" in *Journal of Law and Economics*, 28 (1), April, 1985, pagg. 77-118.

³⁵ Non è casuale che proprio riferendosi a situazioni nelle quali le intese sono quasi 'inevitabili', come avviene nei mercati in transizione dal monopolio pubblico alla concorrenza, la Comunità Europea ha adombrato la possibilità di utilizzare il principio dell'abuso di posizione dominante collettiva, principio che dal punto di vista economico è difficilmente difendibile. D.Goyder "EC Competition Law", Oxford University Press, London, 1998, pag. 376.

³⁶ In genere le imprese perseguono l'obiettivo del profitto; più raramente mirano al massimo profitto, obiettivo peraltro necessario per garantire i risultati di benessere del mercato concorrenziale. Paradossalmente ci si potrebbe anche chiedere se debba essere sanzionata quell'impresa, non eliminata dalla concorrenza, che si accontenta di un profitto non massimo, perché questo comportamento dissipa delle risorse, a svantaggio dei consumatori.

³⁷ Una sempre più vasta letteratura economica tende a mostrare che vi è una naturale propensione a cooperare da parte di soggetti organizzati in società, come lo sono ad esempio le imprese di una particolare industria. Vedi ad esempio Y.Chen "Promises, trust and contracts" in *Journal of law, economics and organization*, Apr. 2000; R. Kranton "The formation of cooperative relationships" in *Journal of Law, Economics and Organization*, Apr. 1996.

³⁸ Questa è una posizione spesso sostenuta dalla scuola di Chicago. Vedi, in particolare, G.Bittlingmayer, op.cit..

5.2. Comportamenti 'naturali' e massimizzazione del profitto

Le considerazioni appena fatte suggeriscono l'opportunità di valutare l'accettabilità e non accettabilità dei comportamenti sulla base del contesto in cui nascono e della loro motivazione, partendo dal presupposto che la massimizzazione del profitto sia la regola di comportamento efficiente in economia di mercato. In altri termini, è opportuno tenere conto della razionalità economica delle decisioni.

In una situazione di interdipendenza oligopolistica in cui un'impresa avesse convenienza a competere perché sarebbe sicura di avere un maggior profitto, l'adesione più o meno esplicita a un accordo cooperativo violerebbe sia il principio della concorrenza che quello del massimo profitto³⁹. Quando invece non vi è convenienza a competere, è razionale cooperare⁴⁰, e ha senso sanzionare questo comportamento solo nel caso in cui precludesse la concorrenza di terzi. In caso contrario si indurrebbe un comportamento irrazionale, ossia deviante da quello che massimizza il profitto. Se però le imprese potessero in essere strategie di per sé legittime⁴¹ o sistemi di informazione reciproca, più o meno *cheap*⁴², il cui senso economico fosse quello di favorire artificialmente la convenienza a colludere ("pratiche facilitanti"), il comportamento cooperativo sarebbe illegittimo. Peraltro la linea di confine tra ciò che è legittimo e ciò che non lo è risulta spesso poco chiara.

Queste stesse considerazioni, che individuano nel perseguimento del massimo profitto ottenuto "senza trucchi" un criterio per l'individuazione di un comportamento legittimo, valgono anche per l'abuso di posizione dominante.

La legge 287/90 (art.3, a) parla di prezzi o condizioni contrattuali "ingiustificatamente gravose"⁴³. Non è evidente il senso economico di questa norma, non a caso assente dalla tradizione statunitense e utilizzata solo in una circostanza dalla Commissione europea, ma non

³⁹ In termini analitici questo è il caso in cui i concorrenti in un gioco non ripetuto convergono su un equilibrio cooperativo.

⁴⁰ Ci riferiamo al caso, previsto dalla letteratura di giochi ripetuti nei quali il valore attuale dei profitti con comportamento cooperativo è superiore a quello non cooperativo.

⁴¹ Su questo punto vedi M.Grillo "The economic analysis of collusion and the detection of collusive behaviour: new perspectives for antitrust policy and law" in E. Raffaelli (a cura di) "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario", Giuffrè, Milano, 2000.

⁴² Mentre lo scambio di informazioni costose o comunque palesi relative al mercato e alle azioni delle varie imprese è più facilmente configurabile come mezzo volto ad aumentare il vantaggio della cooperazione, più sottili e difficilmente perseguibili sono quelle forme di scambio d'informazioni, spesso impercettibili all'esterno, che fanno parte di un linguaggio interno e che sono assai poco costose, e per questo chiamate in letteratura *cheap talking*. Vedi J. Farrell, M. Rabin "Cheap talking", *Journal of Economic Perspectives*, Summer 1996.

⁴³ Anche l'art. 3, b dove si parla di "danno dei consumatori", potrebbe essere soggetto allo stesso criterio di valutazione. Tuttavia la legislazione europea e italiana ha utilizzato questo comma per prevenire le azioni di un soggetto dominante volte a escludere nuovi concorrenti, il cui effetto sarà indirettamente quello di danneggiare i consumatori.

accolta dalla Corte⁴⁴. Fin tanto che un soggetto dotato di potere di mercato lo esercita senza ostacolare la concorrenza effettiva o potenziale di terzi, si comporta secondo la logica del massimo profitto senza scalfire quella della concorrenza. Le sanzioni di questi comportamenti sarebbero, oltre che contraddittorie con il sistema di incentivi in un'economia di mercato, anche azzardate: infatti imporrebbero di stabilire quale prezzo o condizione sia più giusta, e richiederebbero conseguenti interventi regolatori miranti a fissare un prezzo o a creare condizioni più favorevoli all'ingresso di concorrenti, qualora fossero il frutto di diritti speciali o esclusivi e non di una maggiore efficienza o capacità di un'impresa⁴⁵.

Casi di abusi di posizione dominante potrebbero configurarsi anche in presenza di politiche di discriminazione dei prezzi. Un esempio attuale e molto importante è quello in cui un'impresa⁴⁶, che ha acquisito una posizione dominante sul mercato di un bene di consumo durevole, fissa prezzi elevati per i servizi collegati all'uso dello stesso bene, o alla sua manutenzione. Una sanzione di questa politica di prezzo contrasterebbe con l'accettazione del principio del massimo profitto e quindi a nostro avviso non condivisibile. In genere, se è vero che la discriminazione dei prezzi da parte di un monopolista potrebbe anche condurre all'esclusione di terzi dalla concorrenza, essa determina anche una quantità prodotta superiore a quella che si avrebbe in assenza di discriminazione. Sarebbe invece illegittimo, e quindi sanzionabile, ogni comportamento mirato ad ostacolare l'ingresso di terzi nel mercato del servizio in questione, come avviene nel caso dei prezzi predatori.

Pertanto ci sembra di potere affermare che le sanzioni nei confronti delle imprese che perseguono il loro obiettivo senza influenzare od ostacolare il processo concorrenziale, sono sempre assai problematiche, per due motivi. Entrano, modificandolo, nel meccanismo d'incentivazione delle imprese in un'economia di mercato presupponendo implicitamente che il processo concorrenziale non sia in grado di generare un'efficiente allocazione delle risorse. L'esistenza di monopoli, quando è il risultato di superiori capacità o di condizioni naturali o di diritti speciali è legittima,

⁴⁴ Caso United Brands. L'Autorità tedesca ha applicato questo principio, pure con risultati deludenti. Sul punto vedi il commento di V. Meli in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. Ubertaini (a cura di) "Diritto antitrust italiano", Zanichelli, Bologna, 1997, vol. I, pag. 370 e segg. L'AGCM applicò il principio dei prezzi 'ingiustificatamente gravosi' nel caso SIAE (1995), ma l'istruttoria non diede luogo a sanzioni in quanto la SIAE accettò di modificare le condizioni.

⁴⁵ In quest'ultimo caso non è affatto chiaro come possa configurarsi un intervento volto a imporre condizioni più concorrenziali.

⁴⁶ Vedi il caso Kodak nell'esperienza americana.

così come ogni comportamento coerente a tale posizione. Diviene invece illegittimo ogni comportamento che tenda ad estendere questa posizione in altri mercati utilizzando esclusivamente la posizione acquisita nel mercato originario.

In secondo luogo, il passo successivo a questo intervento non può che essere di natura regolatoria, dal momento che spetta all'Autorità stabilire quale è la condizione contrattuale o il prezzo 'giusto'.

Si evidenzia quindi la difficile coesistenza all'interno dell'*antitrust* di due anime. Da un lato quella regolatoria, che talvolta dovrebbe prevalere per ottenere il massimo benessere del consumatore, ossia l'obiettivo economico finale dell'intervento, ma che raramente può esprimersi per motivi di competenze giurisdizionali; dall'altro vi è quello, più fisiologico, di *law enforcer* che l'*antitrust* tende talvolta ad applicare anche al di là dei limiti della logica economica, volendo perseguire obiettivi che solo un intervento regolatorio consentirebbe di raggiungere in modo generalizzato.

5.3. L'Autorità tra diritto ed economia

Vi è un ulteriore elemento di complessità e opacità, della politica antimonopolistica: ci riferiamo alla spesso difficile coesistenza di criteri dettati dal diritto e dall'economia in tutte le decisioni di *law enforcement*.

L'Autorità prende decisioni che debbono trovare sostegno in valutazioni di tipo economico, ma nello stesso tempo l'argomentazione e le procedure seguite devono seguire i canoni giuridici, poiché esse rientrano nella sfera della tutela dei diritti. Il diritto deve capire le ragioni dell'economia e trasformarle in formule che abbiano senso giuridico, ma d'altra parte l'economia deve capire che ci si muove all'interno di un procedimento amministrativo. Le anime economiche e giuridiche s'incontrano e si scontrano in ogni procedimento con risultati talvolta soddisfacenti, talora meno persuasivi.

Questa difficoltà sorge in tutte le pratiche relative alla concorrenza. Prendiamo il caso emblematico della collusione: è difficile tradurre nella logica giuridica il concetto di interdipendenza oligopolistica. Come è stato correttamente osservato "...the legal approach focuses on the process through which the oligopolists' commitment to a common scheme of conduct is attained, whereas economic analysis focuses on outcomes: it always has to ask what competitive or collusive outcomes may be produced by a certain conduct⁴⁷.

Esamineremo ora più nei dettagli come queste problematiche si sono concretizzate nell'esperienza italiana, in tema di concentrazioni, di abusi e intese.

⁴⁷ Vedi M. Grillo, op.cit., pag.31, nota 41.

6. Concentrazioni

La legge ha affidato all'Autorità il vaglio delle concentrazioni anche di dimensioni relativamente piccole⁴⁸ e quindi una responsabilità molto estesa e crescente nel tempo. Il numero di acquisizioni vietate è stato minimo, e solo in pochissimi casi è stato richiesto di modificare in parte le modalità dell'operazione.

Nei fatti la politica dell'Autorità sulle concentrazioni è stata quindi permissiva. Una prima spiegazione di questo comportamento sta nella ristrettezza dei tempi concessi per l'indagine, che non consentono il grado di approfondimento spesso auspicabile⁴⁹. In questo stato di cose l'accettazione sembra essere l'orientamento più prudente. Il carico di lavoro dell'AGCM potrebbe essere ridotto consentendo una valutazione standard e abbreviata per le operazioni minori. Tuttavia, anche a prescindere dai tempi disponibili, l'AGCM non ha sempre le conoscenze sufficienti per giungere a un'approfondita valutazione dell'impatto di medio e lungo periodo della concentrazione sul mercato.

Naturalmente la politica seguita ha anche motivazioni più sostanziali e di merito.

La tav. 8 mostra che solo nel 17% dei casi l'acquisizione coinvolge imprese di dimensioni importanti⁵⁰.

Tavola 8 - Casi di concentrazione per anno di decisione e soglia di fatturato superata

	Anno decisione										
<i>Soglia di fatturato superata:</i>	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Totale
Entrambe le soglie	-	31	45	29	65	41	45	51	51	32	390
Solo acquisita	-	32	32	39	28	34	44	41	66	68	384
Solo insieme delle imprese	-	38	124	162	151	163	217	173	199	289	1516
Quota cinema > 25%	-	-	-	-	1	3	2	-	-	6	12
Mancanti	1	4	-	-	1	-	-	-	-	-	6
Totale	1	105	201	230	246	241	308	265	316	395	2308

Fonte: AGCM

⁴⁸ Art.16.

⁴⁹ Ci si può chiedere di conseguenza se una modifica di legge volta ad attenuare i vincoli di cui sopra, anche alla luce della normativa europea, non sarebbe appropriata.

⁵⁰ Ci riferiamo ai casi in cui sono superate sia la soglia minima del fatturato complessivo delle imprese coinvolte nell'operazione, sia dell'impresa acquisita. Naturalmente la soglia del fatturato è solo in prima approssimazione un indicatore di importanza.

Le grandi operazioni di concentrazione rappresentano una piccola percentuale; le quote di mercato confermano che solo in pochi casi la concentrazione generata dall'operazione è rilevante⁵¹. Il rischio di posizione dominante causato dalle operazioni effettuate sembrerebbe dunque ridotto⁵².

La tav. 9 ci informa sui settori coinvolti nei processi di concentrazione.

Tavola 9 - Concentrazioni per settore e anno di decisione

Settore	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Totale
Industria di base ed energia	-	18	54	52	47	44	91	58	56	66	486
Costruzioni	-	6	7	2	9	4	5	7	8	2	50
Energia elettrica, acqua, e gas	-	2	6	2	4	1	4	4	4	7	34
Industria petrolifera	-	2	11	17	23	23	68	38	33	45	260
Minerali non metalliferi	-	6	23	20	10	8	10	8	9	11	105
Smaltimento rifiuti	-	2	7	11	1	8	4	1	2	1	37
Agroalimentare e farmaceutico	-	25	42	44	55	53	69	70	60	95	513
Agricoltura e allevamento	-	2	3	1	-	3	1	-	2	-	12
Grande distribuzione	-	6	13	20	20	15	27	35	27	40	203
Industria alimentare, delle bevande e del tabacco	-	13	19	16	26	28	30	26	21	45	224
Industria farmaceutica	-	4	7	7	9	7	11	9	10	10	74
Industrie manifatturiere e trasporti	2	41	55	57	66	72	81	80	115	122	691
Altre attività manifatturiere	-	1	2	2	1	3	4	2	4	8	27
Legno e carta	-	3	1	2	4	4	2	8	7	2	33
Logistica e magazzinaggio	-	-	2	1	1	1	-	3	3	4	15
Materiale elettrico ed elettronico	-	13	9	7	11	13	13	10	19	28	123
Meccanica	-	1	5	3	6	6	4	12	12	17	66
Mezzi di trasporto	1	4	6	8	9	8	14	10	23	17	100
Prodotti chimici, materie plastiche, gomma	-	6	9	14	13	19	17	16	21	22	137
Siderurgia e metallurgia	-	2	3	4	4	4	8	5	3	12	45
Tessile, abbigliamento e calzature	1	7	12	10	9	5	8	2	12	4	70
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	-	2	3	5	6	9	9	10	9	8	61
Vetro	-	2	3	1	2		2	2	2	-	14

segue

⁵¹ Sul totale delle concentrazioni esaminate nel 1999, i mercati, nazionali e/o locali, nei quali la concentrazione post-concentrazione supera il 40%, sono il 9% del totale.

⁵² Questa deduzione va però presa con cautela, dal momento che nell'aggregato possono nascondersi situazioni insidiose e che le deduzioni andrebbero fatte con una più precisa cognizione delle situazioni specifiche.

segue **Tavola 9 - Concentrazioni per settore e anno di decisione**

Settore	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Totale
Comunicazioni	-	8	19	22	25	26	17	14	35	47	213
Editoria e stampa	-	3	8	7	3	5	1	1	6	10	44
Informatica	-	1	6	11	17	14	11	8	14	16	98
Macchine per ufficio	-	1	1	-	-	2	1	2	3	3	13
Radio e televisione	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	2
Servizi pubblicitari	-	-	1	2	-	-	1	-	7	5	16
Telecomunicazioni	-	3	3	2	5	5	3	2	5	12	40
Servizi finanziari e postali	-	10	23	47	33	26	25	31	36	33	264
Assicurazioni e fondi pensione	-	5	3	7	8	6	3	9	9	8	58
Attività immobiliari	-	1	12	20	7	11	8	3	8	6	76
Servizi finanziari	-	4	8	20	18	9	13	18	15	13	118
Servizi postali	-	-	-	-	-	-	1	1	4	6	12
Attività professionali, ricreative ed altri servizi	-	3	8	8	21	20	25	12	14	32	143
Attività professionali e imprenditoriali	-	-	-	1	3	9	-	1	-	5	19
Attività ricreative, culturali e sportive	-	-	-	-	1	-	1	-	1	-	3
Cinema	-	1	-	1	2	4	4	2	1	6	21
Istruzione	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1	2
Ristorazione	-	-	3	3	5	3	14	4	4	10	46
Sanità e altri servizi sociali	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	2
Servizi vari	-	1	-	-	1	-	1	-	2	-	5
Settore discografico	-	-	-	-	2	1	1	-	-	-	4
Turismo	-	1	5	2	7	3	4	4	6	9	41
Totale complessivo	2	105	201	230	247	241	308	265	316	395	2310

Le industrie nelle quali sono più frequenti le operazioni di acquisizione e fusione sono la distribuzione, l'agroalimentare e farmaceutico e l'industria petrolifera, dove pure le operazioni riguardano soprattutto la distribuzione. Negli altri servizi, caratterizzati ancora da piccole dimensioni e da fatturati relativamente bassi per unità di impresa, salve alcune grandi eccezioni, il livello di concentrazione è invece basso. Questi dati segnalano che le operazioni vagliate dall'AGCM riguardano aree produttive e contorni dimensionali nei quali una maggior concentrazione è fisiologica.

I dati segnalano inoltre che le acquisizioni di dimensioni rilevanti, oltre a non essere molto numerose, avvengono per lo più tra imprese una delle quali è piccola. Sfuggono allo scrutinio dell'Autorità gran parte delle operazioni di concentrazioni di maggiore importanza che coinvolgono le imprese italiane di più grandi dimensioni insieme a quelle estere.

Tra i fattori che spiegano la bassa propensione ad acquistare altre imprese, due meritano attenzione: l'organizzazione dei mercati e le politiche stesse dell'AGCM.

L'estensione e la trasparenza del mercato azionario e l'efficacia della legislazione che regola il mercato del controllo aziendale dovrebbero favorire le operazioni di trasferimento del controllo e di fusione. L'introduzione di una nuova legislazione – la così detta legge Draghi – che rende più trasparente e percorribile il ricorso al mercato per il controllo societario, è un fatto recente. Sarà interessante verificarne le conseguenze per quanto riguarda la propensione alle fusioni.

Nel prossimo futuro potrebbe sortire effetti anche la crescente attenzione e severità nei confronti delle intese, che rende più costosa ogni forma di cooperazione tra imprese rispetto alle concentrazioni. Secondo alcuni autori⁵³ negli Stati Uniti la politica dell'*antitrust*, severa rispetto ai comportamenti collusivi, ha spinto le imprese ad altre forme di coordinamento e in particolare le fusioni. Un risultato analogo potrebbe quindi verificarsi anche in Italia.

Il raccordo tra la politica di controllo delle concentrazioni e di repressione delle intese pone spesso dei problemi di coerenza: l'Autorità, attenta e severa rispetto alle intese tra le imprese, è più permissiva rispetto alla fusione, che è la forma estrema di coordinamento. Ne sono derivate talvolta decisioni quasi paradossali⁵⁴ alla cui origine sta la difficile determinazione dei confini delle imprese e dei prodotti che è spesso solo convenzionale, oppure risponde a considerazioni normative, o a convenienze molto mutevoli. Quando le imprese o i prodotti sono distinti, l'Autorità può indagare se sospetta comportamenti illegittimi, siano essi intese o abusi, mentre il problema scompare, o acquista diverse caratteristiche e modi d'intervento se le imprese e i prodotti non sono distinti⁵⁵.

7. Abusi

Il quadro degli interventi dell'AGCM in materia di abusi di posizione dominante è assai nitido. La stragrande maggioranza delle istruttorie concluse riguarda aziende pubbliche, o ex-monopoli pubblici o enti di natura pubblica, e si riferisce soprattutto alla violazione dei punti b) e c) dell'art.3 della 287, e in particolare ad azioni volte a impedire o limitare gli accessi al mercato. Vi sono anche alcune istruttorie relative a imprese private, la più importante delle quali si riferisce alla società Coca Cola (1999).

⁵³ G. Bittlingmayer, op. cit.

⁵⁴ Il recente caso Framura/Assologistica-FF.SS (1999) è emblematico. La precedente organizzazione, che vedeva Assologistica e FF.SS. integrate verticalmente, non aveva sollevato problemi antimonopolistici; quando le due società si sono separate, le politiche tra loro intercorse hanno dato luogo a sanzione. Converterà alle due società reintegrarsi verticalmente?

⁵⁵ Consideriamo ad esempio il caso Microsoft. Se questa società avesse offerto i programmi Windows e Explorer integrati nello stesso sistema operativo, la posizione di abuso sarebbe stata diversa e forse inesistente.

L'abuso presuppone l'esistenza di potere monopolistico in un mercato rilevante, la cui individuazione rappresenta la premessa su cui regge ogni argomentazione successiva. Nel caso specifico dell'abuso bisogna verificare la capacità dell'impresa indiziata di alzare il prezzo in misura significativa rispetto a quello concorrenziale nel mercato rilevante. Questa previsione è piuttosto difficile e molto spesso⁵⁶ rappresenta un punto controverso: quanto più rigorosa è l'analisi che conduce a determinare il mercato rilevante, tanto più solide sono le basi dell'istruttoria. Su questo punto l'AGCM non ha ancora raggiunto, a nostro avviso, uno standard soddisfacente. L'individuazione del mercato è frutto di valutazioni il più delle volte ragionevoli, ma non corroborate da un'accurata indagine empirica, né soprattutto da una rigorosa analisi quantitativa. La capacità persuasiva dell'Autorità ha bisogno di argomentazioni analiticamente più solide.

Un'impresa detiene una posizione dominante sul mercato rilevante se: a) dispone di conoscenze (o capacità) inaccessibili ad altre imprese; b) opera in monopolio naturale; c) gode di un monopolio amministrativo; d) dispone di diritti di proprietà intellettuale (brevetti, *copyright*). Nella realtà italiana degli anni '90 le situazioni più comuni si riferiscono alle situazioni b) e c), che spesso coincidono, e i casi esaminati riguardano soprattutto i monopoli pubblici, o gli ex monopoli pubblici⁵⁷.

La politica dell'Autorità in tema di abusi ha seguito due indirizzi.

Un primo obiettivo è stato quello di rimodellare i mercati governati dai monopoli pubblici, o da enti pubblici, in senso maggiormente concorrenziale. Numerosi interventi hanno mirato a contenere l'attività gestita in regime di monopolio entro i confini dell'interesse economico generale. Le imprese concessionarie infatti cercano di espandere l'area della rendita monopolistica in mercati contigui ostacolando l'ingresso di terzi, come nelle telecomunicazioni e nei servizi autostradali. Altri interventi hanno coinvolto anche gli ex monopolisti pubblici che dispongono o comunque esercitano ancora un potere di controllo su infrastrutture necessarie per lo svolgimento di attività produttiva da parte di concorrenti. Si pensi al caso dei trasporti aerei.

Il principio su cui si è fatto leva per giustificare le sanzioni è quello dell'*essential facility*. È stato osservato che questo principio è superfluo, in quanto riconducibile a quello più generale del rifiuto strategico volto a creare o perpetuare un potere monopolistico, oppure è inconsistente con i principi

⁵⁶ Ad esempio nel recente caso che ha visto l'antitrust americano contrapposto a Microsoft, la definizione del mercato rilevante è risultata un punto molto controverso. Vedi M. Bishop, op. cit., pagg. 85 e segg.

⁵⁷ Tra il 1991 e il 1999 il 58% delle decisioni ha riguardato tre settori di servizi di pubblica utilità: trasporti, telecomunicazioni e energia, acqua, gas.

dell'*antitrust* dal momento che ha un valore regolatorio⁵⁸. L'esperienza italiana ed europea indica che la sua applicazione non è riconducibile a quella più generale del rifiuto strategico. Infatti il principio è stato applicato a casi in cui il potere monopolistico era totale e nasceva da un diritto esclusivo attribuito dallo Stato, con l'obiettivo di limitare o eliminare detto potere⁵⁹. "In mancanza di specifiche misure di regolamentazione, nei mercati oggetto di misure di liberalizzazione il ricorso al principio dell'*essential facility* diventa uno strumento indispensabile per assicurare l'effettività degli interventi di liberalizzazione"⁶⁰.

Un secondo obiettivo degli interventi è stato quello di modificare un tipo di comportamento frequente nei monopoli pubblici, ma anche nelle imprese private: nella cultura imprenditoriale italiana prevalente, l'uso del potere di mercato per ostacolare l'ingresso di concorrenti non era e in buona parte non è ancora considerato un comportamento scorretto. Solo forti segnali da parte dell'AGCM possono modificare queste abitudini. Proprio per questo motivo il caso Coca Cola (1999) appare significativo: è il primo caso in cui la sanzione di un abuso ammonta ad una somma pecuniaria molto elevata⁶¹.

8. Intese

Dal dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge 287 è quasi assente il termine collusione e l'idea che la formazione di accordi tra imprese possa ostacolare il processo concorrenziale e danneggiare i consumatori. Nella cultura economica italiana le intese non rappresentavano ancora un illecito. Vi era una generale attitudine delle imprese a cooperare per difendersi da soggetti ritenuti pericolosi per motivi diversi, come le organizzazioni sindacali, lo Stato, i concorrenti esteri, etc., attitudine che si estendeva anche alla propensione a concludere intese collusive, talvolta con l'aiuto di organizzazioni ufficiali.

In una percentuale elevata delle istruttorie in materia di intese sono presenti, con un ruolo determinante, consorzi di produttori o associazioni di categoria, organizzazioni che facilitano il raggiungimento e il rispetto degli accordi, che coinvolgono anche imprese aventi dimensioni e struttura dai costi diversi. In assenza di queste organizzazioni il costo delle intese sarebbe più alto, perché minore sarebbe la fiducia nel rispetto degli accordi.

Nei primi dieci anni di attività i settori che hanno subito più indagini dell'Autorità sono in generale quelli meno esposti alla concorrenza inter-

⁵⁸ Vedi H. Hovenkamp "Federal antitrust policy. The law of competition and its practice", West Group, St. Paul (Min), 1999, II ed, pag. 310.

⁵⁹ AGCM, "Relazione annuale sull'attività svolta" Roma, Aprile 1995, pag. 135 e segg.

⁶⁰ M. Siragusa, "Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza" in E. Raffaelli (a cura di) 'Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario', Giuffrè, Milano, 1998, pag. 167.

⁶¹ Come noto, peraltro, il livello della sanzione dipende anche da quello del fatturato delle imprese coinvolte.

nazionale, o più dipendenti dal mercato nazionale⁶², come era ovvio attendersi. L'attività manifatturiera con il maggior numero di istruttorie è quella del cemento e calcestruzzo⁶³, seguita da quella alimentare⁶⁴. Il numero maggiore degli interventi riguarda però il terziario, e in particolare i trasporti, le assicurazioni, le professioni, l'intrattenimento. Numerosi sono stati anche i casi di intese avviati dalla Banca d'Italia con riferimento al settore del credito, per i quali è stato espresso un parere dall'Autorità.

Le istruttorie rivelano alcune caratteristiche comportamentali delle imprese. Le indagini spesso fanno emergere prove palesi di accordi, che assumono anche la forma di documentazione scritta. Ne esce un quadro di una certa ingenuità delle imprese, che si spiega con il fatto che non hanno ancora metabolizzato l'idea dell'illegalità degli accordi collusivi. È ragionevole ritenere che questa ingenuità svanisca in futuro, e che risulterà più difficile trovare riscontri palesi, e quindi sarà ancor più necessaria un'attenta analisi economica dei comportamenti per verificare l'esistenza di pratiche concertate.

Le intese non coinvolgono solo poche imprese oligopolistiche in settori molto concentrati. Sono invece frequenti accordi, talvolta impliciti, altre volte sanzionati da consorzi e associazioni di categoria o organizzazioni professionali, che coordinano imprese di diversa dimensione ed efficienza anche in settori a non alta concentrazione. Le imprese più efficienti sarebbero in grado di eliminare le meno efficienti, ma evitano di farlo, perché ritengono che il costo economico o sociale della guerra sia troppo elevato, data la posizione di rendita di cui godono. L'effetto complessivo è di aumentare il livello generale di inefficienza. Questo comportamento può essere interpretato come collusione tra una (o più) impresa (e) dominante (i) e un certo numero di imprese marginali⁶⁵, dove la scelta strategica di non fare guerra dei prezzi è il risultato di un gioco ripetuto con un tasso di sconto basso e alti i costi della guerra, non necessariamente solo di natura economica. Se l'equilibrio collusivo è stabile, nel tempo l'assenza di concorrenza induce inefficienze nell'impresa non marginale, così che il cartello si traduce in maggiori costi complessivi e maggiori prezzi per i consumatori.

L'attività decennale dell'Autorità comincia a mostrare dunque che le pratiche collusive sono piuttosto diffuse e in certi settori coinvolgono un ampio numero di imprese. Il caso di alcuni ordini professionali che vivono in una zona grigia compresa tra la collusione e la regolamentazione è emblematico. Ne deriva che una più decisa politica volta a fare emergere, sanzio-

⁶² Il fatto che alcuni settori siano interessati più di altri da indagini è in qualche misura la conseguenza dell'attivazione di alcune indagini conoscitive da parte della stessa Autorità, motivate anche dalla configurazione dei mercati che favorisce in modo non eguale la propensione a cooperare e colludere.

⁶³ Tra il 1991 e il 1999 il 14% delle decisioni relative ad intese hanno riguardato il settore dei minerali non metalliferi.

⁶⁴ Tra il 1991 e il 1999 il 9% delle decisioni relative ad intese hanno riguardato il settore alimentare e delle bevande.

⁶⁵ Vedi D. Carlton, J. Perloff "Organizzazione industriale", McGraw-Hill, Milano, 1994, pag. 145 e segg.

nare e disincentivare questi comportamenti è molto utile dal punto di vista collettivo.

Le indagini relative alle intese presentano peraltro alcuni complessi problemi analitici. Ne esaminiamo brevemente tre, emersi in particolare nel corso di alcune istruttorie.

Alcuni mercati sono intrisi di tradizioni monopolistiche o caratterizzati da un piccolo numero regolamentato di concorrenti, come quelli appena usciti dal monopolio pubblico, oppure sono fisiologicamente condizionati da diritti di esclusività, come quelli retti dai diritti di proprietà intellettuale, oppure infine sono ancora organizzati sulla base di regole che impediscono una vera concorrenza, come quelli delle professioni. L'Autorità si trova di fronte a un dilemma. Da un lato vi è l'obiettivo di sanzionare comportamenti collusivi anche al fine di indurre gli operatori a sviluppare strategie maggiormente concorrenziali. Dall'altro deve constatare che, date le caratteristiche del mercato, l'attuazione di strategie cooperative risponde alla razionalità economica. Se il numero dei concorrenti è molto basso ed è dato, se le opportunità di scambio di informazioni sono frequenti e istituzionali, non ci si può attendere dalle imprese un comportamento non cooperativo⁶⁶. L'attivazione di un vero processo concorrenziale richiederebbe regole diverse: l'ingresso di un maggior numero di concorrenti, l'abolizione di tutte quelle regole che richiedono una forte comunicazione tra le imprese, etc. È possibile, ma non è affatto sicuro, che a sanzioni forti corrisponda l'abbandono di comportamenti collusivi, soprattutto se la configurazione del mercato li favorisce e la sanzione rappresenta un costo limitato rispetto ai profitti collusivi. Di conseguenza l'attività dell'Autorità oscilla inevitabilmente tra la severità e la comprensione, tra il sollecitare le altre istituzioni pubbliche a cui compete modificare le regole del gioco e l'attesa che queste stesse istituzioni si muovano.

Un secondo ordine di problemi nasce dal fatto che la concorrenza governa i mercati verso soluzioni efficienti solo se valgono certe condizioni. "When the problems of economic organization cannot be handled by the price system, the response is often the establishment of an economic organization that substitutes command for independence and the use of prices. This is what typically occurs within individual plants or production units, ...But just as competition within prescribed limits encourages efficiency within a firm, cooperation can be useful among firms when the price system cannot ensure efficient outcomes....the difficulty associated with fixed costs can be thought of as one variety of market failure that requires a partial suppression of independence and the competitive mechanism. Agreements among plants, a type of self-regulation in other words, and mergers are two ways of accomplishing this. Since

⁶⁶ L. Philips, "Competition policy: a game theoretic perspective", Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

individual discretion and responsibility in many aspects of a plant's operations may still be desirable even if fixed costs make a neoclassical competitive equilibrium impossible, the least cost solution could be the formation of a horizontal agreement instead of a consolidated firm"⁶⁷. Il caso a cui si riferisce G.Bittlingmayer è quello in cui le imprese hanno costi fissi elevati e costi marginali molto bassi e costanti: qui il meccanismo della concorrenza prezzo non garantisce soluzioni stabili ed efficienti. La cooperazione, in alternativa alla fusione tra due o più imprese, diventa uno strumento di coordinamento. La natura del mercato induce fusioni o cooperazione, non a fini di monopolizzazione, ma di efficienza. Non sembra quindi corretto confrontare il comportamento delle imprese che operano in questi mercati con il *benchmark* della concorrenza perfetta, o con il gioco non cooperativo di Cournot. Ancora una volta, si richiede all'Autorità un'accurata attenzione alle caratteristiche dei singoli mercati e il ricorso all'analisi economica. In queste circostanze l'economia, più che il diritto, può aiutare nella decisione.

Un altro delicatissimo aspetto della collusione riguarda l'uso dello scambio di informazioni tra le imprese come strumento che favorisce la collusione. Alcune recenti decisioni hanno fatto grande affidamento su questo indizio per ricavarne la conclusione che le imprese sviluppano pratiche concordate. La teoria tradizionale, basata sui contributi originari di J. Stigler, in linea di massima attribuiva allo scambio di informazioni un significato collusivo. La teoria più recente è meno tetragona in questa convinzione ed ha consolidato una posizione più prudente e mirata: non solo lo scambio di informazioni non è sempre indicatore di collusione, ma talvolta è utile al raggiungimento di soluzioni di Nash, ossia equilibri non cooperativi. D'altra parte vi sono modi di scambio di informazione apparentemente innocui (*cheap talking*) che contengono messaggi utili per la formazione e difesa di intese. Ancora una volta la teoria suggerisce all'autorità *antitrust* attenzione al contesto specifico di mercato. Si deve aggiungere che il regime probatorio delle pratiche concordate, nel quale s'inserisce questo problema delle informazioni, è assai prudente, nel senso che spinge l'Autorità a valutare una complessità di elementi e a considerare come indicatore di collusione solo quelli che non possono trovare altra ragionevole spiegazione se non in una strategia collusiva.

9. Conclusioni e prospettive

Negli anni '80 gli economisti italiani si mostravano tiepidi di fronte all'ipotesi di una legislazione *antitrust*; le imprese erano contrarie, o quanto meno la ritenevano ininfluyente; i politici pensavano soprattutto a un *antitrust* per

⁶⁷ G.Bittlingmayer, op.cit., pag. 84.

controllare il nuovo potere dei gruppi. Nonostante queste resistenze nel 1990 nacque un'istituzione che ha mostrato di essere capace di fare di più e meglio di quanto previsto. Grazie a chi l'ha governata e al forte aggancio alla politica europea per la concorrenza, l'AGCM ha contribuito molto alla faticosa marcia dell'economia italiana verso la liberalizzazione dei mercati, soprattutto nel settore dei servizi. L'Autorità inoltre ha cominciato a far sentire la propria presenza alle imprese, spesso più propense a vantare i benefici della concorrenza che a rispettarne le regole.

L'AGCM ha svolto con determinazione un ruolo di *policy maker*, come *law enforcer* e come regolatore, ruoli a nostro avviso strettamente congiunti in quanto la concorrenza è il frutto di comportamenti appropriati, ma anche di condizioni e di regole che li favoriscano.

In questi ultimi tempi sono riemerse posizioni critiche nei confronti della "dittatura dell'*antitrust*" e della sua pretesa impotenza di fronte a fenomeni come la globalizzazione e l'innovazione tecnologica. Si tratta di una posizione cieca, che non vede quanto poco l'economia italiana sia attenta al gioco della concorrenza, né comprende la vitalità dell'*antitrust*, che lascia prevedere anche per il futuro un suo ruolo importante, in un mondo nel quale i comportamenti cambiano meno di quanto non si sia propensi a credere.

Nell'economia italiana infatti il bisogno di protezione prevale ancora su quello di concorrenza, come indica la propensione a colludere e i modi spesso 'istituzionali' in cui si concretizza. L'idea che il monopolio rappresenti sempre un pericolo e quasi sempre un danno per tutti non si è ancora consolidata nella cultura comune. D'altra parte la classe politica conserva una forte pulsione a controllare, regolare, concedere. Poiché l'Autorità ha la funzione primaria di affermare il principio della concorrenza nei comportamenti delle imprese e nelle politiche pubbliche, essa conserverà ancora nei prossimi anni un ruolo insostituibile.

L'AGCM continuerà inoltre a svolgere una funzione di raccordo con la politica per la concorrenza espressa dalla Commissione europea. L'esperienza passata mostra che il collegamento con quest'ultima attribuisce all'Autorità un maggior potere di pressione sul legislatore nazionale a favore di norme che aprano più spazi alla concorrenza. In un prossimo futuro questa azione potrebbe svilupparsi soprattutto nei confronti delle autorità decentrate, che acquisteranno un peso maggiore nel governo dell'economia. Questi nuovi soggetti non hanno nelle loro priorità la formazione di mercati locali concorrenziali. In particolare il processo di privatizzazione a livello locale è assai più lento che non quello nazionale, e nulla garantisce che dal monopolio delle aziende municipalizzate non si passi a quello delle aziende private. Quindi appare quanto mai opportuno che gli interventi deregolamentativi dell'Autorità, fino ad oggi mirati soprattutto al governo centrale, si spostino anche verso i governi locali.

L'esperienza maturata in questi anni suggerisce alcuni aggiustamenti nell'uso della strumentazione economica nello svolgimento dell'attività di *law enforcement*. Abbiamo evidenziato come non sempre la determinazione del

mercato rilevante, passaggio essenziale per ogni procedimento, appaia sufficientemente ancorata a indagini economico-quantitative. Così pure, nell'esame dei singoli casi non è sempre evidente una profonda e precisa attenzione alle specifiche caratteristiche del processo concorrenziale in atto nei singoli mercati. Se è vero che la teoria economica è oggi capace, più di ieri, di suggerire *benchmark* concorrenziali a cui raffrontare i casi in esame, se ne deduce che è necessario un uso più intenso di analisi economica.

In tema di acquisizioni la politica perseguita è stata permissiva. Questo orientamento troverà probabilmente conferma, perché giustificato dalla realtà produttiva italiana. Sarebbero però opportune a nostro avviso alcune modificazioni normative e di procedure interne che darebbero agli uffici la possibilità di un lavoro più approfondito: ci riferiamo all'allungamento dei tempi massimi concessi per legge alle indagini e alla selezione automatica delle concentrazioni di piccole dimensioni. Inoltre sembrerebbe opportuno, e coerente con l'esperienza di tutti gli altri paesi europei, riportare all'AGCM la competenza primaria in tema di acquisizioni, abusi e accordi nel settore del credito, competenza che la 287/90 ha attribuito alla Banca d'Italia, la cui politica in tema di concentrazioni appare particolarmente cauta e discrezionale.

Il futuro presenterà operazioni di concentrazione più importanti rispetto al passato, come inevitabile conseguenza del processo di aggregazione ora in atto: le acquisizioni coinvolgeranno anche imprese nazionali più grandi. L'AGCM dovrà inoltre tenere presenti i nessi esistenti tra concentrazioni e accordi: poiché questi due modi alternativi di organizzare le transazioni tra le imprese hanno spesso motivazioni di coordinamento, e non di monopolizzazione, la diversa attitudine dell'Autorità nei confronti delle due strategie aziendali può sortire effetti non neutrali sull'organizzazione industriale.

In tema di abuso di posizione dominante i prossimi anni presenteranno ancora problemi connessi alle privatizzazioni attuate o in corso di attuazione. È vivo a livello europeo il timore che i vecchi monopoli nazionali dei servizi di pubblica utilità si trasformino in nuovi monopoli privati, od oligopoli, europei o nazionali. Quanto avviene ad esempio nel settore elettrico non è incoraggiante. Poiché il lupo perde il pelo, ma non il vizio, l'esperienza maturata nel decennio passato suggerisce all'AGCM di tenere alta la guardia di fronte al rischio di conferma dei comportamenti passati. Sarà necessario rafforzare ulteriormente i rapporti di collaborazione, ma anche di controllo, con le Autorità di settore, che più dell'AGCM sono sottoposte alle pressioni dirette provenienti dal settore. Il grado di concorrenza in questi settori non dipende solo, né forse primariamente, dall'azione *antitrust*, dato il forte contenuto regolativo e i vincoli all'entrata che ancora sono presenti. Si può anzi dire che, in assenza di una politica da parte delle altre Autorità di settore e del governo orientata ad accelerare la concorrenza, gli interventi dell'AGCM potrebbero risultare ininfluenti.

In futuro l'attenzione dell'Autorità dovrà concentrarsi più che nel passato su forme di potere di mercato che stanno acquistando peso nell'economia mondiale e nazionale: ci riferiamo ai monopoli generati dai diritti esclusivi di proprietà intellettuale. Questi diritti consentono la nascita di mercati di beni, come le idee, per loro natura pubblici, garantendone lo sfruttamento monopolistico.

A livello mondiale vi è la tendenza a estendere e aumentare la durata di questi diritti, e in particolare del *copyright*, tendenza che muove in direzione contraria rispetto all'affermazione di una maggiore concorrenza. Non è un problema piccolo, giacché il peso dei settori legati ai diritti di proprietà intellettuale cresce in termini di fatturato totale e di capacità di condizionare lo sviluppo economico complessivo.

L'industria protetta da *copyright* ha due importanti caratteristiche. I costi derivano da un elevato investimento per la produzione del prototipo e da basse, o bassissime, spese marginali per la riproduzione dello stesso prototipo: si pensi alle pellicole cinematografiche, ai dischi musicali, ai c.d.r. informatici, etc.. Inoltre, se l'uso di un'idea, ad esempio un programma informatico, si diffonde e si impone fino ad acquisire il valore di standard, si generano economie di rete che attribuiscono una posizione di dominio del mercato al soggetto che ne detiene i diritti relativi⁶⁸. Questa configurazione dei costi e l'esistenza di economie di rete danno luogo a un gioco della concorrenza che ha caratteristiche specifiche.

Nei casi di abuso l'Autorità, nel decidere se intervenire, dovrebbe tenere presenti due considerazioni.

In primo luogo dovrebbe verificare se il detentore di un diritto di proprietà intellettuale utilizza il potere di mercato, legittimo, che ne deriva per estenderlo su un secondo mercato, in qualche modo dipendente dal primo, ma dove la sua idea concorre con quella di altri. L'esclusività del diritto nel primo mercato gli attribuisce potere di leva anche sul secondo, nel quale potrebbe esservi concorrenza. Non serve, né è opportuno, applicare a questi diritti esclusivi il principio dell'*essential facility*, poiché si tratta comunque di atti volti a impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnologico o il progresso tecnico, a danno dei consumatori⁶⁹. Il danno dei consumatori emerge soprattutto attraverso un'analisi prospettica della dinamica del mercato. L'Autorità dovrà quindi valutare se l'estensione del dominio su altri mercati potrebbe essere sfavorevole per i consumatori, chiedendosi se è possibile che si determini un 'effetto domino' tale per cui il legittimo potere goduto su di un mercato si estende progressivamente ad altri, eliminando la concorrenza⁷⁰.

In secondo luogo nell'esaminare questi casi l'Autorità si trova di fronte a un possibile contrasto tra l'obiettivo della tutela della concorrenza e il

⁶⁸ Vedi T.Cotter "Intellectual property and the essential facilities doctrine", Antitrust Bulletin, 1999.

rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. In taluni casi consentire a terzi l'accesso all'uso di certi diritti di proprietà intellettuale può avere effetti positivi in termini di benessere sociale; da un punto di vista economico questi effetti positivi vanno però soppesati con quelli potenzialmente disincentivanti della creazione di nuove idee. Il problema è di vasta portata e non spetta all'Autorità modificare la struttura dei diritti di proprietà intellettuale. Se questo è vero, non sembra neppure corretto aggirare il problema ricorrendo al principio dell'*essential facility* per limitare questi diritti. Ciò non esclude che il legislatore europeo e italiano, consapevoli degli effetti negativi derivanti per i consumatori da un'eccessiva protezione dei diritti di proprietà intellettuale, prendano in considerazione l'idea di modificarla.

L'esame delle intese dà luogo a complessi problemi analitici ed evidenzia spesso una diversità di giudizio tra il punto di vista giuridico ed economico. Come si è osservato più sopra, è verosimile che in futuro le politiche collusive delle imprese siano più prudenti e nascoste. Diventerà quindi ancor più importante l'approfondimento economico dei comportamenti: solo un'attenta analisi economica dei casi può evidenziare il contenuto collusivo e il danno sociale derivanti dai comportamenti cooperativi delle imprese.

La recente focalizzazione della politica dell'Autorità rispetto a settori di grande importanza per i consumatori, quali i prodotti petroliferi e le assicurazioni, è un messaggio positivo perché esprime la volontà di rendere più visibile l'intervento e meno conveniente la propensione a colludere. Nei prossimi anni, come già in passato, l'attenzione continuerà a concentrarsi soprattutto sui settori dei servizi, nei quali la concorrenza stenta a diventare regola diffusa. L'apertura a una maggiore concorrenza internazionale rappresenta un passaggio senza il quale è difficile generare un effettivo processo concorrenziale, come mostra la difesa ad oltranza degli ordini professionali.

Un campo nel quale l'Autorità si è mossa con molta prudenza è quello delle aste pubbliche, che attivano uno spazio economico di grandissime dimensioni. Se è vero che l'apertura delle gare ai concorrenti europei dovrebbe introdurre maggiore concorrenza, una maggiore attenzione a questa dimensione del mercato da parte dell'Autorità contribuirebbe molto al benessere dei consumatori.

I problemi teorici posti dalle aste pubbliche sono molto complessi.

⁶⁹ Vedi T.Cotter, *ibidem*.

⁷⁰ Nell'analizzare il caso Microsoft ad esempio l'Autorità antitrust americana ha espresso al riguardo una valutazione affermativa: il timore che una posizione dominante su un mercato di grandi dimensioni e importanza possa in futuro frenare le innovazioni e danneggiare i consumatori in altri mercati ha prevalso sulla valutazione positiva degli indubbi vantaggi per il consumatore determinati dallo standard di Microsoft. Considerazioni di efficienza dinamica hanno prevalso su altre di efficienza statica.

L'attivazione stessa di un'asta pubblica, anche quando attribuisce tale diritto a più soggetti, presuppone l'insorgenza di un mercato in cui non vi sia concorrenza o sia limitata. Infatti è solo sulla base di questa considerazione che i partecipanti alla gara sono disposti a pagare al soggetto pubblico che concede l'esclusiva un prezzo, corrispondente al valore attuale di una certa parte del surplus atteso derivante dalle rendite monopolistiche. D'altra parte le regole del gioco poste per la gara sono determinanti nel definire le opportunità di colludere e quindi influenzano il prezzo di acquisto della concessione e la quota di surplus che è trasferita al soggetto pubblico. Se non è competenza dell'Autorità quella di definire le modalità in cui si svolge la gara, è però importante che essa sia pronta ad intervenire nei casi sospetti di collusione.

Bibliografia

- Autorità garante della concorrenza e del mercato, Relazione annuale, anni vari
- M. Bishop *"Microsoft sotto processo"* in *Mercato, concorrenza e regolazione*, n. 1, 1999
- G. Bittlingmayer *"Did antitrust policy cause the great merger wave ?"* *Journal of Law and Economics*, Apr. 1985
- D. Carlton, J. Perloff *"Organizzazione industriale"*, McGraw-Hill, Milano, 1994
- Y. Chen *"Promises, trust and contracts"* in *Journal of Law, Economics and Organization*, Apr. 2000
- T. Cotter *"Intellectual property and the essential facilities doctrine"*, *Antitrust Bulletin*, 1999
- J. Farrell, M. Rabin *"Cheap talking"* in *Journal of Economic Perspectives*, Summer 1996
- A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. Ubertazzi (a cura di) *"Diritto antitrust italiano"*, Zanichelli, Bologna, 1997, vol. I
- D. Goyder *"EC Competition Law"*, Oxford University Press, London, 1998
- M. Grillo *"The economic analysis of collusion and the detection of collusive behaviour: new perspectives for antitrust policy and law"* in E. Raffaelli (a cura di) *"Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario"*, Giuffrè, Milano, 2000
- H. Hovenkamp *"Federal antitrust policy. The law of competition and its practice"* West Group, St. Paul (Min), 1999, II ed.
- R. Kranton *"The formation of cooperative relationships"* in *Journal of Law, Economics and Organization*, Apr. 1996
- P. L. Parcu *"Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive"*, AGCM, 'Temi e problemi', 1995
- L. Philips *"Competition policy: a game theoretic perspective"* Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- Senato della Repubblica, *La legislazione antitrust*, voll. I e II, Roma, 1990
- F. Silva *"Autorità garante della concorrenza e deregolazione"*, in S. Cassese, G. Galli (a cura di) *"L'Italia da semplificare: Le istituzioni"* Il Mulino, Bologna, 1998
- M. Siragusa *"Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza"* in E. Raffaelli (a cura di) *"Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario"*, Giuffrè, Milano, 1998
- J. Sutton *"Sunk costs and market structure"*, MIT Press, London, 1991
- S. Tarditi *"Il bilancio agricolo dell'Unione Europea: tendenze e proposte di modifica da una prospettiva italiana"* CIP, Università di Siena, mimeo, 2000
- Terzo Rapporto CER-IRS sull'industria e la politica industriale italiana, il Mulino, Bologna, 1989
- R. Whish *"Competition Law"*, Butterworth, London, III edition, 1993

La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano

di Mario Libertini

1. La legge 287 del 1990 come momento di svolta nel sistema giuridico italiano

Una riflessione sul ruolo della disciplina antitrust interna, in un decennio di vita, nell'evoluzione del sistema giuridico italiano, deve anzitutto richiamare il carattere di forte novità che l'introduzione di tale disciplina ha avuto. Malgrado le numerose proposte, succedutesi sin dagli anni Cinquanta, l'Italia era rimasta, fino al 1990, l'unico paese della Comunità privo di una legislazione antitrust nazionale (ed anzi con una legislazione interna tendenzialmente favorevole alle restrizioni della concorrenza).

Di questo ritardo si davano allora tre spiegazioni diverse.

Una prima spiegazione, minoritaria, faceva capo all'arretratezza culturale del paese, al peso della tradizione cattolica e di costumi corporativi, alla diffusione di ideologie anticapitalistiche.

Una seconda spiegazione faceva capo alla debolezza economica del nostro Paese, e quindi alla inopportunità di porre limiti alla libertà d'azione ed alla possibilità di crescita delle imprese nazionali.

Una terza spiegazione riteneva già "superata" in Italia la prospettiva dell'antitrust, perché il Paese avrebbe già raggiunto lo stadio di una più moderna politica industriale, caratterizzata dall'intervento pubblico diretto, in funzione correttiva delle distorsioni del mercato (partecipazioni statali, politiche di sostegno di aree e settori economici), in un contesto di crescita spontanea della concorrenza internazionale.

Tali spiegazioni, come si vede, davano letture molto diverse del fenomeno della mancanza di una legislazione antitrust: arretratezza culturale ed economica, superfluità della disciplina o fortunata contingenza storica.

L'ultima delle tesi sopra ricordate sembrava prevalere negli anni Settanta¹. Ma, nel decennio successivo, apparve chiara la fragilità – almeno nella parte relativa all'intervento pubblico in economia – di quel modello di politica industriale che aveva caratterizzato la crescita economica italiana

¹ Per un quadro del dibattito a quel tempo cfr. M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. GALGANNO, vol. III, Cedam, Padova, 1979, 413 ss.. A titolo di testimonianza, ricordo che in quella trattazione mi sforzavo di dimostrare che una legislazione antitrust era uno strumento utile anche nel quadro di una politica di "programmazione democratica dell'economia" (formula che in quel momento sembrava descrivere il modello ideale di organizzazione della vita economica). Ma v. anche G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1972, 44, ove la legislazione antitrust è considerata utile essenzialmente come strumento di controllo, da parte dello Stato, del potere della grande impresa.

degli anni precedenti. Si delineò la crisi della finanza pubblica e la necessità di un programma di privatizzazioni. Emerse, contemporaneamente, il fenomeno della eccessiva concentrazione e del rischio di perdita di competitività in vari campi dell'industria nazionale. Inoltre, si rafforzava, anno dopo anno, il prestigio delle istituzioni comunitarie, e la loro capacità di incidere sugli ordinamenti dei paesi membri. Infine, la caduta dei regimi comunisti e il successo delle politiche neoliberiste in Gran Bretagna e negli U.S.A., mettevano in crisi quell'ideologia dello Stato sociale che aveva in vario modo prevalso nel dibattito politico degli anni precedenti.

Fu in questo mutato contesto storico-culturale che un fatto contingente, quale la temporanea ma forte presenza parlamentare di Guido Rossi, poté dare la spinta decisiva per la rottura della tradizione nazionale negativa in materia di legislazione antitrust.

Si giunse così all'approvazione della legge n. 287/90, nella quale si stabilì – pur fra qualche contrasto – di attribuire le funzioni principali di attuazione della legge ad un'autorità amministrativa indipendente.

Il fatto che l'Autorità sia stata tempestivamente costituita, abbia cominciato immediatamente ad operare, ed abbia conquistato, nel giro di pochi anni, notevole prestigio, dimostra (spero che l'argomento non appaia semplicistico) che una disciplina antitrust rispondeva e risponde a bisogni reali dell'economia e della società italiane, ed è anche – in linea di massima – culturalmente accettata, come componente essenziale del sistema giuridico nazionale.

Ciò, tuttavia, non può fare dimenticare che l'approvazione della legge n. 287/90 e l'affermazione della libertà di concorrenza come principio generale sono state, dieci anni fa, un fenomeno di rottura nella storia del nostro ordinamento.

Per evidenziare quanto l'affermazione di quel principio si distaccasse dal diritto vivente italiano, mi limito a segnalare due dati giurisprudenziali, collocati nel tempo immediatamente anteriore all'approvazione della legge n. 287/90. Nel 1982 la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2596 c.c., interpretato come disposizione volta a dare validità nel diritto nazionale, senza limiti di contenuto (ma solo con limiti posti a tutela della libertà del contraente), agli accordi restrittivi della concorrenza².

In quella occasione, la Corte avrebbe potuto emettere una sentenza interpretativa di rigetto, attribuendo all'art. 2596 c.c. (sulla scorta di proposte interpretative già avanzate da una dottrina minoritaria) il significato di norma volta, appunto, a tutelare solo la libertà del contraente, ma non anche a valutare la liceità della causa dell'accordo. Quest'ultima – in tale prospettiva – si

² Corte cost., 16.12.1982, n. 223, in *Foro it.*, 1983, I, 12.

sarebbe dunque dovuta valutare alla stregua dei criteri generali dell'art. 1343 c.c. e sarebbe potuta pertanto risultare illecita se contrastante con l'ordine pubblico e, quindi, anche con i principi generali dell'ordinamento. Il ragionamento della Corte si regge invece sulla negazione di tale passaggio: la libertà di concorrenza non rientra fra i principi generali dell'ordinamento, ricavabili dalla Costituzione, per cui la materia è soggetta alla piena discrezionalità del legislatore ordinario. Da qui il rigetto dell'eccezione di incostituzionalità e la conferma dell'interpretazione tradizionale dell'art. 2596 c.c., per la quale gli accordi restrittivi sono considerati contratti a causa tipica, positivamente valutata, in termini generali, dal legislatore.

Il secondo dato giurisprudenziale che voglio richiamare è emblematico, perché si tratta di una sentenza pronunciata pochi giorni prima dell'entrata in vigore della legge n. 287/90. Nel settembre 1990, la corte d'appello di Roma³, chiamata a pronunciarsi su una delle tante azioni intentate da rivenditori di giornali contro editori e grossisti, per via del noto accordo di boicottaggio dei nuovi edicolanti non graditi dai concorrenti, rigettava la pretesa di risarcimento dei danni, affermando che non era stato leso alcun diritto soggettivo dell'edicolante né, d'altra parte, si poteva invocare l'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. sull'obbligo di contrarre del monopolista (perché norma eccezionale e perché in ogni caso – secondo il ragionamento della Corte – volta a tutelare solo i consumatori finali e non anche la libertà d'impresa).

In tale contesto, l'introduzione nell'ordinamento della legge n. 287/90 appare dunque, al di là dello specifico contenuto dispositivo, come un fatto normativo volto ad incidere sui principi generali dell'ordinamento, affermando a tale livello il principio di libertà di concorrenza.

Di ciò, del resto, il legislatore fu chiaramente consapevole, sì da indursi ad affermare solennemente in apertura della legge (con modalità allora inconsueta, sul piano della tecnica legislativa) che le norme antitrust interne costituivano norme di "attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica".

Questo enunciato legislativo è contenuto in una legge ordinaria e, quindi, non può dare luogo ad una interpretazione autentica della norma costituzionale. Però è anche vero che esso costituisce una disposizione di principio che, fino a quando non sia smentita da disposizioni di legge diverse, dà un criterio di orientamento all'interprete delle leggi ordinarie, oltre a fornire una indicazione preferenziale circa l'interpretazione dell'art. 41 Cost., di cui il giurista positivo deve tenere il massimo conto e che deve tendenzialmente seguire, a meno che (con pesante onere di argomentazione) non ravvisi altri e preminenti valori costituzionali, contrastanti con tale interpretazione.

³ App.Roma, 17.9.1990, in *Giur.ann. dir.ind.*, 1990, 720.

In questa prospettiva, non può certo essere sottovalutata la portata sistematica dell'interpretazione legislativa dell'art. 41 Cost, contenuta nella legge 287. I punti salienti di tale interpretazione sono i seguenti:

a) *L'art. 41 Cost. riconosce un diritto soggettivo di iniziativa economica.* Tale soluzione è conforme all'orientamento prevalente, ma non scontata. Secondo alcuni, infatti, l'art. 41 riconoscerebbe uno stato di libertà economica, ma non un diritto soggettivo di iniziativa economica, e conterrebbe soltanto una "garanzia d'istituto"⁴.

b) *Il diritto di iniziativa economica ha ad oggetto anche l'attività concorrenziale.* Si riconosce così che per "iniziativa economica" non s'intende solo la decisione iniziale di investimento⁵, ma tutta intera l'attività d'impresa. Anche questa interpretazione è conforme all'orientamento prevalente. La situazione protetta riguarda dunque anche la libertà di gestione dell'impresa (come organizzazione e combinazione dei fattori produttivi), la libertà contrattuale (sia sotto il profilo dello scambio che sotto quello dell'organizzazione dell'impresa), la libertà di azione concorrenziale (come libertà di competizione e di scelta dei mezzi concorrenziali), la libertà di abbandono del mercato.

c) *La concorrenza è rilevante non solo come oggetto della situazione soggettiva protetta, ma anche come situazione di fatto socialmente utile.* Questo passaggio non è affatto scontato, perché in passato è prevalsa proprio l'opinione contraria, per la quale la concorrenza era sì un diritto dell'imprenditore, ma non rappresentava, per l'art. 41 Cost., un bene giuridico oggettivamente protetto⁶. Con questa diversa impostazione, l'esercizio della libertà di iniziativa economica per finalità contrastanti con la dinamica concorrenziale è valutato come contrastante con l'utilità sociale.

d) *La libertà di iniziativa, e quindi anche la concorrenza, sono "tutelate e garantite".* Nel linguaggio costituzionale (v. ad es. art. 2 Cost.) il rafforzamento della protezione giuridica, che si esprime attraverso il principio di "garanzia" da parte dell'ordinamento, indica che una situazione è tutelata non solo nei confronti delle lesioni che possono provenire dai poteri pubblici, ma anche contro quelle che possono provenire dai poteri di fatto, presenti nella società.

⁴ R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e attività economica privata*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁵ Così, invece, alcuni aa., come A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc.dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 582 ss.; e M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.

⁶ Così, ad es. V. SPAGNUOLO-VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Novene, Napoli, 1959; BALDASSARRE, *op.cit.*; P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Cedam, Padova, 1969..

Per un tentativo di dimostrazione della soluzione favorevole alla rilevanza costituzionale della libertà di concorrenza, ora accolta dalla legge 287, v. M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, a cura di F. Galgano, vol. III, Cedam, Padova, 1979, 469 ss..

Anche questo aspetto dell'interpretazione non è affatto scontato. Infatti, nell'interpretazione prevalente, accolta anche dalla Corte costituzionale, le finalità delle discipline pubbliche di regolazione delle attività economiche, e i loro possibili effetti anticoncorrenziali, sono stati quasi sempre indifferenti. Vi è stata una sorta di presunzione di "utilità sociale" delle norme regolatrici dei mercati, salvo il caso in cui imponessero vincoli troppo rigidi alla libertà patrimoniale dell'imprenditore (es.: imponibili di mano d'opera o doveri di vendita del prodotto a prezzi non remunerativi). Così pure, in materia di monopoli legali, fatta salva l'eccezione (pur rilevantissima) del settore radiotelevisivo, per il resto la Corte costituzionale ha dato un'interpretazione elastica dell'art. 43 Cost., e così ha lasciato un'ampia discrezionalità politica allo Stato (ad es. in materia di monopoli fiscali).

Sostanzialmente indifferenti la Corte e i giudici ordinari erano poi apparsi, come si è già ricordato, verso il problema della garanzia della libertà d'impresa nei confronti del potere privato.

La svolta che, a livello di principi generali, è dunque segnata dall'interpretazione filoconcorrenziale dell'art. 41 Cost., oltre che dall'entrata in vigore delle norme sostanziali della legge antitrust nazionale, è certo di grande rilievo sistematico.

Si tratta ora di vedere se, nel decennio trascorso dopo l'entrata in vigore della legge, il valore sistematico della legge antitrust nazionale è stato riconosciuto in pieno nei vari formanti dell'ordinamento, sì da divenire "diritto vivente". In questa analisi si deve tenere conto tanto del profilo "interno", cioè dello stato di attuazione delle norme della legge n. 287/90, quanto del profilo "esterno", cioè del grado di coerenza che, rispetto ai principi filoconcorrenziali espressi nella legge n. 287/90, sono stati manifestati nei formanti legislativo e giurisprudenziale dell'ordinamento italiano, nel decennio successivo all'entrata in vigore della legge stessa.

2. La continuità con il diritto comunitario della concorrenza

Il primo aspetto dell'analisi è, per vari aspetti, più semplice.

Nel dare attuazione alle norme della legge n. 287/90, l'Autorità Garante ha avuto il terreno spianato dalla felice scelta del legislatore, che ha dettato la norma interpretativa dell'art. 1, comma 4, nella quale è sancito il criterio di interpretazione filocomunitaria delle disposizioni della legge. Tale norma interpretativa speciale, che a sua volta deve essere intesa (anche se le opinioni sul punto non sono unanimi) in senso forte, come vincolo di continuità del diritto antitrust nazionale rispetto alle scelte del diritto comunitario "vivente"⁷, ha semplificato e velocizzato non poco il processo di attuazione della legge n. 287/90.

⁷ Mi permetto di rinviare, sul punto, a M. LIBERTINI, *Diritto comunitario e diritto nazionale nella disciplina antitrust*, in *Economia dell'azienda e diritto dell'impresa*, 2000, 46, ove altre indicazioni.

Alcuni nodi interpretativi sono stati così immediatamente risolti con l'adattamento alle soluzioni comunitarie e, quindi, con risultati già sperimentati, nell'obiettivo di dare alle norme antitrust la massima efficacia.

Ricordo qui le principali fra tali soluzioni:

- la regola di *diretta applicabilità delle norme del diritto comunitario* della concorrenza e della prevalenza di queste, in caso di contrasto, con le norme nazionali in materia (norme antitrust nazionali e norme di regolazione del mercato); regola, fondata sul primato del diritto comunitario, a cui il legislatore nazionale ha opportunamente dato più efficace applicazione, sancendo il criterio della cosiddetta "*barriera unica*", cioè dell'applicabilità delle norme antitrust nazionali solo negli spazi non occupati dalle norme comunitarie;
- la *nozione ampia di impresa*, atta a comprendere qualsiasi attività consistente nella cessione di beni o servizi dietro corrispettivo, con la sola esclusione quindi delle attività essenzialmente autoritative e di quelle puramente erogative; e con la conseguenza, pertanto, di sottoporre a controllo antitrust le attività economiche svolte da professionisti intellettuali e quelle svolte da strutture di natura pubblicistica;
- la *nozione ampia di intesa*, con particolare riguardo alle pratiche concordate e alle decisioni di associazioni di imprese; con la conseguenza di dare rilievo anche a comportamenti associativi del tutto informali o a indizi anche frammentari di esistenza di concertazioni fra imprese, e con l'altra fondamentale conseguenza di dare rilievo anche alle intese aventi mero oggetto anticoncorrenziale, pur nel caso in cui non siano state ancora produttive di effetti restrittivi della concorrenza;
- un insieme di regole, di fonte giurisprudenziale o regolamentare comunitaria, atte a disciplinare il fenomeno delle *intese verticali*; regole che si sono evolute nel corso del decennio, fino alla sistemazione dettata nel Reg. CE 2790/99, e che consentono oggi di affrontare razionalmente il fenomeno, concentrando l'attenzione – oltre che su alcune clausole inserite in una "lista nera" ormai consolidata – sui casi in cui almeno una delle imprese partecipanti all'intesa abbia effettivo potere di mercato, sui casi di effetto cumulativo escludente prodotto da un uso generalizzato di clausole restrittive;
- una nozione articolata di *mercato rilevante*, che, pur essendo ancora un punto non del tutto affinato dell'elaborazione teorica in materia⁸, è in ogni caso operativamente preziosa: sia nel fornire una nozione

⁸ Alle radici delle incertezze e degli equivoci presenti in materia sta probabilmente il fatto che la teoria del mercato rilevante si è costruita intorno ad una nozione analitica di mercato, strutturata intorno al singolo prodotto e a soggetti (produttori e consumatori) intesi atomisticamente; laddove la realtà concorrenziale vede come attori le imprese, che sono strutture organizzate, che normalmente offrono una pluralità di prodotti e impostano i loro comportamenti su strategie di espansione e di acquisizione di vantaggi competitivi (cfr. A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, Paris, 1998, 358).

tendenzialmente restrittiva e segmentata del mercato quando si tratta di valutare abusi di posizione dominante o effetti restrittivi di intese; sia nel fornire una nozione più elastica, aperta alla considerazione dei fenomeni di concorrenza potenziale, quando si tratta di valutare gli eventuali effetti anticoncorrenziali di operazioni di concentrazione;

- una *nozione “tipologica”*, e quindi duttile ed operativamente preziosa, di *posizione dominante*, incentrata sull’elemento della “relativa indipendenza dei comportamenti di mercato”, e quindi atta ad attribuire carattere indiziario e non essenziale a una serie di dati fattuali, normalmente presi in considerazione nel giudizio in materia (dalla quota di mercato alla potenza finanziaria, ecc.); ed atta, altresì, ad evolversi nel tempo, acquisendo così sfaccettature nuove, come è della teoria delle *essential facilities*, storicamente collegata ai fenomeni di liberalizzazione di mercati un tempo monopolistici e alla conseguente esigenza di costruire regimi speciali di utilizzo di infrastrutture essenziali, poste in essere in regime di monopolio legale (o comunque sulla base di diritti speciali) e oggi non facilmente riproducibili;
- una *ricca casistica in tema di abuso*, atta a fornire criteri applicativi per l’individuazione delle fattispecie tipiche, elencate nell’art. 3 della legge n. 287/90 (dalla tendenziale applicazione di criteri di confronto fra mercati, per l’accertamento dell’esistenza di prezzi o condizioni contrattuali eccessivamente gravose, al criterio dei costi medi variabili per l’accertamento dell’esistenza di eventuali “prezzi predatori”); ed atta a consentire l’estensione della norma a fattispecie atipiche, quali in primo luogo le c.d. sovvenzioni incrociate e, in genere, le azioni delle imprese dominanti volte a conquistare potere su mercati contigui, avvalendosi di vantaggi derivanti dalla posizione di dominio sul mercato principale;
- oltre ai *criteri tendenzialmente elastici nella valutazione degli effetti restrittivi delle operazioni di concentrazione*, un preciso orientamento nella definizione delle operazioni medesime, particolarmente importante per ciò che attiene al progressivo allargamento e alla ridefinizione della nozione di impresa comune concentrativa;
- *regole abbastanza precise sul procedimento* (mezzi istruttori, diritti di difesa, accesso ai documenti, discussione), che sono, d’altra parte, risultate coerenti con le regole generali sui procedimenti amministrativi sanzionatori, giunte a un livello di matura elaborazione anche nel diritto interno;
- infine, il riconoscimento del principio di generale *applicabilità delle norme antitrust* –fatte salve eventuali espresse eccezioni di legge – a *tutti i settori economici*, anche quelli soggetti a regolazione amministrativa penetrante; principio poi indirettamente ribadito dall’art. 2, comma 33, l.14.11.1995, n. 481, ed atto a prevenire eventuali interpretazioni espansive di quelle disposizioni della legge n. 287/90 (artt. 8, 20, 21) che regolano situazioni di confine tra i poteri dell’Autorità Garante ed altri poteri amministrativi (anche se, non potendo operare nel diritto inter-

no, a favore delle regole di concorrenza, il principio del primato del diritto comunitario su cui fa leva la Commissione CE in analoghe situazioni, i poteri dell'Autorità Garante devono in atto fermarsi di fronte ad atti di regolazione emanati da altre autorità amministrative, e alla conseguente *state action doctrine*, invocata da parte dell'impresa).

3. Una valutazione d'insieme sull'efficacia della legge 287 nei diversi ambiti di applicazione

L'esistenza di questo *corpus* di norme, ricco e abbastanza organico anche nelle sue espressioni evolutive, ha consentito dunque all'antitrust italiano di avvalersi dei vantaggi degli "ultimi arrivati". Ciò, accanto agli indubbi meriti di tutti coloro che hanno avuto posizioni di responsabilità nel settore, ha fatto sì che l'efficacia dell'azione amministrativa svolta dall'antitrust nazionale nel primo decennio di attuazione della legge sia stata maggiore di quanto anche i più convinti fautori della legge potessero ragionevolmente prevedere.

Sia consentito qui richiamare sinteticamente le linee principali di questa azione amministrativa.

3.1 Per quanto riguarda la repressione delle intese, l'azione dell'Autorità ha colpito diversi settori industriali maturi (calcestruzzo, petroli, tubi, materiali esplosivi, zolfo, ecc.) ed altri, tradizionalmente soggetti a regolazione obbligatoria di tipo consortile (prosciutti, formaggi, fiammiferi); essa ha poi dedicato particolare attenzione al settore dei servizi (assicurazioni, trasporti, ma anche servizi professionali di varia natura). Si può intuire che ancora molti settori economici, e in particolare quelli industriali avanzati, costituiscono potenziali campi per un intervento più penetrante dell'Autorità (anche se non mancano, in questo ambito, esempi anche rilevantissimi di intervento, come il noto caso Tim/Omnitel sulle tariffe fisso/mobile). È comunque certo che, già oggi, il divieto di intese anticoncorrenziali è entrato a far parte del patrimonio culturale degli operatori economici italiani di tutti i settori: l'*ignorantia legis* sembra appartenere ad un passato remoto. In generale, l'Autorità sembra per ora dirigere l'attenzione, in via prioritaria, sull'attività delle associazioni di imprese (associazioni generali di categoria e consorzi). La scelta appare razionale: nel lungo tempo in cui l'ordinamento italiano è stato indifferente alla libertà di concorrenza, le associazioni di imprese, anche quelle costituite su base meramente volontaria, sono spontaneamente divenute luogo privilegiato di programmi di coordinamento di attività, di concertazione di strategie di mercato, di difesa contro possibili attacchi esterni, di scambi di informazione strumentali al controllo sull'andamento del mercato. Il controllo sull'attività delle associazioni d'imprese fornisce dunque un osservatorio privilegiato per la conoscenza delle pratiche di cartellizzazione dei mercati interni. È bensì vero che i procedimenti contro associa-

zioni di imprese presentano, sul piano dell'efficacia, un punto debole costituito dalla difficoltà, pratica e teorica, di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie⁹. Ma questo limite è ampiamente compensato dall'ampiezza del contenuto del provvedimento finale di diffida, che finisce per investire indirettamente l'intero campo delle imprese operanti in determinati mercati. Allo stesso tempo, questa linea di intervento è opportuna anche perché è importante che l'attività delle associazioni si diriga verso forme più moderne di promozione e difesa degli interessi di categoria, volte ad accrescere l'efficienza e la competitività del sistema delle imprese, in un contesto aperto alla concorrenza internazionale.

In tale contesto, assume un significato ancora maggiore l'azione svolta dall'Autorità con riferimento a quelle associazioni che operano in mercati soggetti a regolazione amministrativa e con compiti, amministrativamente definiti, di sostanziale autoregolazione di tali mercati (situazione in cui si trovano gli ordini professionali, ma non solo essi).

Questa linea di azione corrisponde ad una scelta di ordine generale dell'Autorità, volta a portare particolare attenzione sui fenomeni distortivi della concorrenza conseguenti a regolazioni amministrative del mercato. Scelta che si ritroverà, accentuata, nell'esperienza applicativa della norma sull'abuso di posizione dominante e che è logicamente connessa all'interpretazione fortemente restrittiva che l'Autorità ha dato dell'art. 8 della legge, nel punto relativo all'esenzione antitrust per le imprese titolari di monopoli legali o esercenti pubblici servizi.

In tale filone di intervento, un passaggio importante – per ciò che attiene al divieto delle intese – è segnato dalla recente decisione sul Consorzio Fiammiferi, che è una delle poche decisioni in cui l'Autorità ha seguito la via dell'applicazione decentrata delle norme comunitarie, ed in ogni caso la prima in cui l'applicazione di tali norme ha avuto effetti assai rilevanti nella soluzione del caso. Infatti, la rilevanza comunitaria del caso ha consentito all'Autorità di affermare la disapplicazione delle norme interne contrastanti con i principi di libertà di concorrenza. A parte ciò, il caso è importante anche perché mette a fuoco un punto già accennato in precedenti decisioni analoghe, e rilevante anche nei casi in cui debba applicarsi il diritto interno e non il diritto comunitario: l'eventuale previsione normativa di associazioni d'impresa con compiti di autoregolazione non può mai leggersi come attributiva di una competenza generale in materia, e non esclude pertanto l'obbligo di rispetto delle norme antitrust, da parte dell'associazione, per tutti gli atti che non siano espressamente previsti e disciplinati da norme pubblicistiche.

⁹ In sede comunitaria questo limite è in corso di superamento: nella proposta di regolamento COM(2000)582 del 27.9.2000 è prevista una responsabilità sussidiaria delle singole imprese per gli illeciti antitrust commessi per tramite dell'associazione. E' evidente però che una simile soluzione, sul piano del diritto interno, richiederebbe un apposito intervento legislativo.

L'attenzione prioritaria finora rivolta alle intese orizzontali, e soprattutto a quelle di dimensione nazionale, spesso inquadrata nell'attività di associazioni di imprese, ha fatto sì che poco spazio sia stato dato al controllo delle intese verticali. Più esattamente, può dirsi che clausole restrittive di carattere verticale sono venute in evidenza soprattutto in casi di abuso di posizione dominante (ad esempio: clausole di acquisto esclusivo imposte da un'impresa dominante) ovvero come proiezione di accordi orizzontali di carattere nazionale. Rimane così un ampio spazio di potenziale intervento sulle intese verticali, quali oggetto immediato di valutazione.

È bensì vero che poco probabile appare la riproduzione su scala ridotta, all'interno del territorio nazionale, del problema principale suscitato dalle intese verticali a livello comunitario, e cioè l'uso di clausole di esclusiva o equivalenti per realizzare un risultato di divisione territoriale dei mercati del prodotto di marca e relative politiche differenziate di prezzo. Ma è anche vero che, per tanti altri aspetti (dalla distribuzione selettiva ai prezzi imposti alle esclusive di acquisto con effetti cumulativi di blocco del mercato), il controllo delle intese verticali potrebbe rivelarsi di grande importanza per lo sviluppo della concorrenza anche nel mercato interno. Senza dimenticare poi che, in ordine al problema principale (e apparentemente inesauribile) della divisione dei mercati nazionali mediante clausole restrittive nella distribuzione, ampio spazio potrà darsi all'applicazione decentrata delle norme comunitarie.

Non ritengo, in sostanza, che l'esperienza ridotta dell'antitrust nazionale in materia di intese verticali debba essere vista come un dato strutturale, frutto di definite scelte di politica del diritto o di situazioni oggettive di scarsa rilevanza del problema.

È plausibile, piuttosto, che il dato debba essere letto come conseguente a scelte di priorità finora attuate, che impongono (ed è difficile contestarne la ragionevolezza) di concentrare l'attenzione sulle intese orizzontali maggiori, di dimensione nazionale. Se così è, può attendersi per i prossimi anni un aumento dei casi di repressione di intese verticali, con ricadute positive sulla dinamica del settore distributivo.

3.2 L'efficacia dell'azione di repressione degli abusi di posizione dominante, nel primo decennio di applicazione della legge antitrust nazionale, è stata senza dubbio notevole.

Anche in questo caso, ed anzi in modo accentuato rispetto a ciò che si è notato in tema di intese, l'azione dell'Autorità ha dovuto concentrarsi su situazioni in cui la posizione dominante da valutare si reggeva sul supporto di normative pubblicistiche: camere di commercio, monopoli legali (anche se in corso di trasformazione), imprese titolari di diritti speciali od esclusivi. In questo ambito, può dirsi che tutti i grandi monopoli nazionali del passato (telecomunicazioni, elettricità, poste, ferrovie, gas naturale) sono oggetto di permanente attenzione da parte dell'Autorità Garante, nei vari pas-

saggi che accompagnano il processo di liberalizzazione, e con effetti indubbiamente positivi sulla rapidità e sulla razionalità di tale processo.

Interventi significativi sono stati compiuti anche su imprese concessionarie di diritti speciali o esclusivi, spesso anch'esse storicamente gravanti nel mondo della partecipazioni pubbliche (Alitalia, vettori marittimi, gestori di infrastrutture autostradali, portuali o aeroportuali). In molti di questi casi l'intervento ha assunto carattere esemplare, perché i mercati di riferimento sono numerosi (anche se per ciascuno di essi il bacino di utenza è ben più ampio del luogo di produzione del servizio), e conseguentemente diverse sono le imprese dominanti che operano nel territorio nazionale. È probabile, pertanto, che diversi casi analoghi a quelli esaminati possano presentarsi in futuro.

Comparativamente ridotta, ma tendenzialmente crescente (come dimostrano i casi Coca Cola e Fiat Ferroviaria), è l'esperienza del decennio sui casi di abuso di posizione dominante da parte di imprese private, operanti in mercati non protetti amministrativamente.

Anche in questo caso l'esperienza è spiegabile più in termini di scelta di priorità che in termini di oggettiva mancanza di problemi da affrontare.

Frutto di scelta consapevole sembra essere, invece, quello di lasciare fuori dall'ambito di applicazione della norma sull'abuso di posizione dominante i casi in cui un'impresa, pur non godendo di alcuna posizione di dominio sul mercato principale dei propri prodotti, controlla verticalmente alcuni mercati dipendenti (soprattutto assistenza e pezzi di ricambio). Benché qui alcune indicazioni del diritto comunitario potessero fornire il presupposto per un'estensione dell'ambito applicativo del divieto di abuso, l'Autorità Garante si è orientata a considerare tali problemi estranei alla tutela della concorrenza e del mercato, e limitati piuttosto a profili di equità contrattuale.

Tale valutazione ha influito, com'è noto, sulla scelta del legislatore italiano di lasciare fuori dal campo di applicazione delle norme antitrust, e dalla relativa competenza dell'Autorità Garante, i casi di abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18.6.1998, n. 192)¹⁰.

Il problema della dipendenza economica è certo ben più ampio di quello del controllo di mercati dipendenti, a cui ora si è fatto riferimento. Ed è certo che esso comprende anche situazioni di dipendenza di origine strettamente contrattuale, che nulla hanno a che fare con la posizione dominante di mercato. Tuttavia, il problema della possibile interferenza fra situazioni di dominio di mercati e situazioni di dipendenza economica rimane aperto, e non può dirsi risolto dalla scelta della legge 192/98, che non può essere letta in termini di specialità rispetto alla legge 287/90 (sì che pro-

¹⁰ Sul punto cfr., come più recente, V. PINTO, L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust, in Riv.dir.civ., 2000, II, 389 ss..

tabilmente superflua è la precisazione, che il legislatore si accinge a fare, circa la salvezza di applicabilità della legge antitrust a quei casi in cui, accanto alla dipendenza economica, si presentino i presupposti della posizione dominante su un mercato).

Resta dunque da valutare la scelta di considerare estranee all'ambito di applicazione della norma antitrust le situazioni di dominio su mercati dipendenti. Può sollevarsi, in proposito, il dubbio che tali situazioni determinino comunque distorsioni significative del processo concorrenziale, consentendo ad imprese, anche medio-piccole, di sfruttare rendite di posizione ricavabili dalle posizioni di mercato già acquisite. Ancor più significativa è poi la considerazione che l'astratta possibilità di sfruttare queste rendite di posizione crea una situazione strutturale favorevole alla formazione spontanea di pratiche orizzontali di ripartizione di mercati, favorendo soluzioni concertate di fidelizzazione della clientela sui mercati di sostituzione del prodotto, con il tendenziale mutuo rispetto delle posizioni acquisite dai vari concorrenti.

È vero che tali situazioni possono essere valutate nel loro insieme, impiegando altri strumenti offerti dalla legislazione antitrust: dall'estensione del concetto di pratica concordata orizzontale, fino all'applicazione (finora non avvenuta, ma prospettabile in linea di principio) della teoria dell'effetto cumulativo delle restrizioni verticali.

C'è da chiedersi però se l'idea dell'abuso di posizione dominante su mercati dipendenti non costituisca la via più semplice e lineare per reprimere questi fenomeni distorsivi, movendo da singole situazioni esemplari.

È bensì vero che l'apertura di un filone applicativo in tal senso favorirebbe la moltiplicazione di denunce da parte di piccole imprese che si ritengono danneggiate da pratiche vessatorie. Anche qui però potrebbe facilmente risponderci che il maggior impegno amministrativo in tale direzione potrebbe essere compensato da un flusso di informazioni, in ordine al funzionamento dei mercati, di notevole interesse (e forse più interessante – ai fini antitrust – di quello che all'Autorità giunge attraverso il controllo sulla pubblicità ingannevole e comparativa).

L'unica ragione decisiva, che può giustificare l'orientamento assunto dall'Autorità Garante, sta probabilmente proprio in quanto sopra si è detto, circa i possibili effetti restrittivi orizzontali (in termine di facilitazione di pratiche concordate per la ripartizione della domanda di sostituzione) del controllo sui mercati dipendenti. Di fronte ad un effetto restrittivo orizzontale, un intervento esemplare (attraverso lo strumento della posizione dominante verticale) su uno solo dei soggetti che fruiscono dei vantaggi della pratica concordata appare discutibile non solo su un piano di equità, ma anche per l'indiretta, ulteriore distorsione della concorrenza che viene a determinare¹¹.

¹¹ Il punto è emerso in evidenza nella sentenza T.A.R. Lazio, sez. I, 17/1/2000, n. 189, in Tribunale amministrativo regionale 2000, I, 542, ove però si discuteva di un'intesa verticale e non di un abuso di posizione dominante.

3.3 In ordine alle operazioni di concentrazione, può dirsi che l'efficacia della disciplina è ormai elevatissima per quanto riguarda l'estensione del controllo. Dopo i primi anni di tolleranza, l'Autorità ha sistematicamente colpito con sanzioni pecuniarie (art. 19, comma 2, l.287/90), ancorché di ammontare modesto, tutti i casi di ritardata comunicazione.

Il controllo preventivo delle operazioni di concentrazione che superano le soglie di legge è così divenuto prassi corrente nei mercati italiani. Gli attenti esami preistruttori fanno sì, poi, che il controllo non sia percepito, nella prassi, come un passaggio puramente formale.

A fronte di ciò, è noto che i casi di rifiuto di autorizzazione sono stati rari (alcuni dei primi provvedimenti negativi sono stati, inoltre, annullati dal giudice amministrativo). Relativamente frequente è invece il caso di assunzione di impegni a futuri comportamenti, da parte delle imprese partecipanti all'operazione, ovvero di prescrizione di misure necessarie a impedire il blocco del mercato (art. 6, comma 2, l.287/90).

Il controllo delle concentrazioni ha così assunto, in parallelo a quanto avviene a livello comunitario, carattere simile a quello di un procedimento di regolazione, aperto a momenti di concertazione del risultato finale.

Questo tipo di assetto non è di per sé segno di poca efficacia del controllo, né di spreco di risorse amministrative in procedimenti che, nella maggior parte dei casi, si concludono senza neanche dar luogo ad un'istruttoria formale. In realtà, il controllo delle concentrazioni fornisce all'Autorità un imponente materiale conoscitivo sullo sviluppo dei mercati interni e quindi un prezioso supporto per eventuali iniziative di intervento con strumenti più incisivi.

A parte ciò, la possibilità concreta di condizionamenti imposti all'operazione ha un effetto di prevenzione verso quelle concentrazioni che sarebbero più pericolose per l'evoluzione dei mercati: dai casi che pongono in essere l'accorpamento di quote di mercato assai elevate in mercati scarsamente contendibili, ai casi in cui un'impresa con un certo potere di mercato tende ad acquistare il controllo di un'impresa concorrente più piccola e in crescita.

Resta però l'impressione che un qualche ridimensionamento della mole di casi sottoposti all'esame dell'Autorità sia auspicabile, al fine dell'efficacia di questa azione amministrativa. In tale direzione hanno già operato alcune correzioni interpretative, come quella di considerare estranee all'ambito della normativa le operazioni interne ai gruppi, ed altre scelte interpretative (come quella riguardante l'acquisto di partecipazioni in società inattive).

Qualche ulteriore correzione in tal senso è forse possibile. Mi riferisco, in particolare, alla figura del controllo contrattuale. È noto che la figura presenta margini di incertezza, già presenti nel diritto comunitario: a una previsione apparentemente molto ampia del controllo contrattuale (che in realtà ha la sua radice nella contrattualistica d'impresa tedesca, per questa parte estranea alla nostra tradizione contrattuale) corrispondono poi scelte

normative esplicite, che qualificano come intese, e non come operazioni di concentrazione, contratti – come il *franchising* – che attribuiscono ad un’impresa un notevole potere di direzione strategica dell’attività di un’altra impresa. Tra i “contratti di dominio” e il *franchising* tipico rimane un ampio spazio intermedio, in cui la qualificazione dell’operazione è dubbia. Da qui qualche oscillazione anche nella prassi applicativa dell’Autorità, che nega la qualifica di operazione di concentrazione al contratto di esclusiva di acquisto nella gestione di stazioni di servizio di carburanti, e l’afferma invece per i cosiddetti contratti di programmazione delle sale cinematografiche. Un superamento di queste incertezze è auspicabile. Ed è auspicabile, a mio avviso, una soluzione restrittiva, che limiti la figura del controllo contrattuale all’affitto di azienda e a situazioni simili, escludendola nel caso in cui, malgrado una direzione unitaria dei comportamenti di mercato, rimangono due imprese indipendenti sul piano amministrativo interno.

4. Alcuni problemi aperti nell’applicazione della legge 287

La rassegna svolta, anche se in estrema sintesi, ha consentito di confermare che l’attuazione della legge n. 287/90 ha avuto ed ha effetti determinanti sulle scelte strategiche e sui comportamenti delle imprese. Ha inciso e continua a incidere, dunque, su aspetti centrali dell’intero sistema giuridico italiano.

Prima di spostare l’analisi sull’altro versante, cioè quello relativo al ruolo che il principio di libertà di concorrenza svolge al di fuori della diretta attuazione della legge antitrust, sembra opportuno portare l’attenzione su alcuni problemi interpretativi ancora aperti, in sede di attuazione della legge (problemi che si aggiungono a quelli già sopra segnalati, parlando dei singoli istituti).

4.1 Un primo problema riguarda la soglia minima di rilevanza della fattispecie ricadenti nel divieto delle intese e in quello degli abusi di posizione dominante (per quanto riguarda le concentrazioni, il problema è risolto dal criterio delle soglie minime di fatturato).

Con il moltiplicarsi delle segnalazioni, sarà opportuno, prima o poi, fissare una regola *de minimis* anche per il diritto antitrust nazionale. Sarà probabilmente difficile, infatti, continuare a lungo in un’interpretazione elastica di ciò che è “parte rilevante” del mercato nazionale.

Questo problema, che forse non appare al momento di assoluta urgenza, ne richiama però un altro più ampio: quello dell’individuazione di strumenti giuridici a contenuto generale rientranti nei poteri dell’Autorità ed atti a fornire alle imprese criteri orientativi sulle modalità di applicazione della legge.

È noto che il legislatore non ha attribuito all’Autorità una potestà regolamentare generale nelle materie disciplinate dalla legge antitrust. Questa scelta legislativa, frutto di preoccupazioni contingenti, potrebbe essere oggi

utilmente rivista. Tuttavia, anche allo stato della normativa, non credo che sia precluso all'Autorità l'impiego di uno strumento analogo a quelle delle comunicazioni della Commissione (del resto, la stessa Autorità ha utilizzato, in sostanza, tale strumento nel determinare le modalità di comunicazione delle operazioni di concentrazione). Il principio di legalità e di tipicità degli atti amministrativi non è infatti violato – a mio avviso – da atti con cui l'Autorità si limiti a comunicare, ai destinatari della legge, che essa ne interpreta (o intende interpretarne) certi punti in un determinato modo, e in funzione di ciò intende esercitare i propri poteri discrezionali. Simili atti non incidono negativamente sulle facoltà riconosciute ai privati, che sono già incise – a monte – dalle norme di legge.

4.2 Quanto detto si collega immediatamente ad un altro punto critico dell'interpretazione della legge n. 287/90, che è quello che attiene alle autorizzazioni in deroga al divieto delle intese.

È noto che su questo punto si è determinato il contrasto più vistoso fra diritto antitrust comunitario e diritto antitrust nazionale: l'Autorità ha rilasciato pochissime autorizzazioni individuali in deroga e non ha mai fatto uso del potere di autorizzazione in deroga per categoria.

È noto altresì che questa scelta applicativa è stata temperata dall'impiego attento del criterio della "consistenza" dell'effetto anticoncorrenziale, che ha consentito di valutare come estranee alla portata del divieto dell'art. 2 diverse intese contenenti qualche clausola restrittiva, ma di modesta incidenza sul funzionamento complessivo del mercato. Si è così determinata una sorta di *rule of reason* nazionale¹², che ha permesso di formulare con maggiore facilità attestazioni negative e di evitare il ricorso alla procedura di autorizzazione in deroga.

Questa scelta interpretativa si è rivelata per tanti aspetti felice, perché ha semplificato la prassi applicativa ed ha anticipato quella evoluzione del diritto comunitario della concorrenza che è stata impostata nel *Libro bianco* del 28.4.1999, cui ha fatto seguito la proposta di regolamento del Consiglio COM(2000)582 del 27.9.2000.

Non si può tuttavia trascurare il fatto che una normativa antitrust efficace non può affidarsi solo su controlli *a posteriori* della liceità dei comportamenti delle imprese, ma deve fornire alle autorità antitrust strumenti di aggiornamento permanente sull'evoluzione delle pratiche di mercato, e alle imprese stesse criteri di orientamento del loro operare.

A quest'ultimo fine non ci si può fondare su un criterio garantistico di tipicità degli illeciti, che finirebbe per frustrare le finalità della legislazione. I divieti antitrust devono dunque rimanere divieti "a maglie larghe", e devono lasciare spazio a quella valutazione complessiva degli

¹² Così, fra gli altri, F. GHEZZI / P. MARCHETTI, in *Concorrenza e mercato*, 2/1994, 180.

effetti economici dell'operazione (una sorta di "somma algebrica" di vantaggi e svantaggi), che è oggi configurata nell'art. 81, comma 3, del Trattato CE, e nell'art. 4 della legge n. 287/90.

Le autorità antitrust devono dunque fornire anche indirizzi preventivi di comportamento alle imprese. A tal fine, la citata proposta di regolamento COM(2000)582 prevede quattro strumenti significativi:

- a) la possibilità che, mediante regolamento, determinate categorie di intese rimangano soggette ad un obbligo di comunicazione preventiva, ancorché non più finalizzato all'ottenimento di un'esenzione;
- b) la possibilità che determinate intese, a discrezione della Commissione, siano soggette ad esame preventivo, al fine di giungere all'emanazione di un parere orientativo;
- c) la possibilità che procedimenti di infrazione si chiudano con l'assunzione di precisi impegni di correzione dei comportamenti da parte delle imprese, e quindi senza irrogazione di sanzioni;
- d) la possibilità di continuare ad emanare regolamenti di esenzione per categoria (anche se questi, nel nuovo sistema, assumono carattere ricognitivo della compatibilità o meno con le norme del Trattato, e non più carattere costitutivo come in passato).

Anche nel diritto interno è opportuno che l'Autorità si doti, prima o poi, di strumenti analoghi; ciò che, almeno per i punti *b*, *c* e *d* sopra elencati, potrebbe avvenire, a mio avviso, anche senza necessità di innovazioni legislative.

4.3 Queste notazioni si collegano ad un ultimo punto critico, che mi sembra opportuno segnalare.

Nella prassi applicativa degli ultimi anni, il giudizio di gravità dell'infrazione, di cui all'art. 15 della legge n. 287/90, tende a generalizzarsi (fatta eccezione per i procedimenti aventi come destinatari associazioni di imprese, per le note difficoltà nel determinare, in tali casi, la sanzione amministrativa pecuniaria).

Certamente questa linea applicativa ha reso, nell'immediato, assai efficaci i singoli provvedimenti ed ha accentuato il valore deterrente degli stessi (anche per la necessaria amplificazione che interventi di questo tipo hanno sul terreno delle comunicazioni di massa).

È però da considerare che, in una prospettiva sistemica, questa linea condiziona i procedimenti antitrust, orientandoli sempre più secondo il modello dei procedimenti punitivi: da qui la necessità di istruttorie più lunghe e più approfondite, e la mancanza di incentivi per le imprese a correggere i loro comportamenti in corso di giudizio.

C'è da chiedersi se, ai fini dell'efficacia complessiva dell'intervento, un'interpretazione meno estensiva dell'art. 15 non possa rivelarsi più produttiva. Essa potrebbe portare ad escludere la sanzione pecuniaria nei casi in cui l'illecito sia stato solo progettato o abbia avuto attuazione breve o pre-

caria. Con ciò sarebbe facilitata la conclusione rapida dei procedimenti, anche con l'assunzione di impegni di comportamento da parte delle imprese. Così pure, un maggiore incentivo potrebbe essere fornito, per i comportamenti di dubbia gravità, che riguardano aspetti parziali di mercati complessivamente dinamici, al "ravvedimento operoso" che le imprese possono manifestare nel corso del procedimento.

L'attenzione punitiva potrebbe invece concentrarsi, con uguale efficacia di prevenzione generale, sui grandi cartelli di durata pluriennale e sui casi di violazione cosciente e volontaria della legge, tra cui i casi di recidiva e quelli di violazione degli impegni assunti nei confronti dell'Autorità.

4.4 Un problema diverso, in parte estraneo all'ambito di applicazione della legge n. 287/90, ma con questa strettamente collegato, si pone in ordine ai rapporti fra l'Autorità Garante della Concorrenza e le Autorità regolatrici di settore.

Si è già detto che, in linea di principio, la competenza dell'Autorità Garante è generale e che nessun criterio di specialità può essere invocato per i settori regolati ai quali siano preposte apposite autorità indipendenti. Sotto il profilo della competenza di settore, l'unico limite, eccezionale e discusso sul piano dell'opportunità, rimane quello che la stessa legge n. 287/90 pone a favore della Banca d'Italia.

Ciò non toglie che le interferenze, fra le competenze delle diverse autorità, siano possibili, e in parte siano previste dalla stessa legge. Così, anche alle autorità regolatrici di settore è dato il potere di intervenire per tutelare lo sviluppo della concorrenza nel settore, per controllare la pubblicità, per tutelare i consumatori (v. ad esempio, per vari aspetti, l'art. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249). E nelle stesse leggi sono fatte salve le competenze di altre autorità, ivi compresa l'Autorità Garante.

Questo sistema normativo può determinare una situazione di veti incrociati, che non è certo la più opportuna per la vita delle imprese; così come potrebbe determinare (anche se questo finora non è accaduto) qualche situazione di antinomia fra le valutazioni dell'autorità di settore e quelli dell'autorità antitrust. In tale eventualità, l'autorità antitrust, se si trovasse di fronte ad un atto amministrativo a contenuto generale dell'autorità di settore, che ritenesse in contrasto con i principi del diritto della concorrenza, non potrebbe intervenire a carico delle imprese, ma dovrebbe limitarsi a segnalare il fatto al Governo e al Parlamento, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90.

Sarebbe, a mio avviso, opportuno che il legislatore intervenisse con qualche ritocco della legge n. 481 del 1995 e delle leggi di settore, al fine di ridurre progressivamente quelle competenze delle autorità di settore che possano interferire con le norme antitrust e di dare progressivamente piena ed esclusiva attuazione alle norme antitrust generali, per ciò che attiene al funzionamento della concorrenza sui mercati regolati.

5. Il controllo del giudice amministrativo sull'applicazione della legge 287

Una valutazione delle caratteristiche della normativa antitrust italiana non può limitarsi alla considerazione dell'esperienza attuativa della legge da parte dell'Autorità, ma deve naturalmente estendersi all'azione della giurisprudenza amministrativa, che ha vagliato, sul piano della legittimità, molti dei provvedimenti dell'Autorità Garante.

La novità della materia, la complessità delle istruttorie e delle motivazioni, le stesse peculiarità del procedimento, potevano costituire altrettante ragioni di difficoltà, per i provvedimenti dell'Autorità Garante, in sede di controllo giurisdizionale amministrativo.

In effetti, nel corso del decennio, qualche difficoltà di comprensione si è manifestata. Si è rivelata però opportuna la scelta del legislatore della 287 di concentrare tale controllo giurisdizionale, in sede di giurisdizione esclusiva, presso il Tar del Lazio. Ciò ha consentito, da un lato, all'Autorità di avere un punto di riferimento costante e di potere così più facilmente adeguare i propri provvedimenti in considerazione dei precedenti giurisprudenziali; dall'altro, al giudice amministrativo di accrescere progressivamente la comprensione delle *rationes* e dei concetti della legislazione antitrust. Il risultato, in linea di larga massima, è che i rischi di annullamento in sede giurisdizionale dei provvedimenti dell'Autorità sembrano progressivamente ridursi negli ultimi anni.

Sul piano dei contenuti, l'attività del giudice amministrativo è stata determinante nel ridurre ai minimi termini la rilevanza dei presunti vizi di carattere procedimentale, che le parti private copiosamente hanno invocato. Fatta salva la salvaguardia dei diritti elementari di difesa¹³, le decisioni del giudice amministrativo hanno consentito all'Autorità di tenere ferma una prassi decisionale sufficientemente elastica e incisiva, con particolare riguardo al ruolo dell'apparato burocratico nella fase istruttoria e all'acquisizione e gestione delle informazioni nel corso del procedimento¹⁴. Sono state, inoltre, ricostruite in modo restrittivo le facoltà procedimentali delle parti denunzianti e delle associazioni di consumatori¹⁵.

Un contributo significativo è stato dato dal giudice amministrativo nel porre un limite ai poteri dell'Autorità Garante (se e in quanto operi come autorità di diritto interno) di fronte a comportamenti anticoncorrenziali che abbiano una copertura legale o amministrativa¹⁶.

¹³ T.A.R. Lazio, sez.I, 1.8.1995, n. 1473, in relazione a un caso di tardiva estensione del procedimento ad una delle imprese partecipanti ad un accordo (la sentenza è stata confermata da Cons.Stato, sez.VI, 30.12.1996, n. 1791); T.A.R. Lazio, sez.I, 14.1.2000, n. 103, in Trib. amm. reg., 2000, I, 530, in relazione a un caso di omessa verbalizzazione di dichiarazioni rese da esponenti dell'impresa nel corso di un'ispezione.

¹⁴ T.A.R. Lazio, sez.I, 16.9.1996, n. 1548; T.A.R. Lazio, sez.I, 8.1.1998, n. 96; T.A.R. Lazio, sez.I, 15.4.1999, n. 873; T.A.R. Lazio, sez.I, 6.7.1999, n. 1520, in Trib.amm.reg., 1999, I, 3029.

¹⁵ T.A.R. Lazio, sez.I, 1.8.1995, n. 1474; Cons. Stato, sez.VI, 30.12.1996, n. 1792.

¹⁶ T.A.R. Lazio, sez.I, 28.1.2000, n. 466, in Economia dell'azienda e diritto dell'impresa, 2000, 183, con nota adesiva di S. CAEDDU.

Quanto alle norme sostanziali, la consonanza fra le interpretazioni della legge date dall'Autorità e quelle del giudice amministrativo è stata piuttosto elevata (ed anche per questo profilo deve confermarsi l'opportunità della norma sull'interpretazione filocomunitaria, dettata dall'art. 1, comma 4, della legge 287).

In particolare, è stata confermata la nozione comunitaria di impresa, di fronte agli attacchi provenienti soprattutto dalle associazioni di professionisti intellettuali¹⁷. È stata anche tendenzialmente confermata una nozione tendenzialmente elastica di intesa e, in particolare, di pratica concordata¹⁸. Sul punto sono state parecchie, tuttavia, le oscillazioni e le incertezze¹⁹, sicché la consonanza di posizioni tra Autorità e giudice amministrativo non può dirsi consolidata. In ordine alle operazioni di concentrazione, la giurisprudenza è apparsa inizialmente più restrittiva dell'Autorità, nel valutare l'esistenza di quella posizione dominante "qualificata", che giustifica il diniego di autorizzazione²⁰; ma l'esame della prassi complessiva di applicazione delle norme in materia, da parte dell'Autorità, mostra, piuttosto, una progressiva consonanza.

Di grande importanza, anche per i possibili sviluppi futuri, appare poi il controllo di legittimità per i possibili vizi di disparità di trattamento fra imprese operanti nello stesso mercato, che può determinarsi per il fatto che l'istruttoria si sia soffermata sui comportamenti di alcune soltanto delle imprese concorrenti²¹.

Più in generale, il controllo sulla congruità delle motivazioni, che in una prima fase era sembrato costituire un punto assai critico²², ha segnato una

¹⁷ T.A.R. Lazio, sez. I, 27.3.1996, n. 476; T.A.R. Lazio, sez. I, 28.1.2000, n. 466, cit.

¹⁸ T.A.R. Lazio, sez. I, 21.2.1994, n. 251; T.A.R. Lazio, sez. I, 1.8.1995, n. 1474, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 27.3.1996, n. 476, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 12.4.1996, n. 605; T.A.R. Lazio, sez. I, 7.3.1997, n. 425; T.A.R. Lazio, sez. I, 15.4.1999, n. 873.

¹⁹ L'eccezione più cospicua è costituita dalla sentenza di Cons.Stato, sez. VI, 30.12.1996, n. 1792, che però è stata oggetto di numerose ed unanimi critiche dottrinali (vedile riassunte in A. DE NICOLA, *Chi rappresenta i cartelli? Una discussa sentenza del Consiglio di Stato*, in *Concorrenza e mercato*, 5/1997, 195).

Altra discutibile pronuncia è quella di Cons.Stato, 17.2.1999, n. 172, in *Cons.Stato*, 1999, I, 267, che nega in termini troppo generali la possibilità di qualificare come intesa restrittiva della concorrenza un atto di cessione di diritti di proprietà intellettuale.

In un caso (e in contrasto con l'orientamento prevalente) è stata pronunciata l'illegittimità di un provvedimento per mancanza di adeguata considerazione dell'effetto anticoncorrenziale (T.A.R. Lazio, sez. I, 7.9.1999, n. 1917, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3749).

L'esistenza di un'intesa è stata poi negata (probabilmente a ragione) di fronte ad un accordo particolare di coassicurazione (T.A.R. Lazio, sez. I, 6.7.1999, n. 1520, cit.).

Un'altra parziale eccezione all'orientamento indicato nel testo è anche in T.A.R. Lazio, sez. I, 8.1.1998, n. 96, che ravvisa una illegittimità per errata qualificazione della fattispecie (intesa anziché abuso di posizione dominante)

²⁰ V. le sentenze citate alla nota 22.

²¹ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 17.1.2000, n. 189, cit.

²² T.A.R. Lazio, sez. I, 5.5.1994, n. 652 (insufficiente motivazione delle ragioni di diniego di autorizzazione ad un'operazione di concentrazione; la sentenza è stata confermata da Cons.Stato, sez. VI, 8.4.2000, n. 2036, in *Cons.Stato*, 2000, I, 891), T.A.R. Lazio, sez. I, 1.8.1995, n. 1474, cit. (insufficiente motivazione nell'aver disatteso il parere contrario dell'ISVAP); T.A.R. Lazio, sez. I, 24.9.1996, n. 1576 (insufficiente motivazione in ordine alla determinazione del mercato rilevante); T.A.R. Lazio, sez. I, 14.1.2000, n. 103, cit. (id.).

progressiva inversione di tendenza²³; in ogni caso, sono state considerate sufficienti motivazioni assai sintetiche in ordine a punti, pur importanti, come la consistenza della restrizione concorrenziale, la gravità dell'infrazione, la misura della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata²⁴.

6. L'attività di segnalazione svolta dall'Autorità Garante

Dopo l'esame della prospettiva "interna" dell'attuazione della normativa antitrust nazionale, si deve ora passare all'esame dell'altro profilo, relativo al rispetto del principio di libertà di concorrenza negli altri campi del sistema giuridico italiano.

L'importanza di questo secondo profilo è, a mio avviso, molto grande e rischia spesso di essere sottovalutata. Una disciplina antitrust non può produrre risultati efficaci se rimane isolata in un contesto separato, in un ordinamento che poi disconosce il valore della concorrenza nella disciplina delle attività amministrative, dell'autonomia privata, della responsabilità civile, ecc. Una linea di collegamento fra i due profili, su cui è opportuno soffermarsi, è però costituita dall'attività di segnalazione compiuta dall'Autorità Garante, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90.

L'attività di segnalazione, a cui funzionalmente si collegano anche diverse indagini conoscitive aventi ad oggetto singoli mercati, è stata cospicua, nel corso del decennio. Essa ha riguardato pressoché tutti i settori economici soggetti a regolazioni amministrative comportanti restrizioni della concorrenza (telecomunicazioni, energia elettrica, porti, aeroporti, assicurazioni, professioni intellettuali, autotrasporti, taxi, distribuzione commerciale, distribuzione carburanti, agenzie viaggi, guide turistiche, ecc.). Un secondo filone di segnalazioni riguarda il rispetto del principio di concorrenzialità nelle commesse ad imprese provenienti da soggetti pubblici (appalti, concessioni ecc.).

L'Autorità ha, nel complesso, svolto una funzione di punta avanzata nelle proposte di *deregulation* nel sistema giuridico italiano. E se anche è vero che molte di queste segnalazioni non hanno trovato immediato accoglimento da parte delle autorità politiche destinatarie, l'efficacia dell'attività svolta può valutarsi meglio in una prospettiva di sistema, con l'esame del contenuto delle scelte complessive compiute dalle stesse autorità nel corso del decennio.

²³ Particolarmente significativa, in proposito, la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 14.3.2000, n. 1348, in *Cons. Stato*, 2000, I, 559, che riforma la sentenza di TAR Lazio 1576/96, citata alla nota precedente, ed afferma il principio di insindacabilità della determinazione del mercato rilevante, salvo che per vizi logici della motivazione o difetto di istruttoria; ma v. anche, in senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 17.12.1999, n. 2071, in *Cons. Stato*, 1999, I, 2188.

²⁴ T.A.R. Lazio, sez. I, 8.3.2000, n. 1541.

7. Il principio di libertà di concorrenza nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio

Passando finalmente all'esame del rilievo che il principio di libera concorrenza ha avuto nell'ordinamento italiano nell'ultimo decennio, al di fuori dell'applicazione della legge antitrust, sembra corretto muovere dalla giurisprudenza costituzionale, in quanto espressiva di principi vincolanti anche per l'attività del legislatore ordinario.

In proposito si deve osservare che la giurisprudenza in materia non è stata molto ricca, il che (pur con tutte le cautele che devono accompagnare un simile giudizio) può essere un indice di non ancora elevata sensibilità sul rilievo che può assumere l'art. 41 Cost., interpretato come norma di tutela (anche) della libertà di concorrenza, rispetto a molte tradizionali discipline di regolazione amministrativa.

L'interpretazione dell'art. 41 Cost., data nell'art. 1 legge antitrust, non ha dato finora adito a contestazioni in serie, come quelle che invece si sono avute, nel decennio, intorno al filone della progressiva eliminazione di vari privilegi contrattuali che spettavano, in base alle discipline di settore, ai gestori di pubblici servizi in concessione²⁵; filone giurisprudenziale con il quale anche la Corte costituzionale ha dato il suo contributo alla *deregulation* italiana.

Nel campo della giurisprudenza "tradizionale" sull'art. 41, diverse sentenze hanno confermato la legittimità costituzionale di alcune barriere amministrative all'accesso al mercato, fondate su ragioni di carattere non (direttamente) economico, e in linea di principio compatibili con il principio di libertà di concorrenza: sicurezza pubblica, in relazione alle autorizzazioni al commercio di cose preziose²⁶; tutela dei centri storici, in relazione ai divieti comunali di alcune attività commerciali²⁷; igiene ambientale, in relazione al divieto di smaltire rifiuti provenienti dall'esterno del territorio regionale²⁸. Nello stesso filone si colloca la sentenza che conferma la legittimità del monopolio statale del servizio di prevenzione ed estinzione incendi²⁹.

Le pronunce più interessanti sono quelle con cui la Corte ha affrontato il problema della legittimità costituzionale complessiva di certe discipline di settore. Lasciando da parte il problema del mercato radiotelevisivo, per le sue note

²⁵ Cfr. Corte cost., 16.1.1991, n. 15, in *Giur.cost.*, 1991, 98; 28.2.1992, n. 74, in *Giur.cost.*, 1992, 398; 10.2.1993, n. 40, in *Giur.cost.*, 1993, 291; 30.12.1994, n. 456, in *Giur.cost.*, 1994, 3949; 23.5.1995, n. 187, in *Giur.cost.*, 1995, 1473; 30.12.1997, n. 463, in *Giur.cost.*, 1997, 4050; 21.1.1999, n. 4, in *Giur.cost.*, 1999, 31.

²⁶ Corte cost., 29.1.1996, n. 13, in *Giur. cost.*, 1996, 112.

²⁷ Corte cost., 30.7.1992, n. 388, in *Giur. cost.*, 1992, 3109.

²⁸ Corte cost., 3.6.1998, n.196, in *Riv.giur.amb.*, 1999, 372. Questa sentenza può ancora considerarsi compatibile con il principio di libertà di concorrenza perché, in sostanza, essa pone un limite non tanto alla libertà di impresa, quanto alla libertà di localizzazione degli stabilimenti. Non impedisce, in altri termini, la formazione e la crescita di imprese aventi stabilimenti in più regioni.

²⁹ Corte cost., 3.4.1996, n.97, in *Giur.cost.*, 1996, 899.

peculiarità che portano a privilegiare il valore del pluralismo³⁰, la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio presenta aspetti contrastanti, ma può essere letta, a mio avviso, come espressione di una progressiva sensibilizzazione della Corte verso il principio di libertà di concorrenza.

Diverse pronunce sono, all'apparenza, in continuità con gli orientamenti tradizionali indifferenti al principio di libertà di concorrenza, ma presentano alcuni aspetti degni di segnalazione.

Con una sentenza del 1991³¹, la Corte si è pronunciata per la legittimità costituzionale della disciplina che pone limiti all'apertura di nuovi esercizi di panificazione, ritenendo conforme all'utilità sociale la scelta legislativa di limitare la libertà d'impresa per *"l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio locale di mercato tra domanda e offerta"*. L'incompatibilità di tale argomento con il principio di libertà di concorrenza è evidente. Ma, nel valutare la portata del precedente, si deve considerare che esso è intervenuto pochissimo tempo dopo l'entrata in vigore della legge antitrust e che, nel corpo della sentenza, la legge in esame viene interpretata come non ostativa all'apertura di nuovi esercizi di carattere industriale (anziché artigianale). A parte il possibile rilievo di incoerenza rispetto all'asserita utilità sociale della salvaguardia dell'equilibrio fra domanda e offerta, questo aspetto della pronuncia costituisce comunque un segnale di incertezza sui principi, significativo almeno sul piano storico.

Con una successiva sentenza del 1992³², la Corte si è pronunciata per la legittimità costituzionale di una legge regionale che imponeva un piano di ristrutturazione della rete di impianti di distribuzione di carburanti, con il divieto di rinnovo della concessione per gli impianti meno produttivi. In questo caso l'utilità sociale è stata ravvisata nel *"fine di razionalizzazione della rete distributiva in grado di favorire anche una riduzione dei costi connessi alla distribuzione"*. In realtà ci troviamo di fronte ad una programmazione pubblica volta a creare d'autorità una maggiore concentrazione del mercato, sostanzialmente proteggendo i maggiori operatori già presenti e ostacolando nuove entrate dall'esterno nel mercato di cui si tratta. Deve però riconoscersi che, in questo caso, la motivazione efficientistica poteva creare qualche dubbio circa il rapporto di questa regolazione con la libertà di concorrenza. Inoltre, la datazione della sentenza induce, anche in questo caso, a non sopravvalutare la portata del precedente.

³⁰ Corte cost., 7.12.1994, n. 420, in Giur. cost., 1994, 3716, ha chiuso un ciclo ventennale di pronunce di costituzionalità, ribadendo l'inammissibilità della formazione di posizioni dominanti nel settore dell'informazione e ponendo le premesse della successiva l. 31.7.1997, n. 249.

³¹ Corte cost., 8.2.1991, n. 63, in Giur. cost., 1991, 455, con nota parzialmente critica di S. NICCOLAI.

³² Corte cost., 24.6.1992, n. 301, in Giur. cost., 1992, 2276.

Il precedente più discutibile, in materia, è invece la sentenza in tema di autotrasporto del 1996³³. In questo caso la Corte, esprimendosi sulla legittimità costituzionale del sistema di tariffe obbligatorie "a forcilla", non rivela alcuna incertezza sulla soluzione affermativa. L'utilità sociale, nella specie, consisterebbe nel "garantire alle imprese un margine di utile, evitando situazioni di concorrenza sleale che, deprimendo i noli, costringano le imprese stesse ad operare in condizioni di difficoltà, sì da non procedere ad ammortamenti e da non garantire ai lavoratori il dovuto trattamento economico e normativo. A tali finalità si aggiunge quella di realizzare la trasparenza del mercato, e cioè la conoscenza dei prezzi sia da parte delle imprese di trasporto che dell'utenza". È evidente che questi argomenti, di natura prettamente corporativa, ci portano lontano dalla lettura filoconcorrenziale dell'art. 41 Cost., che è data dalla legge 287. Non si può trascurare però, per una valutazione equilibrata della sentenza, la considerazione dei poteri di condizionamento sociale che la categoria degli autotrasportatori ha, e non solo in Italia, e il fatto che la stessa giurisprudenza comunitaria ha sostanzialmente "assolto" la legislazione italiana in materia³⁴.

Le pronunce più recenti della Corte costituzionale sembrano manifestare una crescente sensibilità verso il problema della libertà di concorrenza.

Nel 1997 la Corte, modificando la sua precedente giurisprudenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della tradizionale disciplina che vietava la produzione di paste alimentari di grano tenero³⁵. La sentenza sembra fondarsi più sulla violazione dell'art. 3 Cost. che non su quella dell'art. 41³⁶: la disciplina di cui si tratta finiva infatti per discriminare i produttori nazionali rispetto a quelli stranieri, che in virtù delle norme comunitarie potevano esportare in Italia la pasta, pur di qualità inferiore, prodotta lecitamente nel loro Paese. La vera *ratio decidendi* sta però probabilmente proprio in una corretta visione dei principi di libertà di iniziativa e di concorrenza. La vecchia disciplina era stata difesa, anche di recente³⁷, ritenendo conforme all'utilità sociale la difesa di un alto livello qualitativo della produzione nazionale, sì da differenziarla da quella estera, pur vendibile in Italia. Ma l'illegittimità di tale soluzione non sta tanto, a mio avviso, nella "discriminazione alla rovescia" che così si determina, quanto nell'incompatibilità radicale con la libertà dei

³³ Corte cost., 5.11.1996, n. 386, in Foro it., 1997, I, 994, con nota critica di F. COSENTINO.

³⁴ Cfr. C. Giust. CE, 1.10.1998, C-38/97, Librandi, che conferma pronunce precedenti, riconoscendo la legittimità comunitaria della disciplina che prevede tariffe obbligatorie nell'autotrasporto, purché questa garantisca l'autonomia decisionale del potere pubblico rispetto alle determinazioni dei privati interessati.

³⁵ Corte cost., 30.12.1997, n. 443, in Giur. cost., 1997, 3904.

³⁶ Così S. AMADEO/G. P. DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in Giur. cost., 1998, 1221.

³⁷ Cfr. F. CAPELLI, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1994, 428.

mercati di discipline che vietino la produzione di merci di qualità non elevata, quando tale produzione non sia lesiva della salute, né di altri valori costituzionalmente garantiti, e quando il consumatore possa essere adeguatamente informato della diversa qualità dei vari tipi di prodotto.

Ancor più significativa è, probabilmente, la sentenza del 1998 in materia di agenzie di viaggio³⁸, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme di una legge regionale, che imponeva un'apposita autorizzazione amministrativa per l'apertura di filiali e creava altre barriere amministrative all'entrata e alla crescita delle imprese del settore (con l'imposizione di un direttore tecnico qualificato per ogni sede secondaria e con il divieto di utilizzare proprio personale dipendente presso sedi esterne convenzionate). Per giungere a tali conclusioni, la Corte ha dovuto interpretare le norme della legge-quadro statale in materia di agenzie di viaggio, e lo ha fatto con criteri certamente filooncorrenziali, sì da ridurre al minimo l'impatto delle barriere amministrative nel funzionamento del mercato di cui si tratta.

Il quadro della giurisprudenza costituzionale del decennio non è, come già detto, del tutto lineare. Non sembra però azzardato leggersi un progressivo spostamento dei criteri di valutazione verso il pieno riconoscimento del principio di libertà di concorrenza.

I tempi sono forse maturi perché, nei prossimi anni, si determini un più sostanzioso filone di decisioni giurisprudenziali in tal senso e la Corte possa svolgere un ruolo decisivo per la rimozione di una serie di vincoli amministrativi ingiustificati verso la libertà di iniziativa economica e di concorrenza.

8. Il principio di libertà di concorrenza nella legislazione statale dell'ultimo decennio

Passando ora all'esame della legislazione statale del decennio, credo che sia più facile formulare un analogo giudizio: anche a livello legislativo il principio di libertà di concorrenza sembra progressivamente affermarsi.

In effetti, nel tempo immediatamente successivo all'entrata in vigore della legge antitrust nazionale la qualità della legislazione non sembra mutare rispetto al passato. Diverse leggi prevedono, infatti, barriere amministrative all'accesso al mercato e alla crescita delle imprese. Ciò avviene, di solito, in settori già in precedenza soggetti a discipline restrittive della concorrenza: commercio su aree pubbliche³⁹, esercizi di somministrazione al pub-

³⁸ Corte cost., 6.11.1998, n. 362, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1999, 239.

³⁹ L. 28.3.1991, n. 112 (poi abrogata dall'art. 30, comma 6), d. lgs. 31.3.1998, n. 114). Questa legge prevedeva (art. 3, comma 11) che nessun operatore potesse utilizzare contemporaneamente più di un posteggio.

blico di alimenti e bevande⁴⁰, farmacie⁴¹, taxi e noleggio auto con conducente⁴².

Per tutti questi interventi legislativi possono sollevarsi dubbi di legittimità costituzionale: in tutti i mercati considerati possono ravvisarsi esigenze di universalità del servizio e di tutela del consumatore, ma ovunque queste esigenze si sarebbero potute soddisfare con soluzioni meno restrittive della concorrenza. I dubbi sono ancora più gravi quando il legislatore si spinge a disciplinare in modo restrittivo altri settori molto meno delicati, come la "consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto" (cioè le agenzie di disbrigo pratiche automobilistiche), imponendo uno "sviluppo del settore ordinato e compatibile con le effettive esigenze del contesto socio-economico", "criteri per la programmazione numerica, a livello provinciale" delle autorizzazioni, e tariffe obbligatorie fissate annualmente da un commissione mista in sede ministeriale (legge 8 agosto 1991 n. 264).

Dopo il 1992 (e probabilmente anche per l'effetto dell'attività di segnalazione dell'Autorità Garante) la qualità della legislazione cambia.

Si ha anzitutto l'ondata di leggi di liberalizzazione di grandi settori economici: banche, intermediazione finanziaria, porti, assicurazioni, telecomunicazioni, elettricità, gas, poste, commercio (con appendici relative alla distribuzione di carburanti e alla sperimentazione nella distribuzione di giornali e periodici). In parte dovute ad obblighi di fonte comunitaria, talora non del tutto coerenti rispetto ai principi di libertà di concorrenza, altre volte eccessive nell'accompagnare con strumenti di regolazione amministrativa penetrante i passaggi dei processi di liberalizzazione, queste leggi costituiscono, in ogni caso, un *corpus* imponente, che caratterizza l'ultimo decennio e pone le premesse per un gran numero di nuove iniziative imprenditoriali e per il diffondersi, in tutti i campi, di un diverso costume competitivo.

Questi caratteri si riscontrano anche nella legislazione di settore più minuta. Anche quando il legislatore ha ritenuto di dovere intervenire con misure regolative (commercio all'ingrosso di farmaci⁴³, commercio di funghi⁴⁴, attività di pulizia e disinfestazione⁴⁵, lo ha fatto prevedendo controlli abilitativi di carattere generale sull'accesso al mercato, senza alcuna espressa previsione di limiti numerici né di vincoli alla libertà di offerta degli operatori.

⁴⁰ L. 25.8.1991, n. 287. Questa legge prevede limiti numerici agli esercizi autorizzabili, secondo criteri fissati dalle regioni su direttiva ministeriale.

⁴¹ L. 8.11.1991, n. 362. Questa legge conferma soluzioni tradizionali in termini di limiti numerici alle autorizzazioni (pianta organica), limitazioni alla facoltà di esercizio in forma societaria, divieto di titolarità di più esercizi, divieto di concentrazione verticale con altre attività d'impresa inerenti al settore farmaceutico.

⁴² L. 15.1.1992, n. 21. Anche questa legge conferma soluzioni tradizionali del settore: limiti numerici alle licenze, divieto di cumulo di licenze in capo allo stesso imprenditore, tariffe comunali obbligatorie.

⁴³ D.lgs. 30.12.1992, n. 358.

⁴⁴ L. 23.8.1993, n. 352.

⁴⁵ L. 25.1.1994, n. 82.

L'orientamento liberalizzatore si trasmette anche alla normazione secondaria. Faccio un solo esempio. Nel D.P.R. 13.2.1995 (*Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni per la determinazione del numero di esercizi abilitati alla somministrazione al pubblico di alimenti e bevande*), il Ministro dell'industria si è avvalso dei poteri di indirizzo attribuitigli dalla già citata legge n. 264/91 nel modo più "liberistico" possibile, disponendo che "il numero delle autorizzazioni deve essere tale da impedire che si creino ostacoli alla concorrenza o condizioni di privilegio per singoli esercizi o gruppi di esercizi" e che "è vietato in ogni caso porre limiti massimi alle autorizzazioni rilasciabili".

Lo stile delle regolazioni amministrative dei mercati è dunque mutato.

A ciò si aggiunga che anche altri filoni della legislazione del decennio possono essere letti come funzionali ad una maggiore dinamica concorrenziale. Mi riferisco a tutta la legislazione di sostegno del mercato finanziario, alle leggi di attuazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori forniture e servizi, alle leggi (anche queste di derivazione comunitaria o internazionale convenzionale) di ampliamento dei diritti di proprietà intellettuale, alle leggi sulla pubblicità ingannevole e comparativa, ai diversi interventi a tutela dei consumatori, sfociati nella legge generale sui diritti dei consumatori (l.30.7.1998, n. 281). Mi riferisco anche alla legge sulla subfornitura e sul divieto di abuso di dipendenza economica (l. 18.6.1998, n. 192), che dovrebbe, in una prospettiva di sistema, fornire strumenti a favore della piccola impresa efficiente contro i freni alla crescita che possono venire dall'azione di controparti contrattuali assai più forti.

Si aggiunga, infine, che nel corso del decennio si è ridotta la legislazione in materia di aiuti finanziari alle imprese. L'istituto rimane certo largamente presente, ma la legislazione in materia si è tendenzialmente adeguata ai principi comunitari, ha dato luogo a un importante processo di delegificazione e semplificazione degli interventi (d.l. 22.10.1992, n. 415, conv. con l. 19.12.1992, n. 488), si è caratterizzata – come nelle leggi sull'imprenditoria giovanile e su quella femminile – anche per qualche intervento con finalità sociali qualitativamente differenti dai più tradizionali interventi di salvataggio, o di protezione di interessi locali o di settore.

Dal quadro complessivo della legislazione del decennio emerge dunque un'impresa meno gravata da vincoli amministrativi, meno assistita, più soggetta alla critica e allo stimolo dell'azione delle associazioni dei consumatori e dei contraenti più deboli. Un'impresa, pertanto, con minori possibilità di sfruttare rendite di posizione e più vocata a ricercare il successo sulla base della qualità della propria offerta.

Dal quadro sommariamente delineato manca la legislazione regionale, probabilmente più arretrata, nel suo complesso, rispetto a quella statale. Manca anche un'analisi delle attuazioni legislative e quindi del concreto impatto che le riforme hanno avuto sul funzionamento dei mercati.

Il cambiamento, comunque, è in corso, e l'entità delle innovazioni legislative impedisce di pensare che esse abbiano avuto solo carattere "di facciata". Si deve piuttosto riconoscere che, pur con i limiti segnati dalla mancanza di riforme istituzionali atte a modernizzare il sistema politico italiano, Parlamento e Governo sono stati in sintonia con le onde lunghe della storia ed hanno risposto in maniera complessivamente adeguata all'esigenza di modernizzare la legislazione economica del Paese.

9. Il principio di libertà di concorrenza nella giurisprudenza amministrativa

Il quadro delineato può essere completato con una rapida rassegna dell'esperienza giurisprudenziale del decennio, in materie in cui è in gioco il principio di libertà di concorrenza.

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa (a parte gli interventi specifici in materia di antitrust, su cui si è soffermati in precedenza), la tutela della libertà di accesso al mercato può dirsi riconosciuta in modo generale. Nei casi in cui la disciplina prevede controlli amministrativi sull'accesso al mercato (ma non prevede espressamente limiti numerici), è costantemente giudicata illegittima una motivazione di diniego che si fondi esclusivamente sui raggiunti equilibri di mercato, e quindi sulla tutela degli imprenditori già presenti nel mercato medesimo⁴⁶. Ciò accade anche in mercati tradizionalmente caratterizzati da penetrante discrezionalità amministrativa⁴⁷.

Meno sicuro appare l'orientamento in pronunce che riguardano misure amministrative di restrizione della concorrenza nel corso dell'attività e, in particolare, tariffe obbligatorie: in qualche caso il giudice amministrativo ha ravvisato un potere amministrativo di fissazione di tariffe pur in mancanza di un'espressa previsione legislativa⁴⁸ e si è rifiutato

⁴⁶ Cons.Stato. sez.V, 11.4.1991, n. 521, in *Discipl.c omm.*, 1992, f.2, p.159; T.A.R. Calabria, 29.6.1991, n. 405, in *Riv. giur. polizia locale*, 1992, 388; Cons. Stato, sez. V, 6.11.1992, n. 1212, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1582; Cons. Stato, sez. V, 30.6.1995, n. 944, in *Foro amm.*, 1995, 1243; Cons.Stato, sez.V, 9.1.1996, n. 30, in *Foro amm.*, 1996, 99; T.A.R. Puglia, sez. II Lecce, 5.4.1997, n. 181; T.A.R. Lazio, sez.II, 16.7.1998, n. 1177.

Per contro, si ritiene non necessaria una analitica motivazione quando il provvedimento amministrativo accolga un'istanza di autorizzazione all'avvio di un'attività d'impresa (Cons.Stato, sez.V, 3.10.1995, n. 384, in *Riv.giur. polizia locale*, 1996, 384; Cons.giust.amm.Reg.sic., 28.4.1997, n. 28, in *Foro amm.*, 1997, 1719).

⁴⁷ T.A.R. Puglia, sez.I Bari, 14.9.1995, n. 804, in *Foro amm.*, 1996, 1695 (in materia di servizi funerari); Cons.Stato, sez.V, 7.10.1996, n. 1191, in *Foro amm.*, 1996, 2876 (commercio articoli funerari); Cons.Stato, sez.V, 11.10.1996, n. 1219, in *Foro amm.*, 1996, 2881 (id.); Cons.Stato, sez.VI, 12.11.1996, n. 1555, in *Giur.it.*, 1997, III/1, 134 (in materia di autoservizi di linea); T.A.R. Campania, sez.III Napoli, 4.3.1999, n. 650 (in materia di concessioni portuali).

Da ultimo T.A.R. Liguria, 31.3.2000, in *Dir.mar.*, 2000, 584 (che annulla un diniego di autorizzazione all'ampliamento dei servizi offerti da un'impresa portuale che era stato motivato con la considerazione che l'impresa richiedente non risultava avere personale in esubero da adibire ai servizi in questione).

⁴⁸ T.A.R. Marche, 10.2.1995, n. 72, in *Giust.civ.*, 1995, I, 2858, in materia di determinazione prefettizia delle tariffe dei servizi di vigilanza (ma v. in senso contrario, e correttamente, T.A.R. Toscana, sez. I, 24.3.1993, n. 248, in *Riv. giur. en. elettr.*, 1994, 1031).

di disapplicare (come invece era richiesto da un singolo professionista) una tariffa obbligatoria⁴⁹.

Forte appare invece l'operato della giurisprudenza amministrativa nel tutelare il principio di concorrenzialità nell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche, anche per l'interferenza che, in questo caso, il principio di libertà di concorrenza viene ad avere con altri e fondamentali principi, come quelli di buon andamento e di imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Oltre a riaffermare il tradizionale *favor* per il criterio di massima partecipazione alle gare, si ammette ormai correntemente l'impugnazione, da parte di concorrenti pretermessi, delle deliberazioni a contrattare a trattativa privata⁵⁰. Ancor più significativo è l'orientamento a richiedere – anche in mancanza di espressa previsione normativa – un confronto, almeno informale, per la scelta del contraente nelle società a partecipazione pubblica⁵¹.

10. Il principio di libertà di concorrenza nella giurisprudenza civile

Nel campo della giurisprudenza civile, i problemi più immediati si pongono con riferimento alle tradizionali norme civilistiche in materia di concorrenza (artt. 2595 e segg., c.c.).

L'immissione nell'ordinamento della legge antitrust nazionale, con il valore di normativa (anche) di principio che il legislatore ha inteso attribuirle, impone – a mio avviso – una rilettura sistematica di queste norme, in coerenza con i principi di libertà di concorrenza.

L'art. 2596 c.c., anche nel campo in cui sicuramente continua ad operare (cioè per le intese che non riguardano una parte rilevante del mercato nazionale), non può essere più interpretato come una norma che legittima qualsiasi accordo restrittivo della concorrenza, purché questo rispetti certi limiti di tempo, di oggetto e di forma.

L'art. 2597 c.c., che prevede l'obbligo di contrarre del monopolista legale, e l'analogo art. 1679 c.c., in materia di pubblici servizi di trasporto, non possono essere facilmente interpretati come norme eccezionali, di fronte all'esigenza di tutela che può manifestarsi di fronte ad abusi compiuti da monopolisti operanti a livello locale, e quindi sotto la soglia di rilevanza della legge antitrust.

⁴⁹ T.A.R. Umbria, 6.5.1997, n. 189, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 25, con nota critica di S. MORANDI. Si noti che, nello stesso tempo, l'orientamento favorevole alla disapplicazione maturava in alcune pronunce del giudice ordinario (v. App. Torino, 11.7.1998, in *Giur. it.*, 1999, 572).

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 26.6.1996, n. 792, in *Giur. it.*, 1997, III/1, 105; Cons. Stato, sez. V, 19.3.1999, n. 292, in *Foro amm.*, 1999, 702.

⁵¹ Cons. Stato, sez. V, 19.2.1998, n. 192, in *Cons. Stato*, 1998, I, 249; Cons. Stato, sez. V, 6.4.1998, n. 435, in *Riv. trim. appalti*, 1998, 354.

L'art. 2598 c.c., che determina le categorie di atti di concorrenza sleale, non può essere interpretato come una "zona franca" rispetto ai principi di libertà di concorrenza, in cui i confini tra lecito e illecito vengono tratti con criteri tratti dalla tradizione o da codici deontologici predisposti dalle stesse categorie interessate. Si deve, a tal proposito, contrastare un equivoco ancora diffuso, e talora presente anche in passaggi di motivazioni di provvedimenti dell'Autorità Garante: quello per cui la legge antitrust tutelerebbe interessi generali connessi al buon funzionamento dei mercati, mentre la disciplina della concorrenza sleale tutelerebbe interessi particolari dei singoli appartenenti alle categorie imprenditoriali. In realtà, la differenza sta tutta sul terreno procedimentale: le norme sulla concorrenza sleale non si applicano d'ufficio, ma solo di fronte al concreto insorgere di una controversia fra privati. Tuttavia, quando la controversia è sorta, non v'è ragione per qualificare come tollerato, o addirittura doveroso, un comportamento che invece sarebbe vietato in sede di applicazione delle norme antitrust (o viceversa qualificare come scorretto, e quindi vietato, un comportamento che sarebbe considerato "virtuoso" in una logica di antitrust). Quando l'intera disciplina della concorrenza sleale, e in particolare i principi della correttezza professionale, erano prevalentemente interpretati in senso corporativo, tutto il sistema giuridico italiano era indifferente al dinamismo concorrenziale. Oggi, essendo mutati i principi generali, l'interpretazione delle norme sulla concorrenza sleale deve essere coerente ai nuovi dati del sistema.

La giurisprudenza civile dell'ultimo decennio è ancora ricca, in materia, di fermenti contraddittori. Nell'impossibilità di affrontare, in questa sede, un'indagine casistica⁵², mi limito a ricordare che pronunce importanti e recenti hanno continuato ad affermare che i principi della correttezza professionale possono desumersi da codici deontologici imprenditoriali⁵³, anziché dai principi dell'ordinamento regolanti il buon funzionamento dei mercati.

Come segno delle incertezze della giurisprudenza civile in materia, vorrei anche citare un caso di microconflittualità fra imprenditori, che mi sembra emblematico⁵⁴. Con riferimento ad un certo tratto del litorale laziale, due soggetti avevano chiesto analoghe concessioni di spazi demaniali per svolgere attività di noleggio di ombrelloni e di altri oggetti ad uso dei bagnanti. La Capitaneria di porto aveva pensato di dividere salomonicamente il mercato, per cui aveva dato ad uno dei due la concessione per il noleggio di ombrelloni e sedie a sdraio, e all'altro la concessione per il noleggio di pattini e altre imbarcazioni. Quest'ultimo, evidentemente non contento del risultato, aveva però ugualmente avviato l'attività di noleggio degli ombrelloni, installando il proprio deposito in un furgone posto al di fuori degli

⁵² Per la quale mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, Giuffrè, Milano, 1999, 575 ss.

⁵³ Cass., 15.2.1999, n. 1259, in *Foro it.*, 1999, I, 2572; Trib. Torino, 29.10.1998, in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, 64.

⁵⁴ Trib. Latina, 31.10.1998, in *Giur. mer.*, 1999, 5, con nota di G. AMORELLI.

spazi demaniali e sopportando il maggior costo del trasporto degli ombrelloni per ogni andata e ritorno. Il suo concorrente, concessionario degli spazi demaniali per il noleggio di ombrelloni, lo aveva a questo punto citato per concorrenza sleale. E il Tribunale gli ha dato ragione, ritenendo professionalmente scorretto il comportamento di un concorrente che aveva ritenuto di potere alterare una regola di ripartizione del mercato fissata, anche se in modo atipico, da una pubblica amministrazione.

Questo piccolo caso evidenzia dunque modi di intendere i rapporti fra impresa e pubbliche autorità, e i rapporti degli imprenditori fra loro, secondo criteri molto diversi da quelli a cui si è ormai abituati, trattando di diritto comunitario della concorrenza e di diritto antitrust nazionale.

Va da sé che la giurisprudenza civile in argomento non è affatto omogenea e che molte pronunce sono perfettamente coerenti con i criteri qui auspicati. Si è solo voluta sottolineare l'importanza di non perdere di vista i collegamenti sistematici fra i vari comparti del diritto della concorrenza e il cammino ancora da percorrere per giungere ad un'interpretazione coerente dei diversi comparti normativi.

Certo è che, se l'interpretazione delle norme codicistiche in materia di concorrenza seguirà i criteri sopra indicati, anche l'interpretazione dell'art. 33 della legge 287 ne sarà largamente facilitata.

È noto che l'applicazione della norma ha dato luogo a molte incertezze e che, nei primi anni, la tutela cautelare in essa prevista è stata costantemente negata dalle Corti d'appello, anche se queste ultime hanno immediatamente affermato la non pregiudizialità del procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante rispetto all'esperimento dei rimedi giudiziari da parte del privato⁵⁵. Adesso la prassi sta rapidamente mutando, e sono abbastanza numerose le inibitorie provvisorie pronunciate da giudici civili per violazione di norme antitrust.

Rimangono però dubbi interpretativi di ampia portata (in particolare, con riferimento all'ammissibilità di inibitorie giudiziali definitive), e rimane diffusa l'impressione che l'art. 33 della legge n. 287/90 disciplini rimedi civilistici differenti da quelli che sono previsti nelle norme generali del codice civile in materia di concorrenza.

Se invece si ritiene che i criteri che presiedono al giudizio di liceità della causa di tutti gli accordi restrittivi della concorrenza, nonché al giudizio di liceità dei comportamenti extracontrattuali che ledono interesse imprenditoriali, devono trarsi dalle stesse regole di buon funzionamento dei mercati che sono state dettate dal legislatore con le norme antitrust, ne deriva che le regole sostanziali che stanno alla base dei rimedi dell'art. 33 della legge n. 287/90 e dei rimedi civilistici generali in tema di concorrenza sono le stesse.

⁵⁵ Sul punto ampia documentazione in M. TAVASSI/M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.

Da qui la piena giustificazione per un'integrazione sistematica delle rispettive discipline, in particolare con il richiamo analogico, nel corpo dell'art. 33 della legge n. 287/90, delle regole sull'azione di rimozione e sulla presunzione di colpevolezza, di cui agli artt. 2599 e 2600 c.c.

11. Riflessioni conclusive

Il quadro delineato consente di concludere nel senso che il principio di libertà di concorrenza, negli ultimi dieci anni, si è prepotentemente affermato nel sistema giuridico italiano.

Il processo non è ancora compiuto, e diversi segni di freno, rispetto all'affermazione del principio, sono stati notati in vari comparti dell'ordinamento. Può però ragionevolmente prevedersi che il processo, anche in mancanza di innovazioni legislative, andrà avanti nei prossimi anni. Ciò non impedisce, tuttavia, di riconoscere che alcune misure innovative potrebbero enormemente accelerare tale processo.

Una prima misura riguarda il profilo interno della legge antitrust, ed attiene all'attribuzione di poteri cautelari all'Autorità Garante. Il legislatore non volle prevedere tali poteri (che invece il diritto comunitario attribuisce alla Commissione) e li volle invece attribuire ai giudici ordinari, intendendo in questo modo evitare un'eccessiva concentrazione di poteri in capo all'Autorità. Questo timore può dirsi oggi storicamente superato, e per contro emerge una irrazionalità del sistema, per cui l'Autorità può intervenire solo con provvedimenti definitivi, al termine di istruttorie lunghe e penetranti. L'attribuzione di poteri cautelari potrebbe invece favorire la rapida conclusione dei procedimenti, anche attraverso l'assunzione di impegni da parte delle imprese interessate.

Una seconda misura, certo molto più incisiva ed eterodossa sul piano istituzionale, riguarda l'opportunità di facilitare l'accesso alla giustizia costituzionale per la valutazione di legittimità delle norme di legge restrittive della concorrenza. Un intervento più incisivo della Corte può essere infatti determinante per completare il processo di *deregulation* del sistema giuridico italiano.

Non credo che sia fuor di luogo riprendere, pertanto, l'idea di un rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante, oggi previsti dall'art. 21 della legge n. 287/90, e in particolare dell'attribuzione all'Autorità della legittimazione a proporre giudizi di legittimità costituzionale⁵⁶ e ad adire il giudice amministrativo per l'eventuale annullamento di regolamenti o di atti amministrativi a contenuto generale.

⁵⁶ Ad avviso di qualche giuspubblicista (cfr. L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997, 328 ss.), la legittimazione ad attivare il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale dovrebbe riconoscersi all'Autorità Garante già *de jure condito*. La soluzione comporta però un'interpretazione sostanzialmente analogica dell'art. 1, l.cost. 9.2.1948, n. 1, che attribuisce al "giudice" il potere di proporre il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. E un'applicazione analogica sembra difficilmente ammissibile, in una materia che, per la sua centralità nell'organizzazione costituzionale, richiede un elevato grado di certezza.

Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti si è progressivamente consolidato, nel sistema giuridico italiano. In particolare, è maturata la convinzione in ordine alla possibilità di armonizzare queste figure in un quadro attuale, rispettoso del principio di divisione dei poteri. Un quadro in cui, fermi restando i ruoli dei poteri di ultima istanza, quali sono il potere legislativo e il potere giudiziario indipendente, il potere esecutivo sia invece articolato, per renderne l'azione più efficace, in una pluralità di sedi decisionali, alcune delle quali preposte alla cura permanente e specializzata di determinati interessi di ordine generale.

In questa situazione, appare sempre più discutibile che il giudizio di legittimità costituzionale possa essere sollevato individualmente da qualsiasi giudice ma non possa essere sollevato da autorità indipendenti che pure, nell'esercizio delle loro funzioni, sono costrette a rilevare l'esistenza di norme di legge lesive di quei beni di rilevanza costituzionale, che esse hanno il compito di curare.

Al di là di queste possibili (e non facili) riforme, il compito del legislatore rimane centrale, nei prossimi anni, per realizzare con coerenza quel disegno di ammodernamento del sistema giuridico italiano che deve muovere dal ruolo centrale, nella disciplina dell'economia, del principio di libera concorrenza.

Ruolo centrale non significa ruolo esclusivo. È ben presente a tutti che un sistema economico giusto ed equilibrato deve garantire una adeguata quantità e un'alta qualità di beni pubblici, e che a ciò è spesso necessario provvedere con mezzi diversi da quelli di mercato. Fra questi beni pubblici vi è anche la sicurezza (personale, patrimoniale, sociale). La competizione è il contrario della sicurezza. La politica e il diritto della concorrenza mirano ad un risultato non facile ma essenziale: che le imprese – tutte le imprese – guardino alla competizione come ad una sfida entusiasmante e non come ad un'oscura minaccia. Ma ciò che è giusto imporre alle imprese, non si può imporre a tutti gli individui e in tutti i contesti della vita sociale. Può dirsi, anzi, che tanto più l'ambiente sociale sarà favorevole alla competizione fra imprese, quanto più gli individui, chiamati a prendere decisioni nelle imprese, godano di un elevato grado di sicurezza personale.

È infine chiaro che i mercati non sono tutti uguali, e che per alcuni di essi esigenze particolari impongono discipline regolative che garantiscano una presenza pluralistica di imprese tendenzialmente di pari forza, così come in altri mercati, pur dovendosi garantire la libertà di accesso, devono prevedersi regolazioni particolari che impongano un'articolazione dell'offerta in termini di "servizio universale".

Ciò che però dovrebbe divenire senso comune è che le regole di concorrenza sono le regole di principio del sistema economico, perché è attraverso il dinamismo concorrenziale che si è finora realizzato lo sviluppo economico, e perché sono regole coerenti a valori generali del-

l'ordinamento: legalità, eguaglianza dei punti di partenza, responsabilità individuale.

In certi casi può essere necessario imporre il pluralismo imprenditoriale. Ma si tratta di un'eccezione alle regole, e la giustificazione deve essere seria e meditata. Può essere necessario il pluralismo a supporto della libertà delle idee. Può essere necessario in altri casi per peculiarità tecniche dei mercati (si pensi agli spettacoli sportivi). Ma il pluralismo fra imprese di pari forza non è un valore in sé, nella disciplina dell'economia. I vari disegni di legge che sono in discussione in Parlamento, e prevedono "tetti" e quote di mercato massime in vari settori economici, non sono di solito compatibili con i principi di libertà di concorrenza.

Concorrenza e Autorità Antitrust

Un bilancio a 10 anni dalla legge

Parte terza

L'esperienza di altri paesi

Legge antitrust americana e diritti di proprietà intellettuale

di Herbert Hovenkamp

Sono molto onorato d'essere stato invitato a partecipare alla celebrazione del decimo anniversario dell'approvazione della legge antitrust italiana. Ho scelto di parlare di un argomento che proprio in questi stessi dieci anni è stato ampiamente affrontato dalla giurisprudenza antitrust negli Stati Uniti: la relazione tra la politica antitrust e il diritto della proprietà intellettuale. Innanzitutto desidero soffermarmi brevemente sul problema della misurazione del potere di mercato nei settori ad alta tecnologia; affronterò quindi il tema più generale dell'individuazione del limite oltre il quale l'applicazione della legge antitrust agisce da freno allo sviluppo economico.

Negli Stati Uniti, sulla questione del rapporto tra potere di mercato e proprietà intellettuale, il diritto della concorrenza ha oscillato tra due estremi. Le corti americane tradizionalmente erano molto inclini a supporre che il semplice fatto di godere di un diritto di proprietà intellettuale potesse stabilire una posizione dominante. La Corte Suprema, a un certo punto, iniziò a presumere l'esistenza di una posizione dominante quando il bene in questione era brevettato. Ma tale presunzione era per lo più limitata ai casi di *tying* (vincoli d'acquisto per prodotti differenti). Per esempio nel caso *Standard Station* del 1949 si parlò dei brevetti come prova "prima facie" di "controllo del mercato"¹. Da allora la Corte Suprema sembrò continuare a presumere l'esistenza di una posizione dominante quando i beni in questione erano brevettati. Per esempio, nella sentenza *Times-Picayune* del 1953, si affermò che "i brevetti di per sé creavano una situazione di controllo monopolistico, seppur legale, del mercato"². La medesima affermazione venne ripetuta dalla Corte Suprema nel 1984, nel caso *Jefferson Parish Hospital*, riguardante l'imposizione di clausole di vincoli di fornitura³. Infine la Corte Suprema, nel 1962, con la sentenza *Loew's*⁴, dedusse l'esistenza di una posizione dominante dal copyright su un film; e nelle giurisdizioni federali minori talvolta l'esistenza di un potere di mercato era desunta dal possesso di marchi⁵.

Nella decisione *Kodak* del 1992 la Corte Suprema si occupò della questione se per la sola presenza di un brevetto si potesse presumere l'esistenza di un potere di mercato. L'unico accenno ai brevetti viene fatto in una

¹ *Standard Oil Co. of California (Standard Stations) v. United States*, 337 U.S. 293, 307 (1949).

² *United States v. Times-Picayune Pub. Co.*, 345 U.S. 594, 608 (1953).

³ *Jefferson Parish Hosp. Dist. N. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16-17 (1984).

⁴ *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 45 (1962).

⁵ Per esempio, *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.*, 606 F.2° 704 (7th Cir.1979), sent. rigetto, 445 U.S. 917 (1980); *Siegel vs. Chicken Delight*, 448 F.2° 43 (9th Cir.1971), sent. rigetto, 405 U.S. 955 (1972).

nota a piè di pagina in cui si afferma che “il potere ottenuto grazie a vantaggi naturali e legali quali un brevetto, un *copyright*, o l’intuito commerciale, può dar luogo ad una violazione qualora chi lo detenga sfrutti la propria posizione dominante su un mercato per espandersi verso altri mercati contigui”⁶. Si noti che con questa affermazione non si asserisce che il brevetto o il *copyright* in quanto tali creino necessariamente potere più di quanto lo crei “l’intuito commerciale”. Ciò che si asserisce è solo che vi sono circostanze in cui i brevetti, il *copyright* o l’intuito commerciale creano o favoriscono il potere di un’impresa. Per stabilire che esiste quel potere sarebbe ancora necessaria un’analisi del mercato che adoperi gli stessi principi a cui ci si riferisce nel valutare il potere in generale.

Oggi, il principio secondo il quale la sola esistenza di un brevetto possa essere presunzione di una posizione dominante nel mercato è generalmente confutato. Si è molto più inclini a presumere tale potere in base alla facilità con cui si riesce ad ottenere un diritto di proprietà intellettuale.

In base al diritto americano, per ottenere un brevetto, il richiedente deve dimostrare che l’invenzione è nuova, utile e non ovvia. Anche se l’ufficio brevetti fosse in grado di valutare esaurientemente tutte le domande, il fatto che l’invenzione soddisfi questi tre requisiti non significa che il brevetto possa avere sbocchi commerciali sul mercato. La maggioranza dei brevetti non ha alcun valore commerciale: qualora una forte domanda di un bene o di un processo sia suscettibile di creare una posizione dominante, la legge sui brevetti serve a proteggere quel potere impedendo ad altri di duplicare ciò che il brevetto protegge.

Questo vale anche per il *copyright* e ancor più per i marchi. Teoricamente qualunque espressione originale può essere protetta da *copyright*. Il *copyright* impedisce la riproduzione, ma di per sé non crea alcun valore: basti pensare alle migliaia di tesi di dottorato scritte ogni anno o alle canzoni che non vengono nemmeno distribuite, ai tantissimi libri protetti dal *copyright* che gli editori vendono in perdita ogni anno. Insomma, se un’opera d’arte o un marchio particolarmente riuscito crea un potere, ciò è dovuto al potere che ha il prodotto a cui è legato. Il diritto di proprietà intellettuale serve solo ad impedire che quel prodotto venga pedissequamente copiato. Oggi tendiamo all’estremo opposto. Non solo brevetti e *copyright* non conferiscono una posizione dominante significativa, ma addirittura taluni ritengono che i mercati dell’*high tech* siano soggetti ad un’evoluzione talmente rapida da rendere impossibile la conquista di una posizione dominante duratura. Secondo me questa posizione è troppo categorica; certamente esistono mercati in cui è chiaramente possibile ottenere una posizione dominante duratura, basti pensare al settore farmaceutico o ad alcuni software per calcolatori. Almeno una minoranza di brevetti dominano effetti-

⁶ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 479 n. 29 (1992).

vamente certi mercati e i diritti di proprietà intellettuale spesso proteggono risorse materiali durevoli impossibili da duplicare senza un accesso a tali diritti. Credo che il Giudice Jackson abbia seguito l'approccio corretto nelle valutazioni giuridiche della sentenza emessa dalla corte distrettuale contro Microsoft; per sostenere l'esistenza di un consistente potere di mercato di Microsoft, egli non ha fatto riferimento unicamente alla quota del 95 % detenuta da Microsoft nel mercato dei sistemi operativi per i computer con processori di tipo Intel, ma ha anche richiesto che la posizione dominante fosse stabile - in questo caso, che essa fosse stata mantenuta per almeno dieci anni, fosse crescente e non avesse presentato cenni di cedimento⁷.

Si deve tuttavia sottolineare che stabilire che un titolare di brevetto o di un altro diritto di proprietà intellettuale riveste una posizione dominante *non* significa di per sé condannarlo. Noi non condanniamo le imprese semplicemente perché detengono un potere, e ciò indipendentemente dalla sua origine. Un giudizio di condanna presuppone l'accertamento di un *abuso* della posizione dominante o, nel linguaggio del diritto antitrust americano, di una "monopolizzazione".

L'altro tema importante emerso in questi anni riguarda l'idea di "mercato dell'innovazione", opposto al mercato dei prodotti comuni. Nelle linee guida emanate nel 1995 dal governo degli Stati Uniti in materia di licenze sulla proprietà intellettuale, si afferma:

*An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development. The close substitutes are research and development efforts, technologies, and goods that significantly constrain the exercise of market power with respect to the relevant research and development. [We] delineate an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.*⁸

Per poter delineare un mercato rilevante dell'innovazione è necessario individuare le imprese impegnate nelle stesse attività di ricerca, o in attività di ricerca convergenti, che generalmente interessano mercati a valle dei

⁷ Cfr. *United States v. Microsoft Corp.*, 35 F.Supp. 1, 11 (D.D.C. 1999) (istruttoria n. 35).

⁸ IP Guidelines, §3.2.3. Cfr. *Stati Uniti v. General Motors Corp.*, Civ. n. 93-530 (D. Del. 16 novembre 1993) (opposizione al progetto di fusione tra due imprese produttrici di trasmissioni automatiche medio-grandi, che si presume possano controllare la sola infrastruttura in grado di collaudare tali trasmissioni; nel ricorso si asserisce che le imprese coinvolte nella fusione sono

direct horizontal competitors in technological innovation for the design, development, and production of medium and heavy automatic transmissions for commercial and military vehicles. This competition has resulted in improved products, new products, lower costs of manufacture, and lower prices to consumers.

e:

The proposed acquisition will eliminate that response and all future competition in innovation between these two major manufacturers of automatic transmissions.

medesimi prodotti o processi produttivi⁹. Il problema fondamentale, quindi, è stabilire se le due imprese possano, concentrandosi o creando un cartello, ritardare il tasso di introduzione dell'innovazione che, in questo particolare mercato, rappresenta la misura dell'output. Ne risulterebbero minori innovazioni e prezzi più elevati delle innovazioni stesse.

Per fare un esempio pratico, supponiamo che due imprese abbiano un laboratorio e altre risorse specializzate per sviluppare una certa tecnologia brevettabile per produrre microprocessori e che nessun altro possieda tali risorse. In tal caso è possibile definire il mercato dell'innovazione come il mercato delle risorse e delle competenze professionali, specializzate nella ricerca, controllate dalle due imprese.

È importante, quindi, tenere presente che la teoria di un mercato dell'innovazione non è diversa, in linea di principio, da quella che definisce un mercato dei prodotti in generale. La corte giudicante deve individuare l'input - in questo caso l'innovazione - in grado di essere controllato da un'impresa, o da un gruppo di imprese, così conferendole il potere di frenare la velocità dell'innovazione e in tal modo aumentarne il prezzo. Appare chiaro, al contempo, che le occasioni per affermare l'esistenza di una restrizione nel mercato dell'innovazione sono decisamente meno frequenti di quanto possa accadere nel mercato tradizionale. La capacità innovativa dipende fortemente dal capitale umano, o da personale esperto, e le imprese raramente riescono ad avere il monopolio o per lo meno una significativa quota di tali risorse.

Il concetto di mercato dell'innovazione potrebbe sembrare superfluo a chi crede che le limitazioni dell'innovazione invariabilmente si ripercuotono sui costi o sulla qualità dei prodotti finiti. Prendiamo in considerazione il ricorso presentato circa venticinque anni fa contro i fabbricanti di automobili, ritenuti colpevoli di essersi accordati per limitare la ricerca sui motori a bassa emissione di gas di scarico¹⁰. Più tale innovazione viene limitata, meno motori qualitativamente superiori verranno fabbricati, e un accordo che abbia come scopo quello di ostacolare una produzione migliore si configura sicuramente come restrizione nel mercato del prodotto considerato. Ma l'attività innovativa è caratterizzata da grande incertezza e spesso, durante il processo di innovazione, non è chiaro quale sarà l'impatto in generale e nemmeno quale gamma di prodotti ne sarà influenzata. Per esempio, un accordo per non sviluppare un nuovo tipo di microcircuito può influire sullo sviluppo di una gamma infinita di prodotti, dai computer ai tostapane sino alle navicelle spaziali. Inoltre, dimostrare il rapporto di causalità con il mercato del prodotto è estremamente difficile, soprattutto nel caso in cui la restrizione

⁹ Cfr. R.J. Gilbert e S.C. Sunshine, *Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets*, 63 Antitrust L.J. 563, 595 (1995).

¹⁰ *Multidistrict Vehicle Air Pollution*, 367 F. Supp. 1298, 1303 (C.D. Cal. 1973), aff'd., 538 F.2d 231 (9a Cir. 1976). Cfr. anche 13 Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* §2115 (1999).

riesce ad impedire che un'innovazione si realizzi. Può essere molto difficile stabilire se l'accordo per non sviluppare motori meno inquinanti abbia avuto effettivamente qualche ripercussione pratica. Potrebbe accadere che dopo vent'anni di libera innovazione si arrivi a scoprire che non è possibile ottenere alcun motore migliore che sia accettato dai consumatori.

Il concetto di mercato dell'innovazione è quindi strategico in quanto permette un'analisi orientata sul lungo periodo. Gli effetti sulla concorrenza della restrizione all'innovazione dovrebbero essere valutati a partire dal momento in cui quell'innovazione è stata intrapresa, prima di conoscerne l'impatto sul prodotto finale. Per esempio, supponiamo che un nuovo tipo di ricerca genetica suggerisca un'ampia gamma di possibilità tra cui migliori prodotti farmaceutici, migliori alimenti per animali e migliori metodologie per diagnosticare la predisposizione a contrarre malattie letali. Nel momento in cui un'impresa si impegna in tale attività innovativa, non sa se essa produrrà brevetti sfruttabili e remunerativi in tutti questi settori o invece in nessuno di essi. Immaginiamo allora che esistano tre aziende dotate delle risorse durevoli e specializzate necessarie per portare avanti la ricerca e che esse costituiscano quella che potrebbe apparire una joint venture, ma che in realtà non è nulla di più di un accordo per limitare gli investimenti in quel settore di ricerca.

È chiaro che questo caso va esaminato considerando una limitazione all'output, dove l'output è l'innovazione stessa; è invece impraticabile l'alternativa di considerarlo una restrizione nel mercato dei prodotti finali. Prima di tutto, il periodo che intercorre tra l'inizio dell'innovazione, lo sviluppo e la commercializzazione del prodotto potrebbe durare anni, accrescendo così il costo sociale di ogni restrizione anticoncorrenziale operante in quel periodo; secondo, il compito di dimostrare che si sarebbe potuto ottenere un certo risultato nel mercato dei prodotti se non fosse stato per la restrizione è, come minimo, un'impresa eroica.

Consideriamo ora il diritto sostanziale. Recentemente negli Stati Uniti il diritto antimonopolistico ha conosciuto un boom straordinario di vertenze relative all'abuso della posizione dominante in mercati in cui i diritti di proprietà intellettuale giocano un ruolo importante. Desidero porre l'accento su tre aspetti: (1) l'uso scorretto di azioni giudiziarie e amministrative per affermare la violazione di tali diritti; (2) il rifiuto di concedere licenze e (3) il fenomeno del *tying* e i problemi correlati del *bundling*.

Procedimenti per violazione delle norme sui diritti di proprietà intellettuale

Il problema dei procedimenti per violazione avviati senza fondamento è rilevante. Da un lato il diritto di tutelare la proprietà intellettuale è parte integrante della costituzione degli Stati Uniti, sia per quanto concerne la protezione sostanziale sia per quanto riguarda il diritto di pretendere tute-

la in giudizio. Una concezione troppo estesa dell'infondatezza potrebbe trasformare molti procedimenti in materia di proprietà intellettuale in azioni antitrust contro il ricorrente, mettendo così in pericolo l'esercizio del diritto a difendersi dello stesso titolare del brevetto.

D'altra parte, siamo convinti che il cattivo uso dei procedimenti per la tutela della proprietà intellettuale è uno degli strumenti più efficaci con cui lo studio legale dominante difende la propria posizione. Tale impresa, generalmente dotata di ampie risorse, ricorre contro ogni piccolo rivale che si affacci sulla scena, indipendentemente dal fatto che il ricorso sia fondato o meno. Il rivale, non possedendo risorse sufficienti per affrontare la controversia, piuttosto che rischiare condanne a consistenti risarcimenti danni, si ritira dal mercato.

Infondate azioni giudiziarie possono anche essere promosse sulla base di brevetti ottenuti in modo illecito e in tal caso l'illiceità originaria si ripercuote sulla fondatezza dell'azione successiva: colui che ha agito in modo illecito per ottenere un brevetto necessariamente sa che il diritto che ne discende non è rivendicabile. Le stesse azioni si possono però rivelare illegittime anche quando si basino su brevetti validi di cui il ricorrente conosce l'inapplicabilità, a causa di vizi al momento dell'acquisizione o ancora su brevetti validi, ma siano promosse contro pretesi contraffattori, sapendo o dovendo sapere che non erano tali¹¹. L'illegittimità può anche essere stabilita quando il ricorrente basi il proprio ricorso su interpretazioni illogiche e chiaramente scorrette di questioni di diritto.

Generalmente i ricorsi antitrust vengono sollevati come strumenti di difesa in un procedimento originario per violazione del diritto di proprietà intellettuale. In primo luogo, il titolare del brevetto presenta ricorso; quindi il convenuto risponde che il brevetto in questione non è valido o che i diritti che derivano non sono applicabili nelle specifiche circostanze o che l'utilizzazione della tecnologia non viola alcun diritto. In aggiunta, nel ricorso antitrust il convenuto sostiene che l'azione legale volta alla tutela della proprietà intellettuale è ingiustificata ed è in se stessa un abuso monopolistico o un tentativo di monopolizzare il mercato coperto dal brevetto in questione o a esso collegato.

Secondo la sentenza emessa dalla Corte Suprema nel 1993 nel caso *Professional Real Estate*, che riguardava una questione di copyright,¹² per potersi agire riconvenzionalmente sulla base del diritto antitrust in un pro-

¹¹ Cfr. per es. *United States v. Besser Mfg. Co.*, 96 F.Supp. 304, 312 (E.D.Mich. 1951), aff'd 343 U.S. 444 (1952) (azioni contro la presunta contraffazione di una macchina, ma che il titolare del brevetto non aveva mai esaminato). Certe azioni per responsabilità concorsuale contro chi produce prodotti complementari a quello brevettato potrebbero anche qualificarsi come pratiche esclusive. Tali azioni sono ammesse in 35 U.S.C. §271(d); §271(c) della legge che definisce la responsabilità concorsuale.

¹² *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Indus.*, 508 U.S. 49 (1993); cfr. 1 P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* §205b (2d, 2000).

cedimento per violazione del copyright, si deve dimostrare che quest'ultima azione è oggettivamente infondata; ciò vuol dire che la corte, senza dover indagare la reale intenzione soggettiva dell'attore, vuole sapere se il ricorso è ragionevolmente fondato in fatto e in diritto. La risposta potrebbe essere negativa per varie ragioni: innanzitutto il vantato diritto di proprietà intellettuale può non essere valido perché il brevetto è stato ottenuto in malafede o rilasciando false dichiarazioni in fase di domanda; il diritto di proprietà intellettuale può essere scaduto; o il suo titolare sa perfettamente che la tecnologia del convenuto non viola alcun diritto.

In questi casi, ovviamente, il ricorso verrebbe respinto, ma ciò non sarebbe sufficiente per stabilire una responsabilità antitrust. Questa oggettiva infondatezza soddisfa solo l'elemento comportamentale nell'illecito contro la concorrenza. Poiché l'azione antitrust si fonda sull'art. 2 dello Sherman Act, il ricorrente deve anche dimostrare il potere monopolistico in un mercato rilevante in cui l'azione basata sul vantato diritto di proprietà intellettuale sia un elemento costitutivo importante, o altrimenti che esiste una forte probabilità che tale potere possa essere conseguito.

In questi casi, negli Stati Uniti, i rimedi sono ovviamente sempre complicati dalla diffusa presenza di azioni civili per la triplicazione dei danni: valutare i danni derivanti da un procedimento per violazione del diritto di proprietà intellettuale infondato è spesso estremamente difficile, soprattutto quando il convenuto in tale azione non è un'impresa già affermata sul mercato, con profitti certificati. Comunque, che la perdita di profitto si possa o meno dimostrare, molte sentenze, prima fra tutte quella emessa nel caso *Premier Electric* dalla corte della Settima Circoscrizione, ammettono che chi viene infondatamente chiamato in giudizio per contraffazione, può ottenere, come danno da illecito antitrust, il recupero delle spese processuali¹³, ovviamente triplicate secondo quanto previsto dalla legge vigente negli Stati Uniti.

Rifiuto di concessione della licenza

Consideriamo ora il rifiuto unilaterale di un'impresa a concedere in licenza un suo diritto di proprietà intellettuale. In buona sostanza, le norme in materia di licenze obbligatorie di brevetto sono abbastanza chiare: il *Patent Act* degli Stati Uniti afferma che è lecito il rifiuto di concedere in licenza un brevetto¹⁴. Il *Copyright Act* è meno esplicito, ma i giudici hanno coerentemente riconosciuto che per il titolare di *copyright* non esiste obbligo, in base al diritto antitrust, di concedere licenza ad altri. La corte della

¹³ *Premier Electrical Constr. Co. v. National Elec. Contractors Assn.*, 814 F.2d 358, 371-372 (7th Cir. 1987).

¹⁴ 35 U.S.C. §271(d):

No patent owner otherwise entitled to relief for infringement ... of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of ... (4) [the patent owner's] refus[al] to license or use any rights to the patent.

Prima Circostrizione di Boston nel caso *Data General*¹⁵ rifiutò di sancire un obbligo alla concessione di licenza, come aveva precedentemente fatto la corte della Circostrizione Federale di Washington nel caso *Independent Service Organizations (ISO)*¹⁶.

In questo caso gli attori (un gruppo di aziende di assistenza tecnica) volevano offrire l'assistenza tecnica per le fotocopiatrici Xerox e sostenevano che la Xerox violava la legge antitrust rifiutandosi di concedere in licenza i manuali tecnici e i software diagnostici protetti da copyright. La Circostrizione Federale ritenne invece che, come disposto dal Copyright Act:

*expressly grants a copyright owner the exclusive right to distribute the protected work by "transfer of ownership, or by rental, lease, or lending."*¹⁷

"[T]he owner of the copyright, if [it] pleases, may refrain from vending or licensing and content [itself] with simply exercising the right to exclude others from using [its] property."

Esistono anche forti ragioni di politica economica per non imporre l'obbligo antitrust di concedere una licenza alle imprese che agiscono unilateralmente, anche se si tratta di monopolisti. Soprattutto, la corte che applica il diritto antitrust non è un ente per il controllo dei prezzi, come l'ente regolatore del servizio pubblico per l'energia elettrica o dei gasdotti di gas naturale. Quando un tribunale impone la concessione di una licenza non può farlo solo in senso astratto, deve anche definire la sfera del diritto da concedere e, soprattutto, deve stabilire il prezzo. Nel sistema statunitense, che prevede linee di demarcazione ben definite tra tribunali di giurisdizione ordinaria ed enti regolatori, questa forma di regolamentazione dei prezzi va chiaramente oltre la competenza del tribunale.

Ma il fatto davvero essenziale è che la regolamentazione della concessione delle licenze non è una soluzione "antitrust" al problema delle strozzature provocate dalla proprietà intellettuale. Lo scopo del diritto antitrust è rendere i mercati concorrenziali, non farne servizi pubblici a tariffe controllate. Se si configura effettivamente la necessità di imporre un obbligo di concedere una licenza, ciò dovrebbe accadere per vie diverse dalla legge antitrust.

¹⁵ *Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); secondo: *Triad Systems Corp. v. Southeastern Express Co.*, 64 F.3° 1330 (9th Cir. 1995), rifiutato, 116 S.Ct. 1015 (1996) (il titolare di copyright può rifiutare ai concorrenti il permesso di utilizzare l'opera protetta da copyright - nella fattispecie un software di diagnosi per la riparazione di sistemi per computer); *Service & Training vs. Data General Corp.*, 963 F.2° 680, 686 (4th Cir. 1992). La sentenza classica della Corte Suprema è *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932) (il titolare di copyright "may refrain from vending or licensing and content himself with simply exercising the right to exclude others from using his property").

¹⁶ *ISO Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (Circ Fed. 2000), rich. cert. in sosp.

¹⁷ Cit. in 17 U.S.C. §106(3).

La Circostrizione Federale, nella recente sentenza sul caso *Intel vs. Intergraph*, ha ritenuto che un brevetto non potesse essere considerato una "essential facility" che Intel era tenuta a concedere in licenza a uno dei suoi partner commerciali. Secondo la dottrina dell'essential facility, molto criticata e ora in declino, chi controlla un'infrastruttura che si riveli essenziale alla sopravvivenza della concorrenza nel mercato ha l'obbligo di condividerla. Ma come sostenne la corte nel caso *Intel* "... [T]he Sherman Act does not convert all harsh commercial actions into antitrust violations. Unilateral conduct that may adversely affect another's business situation, but is not intended to monopolize that business, does not violate the Sherman Act." La corte quindi sostenne, più o meno categoricamente, che il titolare di un brevetto non ha l'obbligo di concederlo in licenza.

In tal senso il diritto statunitense sarebbe abbastanza chiaro se non fosse per l'esistenza di un'importante sentenza contraria. La Nona Circostrizione, ignorando tutti i principi finora enunciati, nella sua sentenza, peraltro molto controversa, relativa al caso *Kodak*, concluse che un'impresa, nonostante non abbia imposto vincoli di fornitura (*tying*), né abbia promosso azioni infondate per violazione dei diritti di proprietà intellettuale o abbia in altro modo abusato del diritto di brevetto, in base al diritto antitrust può essere comunque costretta a cedere in licenza sia brevetti che copyright¹⁸.

In sostanza questo caso era assimilabile al caso *Xerox*. L'attore intendeva offrire il servizio di assistenza tecnica per le fotocopiatrici Kodak, ma Kodak rifiutava di vendergli le parti brevettate o di fornire i manuali tecnici protetti da copyright e i relativi software diagnostici.

Il tribunale impose l'obbligo di concedere la licenza essenzialmente in base al fatto che la vera ragione del rifiuto non era la tutela del diritto di proprietà intellettuale asserita da Kodak. Questa sentenza impone al sistema giudiziario la strana incombenza di cercare un *altro* movente, essendo come tale insufficiente la tutela del diritto di proprietà intellettuale. Tale problema è privo di senso, a meno che non si decida che esiste *a priori* un confine alla sfera d'azione di un brevetto o alla tipologia di motivazioni legittime per rifiutarne la licenza. Supponiamo, per esempio, che un fabbricante di computer compili anche un software diagnostico, lo protegga con *copyright* e ne faccia una copia su dischetto che un tecnico dipendente della medesima ditta può utilizzare per rilevare problemi nei computer. Immaginiamo, poi, che il fabbricante rifiuti di condividere il programma diagnostico con un servizio di assistenza tecnica indipendente che intende offrire i suoi servizi anche per i computer prodotti da quel fabbricante, cosicché il servizio indipendente avrà difficoltà nell'eseguire diagnosi corrette.

¹⁸ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997), sent. rigetto, 118 S.Ct. 1560 (1998).

La Nona Circoscrizione affermerebbe che il rifiuto ha valenza escludente e potrebbe essere ritenuto illecito, ma il desiderio di tutelare il proprio diritto di proprietà intellettuale, se provato, rappresenta per l'impresa una giustificazione commerciale valida. Questa impostazione è foriera di numerose difficoltà. *Primo*, presume che un'impresa monopolista con diritti di proprietà intellettuale abbia in via presuntiva un obbligo a concederli in licenza - presunzione che nell'ordinamento degli Stati Uniti è nettamente in contrasto con le leggi in materia e con la giurisprudenza. *Secondo*, pretende che il rifiuto di concedere una licenza sia una questione da definire in base ai propositi del monopolista, distinguendo tra "proposito di tutelare il diritto di proprietà", che è legittimo, e "proposito di creare e conservare una posizione monopolista", che non è legittimo. Distinguere le intenzioni in queste circostanze è impossibile e insensato, e infatti le prove documentarie acquisibili presso tutte le grandi imprese quasi sempre offrono innumerevoli esempi a conferma di entrambe le intenzioni. Inoltre, la distinzione tra "il proposito di tutelare un diritto di proprietà intellettuale" e "il proposito di creare un monopolio" non è affatto una distinzione. Presumibilmente, *tutte* le imprese che massimizzano il profitto si propongono di tutelare i diritti di proprietà intellettuale in modo da massimizzare il proprio valore. La licenza viene concessa quando ciò sia più proficuo che il non farlo e in nessun altro caso. Quando un'azienda rifiuta la concessione di una licenza ad un concorrente, è presumibile che lo faccia perché le perdite dovute ad una maggiore concorrenza vanificherebbero i guadagni ottenuti dai diritti di licenza. Tale rifiuto, comunque, è proprio ciò che la legge sulla proprietà intellettuale tutela. Il Congresso ha scelto di sollevare i titolari di *copyright* e di brevetti dall'obbligo di concederli in licenza, indipendentemente dal fatto che la concorrenza nel breve periodo aumenti o meno. Dal mio punto di vista la sentenza nel caso *Kodak* è sbagliata, ma essa rimarrà nella giurisprudenza della Nona Circoscrizione che regola due stati tecnologicamente molto importanti, la California e lo stato di Washington.

Vincoli di fornitura (*tying*) e relative pratiche di *bundling*

Affrontiamo infine il problema dei vincoli di fornitura e delle relative pratiche di *bundling*. I contratti che vincolano all'acquisto di prodotti differenti e che coinvolgono diritti di proprietà intellettuale stanno su un piano completamente diverso dal rifiuto assoluto di concedere licenze. Se da un lato la legge americana sui brevetti afferma che il semplice rifiuto di una licenza è legittimo, dall'altro dice espressamente che vincolare un prodotto protetto da brevetto ad altri prodotti, protetti o meno, può configurarsi come violazione di legge, se il convenuto detiene una posizione dominante nel mercato del prodotto vincolante. Analogamente l'articolo 3 del Clayton Act, previsione antitrust in materia di *tying*, parla espressamente di prodotti protetti da brevetto. Sebbene non esista alcuna norma riguardante copy-

right e marchi commerciali, le corti uniformemente condannano coloro che pongono in essere pratiche di *tying* sfruttando diritti di proprietà intellettuale, ove ne siano dimostrati gli effetti anticoncorrenziali¹⁹. Recentemente, nel 1999, l'Undicesima Circostrizione, comprendente gli stati della Florida e della Georgia, con la sentenza *MCA* ha condannato la pratica "*block-booking*," ossia le licenze di programmi televisivi concesse in pacchetti obbligatori²⁰. Secondo il tribunale, il convenuto costringeva le emittenti che richiedevano la licenza di programmi televisivi molto popolari ad accettare anche programmi che esse non desideravano – nella specie, un programma assolutamente non riuscito intitolato *Harry and the Hendersons*, il cui protagonista era una creatura preistorica simile a un gorilla che andava a vivere con una famiglia americana.

Il risultato più importante del trattamento giuridico del *tying* in campo tecnologico si è avuto sul piano teorico. La Scuola di Chicago ha completamente screditato la vecchia teoria del "leverage" posta alla base del *tying*, la quale ritiene possibile trarre un secondo profitto monopolistico vincolando un bene non monopolizzato ad uno che lo è. Come oggi è noto, il prezzo di monopolio può essere imposto su un singolo bene o su qualunque combinazione di beni e il prezzo non aumenta semplicemente per via della combinazione dei beni.

Ciononostante, la teoria del "leverage" ha lasciato alcuni strascichi. Prendiamo in considerazione il recente caso *C.R. Bard* discusso presso la corte d'appello della Circostrizione Federale. La corte ha ritenuto che il convenuto detenesse una posizione di monopolio relativamente ad una "siringa" brevettata per il prelievo di campioni di tessuto dai pazienti²¹. La "siringa" in sé era un bene durevole ma necessitava dell'impiego di aghi monouso che inizialmente venivano forniti sia da Bard che da altri, incluso il ricorrente. Ad un certo punto Bard modificò la "siringa" in modo che potessero essere utilizzati solo i suoi aghi. L'esclusione degli aghi della concorrenza fu motivo del ricorso sulla base dell'articolo 2 e il collegio non unanime della Circostrizione Federale affermò l'esistenza della violazione. Si osservi che un fabbricante di siringhe per biopsia *non* dominante non avrebbe alcun motivo di rendere il proprio prodotto incompatibile con gli aghi di altri produttori, a meno che la combinazione siringa/ago non costituisca un sensibile miglioramento rispetto alla tecnologia precedente. L'azienda non dominante massimizza i propri profitti, *ceteris paribus*, massimizzando la compatibilità. È pertanto indispensabile individuare una forte posizione dominante in un mercato rilevante correttamente definito.

¹⁹ Per esempio, *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 45 (1962) (copyright); *Siegel v. Chicken Delight*, 448 F.2d 43 (9a Cir. 1971), sent. rigetto, 405 U.S. 955 (1972) (trademark).

²⁰ *MCA Television Limited v. Public Interest Corp.*, 171 F.3d 1265 (11th Cir. 1999).

²¹ *C.R. Bard, Inc. v. M3 Sys., Inc.*, 157 F.3d 1340, 1379 (Fed. Cir. 1998), cert. denied, 526 U.S. 1131 (1999).

In secondo luogo, sia la legge sui brevetti sia gli orientamenti generali del diritto antitrust avrebbero consentito a Bard di produrre una nuova siringa innovativa anche se ciò prevedeva un ago di diversa conformazione, incompatibile con quelli concorrenti. Inoltre, l'innovazione è rischiosa e viene intrapresa in situazione di enorme incertezza; infatti molte innovazioni programmate non incontrano poi l'approvazione del mercato. Pertanto, non si può andare oltre i fatti e decidere che l'innovazione non è un progresso e perciò è anticoncorrenziale. Ciò che ci si deve chiedere, allora, è quale sia lo scopo di colui che innova. Se il proposito di Bard era sviluppare una siringa migliore che però richiedeva l'impiego di un ago esclusivo, Bard non avrebbe dovuto essere penalizzato solo perché la sua nuova combinazione siringa/ago non funziona meglio (o solo un po' meglio) della precedente.

Formulare un test gestibile che tenga in considerazione queste valutazioni concorrenziali è difficile. Da un lato non si vuole intralciare la capacità innovativa del monopolista, anche se ciò comporta l'esclusione dei concorrenti; dall'altro, dall'analisi dei comportamenti strategici messi in atto dalle imprese dominanti, risulta evidente che esse spesso scelgono tecnologie o altri metodi per espletare la propria attività commerciale semplicemente in base all'impatto sfavorevole sui concorrenti.

La regola corretta dovrebbe essere questa. *Primo*, come sottolineato poco fa, l'impresa convenuta deve avere una forte posizione dominante, sufficiente a giustificare un'illazione di illecito grave nel caso in cui essa progetti un prodotto che escluda i prodotti complementari della concorrenza. In molti casi la convenuta dovrebbe detenere una quota di mercato pari almeno al 70-80%. *Secondo*, nel caso in cui si accerti che l'innovazione contestata comporta un significativo progresso, il ricorso antitrust dovrebbe essere respinto. Non spetta alle corti federali il compito di bilanciare i profitti derivanti dall'innovazione rispetto alle perdite derivanti dalla minore concorrenza. *Terzo*, quando la corte abbia deciso che il prodotto riprogettato non costituisce un progresso, allora è opportuno indagare le intenzioni del convenuto precedenti l'innovazione: voleva effettivamente costruire un prodotto migliore oppure la riprogettazione tendeva solo ad escludere un concorrente?

Sempre più, oggi, la giurisprudenza in materia di *tying* pone l'accento su considerazioni dinamiche, in particolare sull'estensione del dominio ottenibile convertendo una tecnologia in un'altra. Per esempio Microsoft, che detiene una posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per computer non collegati in rete, prevede che in futuro i software applicativi, ma anche alcuni componenti operativi, non verranno installati nei singoli dischi rigidi, ma saranno accessibili via Internet. Nel tentativo di preservare la propria posizione dominante, Microsoft ha vincolato il suo programma di navigazione, Internet Explorer, al sistema operativo Windows. Questo interesse per le pratiche di *tying* non deriva dall'ormai superata teoria del

“leverage”. Alla base non vi è una teoria che spieghi come un’impresa possa applicare un prezzo più alto imponendo contratti di *tying*, ma piuttosto una teoria che spieghi come l’impresa può, attraverso tale pratica, estendere la durata del suo monopolio.

In breve, l’attuale stato della controversia su Microsoft si può raccontare in questo modo: i sistemi operativi sono prodotti che risentono in maniera molto significativa di effetti di rete. In altri termini, più gli utenti aumenteranno, più il prodotto acquisterà valore per quelli già esistenti. Il classico esempio dell’effetto di rete è il sistema telefonico. Anche il telefono tecnologicamente più avanzato non vale praticamente nulla se non mette in comunicazione nessuno, ma non appena un altro abbonato attiva la comunicazione, il telefono acquista valore e per ciascun abbonato il valore aumenta all’aumentare del numero degli abbonati. Un sistema con un numero di utenti elevato, per un nuovo utente vale molto di più di uno con pochi utenti, presumendo che i due sistemi siano incompatibili tra loro.

La fonte degli effetti di rete per Microsoft Windows è costituita principalmente dall’esigenza di compatibilità e interscambio tra gli utenti e dalla necessità dei compilatori di software di sviluppare applicazioni per un numero di utenti elevato. Un sistema operativo molto diffuso e ampiamente utilizzato costituirà sempre un’attrazione maggiore, sia per gli utenti che per gli sviluppatori, rispetto ad un sistema operativo parimenti valido o anche migliore, ma con una diffusione minore.

Il programma di navigazione alternativo Netscape e il linguaggio di programmazione Java di Sun Microsystem minacciano di neutralizzare il vantaggio di Microsoft perché consentono l’interconnessione tra vari sistemi operativi, con ciò eliminando il vantaggio dell’effetto rete. Per avere un’idea chiara del problema, si può immaginare un paese con due sistemi telefonici che non possono essere collegati tra loro. Un sistema utilizza una tecnologia più vecchia ma è attivo da più tempo e ha 1.000.000 di abbonati, l’altro è più nuovo, utilizza una tecnologia migliore, ma ha solo 1.000 abbonati. Nonostante la tecnologia inferiore, la maggiore diffusione offre all’azienda più anziana un vantaggio notevole rispetto a quella più giovane, perché gli utenti valutano l’interconnessione in base al numero di persone raggiungibili.

Ma supponiamo che qualcuno sviluppi un commutatore che consente di collegare i due sistemi, cosicché gli abbonati di un sistema possono immediatamente raggiungere gli abbonati dell’altro e viceversa. I vantaggi di rete di ciascuno dei due sistemi ora si sommano o, detto in altre parole, non vi è più un vantaggio esclusivo nell’abbonarsi ad una rete piuttosto che all’altra. Ora gli utenti potranno scegliere un telefono in base a fattori quali la tecnologia, il prezzo o il servizio.

Netscape, potenziato da Java, minacciava di essere il “commutatore” in grado di collegare diversi sistemi operativi utilizzando Internet come veicolo comune, distruggendo in tal modo il notevole vantaggio di rete di

Microsoft rispetto ai sistemi operativi concorrenti e permettendo alle persone di basare le loro decisioni di acquisto su fattori quali il prezzo o la qualità. In particolare la strategia di Java “*write once, run anywhere*”²² minacciava di rendere compatibili i diversi sistemi operativi sia sul versante dell’utenza finale sia su quello della compilazione di software. Ciò avrebbe determinato un mercato concorrenziale dove sarebbe stato possibile scegliere tra sistemi operativi o programmi di navigazione Microsoft e non Microsoft solo in base al prezzo, alle caratteristiche, alla velocità, all’assistenza tecnica, e così via. La compatibilità con altri utenti non sarebbe più stato un fattore rilevante.

La teoria, nel caso *Microsoft*, è che Microsoft fece tutto quanto in suo potere per evitare che questo “commutatore” venisse diffuso, in modo da mantenere l’impossibilità di interconnessione tra sistemi diversi. Per prima cosa tentò la divisione del mercato dei programmi di navigazione in Internet: Netscape doveva fornire il programma ai computer che non utilizzavano Windows, Microsoft fornire Internet Explorer a tutti i computer che utilizzavano Windows. Quando Netscape rifiutò l’offerta, che se fosse stata accettata avrebbe potuto costituire un illecito penale, Microsoft fece tutto quanto poteva per limitare la diffusione di Netscape e la funzionalità di Java. Riuscì a costringere la maggior parte dei fabbricanti di computer a preferire Internet Explorer rispetto a Netscape, tanto che il prodotto di Netscape ebbe modalità di distribuzione meno efficaci e più costose. Per quanto riguarda Java, Microsoft ottenne la licenza per creare un *bundle* con la sua piattaforma, per poi modificare il programma creando incompatibilità con le piattaforme non Windows. Ciò comprometteva la possibilità, per Java, di essere un linguaggio multi-piattaforma. Insomma, Microsoft ricorse ad ogni possibile espediente per preservare l’incompatibilità tra Windows e le altre piattaforme operative. Da questo punto in poi la vicenda Microsoft è storia vecchia. Contrariamente a quanto alcuni asseriscono, non una sola imputazione nel ricorso del governo si oppone alle prassi innovative di Microsoft. Piuttosto, le contestazioni riguardano attività quali il *tying* oppure condotte escludenti o ancora condizioni contrattuali che impongono di sfavorire i sistemi concorrenti. Gli elementi giuridici alla base di queste contestazioni sono alquanto ortodossi.

L’altro fatto interessante a proposito del caso *Microsoft* riguarda il legame tra Windows/Browser e la decisione del Giudice Jackson di considerare la piattaforma e il programma di navigazione “prodotti separati”, accogliendo quindi il ricorso per creazione di un *tying* illecito tra prodotti²³. La decisione appare abbastanza corretta in base ai criteri che abbiamo sempre utilizzato nell’analisi delle pratiche di *tying*. Certo, vi è un precedente parere contrario della Corte di appello di Washington, che poneva però un’en-

²² *United States v. Microsoft*, 65 F.Supp.2d 1, 21 (D.D.C. 1999) (istruttoria 74-77).

²³ Cfr. *United States v. Microsoft*, 87 F.Supp.2d 30, 48 (D.D.C. 2000) (“conclusions of law”).

fasi eccessiva sul grado di "integrazione" dovuto al fatto che molta parte del codice di Internet Explorer coincide con quello di Windows. Tuttavia, come il Giudice Jackson ha sottolineato, disseminare un codice in un *file* o in un programma è un'operazione di *routine* che può essere facilmente eseguita da qualunque programma informatico. Volendo, Microsoft avrebbe potuto disseminare in Windows il codice di un videogioco per bambini o di qualunque altro programma. Certo, l'integrazione è segno di innovazione, ma non tutte le azioni di integrazione sono particolarmente innovative. Per esempio, mescolando il sale all'acqua i due elementi si integrano, entrambi mutano e diventa difficile separarli, ma difficilmente, in tal caso, si può parlare di atto innovativo. A tal proposito tendo più ad essere dell'opinione del Giudice Jackson che della Corte di Appello della Circostrizione D.C..

L'antitrust è un tipo di intervento dello Stato nel mercato e il nostro sistema capitalista pone moltissima fiducia nei mercati. Purtroppo, nessuna norma del diritto antimonopolistico indica precisamente o anche in generale quando l'intervento dello Stato sia necessario. Dato questo vuoto normativo e data la nostra implicita dedizione ai mercati, si dovrebbe concludere che l'intervento antitrust è lecito solo quando si sia abbastanza certi che esso farà funzionare meglio il mercato in questione. Inoltre, i miglioramenti devono essere sufficientemente rilevanti da giustificare le spese e i costi, spesso molto alti, dell'incertezza sempre connessa a tale intervento. Infine, la condotta monopolistica si presenta sotto mille aspetti, molti dei quali non possono nemmeno essere previsti finché la tecnologia che li rende possibili non sia stata sviluppata. Questo dà al giudice il compito insolitamente difficile di dover applicare strumenti normativi aperti a molteplici interpretazioni ad un insieme di circostanze eccezionalmente indeterminate. Di conseguenza, la cosa migliore che si possa fare è definire la monopolizzazione ad un elevato livello di genericità e sperare che i nostri tribunali siano coraggiosi ma cauti. In quest'ottica, i legislatori antitrust italiani e americani, così come ogni organismo deputato ad applicare tali norme, sono in ottima posizione per apprendere gli uni dagli altri.

I benefici dell'integrazione istituzionale: Antitrust e regolamentazione in Australia

di Allan Fels

1. Introduzione

Negli ultimi dieci anni l'Australia ha attivamente affrontato la questione del ruolo della regolamentazione in settori quali il gas, l'elettricità e le telecomunicazioni, soggetti alla progressiva apertura a una maggiore concorrenza.

Le imprese operanti in questi settori erano, spesso, di proprietà statale e in molti casi venivano effettivamente gestite come parte del governo. Le loro entrate erano inserite tra le entrate statali e le politiche tariffarie erano influenzate dalle politiche sociali del governo. È stato quindi intrapreso un significativo processo di riforma con la separazione di quelle aree di attività che risultavano contendibili. Sono state effettuate delle privatizzazioni, ma anche nel caso in cui l'impresa in monopolio è rimasta di proprietà statale, è stata comunque configurata come un'entità indipendente. È quindi risultato necessario sviluppare nuovi metodi di regolamentazione, ad esempio relativamente agli obblighi di servizio per la comunità, al fine di tener conto del nuovo *status* di queste imprese.

In questo caso, la discussione si è incentrata su quale tipo di vigilanza fosse richiesta per favorire il nuovo sistema regolamentare. Nel contesto australiano, caratterizzato da un sistema politico federale, le potenziali combinazioni tra le opzioni di regolamentazione erano molteplici e un ulteriore livello di scelta era rappresentato dalla possibilità di optare per una regolamentazione a livello statale o federale.

Naturalmente un simile dibattito non si è avuto soltanto in Australia. La validità e la possibile debolezza delle varie alternative regolamentari sono state ampiamente discusse, ad esempio, anche in un recente documento del Comitato per il diritto e la politica della concorrenza dell'OCSE, nel quale viene fornita un'approfondita descrizione delle varie opzioni disponibili e una valutazione dei relativi vantaggi o svantaggi¹. Nel documento, considerate le esigenze di regolamentazione tecnica ed economica e di applicazione del diritto della concorrenza, vengono proposte tre alternative possibili:

- attribuire la regolamentazione tecnica ed economica di ciascun settore a uno specifico regolatore e affidare completamente l'applicazione del diritto della concorrenza all'autorità nazionale di concorrenza;

¹ OCSE, Comitato per il diritto e la politica della concorrenza, "Relationship Between Regulators and Competition Authorities", Tavola rotonda del giugno 1998, pubblicato nel 1999, DAFFE/CLP(99)8.

- definire la regolamentazione tecnica come una funzione a sé stante e affidare la regolamentazione economica del settore in questione all'autorità nazionale di concorrenza;
- unire la regolamentazione tecnica di ciascun settore a quella economica e affidare entrambe, insieme a parte o alla totalità delle competenze relative all'applicazione del diritto della concorrenza, a uno specifico regolatore di settore².

L'Australia ha adottato, tra questi tre modelli generali, la seconda alternativa, vale a dire l'integrazione istituzionale delle funzioni di applicazione del diritto della concorrenza e di regolamentazione generale di un particolare settore, attribuendole entrambe a un'unica istituzione nazionale. Alcune modifiche a questo schema generale si verificano nei casi in cui uno Stato federale adotti determinate regolamentazioni tecniche e partecipi al processo di regolamentazione economica di specifici servizi pubblici. Comunque, la struttura istituzionale diffusa in Australia prevede che l'applicazione del diritto della concorrenza e l'attuazione della regolamentazione economica sia affidata a un'unica autorità nazionale.

Ciò non implica che in Australia non vengano riconosciute le diverse modalità applicative del diritto della concorrenza e della regolazione economica di un particolare settore. Come è stato altrove indicato, l'applicazione del diritto della concorrenza è principalmente un processo *ex post* (con l'eccezione del controllo sulle operazioni di concentrazione), mentre la regolamentazione è innanzitutto attuata *ex ante* e in maniera continuativa³. Le autorità di concorrenza, piuttosto che analizzare costantemente i comportamenti delle imprese, avviano le indagini soltanto quando ricevono una denuncia o quando ritengono che si stia verificando un comportamento anticoncorrenziale. Le esigenze informative, inoltre, sono diverse rispetto a quelle delle autorità di regolamentazione di settore: queste ultime hanno infatti bisogno di una notevole quantità di informazioni contabili dettagliate, non necessarie ai fini dell'applicazione della normativa sulla concorrenza. I diversi approcci e le competenze specifiche richieste sembrano certo suggerire che l'antitrust e la regolamentazione economica appartengano a due culture differenti.

Nondimeno, in Australia sono stati proposti altri argomenti per sostenere la scelta dell'integrazione istituzionale, tra i quali il principale era rappresentato dall'importanza che riveste la prospettiva concorrenziale nel processo decisionale relativo alla regolamentazione. Si riteneva comunemente che con l'istituzione di autorità di regolazione settoriali l'attenzione per gli aspetti concorrenziali potesse essere dispersa, distorta o relegata in una posizione secondaria.

² *Ibidem*, Osservazioni finali, pag. 33.

³ *Ibidem*, si vedano le pagine da 24 a 29 per l'ulteriore discussione di questo punto.

Con un'organizzazione nazionale integrata esiste una maggiore probabilità che vengano formulate norme uniformi per tutti gli operatori in concorrenza su un medesimo mercato. La convergenza che si verifica tra diversi settori dell'economia rende preferibile un approccio generale piuttosto che uno specificamente settoriale. Esiste inoltre la maggiore possibilità che vengano adottate norme miranti a imitare sistematicamente le condizioni concorrenziali e quindi, in tal modo, ottenere risultati quanto più possibile paragonabili a quelli raggiungibili in una situazione di libera concorrenza.

Quando la regolamentazione economica è affidata a un'autorità di concorrenza, esiste, in genere, una minore resistenza a rinunciare ad alcune funzioni con il progredire dei processi di riforma. In realtà, il compito di ridurre la regolamentazione mano a mano che la concorrenza si sviluppa rappresenta una priorità fondamentale.

Tali fattori sono stati particolarmente rilevanti per la determinazione della struttura istituzionale adottata in Australia, che privilegia meccanismi di incentivi "leggeri" e l'applicazione di assetti regolamentari compatibili con il riconoscimento dello sviluppo dei mercati nazionali.

Inoltre, il processo di riforma è coinciso in alcune giurisdizioni con gli sforzi di privatizzazione di imprese fornitrici di servizi pubblici e con la destinazione dei profitti delle privatizzazioni (sottratti i costi), alla gestione corrente del bilancio o alla riduzione del debito. È quindi necessario che sia un'autorità indipendente a condurre il processo di regolamentazione, in quanto non vincolata al raggiungimento di obiettivi di governo per quanto riguarda i flussi delle entrate o dei profitti. Una regolamentazione frammentata sarebbe inefficiente, considerando l'evoluzione dei settori caratterizzata dalla presenza di imprese a rete che sempre più tendono a convergere (in particolar modo quelle operanti nel settore delle telecomunicazioni e dell'energia), in risposta ai rapidi progressi tecnologici e alla globalizzazione dei mercati dei servizi.

La nuova regolamentazione si focalizza, piuttosto che sull'impresa in sé, sulle funzioni e sulle risorse per le quali l'accesso a un servizio può essere accordato. Viene posta particolare attenzione alla concessione dell'uso di infrastrutture, da parte dell'impresa che le possiede e le gestisce, ad altre imprese che *non* ne detengono la proprietà o la gestione. Ad esempio, un'impresa produttrice di energia elettrica può acquisire il diritto legale a trasmettere l'energia da lei prodotta attraverso la rete di trasmissione di un'altra impresa. Il diritto di accesso alla rete non consente all'impresa produttrice di gestire la rete stessa, ma le permette di trasmettere l'elettricità prodotta. Il servizio al quale l'impresa può accedere è quello della trasmissione di energia elettrica e tale accesso consente l'affermarsi di un regime concorrenziale in un mercato a monte o, in questo caso, in un mercato a valle. L'importanza di ottenere l'accesso a determinate infrastrutture primarie, quali le reti telefoniche, le reti di trasmissione dell'energia elettrica o i gasdotti, risiede nel fatto di favorire la concorrenza nei relativi mercati.

La nuova regolamentazione offre la possibilità di creare incentivi all'efficienza basati sulle tariffe, con alcune possibilità di simulare in questi mercati la pressione concorrenziale, lasciando le responsabilità operative e di investimento alle imprese e creando stimoli al raggiungimento e alla condivisione dei guadagni produttivi tra gli utenti. La salvaguardia degli utenti e dei consumatori finali è un aspetto complementare e necessario nella regolamentazione delle imprese a rete, per le quali la concorrenza, anche se presente nella fase di offerta del prodotto finale, non potrebbe, se non sostenuta, conseguire risultati adeguati relativamente alle risorse primarie controllate da tali imprese. Vorrei ora illustrare brevemente l'esperienza australiana relativa alla politica della concorrenza, compresa questa nuova forma di regolamentazione, ricordando innanzitutto che sono stati adottati regimi regolamentari specifici per il gas, l'elettricità, le telecomunicazioni e gli aeroporti. A dispetto delle divergenze tra questi regimi esistono degli aspetti regolamentari comuni che è stato necessario affrontare negli ultimi anni di applicazione. Infine, vorrei sottolineare alcuni dei vantaggi pratici emersi dall'istituzione di un'unica autorità di regolamentazione nazionale con competenze relative sia all'applicazione della normativa antitrust che alla regolamentazione economica.

2. La regolamentazione delle imprese a rete: interventi della Australian Competition and Consumer Commission

Esistevano una serie di imperativi per lo sviluppo di una politica nazionale della concorrenza. Negli ultimi anni, le distinzioni fra confini statali e territoriali stavano rapidamente perdendo significato, in particolar modo mano a mano che i progressi nei trasporti e nelle comunicazioni permettevano alla maggior parte delle imprese di sviluppare reti di scambi nazionali. In ogni modo, le riforme pro-concorrenziali nazionali si sono sviluppate principalmente settore per settore, senza riferimento a un più ampio processo politico. Allo stesso tempo, riduzioni tariffarie e altre riforme alla politica commerciale hanno aumentato la concorrenzialità degli scambi internazionali. Tuttavia, sono rimasti esclusi o sono stati soltanto in parte soggetti alle leggi sulla concorrenza australiane alcuni beni e servizi forniti da imprese di proprietà statale, i servizi professionali e alcuni settori agricoli, a causa di limitazioni esercitate da leggi costituzionali o dagli assetti proprietari.

Il processo che ha portato all'adozione di un'unica politica nazionale sulla concorrenza ha avuto inizio nel 1991, con un accordo tra il Commonwealth e i governi statali e territoriali. I vari enti governativi hanno concordato che tale politica dovesse seguire i seguenti principi:

- a) nessun operatore su un dato mercato può intraprendere un comportamento anticoncorrenziale contro l'interesse pubblico;
- b) per quanto possibile, le regole di condotta del mercato, universali e applicate uniformemente, devono essere attuate da tutti gli operatori, senza alcuna distinzione relativa all'assetto proprietario dell'impresa;

- c) i comportamenti che, anche se definiti di interesse pubblico, presentino potenziali aspetti anticoncorrenziali devono essere esaminati secondo un processo di valutazione adeguato e trasparente, che preveda la revisione del comportamento stesso, al fine di verificare la natura e l'incidenza dei costi e dei benefici pubblici dichiarati;
- d) qualsiasi modifica alla copertura o alla natura della politica sulla concorrenza deve essere coerente e avvalorare il generale impulso alle riforme attraverso:
 - (i) lo sviluppo di un mercato interno aperto e integrato per i beni e i servizi grazie alla rimozione delle inutili barriere al commercio e alla concorrenza;
 - (ii) il riconoscimento della crescente integrazione dei mercati nazionali, con la conseguente riduzione della complessità e delle duplicazioni amministrative.

Nell'ottobre 1992 gli organismi governativi hanno raggiunto un accordo per la revisione della politica nazionale sulla concorrenza⁴. In seguito a tale revisione, sono stati identificati gli elementi principali per una politica nazionale globale, comprendenti:

- l'estensione del *Trade Practices Act (TPA)* del 1974 a tutti i tipi di impresa, virtualmente senza eccezione;
- un processo di revisione e riforma di tutte quelle norme che presentino aspetti potenzialmente restrittivi della concorrenza al fine di determinare se tali norme siano conformi all'interesse pubblico;
- un processo di analisi e riforma della struttura dei servizi pubblici in regime di monopolio;
- una legge generale relativa all'accesso alle infrastrutture essenziali;
- una politica neutrale della concorrenza che ponga sullo stesso piano i comportamenti delle imprese di proprietà statale con quelli delle imprese private;
- un regime di sorveglianza delle tariffe.

È stata quindi creata una nuova istituzione, l'*Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*, nella quale sono confluite la *Trade Practices Commission* e la *Price Surveillance Authority*. Alle precedenti competenze ne è stata aggiunta una nuova, relativa all'accesso di terzi su un mercato. È stato inoltre costituito il *National Competition Council (NCC)*, con funzioni di indirizzo e un ruolo legislativo per quanto riguarda i sistemi di accesso ai mercati, con il compito di tenere in particolare considerazione gli interessi degli Stati federali.

⁴ Le successive conclusioni, contenute nel "Report of the Independent Committee of Inquiry: National Competition Policy", pubblicato dall'Australian Government Publishing Services, Canberra, agosto 1993, sono note come il "Rapporto Hilmer".

2.1 La Parte IIIA del Trade Practice Act - Il regime nazionale di accesso alle infrastrutture essenziali

Precedentemente all'introduzione del regime di accesso, si era avviata una discussione sull'esistente articolo 46 del *Trade Practices Act* al fine di valutare in che misura esso fornisse una base sufficiente alla regolamentazione dell'accesso ai servizi di pubblica utilità o se, piuttosto, fosse necessario garantire una regolamentazione più diretta dei mercati di monopolio naturale. L'articolo 46 proibisce l'uso illecito di un potere di mercato sostanziale in determinate situazioni. In ogni modo, le incompletezze di un processo che dipendeva dalle indagini di un tribunale per determinare eventuali violazioni della legge e i dubbi sulla capacità dei tribunali stessi nell'indicare le tariffe ottimali, i termini e le condizioni relativi all'accesso alle infrastrutture essenziali, erano significativi del bisogno di formulare nuove norme.

La Parte IIIA del *Trade Practices Act* cerca di creare un equilibrio tra gli interessi dei fornitori del servizio e gli interessi degli utenti, con il fine ultimo di aumentare il benessere di tutti gli australiani. Il sistema intende adottare un approccio di intervento moderato, basato in primo luogo sulle trattative tra le parti per la definizione delle condizioni di accesso, e rafforzato dalla previsione che le controversie irrisolte tra le parti siano soggette ad arbitrato secondo i criteri definiti nella Parte IIIA. Inoltre, esso include le norme per l'applicazione delle decisioni relative all'accesso e quelle relative al divieto di ostacolare l'accesso ai servizi. L'applicazione di tali norme è affidata alla Corte Federale.

I criteri relativi all'accesso si applicano alle imprese, sia di proprietà pubblica che privata, che presentano caratteristiche di monopolio naturale, e che sovente sono integrate verticalmente e fanno parte di un sistema di imprese a rete. La Parte IIIA stabilisce un sistema legale per regolare l'accesso da parte di terzi a una serie di servizi in concessione di importanza nazionale. Ogni singola concessione può assicurare una serie di servizi, l'accesso ai quali, in alcuni casi, rappresenta una possibilità essenziale per l'aumento della concorrenza. Per tale motivo, la legge è incentrata sui servizi forniti attraverso una concessione. La Parte IIIA così li definisce:

- l'uso di un'infrastruttura in concessione come una strada o una linea ferroviaria;
- il trattamento e il trasporto di merci o persone;
- i servizi di comunicazione o simili.

La definizione esclude specificatamente ogni tipo di processo produttivo (le fabbriche), la proprietà intellettuale (quali il diritto d'autore e i brevetti) e la fornitura di beni, fatta salva l'eventualità che essi siano parte accessoria del servizio in questione. Le concessioni citate nella Parte IIIA chiaramente includono la trasmissione e la distribuzione di gas, la trasmissione e la distribuzione di energia elettrica, le ferrovie, il sistema aeroportuale, le con-

dutture dell'acqua, le reti di telecomunicazioni e alcuni servizi marittimi portuali.

Secondo le previsioni della Parte IIIA, sono previsti tre meccanismi attraverso i quali un'impresa, un'organizzazione o un individuo può acquisire, come terzo, il diritto di accesso a un servizio. Esiste un processo potenzialmente obbligatorio attraverso il quale l'operatore (un'impresa o un'organizzazione) può richiedere l'autorizzazione per un servizio che in seguito viene effettivamente regolamentato. Nel caso in cui le parti non si accordino su un qualsiasi aspetto relativo all'accesso, è possibile ricorrere all'arbitrato. In alternativa, l'accesso può essere assicurato a seguito di un processo volontario di comunicazione alla Commissione per la concorrenza e la tutela del consumatore dell'accordo predisposto dall'impresa fornitrice, relativo alle condizioni che si intendono imporre ai terzi per garantire l'accesso al servizio, e che la Commissione può autorizzare. Infine, esistono leggi statali e territoriali che regolamentano l'accesso e che possono essere giudicate "efficaci" nei termini in cui risultano conformi ai criteri delle norme nazionali in materia.

La concessione del diritto di accesso attraverso il procedimento (autorizzatorio) obbligatorio

Chiunque può rivolgersi al *National Competition Council* per richiedere un parere sull'autorizzazione di un servizio. Il Consiglio deve accertare che siano soddisfatti una serie di requisiti, che prevedono:

- a) che l'accesso al servizio favorisca la concorrenza su un dato mercato (differente dal mercato per la fornitura del servizio);
- b) l'assenza di una effettiva convenienza economica che un nuovo operatore sviluppi un'altra infrastruttura per offrire lo stesso servizio⁵;
- c) che l'infrastruttura abbia una rilevanza nazionale, con riguardo alla dimensione e alla sua importanza al sostegno degli scambi e delle relazioni commerciali tra gli Stati federali e oltreoceano, nonché al suo valore nell'ambito del sistema economico nazionale;
- d) che l'accesso al servizio possa essere fornito senza indebiti rischi per la salute pubblica o la sicurezza;
- e) che l'accesso al servizio non sia già sottoposto a un efficace regime di accesso; e
- f) che l'accesso al servizio non sia contrario all'interesse pubblico.

⁵ Questo criterio può essere esteso, oltre al caso del monopolio naturale, a quello del duopolio od oligopolio naturale, vale a dire in quei casi in cui in un mercato operino già due (o più) imprese, ma in cui l'entrata di una terza risulterebbe non conveniente. In origine, ci si riferiva principalmente a casi di monopolio naturale, ma è noto che in settori come quello delle telecomunicazioni in cui, ad esempio, operano due imprese fornitrici di servizi caratterizzati da restrizioni *bottleneck*, l'accesso potrebbe essere negato se il criterio su cui ci si basa fosse quello della definizione del monopolio naturale.

Il *National Competition Council* ha il compito di assicurare che tutti i criteri indicati dalla Parte IIIA siano stati soddisfatti e quindi segnala al "Ministro competente" per la delibera ministeriale se il servizio debba o meno essere autorizzato. Nel caso in cui l'infrastruttura sia gestita o controllata da un organismo governativo statale o territoriale, si fa riferimento al Ministro competente a tale livello geografico, mentre il Ministro del Commonwealth è competente in tutti gli altri casi. È importante notare che, al fine di evitare che il Ministro di uno Stato federale neghi l'accesso per ragioni politiche, è possibile ricorrere all'*Australian Competition Tribunal*⁶ per la revisione della decisione ministeriale⁷.

L'autorizzazione di un servizio non implica che il diritto di accesso venga automaticamente riconosciuto, ma piuttosto offre ai terzi la possibilità di negoziare le condizioni all'accesso, ratificate dall'arbitrato obbligatorio dell'*Australian Competition and Consumer Commission* qualora le parti non abbiano trovato un accordo. In questo caso, le parti possono ricorrere anche a un arbitrato privato; se non si accordassero neanche su questo punto la controversia deve essere riportata alla Commissione.

La concessione del diritto di accesso attraverso un accordo volontario

In aggiunta al processo obbligatorio illustrato in precedenza, esiste un processo volontario, grazie al quale un'impresa fornitrice di un servizio può presentare all'*Australian Competition and Consumer Commission* un accordo che definisce i termini e le condizioni secondo le quali concederà a terzi l'accesso, sul quale la Commissione è chiamata a esprimere un parere. In una successiva revisione della Parte IIIA, è stato previsto che i consorzi di imprese possono predisporre e presentare un programma per gli accessi alla Commissione anche da parte dei loro membri. Lo scopo è quello di snellire il processo di autorizzazione degli accordi nel caso in cui sia vantaggioso per un certo numero di imprese fornitrici offrire l'accesso a condizioni sostanzialmente simili.

⁶ Inoltre, è affidato a quest'organo il compito di valutare i ricorsi sulle decisioni relative ad alcune pratiche commerciali e sulle decisioni secondo il sistema nazionale di accesso adottate dalla Commissione per la concorrenza e la tutela dei consumatori.

⁷ Seguendo una strada abbastanza differente, il governo federale ha approvato nel 1998 il *Payments System (Regulation) Act*, che attribuisce alla *Reserve Bank of Australia* (RBA) poteri specifici per "proporre" un particolare sistema di pagamento soggetto alla propria regolamentazione. Il *Payments System Board* della RBA e l'ACCC stanno conducendo una ricerca congiunta sulle commissioni di interscambio e sull'accesso ai sistemi di pagamento con carte di debito e di credito. Le commissioni di interscambio vengono applicate dagli istituti bancari sui pagamenti tra istituti stessi effettuati tramite ATM, EFTPOS e carte di credito, e ai commercianti sul servizio di accettazione di pagamenti con carte di debito o di credito. Un rapporto sui risultati di questa ricerca verrà pubblicato a breve. Una volta proposto il sistema di pagamento, i poteri attribuiti alla RBA sono ampi e comprendono la regolamentazione del sistema, la definizione delle norme relative all'accesso di nuovi operatori sul mercato e la determinazione dei criteri per una sua gestione efficiente.

Se un accordo individuale o un programma di settore viene accolto dalla Commissione, ciò precluderà la possibilità di intervenire formalmente, tramite la dichiarazione dell'essenzialità del servizio. Lo scopo di un accordo è quello di offrire al proprietario/gestore delle infrastrutture (comprese le nuove infrastrutture proposte) l'opportunità di rimuovere l'incertezza riguardo alle condizioni di accesso applicate per quel servizio, accordandosi preventivamente con la Commissione su alcune questioni relative all'accesso.

Inoltre, è possibile che gli organismi governativi statali e territoriali, competenti per la regolamentazione dell'accesso ai propri servizi di pubblica utilità, desiderino che le disposizioni prese in relazione al regime degli accessi locali siano considerate "efficaci", ossia conformi ai criteri nazionali delle leggi sull'accesso. Per ottenere tale riconoscimento, il Ministro dello Stato federale o del Territorio deve richiedere al *National Competition Council* di segnalare al Ministro del Commonwealth il regime in questione come conforme. L'ACCC non viene coinvolta direttamente in questo processo di valutazione.

Sviluppi successivi all'applicazione della Parte IIIA

In seguito all'applicazione della Parte IIIA del *Trade Practices Act*, sono stati sviluppati diversi accordi settoriali specifici relativi al diritto di accesso conformi alle prescrizioni della Parte IIIA. Tuttavia, tali accordi sono stati perfezionati con riguardo alle differenze esistenti tra i diversi settori, come, ad esempio, le differenze tecnologiche, gli accordi di mercato, le strutture proprietarie e le differenze tra le esperienze storiche di regolamentazione. Questi sistemi, comunque, non rappresentano un grosso scostamento rispetto alle prescrizioni della Parte IIIA.

Nel caso delle telecomunicazioni, una serie di requisiti speciali esigevano un sistema di accesso tagliato su misura per la particolare situazione del settore. Ad esempio, un regime di accesso ristretto era già operante e così, con la deregolamentazione del settore, è stato necessario partire da esso. In un certo numero di casi nel settore dei servizi di telecomunicazione, è stato ritenuto appropriato mantenere un regime regolamentare, considerato che l'accesso era già stato fornito e l'*Australian Competition and Consumer Commission* ha valutato che una regolamentazione continuativa fosse, a lungo termine, nell'interesse degli utenti finali.

Questi servizi comprendevano: l'accesso alle reti fisse di telefonia, impiegate per fornire chiamate a lunga distanza, internazionali e da apparecchio fisso a mobile; l'accesso alle reti mobili che, in particolare, possono essere usate per la terminazione delle chiamate verso le stesse reti mobili; l'accesso ai servizi di trasmissione a banda larga. In quello stesso periodo, la Commissione aveva esteso l'ambi-

to della regolamentazione dell'accesso anche alle reti radiotelevisive via cavo.

Dato che per il settore delle telecomunicazioni è responsabile il Commonwealth, il sistema regolamentare non doveva risolvere problemi di conformità degli Stati alla regolamentazione federale. Di conseguenza, è l'ACCC (piuttosto che il NCC) a indicare se un servizio deve essere autorizzato. Attualmente, la Commissione sta valutando se sia possibile liberalizzare alcuni servizi precedentemente regolamentati, tra cui la rivendita delle chiamate locali nei distretti centrali e alcuni servizi di trasmissione tra le città capoluogo. In entrambi i settori, la concorrenza è aumentata nel tempo. Sono stati anche introdotti criteri differenti per l'autorizzazione dei servizi. Nel valutare se gli interessi a lungo termine degli utenti finali fossero tutelati, la Commissione deve tener conto di alcuni criteri: la promozione della concorrenza, la connessione *any-to-any* e l'efficienza dell'investimento. La realizzazione della connessione *any-to-any* è un'esigenza specifica del settore delle telecomunicazioni.

Anche gli aeroporti, come le telecomunicazioni, ricadono sotto la responsabilità del Commonwealth e richiedono un diverso processo di autorizzazione rispetto a quello determinato nella Parte IIIA. Tuttavia, altre considerazioni hanno avuto peso in questo caso, e sono stati introdotti meccanismi di *price-cap*.

Per quanto riguarda il settore dell'energia (gas ed elettricità) la regolamentazione congiunta tra governi statali e governo federale è stata essenziale, considerato che in genere i governi statali detengono, in alcuni casi da molto tempo, la proprietà delle imprese di pubblica utilità operative nel settore elettrico. Nel caso dell'elettricità, i governi statali hanno acconsentito all'apertura dei mercati alla concorrenza e hanno quindi presentato un accordo relativo ai termini e alle condizioni per l'accesso alla rete di trasmissione sotto forma di un "codice di settore". Analogamente, i governi statali erano interessati all'apertura a una maggiore concorrenza anche nel mercato del gas, rendendo così non necessaria l'autorizzazione dei servizi ad esso relativi. I singoli sistemi statali sono invece stati certificati dal NCC, allo scopo di stabilire un regolamento per l'accesso al mercato del gas in collaborazione con l'ACCC per la regolamentazione dei servizi di trasmissione e con le autorità di regolamentazione statali per la regolamentazione della distribuzione.

Una rapida sintesi dei sistemi di accesso previsti per i vari settori può contribuire a chiarire alcuni di questi punti⁸. Tutti questi regimi operano nell'ambito del contesto delle leggi sulla concorrenza australiane, ad ecce-

⁸ Il processo di autorizzazione previsto nella Parte IIIA si applica alle imprese di proprietà statale operanti nel settore delle ferrovie, ma finora l'ACCC non è stata coinvolta nel processo di regolamentazione.

zione del sistema relativo alle telecomunicazioni, per cui esistono disposizioni supplementari e specifiche relative ai comportamenti anticoncorrenziali.

2.2 Regimi di accesso settoriali specifici

2.2.1 Telecomunicazioni

Nel luglio 1997, contestualmente alla liberalizzazione del mercato dell'accesso ai servizi di telecomunicazione, sono state introdotte specifiche norme settoriali. La struttura regolamentare ha riconosciuto il rischio dello spostamento verso un regime di libera concorrenza partendo da una situazione di duopolio profondamente regolamentato, dominata da un'impresa verticalmente integrata già operante sul mercato (*incumbent*). La regolamentazione aveva quindi lo specifico obiettivo di tutelare gli interessi a lungo termine degli utenti finali dei servizi di trasmissione, nonché l'efficienza e la competitività internazionale del sistema australiano.

La regolamentazione economica è stata affidata all'ACCC; la regolamentazione tecnica e la tutela dei consumatori all'*Australian Communications Authority* (ACA). Nel caso in cui aspetti tecnici o di tutela del consumatore presentino profili concorrenziali, la Commissione invia un parere o raccomanda particolari misure all'ACA. A due associazioni settoriali, l'*Australian Communications Industry Forum* (ACIF) e il *Telecommunications Access Forum*, sono affidate funzioni regolamentari congiunte da esercitarsi con l'apporto dell'ACCC e dell'ACA. Alcuni anni fa è stato istituito un difensore civico per il settore delle telecomunicazioni (il *Telecommunications Industry Ombudsman*), che opera tuttora.

Il sistema d'accesso ai servizi di telecomunicazioni è strutturato in modo da assicurare che la concorrenza nella distribuzione dei servizi al consumo possa svilupparsi, anche in assenza di concorrenza nella fornitura dei servizi essenziali di ingresso. Il regime opera in due fasi separate: l'identificazione dei servizi soggetti a regolamentazione e la determinazione, ove necessario, dei termini e delle condizioni di accesso ai servizi regolamentati. Non esiste un diritto generale di accesso ai servizi.

Come accennato in precedenza, per un certo numero di servizi, già forniti dall'impresa *incumbent*, si è valutato necessario attivare nel luglio 1997 un procedimento di autorizzazione. Vi sono state autorizzazioni successive a seguito di indagini pubbliche. In particolare, queste includono l'accesso ai servizi di connessione alle reti locali (*local loop*). I fornitori del servizio autorizzato devono uniformarsi agli obblighi standard, compreso il dovere di concedere l'accesso all'impresa che ne faccia richiesta. I termini e le condizioni per la concessione dell'accesso, secondo gli obblighi standard, sono determinati a seguito di una trattativa tra le parti interessate

oppure, in caso di mancato accordo, da un contratto presentato dall'impresa fornitrice e autorizzato dalla Commissione o anche, se non esiste un contratto, secondo l'arbitrato della Commissione.

Di particolare rilievo risulta il fatto che mentre continuano a essere valide le norme generiche relative all'abuso di posizione dominante, particolari norme rafforzano la definizione di abuso in una sezione separata del *Trade Practices Act* dedicata alle telecomunicazioni, affinché la Commissione raggiunga più rapidi risultati. Essa prevede che vengano valutati gli effetti del comportamento abusivo, piuttosto che le sue finalità. Le norme generiche contenute nella legge relative all'abuso di posizione dominante erano state giudicate nel 1997 insufficienti a fronteggiare i comportamenti anticoncorrenziali, considerato lo stato ancora embrionale della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni e il rapido ritmo di evoluzione del settore.

Attualmente, l'Australia sta rivedendo la regolamentazione specifica del settore delle telecomunicazioni. Simili revisioni sono in corso o sono state recentemente completate in altri paesi, quali il Regno Unito, l'Unione europea e la Nuova Zelanda.

2.2.2 Aeroporti

La maggior parte degli aeroporti australiani è stato privatizzato alla fine degli anni Novanta. Si riteneva che la privatizzazione avrebbe favorito una cultura concorrenziale e incoraggiato l'introduzione di nuove tecnologie e processi lavorativi, ma il governo ha anche riconosciuto che gli aeroporti privatizzati presentano caratteristiche tipiche del monopolio naturale.

Il sistema regolamentare per il settore degli aeroporti è strutturato in modo da incoraggiare i comportamenti concorrenziali e inibire l'uso del potere di mercato. I suoi aspetti più rilevanti sono rappresentati da un insieme di disposizioni relative alle tariffe e da un sistema per l'accesso al mercato. Un meccanismo di *price-cap* controlla le tariffe che gli operatori aeroportuali possono applicare ai servizi aeronautici di base, comprendenti la fornitura di determinate aree di manovra degli aeromobili (quali i piazzali e le piste di decollo) e le infrastrutture per la gestione del traffico passeggeri (ad esempio le strutture per lo sbarco/imbarco dei passeggeri dall'aeromobile e le sale di attesa in partenza). I prezzi per tali servizi possono aumentare del tasso di inflazione, detratta una componente che tiene conto degli incrementi di produttività. L'ACCC valuta la conformità al tetto tariffario (*cap*) delle variazioni medie dei costi aeronautici, ponderate sulla base delle entrate. Sotto il *price-cap* è assicurata agli operatori aeroportuali una flessibilità significativa per impostare le proprie tariffe ed è consentito un ampio margine per il loro aumento, per finanziare nuovi investimenti senza che ciò comporti il mancato rispetto del tetto. La Commissione valuta tutti gli aumenti secondo questi criteri per garantire che gli investimenti siano necessari e gli aumenti delle tariffe ragionevoli.

Al fine di assicurare che le tariffe non superino il tetto, alcuni servizi (compresi quelli indispensabili e complementari con i servizi aeronautici, quale ad esempio il rifornimento di carburante degli aeromobili) sono soggetti a un regime di osservazione dei prezzi. Inoltre, è stato attivato un programma di monitoraggio della qualità al fine di coadiuvare l'ACCC nella valutazione delle proposte relative alle variazioni delle tariffe e per aumentare la trasparenza sulle valutazioni delle prestazioni. Il programma comprende la raccolta di informazioni su una serie di indicatori di *performance*.

Le misure relative alle tariffe risolvono solo parte dei potenziali problemi associati alla gestione di un monopolio. Di conseguenza, sono state predisposte norme per l'accesso ai servizi forniti attraverso le infrastrutture controllate dalle imprese aeroportuali. Ciò rende possibile alle aziende che desiderano competere con le imprese operanti a monte o a valle delle infrastrutture di acquistare i loro servizi a termini e condizioni di mercato.

Al fine di considerare un servizio sottoposto al regime di accesso, devono essere soddisfatti alcuni requisiti, vale a dire: che il servizio sia fornito attraverso un'infrastruttura che non sarebbe economico duplicare, che abbia consistenza a livello nazionale e che l'accesso al servizio favorirà lo sviluppo di un regime concorrenziale in un mercato diverso rispetto a quello del servizio in questione. Attualmente, i servizi aeroportuali presso gli scali principali sono soggetti alle norme sull'accesso nel caso in cui il servizio fornito sia necessario per gestire il traffico aereo civile e sia fornito attraverso infrastrutture di dimensioni significative non economicamente duplicabili.

Una volta concessa l'autorizzazione per l'accesso, è necessario negoziare i termini e le condizioni secondo le quali l'impresa proprietaria dell'infrastruttura ne renderà disponibile il servizio al richiedente. Nel caso in cui non si raggiunga un accordo, il quadro normativo incentiva gli utenti e i concessionari del servizio ad accordarsi sulle condizioni all'accesso usufruendo dell'arbitrato dell'ACCC.

È ancora prematuro formulare giudizi sull'efficacia delle norme previste per l'accesso relativamente alla promozione della concorrenza nei mercati a monte e a valle delle infrastrutture controllate dagli operatori aeroportuali. Tuttavia, una recente sentenza della Corte giustifica un certo ottimismo. L'operatore dello scalo internazionale di Sidney aveva presentato ricorso avverso l'autorizzazione, concessa dal Ministro, per alcuni servizi soggetti alle norme relative all'accesso. Nel convalidare l'autorizzazione rilasciata dal Ministro, il Tribunale ha effettuato una serie di riscontri che possono favorire l'efficace attuazione del sistema di accesso relativo alle strutture aeroportuali come quello per le infrastrutture in altri settori⁹. In seguito alla

⁹ Tra l'altro, è stata fornita un'ampia interpretazione del concetto di promozione della concorrenza in un altro mercato e l'affermazione che i regimi di accesso non sono applicabili esclusivamente alle imprese verticalmente integrate fornitrici delle infrastrutture.

decisione del Tribunale, è stato consentito l'accesso ai servizi di coordinamento delle rampe elevatrici, necessari per la gestione degli aerei da cargo.

2.2.3 Elettricità

Fino agli anni Novanta, il settore dell'energia elettrica australiano era caratterizzato dalla presenza di monopoli integrati verticalmente, operanti a livello statale, di proprietà pubblica, che fornivano servizi e tariffe regolamentati. A seguito delle riforme pro-concorrenziali, il settore ha subito varie forme di ristrutturazione - compresa la separazione dei monopoli in società separate di produzione, trasmissione, distribuzione e commercializzazione - e/o interventi di privatizzazione.

Un riforma significativa è rappresentata dall'istituzione del *National Electricity Market (NEM)*, che ha iniziato a operare nel dicembre 1998 tra gli Stati dei Territori del New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland e il Territorio della Capitale¹⁰. Una distinzione importante nell'ambito del *NEM* è stata operata tra i settori contendibili (produzione e distribuzione), nei quali le imprese competono secondo le leggi del libero mercato, e quelli in monopolio (trasmissione e distribuzione), controllati da una regolazione diretta.

La gestione del *NEM* è regolata dal *National Energy Code (NEC)*, frutto degli sforzi congiunti delle imprese, del governo e dei regolatori. Il *NEC* si compone di tre parti principali: un codice per l'accesso, che definisce le regole di accesso e le tariffe per l'uso delle reti di trasmissione e distribuzione; regole di mercato, che individuano il mercato *spot* all'ingrosso per l'energia elettrica; disposizioni amministrative, che governano il ruolo delle istituzioni e dei soggetti operanti sul mercato.

Il regime di accesso è basato su un criterio non discriminatorio nei confronti dei produttori a monte e dei distributori a valle, e sulle norme contenute nel *NEC* che definiscono le procedure relative alla connessione e alla modulazione, nonché alla metodologia da adottare per i profitti di rete e le tariffe. Con la creazione di un mercato *spot* all'ingrosso, l'attenzione si è focalizzata sulla graduale attuazione di un mercato distributivo concorrenziale per il 2003, sebbene i maggiori clienti siano già liberi di scegliere i propri fornitori.

L'*Australian Competition and Consumer Commission* ha approvato le disposizioni del *NEC* relative al regime di accesso, che sono quindi divenute uno specifico regolamento di settore, secondo il quale i fornitori di servizi di rete si impegnano a rispettare le norme previste per l'accesso. Di conse-

¹⁰ In precedenza, mercati *spot* dell'elettricità erano attivi in ogni singolo Stato (Victoria lo ha istituito nel 1995, New South Wales nel 1996, Queensland nel 1997). I mercati del New South Wales e di Victoria sono stati fusi nel 1997.

guenza, l'accesso alle reti di trasmissione per l'energia elettrica è ampiamente determinato in base a questi processi.

Secondo il *NEC*, la Commissione è il regolatore dell'accesso alle reti di trasmissione e dei profitti da esso derivanti, mentre sei autorità di regolamentazione statali sono competenti relativamente alle tariffe di distribuzione e commercializzazione. Alcuni aspetti di regolazione tecnica (quale ad esempio la sicurezza) sono stati affidati alle autorità di regolazione statali¹¹.

2.2.4 Gas

Storicamente, il settore del gas in Australia è stato caratterizzato da una gestione monopolistica a tutti gli stadi della catena verticale, dalla produzione alla trasmissione, alla distribuzione, alla commercializzazione. Nel 1994 è stato siglato un accordo in seno al *Council of Australian Governments (COAG)* al fine di introdurre le necessarie riforme per la realizzazione di "liberi ed equi scambi nel settore del gas naturale". Le riforme si sono ulteriormente concretizzate nell'approvazione del *National Third Party Access Code for Natural Gas Pipelines (Gas Code)*, recepito il 30 luglio 1998 nella legge del Commonwealth e attualmente in vigore in tutti gli stati.

Lo scopo del *Gas Code* è di definire un unico sistema di norme per l'accesso di imprese terze a tutte le condutture per la trasmissione e la distribuzione del gas naturale. Entro 90 giorni dal recepimento nelle rispettive giurisdizioni della *Gas Pipeline Access Law (Gas Law)*, le imprese proprietarie delle condutture devono richiedere l'approvazione, da parte dell'autorità di regolazione, della proposta di contratto per l'accesso per ognuno dei propri sistemi. Il regolatore dispone di sei mesi per esaminare la proposta (termine eventualmente estendibile) e durante questo periodo è tenuto a richiedere pareri, predisporre una proposta di decisione sulla quale deve richiedere l'opinione delle parti interessate e, infine, deliberare.

In qualità di regolatore competente per la trasmissione del gas, lo scopo principale dell'*ACCC* è quello di adottare un processo di regolazione che elimini le tariffe di monopolio, garantisca un equo profitto alle imprese proprietarie della rete e crei gli incentivi necessari ai gestori per perseguire in maniera continuativa guadagni di efficienza attraverso la riduzione dei costi.

Spetta ai fornitori del servizio definire accordi che l'*ACCC* valuta in base ai criteri stabiliti nel *Gas Code*.

¹¹ Due organismi industriali, il *National Electricity Code Administrator (NECA)* e il *National Electricity Market Management Company (NEMMCO)* hanno ruoli fondamentali. Il primo sovrintende all'applicazione del Codice e coordina le eventuali modifiche a esso. Il secondo gestisce il mercato *spot* all'ingrosso e il funzionamento del sistema. Il numero delle autorità di regolazione presenti nell'ambito del mercato nazionale elettrico è largamente determinato da questioni di sovranità federale o statale.

Il regolatore, nel decidere se approvare o meno un accordo di accesso proposto, deve considerare i requisiti minimi definiti nel *Gas Code*, tra cui la politica perseguita dal fornitore, le tariffe di riferimento per i servizi in questione e le relative condizioni, la gestione e commercializzazione della capacità produttiva, le estensioni/espansioni, le priorità e una data di revisione dell'accordo.

In base alla *Gas Law*, l'ACCC è l'organismo preposto alla regolamentazione dell'accesso ai servizi forniti tramite le condutture di trasmissione in tutti gli Stati e Territory, eccetto Western Australia. L'accesso alle reti di distribuzione è regolato da enti statali indipendenti, ad eccezione del Northern Territory, che ha richiesto alla Commissione di regolare sia le condutture di trasmissione che quelle di distribuzione. Il *National Competition Council* stabilisce quali gasdotti sono regolati dal *Gas Code*.

2.3 Performance

In generale, l'attuazione degli accordi sull'accesso e la regolamentazione dei servizi di pubblica utilità hanno dato risultati positivi, che si possono misurare in base alla riduzione delle tariffe di accesso. Tuttavia i benefici vanno oltre questa misura; la maggiore possibilità di scelta e la maggiore qualità del servizio, sebbene di più difficile apprezzamento, sono benefici aggiuntivi indotti dal processo di riforma.¹² Inoltre, è doveroso rilevare l'attività trasparente e responsabile condotta dai regolatori indipendenti.

Telecomunicazioni

La struttura del settore delle telecomunicazioni è diventata più concorrenziale. Nel 1997 il mercato della telefonia fissa operava in regime di duopolio protetto, mentre quello della telefonia mobile aveva tre operatori. Telstra, l'impresa originariamente dominante, integrata verticalmente, godeva di notevole potere sul mercato. Ad oggi (2000) sono state rilasciate licenze a circa 50 operatori di rete e la fornitura di servizi di lunga distanza e telefonia internazionale sta diventando più concorrenziale. Le tariffe di interconnessione sono state ridotte a livelli competitivi, attestandosi tra le più basse a livello internazionale. Al giugno 1999, rispetto a quattro anni prima, le tariffe per chiamate a lunga distanza erano diminuite, in termini reali, del 37%, mentre quelle internazionali del 40%. Nello stesso periodo si sono ridotte anche le tariffe delle chiamate locali e su cellulare.

¹² Sul versante della qualità vi sono prove evidenti di un suo miglioramento, benché sia, forse, ancora troppo presto per giudicare. Secondo il monitoraggio della qualità degli aeroporti privatizzati, condotto dall'ACCC, gli standard di servizio offerti dai nuovi operatori raggiungono livelli molto elevati.

Il regime per l'accesso ha stimolato lo sviluppo della concorrenza in mercati dove il fenomeno non si sarebbe altrimenti verificato o si sarebbe sviluppato molto lentamente. Ovunque è stata rilasciata un'autorizzazione al servizio, si è invariabilmente verificato un incremento della concorrenza connessa a una riduzione dei prezzi al consumo.

Secondo una prudente stima dell'*Australian Communications Authority* (ACA), il beneficio goduto dagli utenti finali, grazie alla riduzione dei prezzi verificatasi nel periodo 1998-1999, è pari ad oltre 300 milioni di dollari.

Aeroporti

Il *price-cap* (CPI - X) imposto agli aeroporti regolamentati ha comportato notevoli benefici per gli utenti. Questi hanno potuto godere di riduzioni delle spese di sbarco, in termini reali, presso tutti gli aeroporti dati in concessione. Nei 5 anni di vigenza della regola del *price-cap* si giungerà a riduzioni del 22%.

Energia

A partire dall'attuazione della riforma, le tariffe dell'elettricità hanno subito un chiaro e netto decremento in tutti gli Stati che si sono adeguati. Nel New South Wales e Victoria, gli stati più estesi, si è registrata una riduzione dei prezzi all'ingrosso pari al 50%.¹³ Le tariffe per l'energia elettrica australiane sono migliorate anche rispetto al resto del mondo. Infatti, in termini assoluti sono diminuite, nonostante la tendenza mondiale fosse di segno opposto. Bisogna sottolineare, tuttavia, che sebbene le tariffe australiane siano basse rispetto ad altri paesi industrializzati, la diminuzione in certe nazioni sta avvenendo più rapidamente di quanto si sia verificato in Australia.

Il processo di riforma nel settore del gas è più arretrato rispetto all'elettricità. Tra il 1994 e il 1999 le tariffe del gas sono aumentate o si sono mantenute costanti. Questo diverso risultato rispetto all'energia elettrica è dipeso dalla scarsa attenzione posta alle condizioni di concorrenza nelle fasi a monte della produzione del gas.

3. Principi alla base del processo di regolamentazione

L'*Australian Competition and Consumer Commission*, pur giocando ruoli di regolamentazione diversi nei vari sistemi, è tuttavia consapevole della necessità di sviluppare un approccio coerente, valido a livello nazionale.

¹³ Le tariffe pre-riforma per l'energia elettrica nel complesso si attestavano attorno \$60 / MWh. Nei due Territori citati negli ultimi anni le tariffe medie si aggiravano attorno ai \$25 / MWh, salvo alcune tariffe più alte in tempi recentissimi dovute a particolari problemi verificatisi nelle centrali.

Dal 1999 la Commissione ha assunto la responsabilità della regolamentazione delle entrate derivanti dalle reti di trasporto nel mercato elettrico nazionale (NEM). In base al *National Electricity Code (NEC)*, essa doveva adottare una serie di direttive che definissero i modi in cui avrebbe esercitato il suo potere di regolamentazione dei profitti, cosa che fece emanando nel 1999, in forma di proposta, lo *Statement of Principles for the Regulation of Transmission Revenues*.¹⁴ La Commissione emanò tali principi nell'ambito del suo ruolo di regolamentazione del settore dell'energia elettrica. Ciò che preme sottolineare qui, comunque, è che gli aspetti fondamentali della regolamentazione del settore dell'energia elettrica – sistema degli incentivi così come questioni tecniche nella valutazione delle attività patrimoniali, del costo del capitale, delle misure d'ammortamento e del trattamento dell'imposizione fiscale - hanno interessato tutti i ruoli di regolamentazione della Commissione.

La forma di regolamentazione utilizzata e gli incentivi creati sono più efficaci laddove inducano un aumento dell'efficienza, scoraggiando al contempo, tramite appropriati deterrenti, la fornitura di servizi inefficienti e di scarsa qualità. Tali incentivi non si possono ottenere solo mediante la semplice applicazione del principio del "costo del servizio". La regolamentazione per incentivi funziona invece a due livelli: da un lato sollecita i fornitori di servizi a ridurre i loro costi in tutto il periodo coperto dalla regolamentazione (se l'impresa fornitrice riesce in quel periodo a risparmiare sui costi, quei risparmi costituiscono un profitto); dall'altro lato, in presenza di un meccanismo di *price-cap*, se l'impresa fornitrice è in grado di aumentare il volume dei servizi forniti oltre il livello previsto, trarrà profitto dalla crescita del mercato. Pertanto, la regolamentazione per incentivi si traduce in stimolo per le imprese verso la massimizzazione dei profitti, ottenuta attraverso guadagni di efficienza e l'espansione del mercato. Nel lungo termine questi guadagni potranno essere condivisi con gli utenti finali.

In quest'ottica, la Commissione ha adottato un approccio di regolamentazione "per blocchi", che si basa su previsioni del costo del servizio in un periodo dato e calcola le entrate totali come somma del rendimento del capitale, e delle spese di esercizio e manutenzione.

Va tenuto presente che questo sistema non si limita alla semplice applicazione del principio del "costo del servizio". Infatti, benché si utilizzino parametri di costo per i vari componenti, si adotta anche un meccanismo di incentivi per indurre, da un lato, un aumento di efficienza e, dall'altro, tramite appropriati deterrenti, per scoraggiare l'inefficienza e la scarsa qualità del servizio. Inoltre le imprese fornitrici del servizio possono conservare i benefici economici derivanti dall'incremento del volume dell'atti-

¹⁴ *Statement of Principles for the Regulation of Transmission Revenues (draft)*, Australian Competition and Consumer Commission, maggio 1999.

vità o dalla diminuzione delle spese di esercizio e manutenzione e, di conseguenza, i rendimenti potranno essere più elevati di quelli determinati dai regolatori.

Nel sistema "per blocchi", se la valutazione dei costi di esercizio e manutenzione è relativamente semplice, altrettanto non si può dire per il rendimento del capitale; la determinazione di questo elemento, infatti, solleva molti problemi relativamente alla realizzazione da parte delle imprese fornitrici del servizio di rendimenti equi e ragionevoli, in grado di promuovere, al contempo, l'efficienza economica.

Nello sviluppare tale approccio "per blocchi" (processo che ha comportato un'ampia consultazione) sono emersi numerosi problemi sui quali la Commissione ha dovuto esprimersi. Tra questi, due si sono rivelati particolarmente complessi: l'imposizione fiscale e l'ammortamento.

Trattamento dell'imposizione fiscale

L'*Australian Competition and Consumer Commission* ha sostenuto un approccio alla valutazione della regolamentazione che tenesse conto della fiscalità. Tale posizione è stata presa solo dopo approfondite analisi e riflessioni sulle decisioni, in ambito di regolamentazione, adottate nel passato.

Gli accordi relativi all'accesso, sottoposti all'approvazione della Commissione, avevano proposto il costo reale medio ponderato del capitale prima dell'imposta, ma è apparso immediatamente evidente che l'utilizzo di una struttura reale prima dell'imposta presentava numerosi problemi, specialmente quando si è trattato di eseguire gli accertamenti per l'esame dei contratti per l'accesso alla rete del gas di uno Stato (Victoria). Gli investitori basano le loro decisioni sui rendimenti effettivi dedotta l'imposta (nominale al netto dell'imposta). Utilizzando una struttura del costo reale prima dell'imposta è necessario convertire il costo nominale medio ponderato del capitale al netto dell'imposta in costo reale medio ponderato del capitale al lordo dell'imposta. È un calcolo complesso e difficile poiché non esiste una formula appropriata che soddisfi tutte le variabili relative ai fornitori di servizi per le reti di trasporto. In particolare il calcolo di una struttura del costo prima dell'imposta richiede la stima di un'aliquota fiscale effettiva di lungo termine; valutazione difficile, suscettibile di errori di giudizio che possono condurre ad una sovra o sotto compensazione del saggio di rendimento e creare, di conseguenza, una percezione di rischio. Un altro problema deriva dalle disposizioni sull'anticipazione fiscale, per cui le imprese nei primi anni di esercizio sono sottoposte a bassi prelievi, con debiti d'imposta che però aumentano costantemente nel tempo. Se nella formula per il costo medio ponderato del capitale si utilizza l'aliquota fiscale di legge, l'impresa riceverà anticipi di cassa prima che si manifestino gli

effettivi debiti d'imposta, ottenendo una sovra remunerazione nei primi anni che andrà però trasformandosi in sottoremunerazione negli anni successivi.

La struttura al netto dell'imposta che determina un rendimento nominale sul capitale netto investito sembrerebbe offrire una soluzione migliore. Un costo medio ponderato del capitale al netto dell'imposta è recepito più facilmente nei mercati finanziari perché esso, che sia effettuato sul capitale nominale o sul capitale reale, può essere direttamente confrontato con *benchmark* finanziari quali i tassi d'interesse e i rendimenti nominali sul capitale netto. Infatti tali mercati tipicamente esprimono redditi e saggi di rendimento in termini nominali (al netto dell'imposta).

Inoltre non vi è la necessità di convertire il costo medio ponderato del capitale imposte incluse in costo medio ponderato del capitale prima dell'imposta, poiché le imposte rientrano nel flusso di cassa e ciò evita il ricorso a formule controverse di conversione.

Il debito d'imposta, infine, è stimato su base periodica e non sull'intera durata del bene, riducendo le incertezze sul futuro. Inoltre, essendo considerato come costo separato e parte del flusso di cassa, la trasparenza viene garantita.

Trattamento all'ammortamento

Un altro difficile problema su cui *L'Australian Competition and Consumer Commission* ha dovuto esprimersi è l'ammortamento. Per incentivare un flusso costante di investimenti in settori caratterizzati da monopolio naturale, è necessario garantire agli investitori rendimenti ragionevoli (adeguati al rischio) sui capitali investiti, posto che il mercato continui ad apprezzare i servizi prodotti con quel capitale.

Il sistema di regolamentazione "per blocchi" della Commissione prevede una detrazione per l'ammortamento. Tale detrazione riconosce la necessità di recuperare l'esborso sostenuto per l'acquisto del bene durante il periodo di vita utile del bene stesso. Secondo tale approccio, perciò, le entrate totali ricavate dalle poste attive regolate sono costituite dalla quota di ammortamento e del rendimento previsto.

I tradizionali schemi lineari di ammortamento, applicati a strutture nominali o reali, non sempre danno un profilo delle entrate adeguato. Il problema essenziale è che essi presentano normalmente un salto nelle tariffe/entrate quando la vita utile di un bene giunge al termine e viene sostituito con un altro.

La Commissione perciò propone un profilo più attento alle problematiche concorrenziali. Grazie a questo sistema le entrate hanno percorsi più regolari e, da un lato, si evitano disparità tariffarie intergenerazionali mentre, dall'altro, si prevedono adeguamenti che riflettono l'impatto di una possi-

bile irrecuperabilità futura per determinati investimenti (per esempio, possibile ridondanza di alcune risorse patrimoniali).

Tale approccio collega il profilo dell'ammortamento a lungo termine a una misura del tasso di cambiamento tecnologico, mentre la perequazione temporale delle entrate minimizza la distorsione nel tempo delle tariffe (*shock* tariffari intergenerazionali). Esso, inoltre, riduce notevolmente le potenziali distorsioni tariffarie dovute all'età degli *asset* che servono sistemi geograficamente contigui.

4. Interazione tra applicazione del diritto della concorrenza e regolamentazione

Notevoli benefici sono derivati dal fatto che l'*Australian Competition and Consumer Commission* ha rivestito un ruolo trasversale di regolamatore, sviluppando un sistema normativo nazionale organico. Ciò è stato particolarmente importante nel contesto australiano in cui settori come quello del gas e dell'energia elettrica sono passati da un mercato statale a uno nazionale.

Lo stesso fatto si è rivelato particolarmente importante anche perché occorre in un periodo caratterizzato dalla privatizzazione di molti servizi di pubblica utilità e in cui gli investitori richiedono comprensibilmente una struttura di regolamentazione trasparente. È essenziale che le decisioni di investimento in settori specifici siano prese in base alle condizioni economiche prevalenti in quel settore e non perché i principi sottostanti la regolamentazione di un particolare settore sono considerati più permissivi rispetto ad altre aree di intervento.

Il duplice ruolo svolto dall'*Australian Competition and Consumer Commission*, di organismo di regolamentazione e di applicazione della normativa di tutela della concorrenza, ha consentito una migliore conoscenza dei settori interessati dai processi di ristrutturazione.

Ciò si è rivelato particolarmente importante in occasione di cambiamenti strutturali e la Commissione ha potuto utilizzare la sua duplice competenza per una valutazione di un mercato.

In molti Stati la Commissione ha avuto un ruolo attivo nella ristrutturazione del settore del gas, come nel caso dello Stato di Victoria, dove si perseguiva fortemente la separazione e la privatizzazione degli impianti produttivi. La Commissione, in tale occasione, ha seguito i processi di vendita di varie proprietà, tra cui le tre aziende di distribuzione e l'ente gestore della rete di trasporto (*Transmission Pipelines of Australia*), garantendo che non insorgessero problemi relativi alla posizione dominante.

Valutando proposte specifiche, la Commissione ha potuto esaminare sia l'impatto sulla concorrenza, sia i vincoli imposti da una regolamentazione di entrate, tariffe e servizi.

Il ruolo di regolamentazione dell'*Australian Competition and Consumer Commission* spesso si è fuso con il ruolo di organismo antitrust.

Data la natura degli accordi di regolamentazione, spesso è stato necessario che la Commissione "autorizzasse" (con ciò concedendo la deroga dal *Trade Practices Act*) alcuni di tali accordi, sulla base di un test basato su uno standard basato sulla valutazione del vantaggio pubblico che essi generano (*public benefit test*).

La Commissione ha inoltre autorizzato l'inserimento di regole amministrative e di mercato nell'*Electricity Code*. Ad esempio, ha dovuto autorizzare (con alcune condizioni) la creazione del mercato *spot* nazionale, come meccanismo di determinazione delle tariffe, prima che diventasse operativo oppure, avendo esaminato i comportamenti e le condizioni del mercato in collaborazione con il *National Electricity Code Administrator (NECA)*, ha utilizzato l'esperienza così acquisita nel suo ruolo di revisore quando era necessario autorizzare modifiche alle regole e alla configurazione del mercato.

Anche quando si è trattato di procedere alla riforma del settore del gas nello Stato di Victoria, la Commissione ha cercato di integrare la sua competenza settoriale con la competenza in materia di concorrenza. Ha così approvato tre accordi sull'accesso alle condutture di trasporto dello Stato in base al *Victorian Access Code for Natural Gas Pipeline Systems* (precedente, ma che rispecchiava ampiamente il Codice nazionale). Le condizioni definite negli accordi per l'accesso prevedevano anche le regole di gestione del mercato *spot* del gas di nuova creazione e che la Commissione autorizzava contestualmente agli accordi.

Durante la valutazione di un'altra proposta di accordo per l'accesso (gasdotto da Moomba ad Adelaide) la Commissione ha esaminato alcuni accordi di convogliamento che riguardavano la capacità totale del gasdotto e prevedevano dei potenziali diritti di esclusiva. Ciò si ripercuoteva sull'accesso al gasdotto, rendendolo disponibile a terzi solo a condizione di una sua espansione o di una trattativa con gli utenti già presenti. Nella proposta di decisione la Commissione ha richiesto che prima dell'approvazione finale questo accordo venisse modificato.

Per quanto riguarda le telecomunicazioni, le norme specifiche di settore definite nel *Trade Practices Act* includono sia una funzione di regolamentazione che il potere di trattare comportamenti anticoncorrenziali. Due aspetti che, in certa misura, interagiscono: la forte regolamentazione *ex ante*, grazie al regime d'accesso, può ridurre l'incidenza di comportamenti anticoncorrenziali diminuendo, di conseguenza, la necessità di un'azione coercitiva *ex post*. Analogamente, la non applicazione di una regola *ex ante* è meno rischiosa se esiste una severa regolamentazione *ex post*, la cui applicazione preveda sanzioni e deterrenti efficaci contro lo sfruttamento di posizioni dominanti.

L'Australian Competition and Consumer Commission, nella sua qualità di autorità garante della concorrenza e di regolatore dei vari settori, ha integrato la sua competenza settoriale in una prospettiva concorrenziale più ampia che ha favorito la possibilità di ridurre la regolamentazione laddove si sviluppa la concorrenza.

Nel luglio 1997 nel settore delle telecomunicazioni venne concesso un certo numero di autorizzazioni di servizi, mentre altre se ne aggiunsero a seguito di indagini pubbliche. Tuttavia, poiché nel mercato si era sviluppata una certa concorrenza, la Commissione ha spostato la sua attenzione su un esame dell'effettiva necessità di continuare a regolamentare il settore, più che sul problema di come regolamentarlo. Per oltre 12 mesi nessun servizio era stato autorizzato e le due indagini avviate dalla Commissione stessa (benché una fosse stata avviata in connessione ad una richiesta di esenzione dai normali obblighi d'accesso da parte di un fornitore) facevano riferimento alla possibilità di limitare, piuttosto che estendere, la regolamentazione esistente.

La Commissione ritiene che la capacità di variare, correggere o revocare le autorizzazioni, in tutto o in parte o in particolari aree geografiche, unita alla capacità di esonerare alcuni operatori dall'adempiere ad obblighi standard per l'accesso, implica una grande flessibilità nel trattare una situazione in sviluppo e sempre più concorrenziale. Il regime di accesso alle telecomunicazioni consente di ridurre la regolamentazione eliminando, in modo mirato, alcuni servizi dal sistema normativo, in circostanze in cui il mantenimento di una regolamentazione a livello pubblico non sia più giudicato conveniente, nel lungo termine, per gli utenti finali.

Il livello con cui gli stessi operatori del settore saranno in grado di sostituirsi all'autorità di regolazione potrà essere maggiore in alcune aree rispetto ad altre, ma solo alcuni tipi di accordi, piuttosto di altri, sono riconducibili più agevolmente a questo genere di soluzioni. Nei casi in cui gli interessi della maggioranza degli operatori coincidano - per esempio nella definizione di codici tecnici o nell'applicazione di *standard* - è meno probabile che questi divari siano preoccupanti. Tuttavia, laddove quegli interessi siano in conflitto - ad esempio per quanto concerne le tariffe o altre questioni commerciali - è meno facile raggiungere soluzioni consensuali. Per un certo periodo, per la soluzione di tali controversie può rendersi necessario un intervento regolamentare.

L'Australian Competition and Consumer Commission, nella sua veste di regolatore, occupa una posizione privilegiata nella valutazione dell'impatto di problemi specifici sul mercato interstatale.

Grazie alla molteplicità dei suoi ruoli, la Commissione è stata in grado di individuare varie tematiche riguardanti un'ulteriore riforma del mercato energetico:

- È necessario un aumento della concorrenza nella distribuzione di energia elettrica per prevenire l'innalzamento di barriere alla concorrenza tra Stati. In tal caso si tratta di prevedere una maggiore contendibilità nelle

aree di monopolio (quali la proprietà e la lettura dei contatori), di favorire la trasferibilità dei clienti e l'eliminazione di qualunque ostacolo allo sviluppo di nuove tecnologie. Tali tematiche sono rilevanti anche nel mercato delle telecomunicazioni.

- Necessità di equilibrare gli incentivi agli investimenti negli impianti di generazione di picco o nei progetti sul versante della domanda, con la necessità di minimizzare gli shock tariffari. La Commissione sta attualmente esaminando una proposta volta all'innalzamento del *price-cap* nel mercato *spot*, cosa che avrebbe un forte impatto sugli incentivi degli operatori del mercato alla gestione del rischio.
- Necessità di stabilire se è necessario un controllo più severo per minimizzare la manipolazione delle tariffe nel mercato *spot*. L'attuale struttura del mercato è stata decisa soprattutto dagli Stati e la Commissione tiene sotto controllo la condotta del mercato con la possibilità di interventi a tutela della concorrenza, ma anche introducendo altre misure tramite i poteri autorizzativi e/o di regolamentazione.
- Eliminazione di ogni ostacolo all'interconnessione economica tra gas ed elettricità e facilitazione di un aumento di scambi commerciali interstatali. A tal fine la Commissione ha approvato nuove norme per favorire lo sviluppo di imprese, regolamentate e non, operanti nel settore dell'interconnessione, oltre ad aver sottoposto a procedure di asta le entrate in surplus come forma di garanzia contro le restrizioni interstatali.
- Studio della possibilità di seguire un approccio alternativo all'investimento nella rete, consentendone il finanziamento attraverso i rendimenti dei diritti sulle reti di trasmissione. I costi della congestione e delle perdite risultano dalle differenze tra le tariffe energetiche all'ingrosso in vari punti nodali della rete. Gli utenti della rete possono così confrontare i costi che sosterranno in futuro per perdite e congestione con il costo del nuovo investimento.
- Definizione di chiare linee guida relative all'integrazione o alla separazione (per esempio tramite accordi di compartimentazione) di attività in monopolio e attività contendibili nell'ambito di una stessa impresa. Per far ciò è necessario un bilanciamento tra il permettere, alle imprese a rete, l'entrata in mercati concorrenziali, sia del loro proprio settore come di altri settori e l'impedire, al contempo, l'originarsi di sussidi incrociati e trattative preferenziali tramite restrizioni strutturali e gestionali. Ciò riguarda anche il mercato delle telecomunicazioni.

Nell'economia internazionale la convergenza è una realtà e una regolamentazione integrata, piuttosto che specifica per settore, consente alle aziende che operano in più settori di confrontarsi con un unico ente di regolamentazione.

I confini tradizionali tra i settori delle telecomunicazioni, dell'informatica e della radiodiffusione divengono sempre meno evidenti, creandosi nuovi mercati caratterizzati da una diversificazione funzionale e societaria. Lo svi-

luppo tecnologico porta alla convergenza e lo sviluppo di imprese fornitrici di servizi *multi-utility* è il passo logicamente successivo. In Australia è un fenomeno che si sta già verificando: abbiamo esempi di attività di fornitura di servizi al consumo nei settori del gas e dell'elettricità che si stanno unendo, così come alcuni servizi di trasmissione nelle telecomunicazioni.

A livello nazionale, l'integrazione della regolamentazione in materia economica e dell'applicazione della politica della concorrenza presenta numerosi vantaggi; tuttavia il coordinamento con la regolamentazione tecnica deve essere una priorità.

In molti paesi la regolamentazione tecnica è spesso combinata con la regolamentazione economica dello specifico settore. Ciò non accade in Australia. Dato che la regolamentazione tecnica può avere effetti anticoncorrenziali, è importante che vi sia una stretta correlazione tra la regolamentazione tecnica e le disposizioni antitrust. Ciò si è rivelato particolarmente importante nel settore delle telecomunicazioni in Australia.

In Australia la regolamentazione delle telecomunicazioni è affidata a vari enti.

La divisione introduce potenziali inefficienze. L'*Australian Competition and Consumer Commission* e l'*Australian Communications Authority* (ACA), responsabile della regolamentazione tecnica e della tutela dei consumatori, sono consapevoli di questo problema e hanno sviluppato stretti legami per ridurre al minimo i ritardi e altri problemi operativi. Si svolgono consultazioni formali ad alto livello e riunioni a livello operativo per assicurare che le nuove problematiche di comune interesse siano individuate e si elaborino programmi per la loro soluzione. Anche gli accordi frutto di consultazioni a carattere informativo sono molto solidi e si verificano prevalentemente su richiesta. Sebbene la soluzione di determinati problemi specifici a volte è difficile, la Commissione ritiene che tali accordi generalmente funzionano bene e stanno producendo un efficace equilibrio tra il perseguimento degli obiettivi concorrenziali e di quelli della regolamentazione.

L'integrazione, tuttavia, presenta alcuni svantaggi potenziali e reali.

Il centro d'interesse dei due ruoli è diverso. La nostra Autorità, di dimensioni ormai abbastanza ampie, ha sedi dislocate in quasi tutte le principali città dell'Australia e questo, già di per sé, rappresenta una sfida per il mantenimento di un indirizzo univoco. Ma il duplice ruolo rende l'impegno ancor maggiore.

A livello operativo ciò pone problemi soprattutto relativamente all'utilizzo delle informazioni. L'attività di regolamentazione è, infatti, un'attività ad alto contenuto informativo. La Commissione, a volte, nella sua veste di regolatore riceve informazioni relative a decisioni di imprese adottate come reazioni a particolari situazioni di mercato. Queste stesse informazioni

potrebbero essere utilizzate, in un differente contesto, per alcune attività di applicazione della normativa sulla concorrenza. Le imprese ne sono consapevoli e accade che ciò le induca a limitare le informazioni più di quanto sarebbero disposte a fare se la Commissione stesse espletando esclusivamente le sue funzioni di regolamentatore.

Tale questione è stata dibattuta a livello governativo in Australia prima dell'istituzione dell'*Australian Competition and Consumer Commission*. Fu convenuto che le informazioni raccolte dalla Commissione nel suo ruolo di regolatore potevano essere usate in un momento successivo e per finalità diverse nell'applicazione della legge sulla concorrenza.

5. Conclusioni

L'Australia ha voluto sperimentare l'integrazione istituzionale tra le due funzioni di tutela della concorrenza e di regolamentazione dei mercati. Il ruolo di regolamentatore svolto dall'*Australian Competition and Consumer Commission* è nuovo e in evoluzione. La regolamentazione privilegia meccanismi di incentivi "leggeri" e in questo contesto la coabitazione con la funzione di applicazione del diritto della concorrenza è stata di vitale importanza.

L'integrazione è stata una scelta pratica anche dal punto di vista amministrativo. Non sono state create due culture differenti, ma piuttosto vi è una sostanziale interazione fra il personale e uno scambio di funzionari di livello *senior* nello svolgimento dei due ruoli. I Commissari, vale a dire l'organo decisionale della Commissione, prendono decisioni relative ad entrambi gli ambiti di intervento, quello di applicazione della legge antitrust e quello della regolamentazione economica. Riteniamo che ciò produca migliori decisioni e ci permetta di adempiere al compito di migliorare il livello di benessere degli australiani, attraverso la promozione della concorrenza e la tutela dei consumatori.

Commercio internazionale e politica della concorrenza: l'esperienza dell'Organizzazione Mondiale del Commercio

di Frédéric Jenny

Il Gruppo di Lavoro "Commercio e Concorrenza" sull'interazione tra commercio e politica della concorrenza istituito presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio dalla Conferenza Ministeriale di Singapore ha dibattuto a lungo sul legame tra commercio e concorrenza.

Perché il tema è così importante? Perché la globalizzazione sta crescendo velocemente sotto l'effetto di alcuni eventi e cioè:

- la liberalizzazione del commercio (e degli investimenti) grazie all'accordo GATT e alla costituzione dell'OMC;
- le riforme, volte a favorire i meccanismi di mercato che privilegiano liberalizzazione e privatizzazione, condotte in molti paesi dell'Europa orientale, dell'America latina e dell'Asia;
- i progressi tecnologici della società dell'informazione che hanno ridotto l'importanza della dimensione spazio-temporale nelle transazioni economiche.

La maggiore consapevolezza dell'importanza dei meccanismi di mercato nello sviluppo dei processi economici è andata di pari passo con un aumento della fiducia nel diritto della concorrenza quale mezzo per garantire il corretto funzionamento dei mercati. Attualmente più di 80 paesi hanno adottato una legge sulla concorrenza e circa altri venti stanno valutando la necessità di adottarne una. Il modello che, a livello mondiale, tende a diventare dominante è quello europeo, che punta sulle sanzioni amministrative piuttosto che su responsabilità penali o civili, sulle esenzioni per le piccole e medie imprese su alcuni aspetti restrittivi delle intese verticali, ecc...

Tuttavia molte questioni restano ancora aperte

Innanzitutto il veloce aumento di costi che le aziende devono sostenere a causa della proliferazione di leggi nazionali sulla concorrenza (per esempio quello relativo alla modifica delle grandi concentrazioni internazionali tra imprese in tutti quei paesi che ne hanno deciso il controllo oppure il costo generato da rimedi incongruenti imposti alle parti di una transazione da diverse autorità garanti della concorrenza come nel caso Coca-Cola-Cadbury Schweppes). Perciò è necessaria una maggiore collaborazione (come indicato, ad esempio, dal rapporto dell'ICPAC, *International Competition Policy Advisory Committee*, o da Joel Klein in occasione del decimo anniversario del regolamento sul controllo delle concentrazioni). Nonostante la proliferazione di leggi nazionali in materia di concorren-

za esiste un certo numero di comportamenti anticoncorrenziali che non possono essere contrastati o che non lo sono perché riguardano paesi privi degli strumenti per indagare o punire il comportamento posto in essere da imprese residenti fuori dai loro territori, ma che importano in quel paese (per esempio, cartelli sulle esportazioni oppure abusi di posizioni dominanti sul mercato internazionale o cartelli a livello internazionale) o, ancora, perché il paese che ha la giurisdizione per eliminare pratiche volte a restringere la concorrenza sulle scelte di commercio internazionale, sceglie di non farlo per un'applicazione disattenta della legge nazionale o per un'eccessiva prudenza nell'esercizio dei propri poteri (esempi ne sono i cartelli di importazione, le intese verticali nei mercati asiatici, ecc.)

Inoltre ci sono circa cinquanta paesi che non hanno alcuna legge in materia di concorrenza e dove quindi le imprese possono rifugiarsi per evitare di farsi individuare quando esercitano pratiche anticoncorrenziali a livello internazionale.

Sappiamo che tali pratiche sono assai diffuse, che si tratti di cartelli internazionali (lisina, vitamine, elettrodi in grafite, uranio, acciaio, apparecchiature elettriche pesanti, carta, piatti di plastica, diamanti industriali, per citare solo alcuni esempi accertati di recente) o di abusi di posizione dominante a livello internazionale (per esempio nel settore delle apparecchiature per la lavorazione del vetro o dei prodotti farmaceutici). Verso la fine degli anni Novanta abbiamo altresì assistito ad un'attività di concentrazione di imprese di intensità senza precedenti e che non accenna a diminuire.

Secondo l'esperienza europea, più i mercati si globalizzano grazie all'eliminazione delle barriere commerciali, più le imprese tentano di sostituire tali barriere con politiche protezioniste anticoncorrenziali.

La crescente reazione, a volte violenta, contro la globalizzazione nasce dalla consapevolezza che essa avvantaggia le grandi multinazionali consentendo loro di agire in modo arrogante o di porre in essere comportamenti abusivi sui mercati. In effetti promuovere la globalizzazione senza garantire i mezzi per assicurare che il mercato globale funzioni in modo concorrenziale ed efficiente può essere illusorio (quando pratiche anticoncorrenziali sovranazionali ostacolano i flussi commerciali) o controproducente (quando le imprese globali sfruttano la liberalizzazione del commercio per abusare della loro posizione dominante).

L'Unione europea è il solo esempio al mondo in cui si è realizzata un'integrazione tra politica commerciale e politica della concorrenza (vedi articoli 81 e 82). L'UE ha proposto che, in preparazione del prossimo ciclo di negoziazioni sul commercio (quando verrà avviato) un gruppo di studio formato da tutti i paesi appartenenti all'OMC esamini se gli impegni normativi di concorrenza debbano essere integrati con quelli sul commercio.

In un primo tempo l'iniziativa ha incontrato molto scetticismo, ma col passare del tempo la proposta ha acquistato credibilità per varie ragioni:

- il lavoro svolto con il Gruppo di Lavoro dell'OMC è stato istruttivo e ha permesso a molti paesi, in particolare paesi in via di sviluppo, di familiarizzare con le problematiche in discussione;
- la crisi asiatica ha convinto alcuni paesi (in particolare la Corea) che la loro non era solo una crisi finanziaria ma una grave crisi economica dovuta al fatto che lo sviluppo era stata fondato su una crescita artificiale, che puntava sul protezionismo interno e su uno sconsiderato espansionismo all'estero (finanziato con irragionevoli indebitamenti, ottenuti grazie a rapporti molto stretti tra grandi imprese, governi e istituzioni bancarie) senza prendere minimamente in considerazione l'efficienza. Questo disprezzo per le regole di buon governo e della concorrenza ha reso i paesi asiatici particolarmente vulnerabili e esposti a problemi sistemici ogniqualvolta si è presentato un problema imprevisto (ad esempio una flessione delle esportazioni);
- l'implacabile lotta contro i cartelli internazionali intrapresa dal Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti ha convinto che tali cartelli esistevano, erano destinati a durare e particolarmente nocivi per gli interessi dei paesi piccoli e di quelli in via di sviluppo. Perciò mentre alcuni anni fa molti paesi (in via di sviluppo) credevano che per assicurare il loro benessere economico fosse sufficiente mantenere la loro economia aperta al commercio internazionale, ora si rendono conto che le loro importazioni possono essere cartellizzate e che, per questo, gli sforzi collettivi contro simili pratiche potrebbero andare a loro vantaggio;
- l'ondata internazionale di concentrazioni di imprese che ha caratterizzato gli anni Novanta ha convinto i paesi industrializzati che gli eventi che si svolgevano fuori dalla loro giurisdizione avrebbero potuto pesantemente influire sulla loro struttura industriale;
- anche se gli accordi di cooperazione bilaterali e regionali tra autorità anti-trust (ad esempio quello tra USA e UE, tra USA e Canada, USA e Australia, Australia e Nuova Zelanda, ecc.) sono utili per risolvere alcuni problemi (ad esempio quelli relativi alla concorrenza che riguardano entrambi i paesi cooperanti), essi sono strumenti complessi (e a volte non utili a risolvere problemi concorrenziali che hanno effetti asimmetrici nei due paesi cooperanti). Per questo è necessario uno strumento a livello più generale: una soluzione multilaterale potrebbe essere complementare, non sostitutiva, alle soluzioni bilaterali o regionali (cfr. discorso di Joel Klein su "*Global Competition Initiative*" tenuto a Bruxelles, ma si tenga presente che Klein considera una soluzione multilaterale esterna all'OMC).

Il Gruppo di Lavoro dell'OMC non ha preso in considerazione le proposte accademiche di negoziare una legge sovranazionale affidandone l'applicazione ad un'autorità ugualmente sovranazionale. Tale soluzione troverebbe ovviamente una forte opposizione perché comporta ingerenza e limi-

tazione della sovranità nazionale, cose che i singoli paesi non sono propensi ad accettare.

Attualmente l'ipotesi di lavoro è che una soluzione multilaterale al problema della concorrenza sul mercato globale (se si riuscirà a raggiungere un accordo in proposito) deve prevedere tre elementi: a) ogni paese dovrebbe avere una legge in materia di concorrenza e un'autorità antitrust nazionale e dovrebbe rispettare alcuni principi fondamentali (proibizione di cartelli "hard core", trasparenza e non discriminazione); b) sviluppo di un sistema di cooperazione tra autorità antitrust nazionali; c) assistenza tecnica alle nazioni meno sviluppate che non posseggono le risorse per finanziare o far funzionare un meccanismo efficace per l'applicazione della normativa sulla concorrenza. Questa posizione è condivisa dalla Commissione europea e suoi Stati membri, dai paesi dell'est europeo, da Giappone, Corea, Canada e da un certo numero di paesi dell'America Latina.

Nel corso del dibattito su tale proposta sono stati puntualizzati alcuni aspetti: gli obiettivi finali della liberalizzazione del commercio internazionale sono coerenti con gli obiettivi della concorrenza anche se gli strumenti del commercio internazionale (come la legislazione anti-dumping) sembrano in contraddizione con gli strumenti per l'applicazione del diritto della concorrenza. In effetti nella Carta originale dell'Avana con cui venne istituito il GATT vi era un capitolo dedicato alla concorrenza.

Nel processo di sviluppo economico, la politica industriale (intesa come installazione di una base produttiva) può essere un elemento importante, almeno all'inizio del processo. Anche la disciplina della concorrenza è uno strumento utile a riallocare le risorse e a accrescerne l'efficienza. Perciò è necessario consentire una certa flessibilità e/o gradualità degli strumenti di politica della concorrenza. Non può esistere un impianto giuridico-normativo valido per tutti (dato che le leggi nazionali devono riflettere l'ambiente socio-economico e giuridico del paese in cui sono applicate) e non si può pensare che tutti i paesi abbiano la medesima legislazione).

Poiché il diritto della concorrenza normalmente viene applicato da organi giudiziari o paragiudiziari, gli organismi che compongono le controversie dell'OMC non dovrebbero avere giurisdizione sulle decisioni (o sulle sentenze) relative a casi specifici adottate da autorità antitrust (o da tribunali) nazionali. Il loro compito dovrebbe essere esclusivamente di valutare, su richiesta, se il governo del paese in questione abbia adempiuto all'impegno di emanare una legge (non discriminatoria e trasparente), di istituire un'autorità garante della concorrenza e di cooperare con le autorità per la concorrenza di altri paesi.

La cooperazione dovrebbe rimanere su base volontaria perché l'impegno a cooperare potrebbe limitare la discrezionalità nel decidere se esercitare o meno l'azione legale delle autorità antitrust. Tuttavia, potrebbe essere necessario uno scambio di informazioni e i paesi parte dell'accordo

dovrebbero impegnarsi a collaborare in modo pieno e solidale. Pertanto anche in assenza di impegno alla cooperazione, dovrebbe sempre esserci impegno alla consultazione. La cooperazione dovrebbe essere incoraggiata tramite lo sviluppo dei normali strumenti (rispetto reciproco, scambio di informazioni generali o specifiche, scambio di opinioni sulle misure più appropriate ecc.)

Conclusioni

Vi è stato un forte impegno nell'analisi dei vari problemi posti dalla possibilità di concludere accordi multilaterali sul commercio e la concorrenza. I progressi sono stati notevoli ed esiste una crescente sensibilità a favore di un approccio multilaterale alle questioni relative alla politica della concorrenza.

Alcuni paesi pensano che i tempi per una propria legislazione sulla concorrenza non sono ancora maturi o che l'OMC non è il luogo idoneo per definire i dettagli di un accordo. Tuttavia è sempre più chiaro a tutti che gli strumenti di politica della concorrenza sono utili allo sviluppo economico e che uno strumento (o una serie di strumenti) per la cooperazione multilaterale sono complementi necessari all'adozione di misure idonee all'apertura del mercato e alla sua globalizzazione. Ma soprattutto si deve tenere presente che è molto difficile immaginare un altro forum in cui affrontare questi temi (l'OCSE è troppo limitato e le sue iniziative non sono apprezzate dai paesi in via di sviluppo; l'UNCTAD non è una sede gradita ai paesi sviluppati e nessuno è pronto a trovare finanziamenti per un altro forum).

Due decisioni vanno prese in tempi brevi: la prima riguarda la possibilità di affrontare il tema della concorrenza all'avvio di un nuovo ciclo di negoziati (probabilmente verso la fine del 2001); la seconda consiste nello stabilire se, alla fine del nuovo ciclo di negoziati, sarà più auspicabile aver definito un accordo debole piuttosto che non averlo definito affatto.

Prima di sminuire l'importanza dei vantaggi potenziali di un accordo multilaterale debole sulla cooperazione, bisognerebbe ricordare che anche la prima generazione di accordi bilaterali tra Unione Europea e Stati Uniti in materia di concorrenza era piuttosto debole e che, ciononostante, ha consentito una cooperazione sempre più intensa e proficua tra le autorità anti-trust dei due continenti.

Le nuove sfide per l'Antitrust in Europa

di Mario Monti

Sono lieto di unirmi alle celebrazioni per il decennale della legge italiana sulla concorrenza e dell'Autorità chiamata a garantirne l'applicazione. Ne sono particolarmente lieto, com'è ovvio, per motivi istituzionali, ma anche per un motivo personale. Ho avuto il privilegio, alla fine degli anni ottanta, di far parte della Commissione presieduta dal professor Franco Romani, incaricata di predisporre il disegno di legge in questa materia. Ricordo quella come una delle esperienze più interessanti della mia vita di studioso. Tanto che proposi poi, nel 1990, che avvenisse all'Università Bocconi di Milano – e fu un grande onore – la prima presentazione pubblica della neo-costituita Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, presieduta dal professor Saja, e dei suoi programmi di attività.

A dieci anni di distanza, mi fa perciò grande piacere poter testimoniare, al Presidente Giuseppe Tesouro e all'intera Autorità, il rispetto e l'ammirazione che in pochi anni l'Autorità italiana ha saputo suscitare presso la Commissione europea e, credo proprio di poterlo affermare, presso l'intera comunità delle autorità antitrust dei Paesi europei e anche al di là dell'Europa.

Il merito è stato ancora maggiore perché l'Autorità ha dovuto e deve operare su un tessuto nel quale la cultura della concorrenza, come ha ricordato stamattina il Presidente Giuliano Amato, non era fino a poco tempo fa e, per certi aspetti, tuttora non è, in "posizione dominante". A differenza della Banca d'Italia, cui la legge conferì poteri per quanto riguarda il sistema creditizio – come questa mattina il Governatore Antonio Fazio nella sua ricca relazione ci ha ricordato – l'Autorità non aveva dieci anni fa il vantaggio di essere un'istituzione antica di grande e riconosciuta autorevolezza. Questa autorevolezza, l'Autorità ha saputo conquistarsela in pochi anni.

Mi è stato suggerito di dare, a grandi linee, una presentazione di quelle che sono le "Sfide per l'Antitrust in Europa". Intendo farlo nella consapevolezza che si tratta di sfide veramente comuni, che riguardano la Commissione europea, ma anche tutte le autorità nazionali della Concorrenza, oltre che il Tribunale di prima istanza e la Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Liberalizzazioni

La politica di concorrenza può esercitare un'influenza diretta sulla struttura dei mercati. L'Unione europea ha immesso nella logica e nella dinamica del mercato interi settori economici che prima ne erano esclusi, quali le telecomunicazioni, i trasporti aerei e marittimi e la gestione delle relative infrastrutture.

In tempi più recenti si è agito per liberalizzare altri servizi di pubblica utilità, come l'approvvigionamento di energia (elettricità e gas), il settore postale e quello ferroviario.

Le liberalizzazioni si stanno rivelando un fattore decisivo per la crescita, l'innovazione e la competitività dell'industria europea. Basti citare i prezzi di talune comunicazioni telefoniche, diminuiti anche del 35% a seguito dell'apertura alla concorrenza. In mancanza di una ferma azione liberalizzatrice, non avremmo assistito a tale pressione al ribasso sulle tariffe, all'evidente miglioramento della qualità e varietà dell'offerta al cliente e alla forte spinta all'innovazione tecnologica che ritroviamo oggi in questi mercati.

È invece troppo presto per disporre di dati altrettanto maturi in relazione ai mercati dell'energia elettrica e del gas. Certo è che anche in quei settori l'apertura alla concorrenza è in grado di produrre benefici reali per l'intera economia, soprattutto se gli Stati membri sapranno sfruttare al meglio le potenzialità che la liberalizzazione del mercato comune apre per ciascuna industria nazionale. Si pensi che laddove i mercati elettrici erano stati liberalizzati già prima dell'entrata in vigore della direttiva, cioè nel Regno Unito e in Svezia, secondo stime autorevoli, la crescita del prodotto interno lordo imputabile al calo dei prezzi dell'elettricità negli anni che vanno dal 1995 al 1999 è stata in media dello 0,3%, tra l'altro in anni di crescita complessiva del PIL piuttosto modesta.

Come ha sottolineato la nuova comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa adottata dalla Commissione il 20 settembre scorso, i processi di liberalizzazione hanno avuto un impatto positivo sulla disponibilità e la qualità dei servizi di pubblica utilità. La creazione del mercato unico, accompagnata da una crescente attenzione per il rispetto delle regole di concorrenza, si è tradotta in un miglioramento dei servizi di interesse generale su base universale.

L'obiettivo delle direttive comunitarie di liberalizzazione non si limita alla creazione di quindici mercati nazionali liberalizzati ma indipendenti e separati. Essa mira, piuttosto, alla creazione di un unico mercato su scala europea. Gli ex monopolisti devono adattarsi ad operare in un mercato aperto e pienamente competitivo, e spesso resistono mettendo in atto comportamenti anticoncorrenziali.

Questo esige che da parte nostra si verifichi che la nuova strategia degli *incumbents* non si traduca in comportamenti restrittivi della concorrenza, ancor più gravi visto il notevole potere di mercato, che per un certo periodo essi continueranno a detenere.

Apprezzo il numero e l'incisività degli interventi dell'Autorità volti a dare concreta e rigorosa attuazione in Italia ai processi di liberalizzazione avviati su iniziativa comunitaria. Anche la Commissione, per parte sua, cerca di reprimere ogni comportamento di impresa che sia rilevante sul piano comunitario, volto a vanificare, attraverso restrizioni della concorrenza, i benefici delle liberalizzazioni.

Nel quadro di queste preoccupazioni – cito un solo esempio – abbiamo avviato, nello scorso febbraio, un'istruttoria tesa ad accertare se nei contratti di importazione del gas naturale in Italia siano state introdotte clausole che vietino la riesportazione del gas importato, oppure che implichino restrizioni territoriali negli scambi di gas all'interno dell'Unione. Intendiamo rapidamente estendere tale indagine anche agli altri Stati membri. Tali clausole, se accertate, ostacolerebbero per loro natura la creazione di un mercato unico del gas, perpetuando la segregazione di mercati nazionali, ed evidenzerebbero violazioni delle regole comunitarie della concorrenza.

Settori regolati: servizi finanziari e libere professioni

Questioni per molti versi analoghe si pongono per i servizi finanziari e professionali che si stanno integrando per ultimi nel mercato unico europeo, carichi di un'eredità storica di assoggettamento a complessi sistemi nazionali di regolamentazione. Al pari di quanto avviene per i servizi di pubblica utilità, le loro condizioni di offerta producono un impatto immediato sui costi di produzione, e quindi sulla competitività dell'intera industria. Inoltre, essi incidono direttamente sul benessere dei consumatori, giungendo a condizionare la capacità di acquisto dei salari.

In questi settori è necessario ripensare gli assetti regolamentari che ancora caratterizzano numerosi Stati membri, laddove, al dichiarato obiettivo di tutela dei fruitori dei servizi, si sostituisce nei fatti un meccanismo di protezione dei soli operatori esistenti.

Queste pressanti necessità di ri-regolamentazione non escludono, tuttavia, una contestuale applicazione delle regole di concorrenza. La Commissione è pertanto impegnata nello sforzo di tracciare un confine tra regole inerenti a tali attività, che sfuggono al campo di applicazione delle regole di concorrenza, e regole o pratiche aventi un oggetto o un effetto contrario all'art. 81 del Trattato. Così come il doveroso rispetto, da parte degli operatori finanziari, di regole prudenziali non può di norma giustificare intese che vertano su tassi e commissioni, l'insieme delle regole deontologiche proprie di ciascuna libera professione non può certo essere utilizzato come pretesto per la fissazione collettiva dei prezzi da parte di un ordine professionale. Una simile pratica può chiaramente costituire una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1 del Trattato.

Concentrazioni, nuova economia e cooperazione internazionale

La Commissione può intervenire sulla struttura dei mercati, anche grazie ai propri poteri di controllo in materia di fusioni ed acquisizioni. La concorrenza ha come corollario la continua riallocazione delle risorse dai settori o dalle imprese in declino verso quelli emergenti.

La sinergia tra politica antitrust e politica di controllo degli aiuti di Stato è, a questo riguardo, significativa. Infatti è anche attraverso una rigorosa politica di controllo degli aiuti di Stato, non sempre accolta con entusiasmo dagli Stati membri, che l'Unione Europea aiuta a favorire un'appropriata riallocazione delle risorse.

È importante non ostacolare tali processi e consentire che la ristrutturazione o l'evoluzione dei mercati avvenga in maniera non traumatica, tramite fusioni, joint ventures e acquisizioni di imprese.

Questi processi di norma vantaggiosi per la concorrenza risultano particolarmente rapidi nell'ambito della "nuova economia". Lo sviluppo della tecnologia digitale, iniziato nel campo dell'informatica, quindi applicato alle telecomunicazioni e ora alla televisione, ha infatti portato ad una convergenza tra i settori interessati da questa tecnologia comune. Ad accelerare in modo straordinario l'intero processo è stata la crescita esplosiva di Internet.

In questo quadro, il nostro compito è quello di favorire la transizione verso nuovi e più efficienti equilibri di mercato, preservando l'ambiente concorrenziale dal rischio di una struttura in cui la concentrazione di un eccessivo potere di mercato nelle mani di un solo o di pochi operatori conferisca loro il ruolo di custode dei mercati esistenti o emergenti.

La fusione tra MCI-Worldcom e Sprint, che abbiamo proibito lo scorso giugno, è forse un esempio particolarmente istruttivo a questo riguardo. Il mercato in causa è quello della connessione ad Internet su scala mondiale che, dopo un'eventuale unione tra le reti delle imprese coinvolte, sarebbe stato controllato da un soggetto di dimensioni tali da poter condizionare arbitrariamente l'accesso ad Internet di concorrenti e clienti. Ciò avrebbe portato non soltanto ad immediati aumenti di prezzo, ma, soprattutto, avrebbe nel medio termine rallentato notevolmente gli sviluppi di tale mercato, riducendo la spinta all'innovazione.

In questo settore, ma non solo in questo, sono sempre più frequenti i casi di concentrazioni tra *global players* che hanno un impatto sul mercato mondiale pur restando sottoposti a giurisdizioni diverse. Si tratta generalmente di casi molto complessi, soprattutto tenuto conto dei tempi giustamente brevi per concludere queste indagini. Il trattamento di questi casi richiede una stretta collaborazione fra le diverse autorità di concorrenza. Al di fuori dell'Europa, la cooperazione bilaterale, in particolare con le autorità statunitensi, si è pure rivelata molto utile per assicurare il rispetto del diritto della concorrenza, nonchè per limitare i rischi e le inefficienze derivanti dall'applicazione extra-territoriale.

L'accordo del 1998, che fa seguito a quello del 1991, tra gli Stati Uniti e l'Unione Europea – quindi la collaborazione tra, da una parte il Dipartimento della Giustizia e la Federal Trade Commission, e dall'altra la Commissione europea – ha dato veramente ottimi frutti e ne sta dando tuttora quotidianamente.

Ma un tale sistema di rapporti bilaterali incontra limiti strutturali. Valga per tutti ricordare i costi che le imprese sopportano per rispettare vincoli talvolta superflui a causa dell'applicazione parallela di più legislazioni antitrust alla medesima operazione di dimensioni internazionali.

Per questi motivi l'Unione europea continuerà a guidare, anche dopo Seattle, gli sforzi tesi ad avviare una nuova sessione di negoziati commerciali nell'ambito del Millennium Round che comprenda la creazione di un quadro multilaterale e che serva almeno a configurare gli elementi di fondo di una cooperazione internazionale nell'applicazione dei diversi diritti della concorrenza.

Il direttore generale Alexander Schaub ed io siamo stati molto incoraggiati quando il nostro collega americano, Joel Klein, qualche settimana fa a Bruxelles, in occasione della conferenza sulle concentrazioni (anche lì si celebrava un decennio, quello del regolamento sulle concentrazioni), ha per la prima volta dato il suo aperto sostegno ad una *global competition initiative*. Noi consideriamo più importante l'avvio di un tale nuovo processo di cooperazione multilaterale, che non le specifiche modalità istituzionali dello svolgimento dell'iniziativa. Su questo ci sarà tempo e modo per riflettere.

Voglio cogliere questa occasione per fare una brevissima riflessione sull'attenzione crescente che da parte degli Stati Uniti viene rivolta all'attività della Commissione europea in materia di controllo delle concentrazioni. Qualche volta si afferma, da parte americana, (anche se non certo da parte dei nostri colleghi antitrust) "siamo preoccupati della possibilità che l'analisi e le decisioni della Commissione europea possano essere influenzate più da considerazioni di protezionismo paneuropeo, che da sane considerazioni di politica della concorrenza".

Questa frase è tratta da una lettera che nei giorni scorsi mi hanno indirizzato i senatori Mike de Wyne e Herb Kohl, membri del Judiciary Committee del Senato degli Stati Uniti. È una lettera che naturalmente meriterà una risposta circostanziata, ma sin da ora mi preme dare assicurazioni immediate.

L'esame delle operazioni di concentrazione da parte della Commissione è basato puramente sul diritto della concorrenza dell'Unione europea, prescindendo totalmente dalla bandiera delle società stesse, che si tratti di società europee oppure no. La Commissione non discrimina contro società non europee, contro società americane, o in favore di società europee. Essa tratta tutte le parti di un'operazione di concentrazione nello stesso modo e perseguendo le stesse finalità che sono quelle che il regolamento ci impone, di evitare, cioè, la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti.

La Commissione europea ha giurisdizione per valutare fusioni al di sopra di certe soglie di fatturato; questo significa che se società americane hanno un volume d'affari significativo in Europa devono ovviamente avere le loro operazioni autorizzate dalla Commissione europea, proprio come fusioni tra società europee spesso richiedono analogo clearance da parte delle autorità antitrust americane.

Nei dieci anni dall'introduzione del regolamento europeo sulle concentrazioni, su un totale di 1.500 notifiche di concentrazione la Commissione ne ha finora bloccate tredici e solo una di queste ha riguardato due società americane, MCI-Worldcom e Sprint. Inoltre, in quel caso, il giorno prima della decisione della Commissione anche il Dipartimento della Giustizia degli Stati Uniti aveva chiesto alla Corte di proibire la fusione, con una notevole concordanza di vedute.

Posso anche ricordare che nei giorni scorsi la Commissione ha approvato l'acquisizione da parte della Boeing della società di satelliti Hugues, due società americane, malgrado alcuni commenti critici avanzati da parte di concorrenti europei.

È infine ironico – ma incoraggiante per noi – notare che, la Commissione, mentre da parte statunitense viene talora invitata ad evitare forme di protezionismo a danno di imprese non europee, al tempo stesso viene a volte criticata da società europee e da governi europei per avere evitato, a causa di preoccupazioni inerenti alla concorrenza, il sorgere di campioni nazionali, com'è avvenuto nel caso della fusione non autorizzata Volvo/Scania.

Modernizzazione

Vorrei soffermarmi brevemente sulla cosiddetta modernizzazione, perché questo è un tema che nel futuro unirà, in modo sempre più intenso, autorità nazionali della concorrenza e Commissione.

I benefici che ci attendiamo dalla modernizzazione sono importanti, ma non voglio adesso affliggervi con una presentazione dettagliata della proposta di regolamento adottata il 27 settembre scorso dalla Commissione per riformare il regolamento 17 del 1962. Questa modifica riprende le tesi essenziali del Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, vale a dire l'adozione di un regime di eccezione legale, a scapito del regime di autorizzazione e del sistema di notifica che ne è il corollario.

In un sistema di eccezione legale l'art. 81 paragrafo 3, analogamente all'art. 81 paragrafo 1, o l'art. 82, sarebbe applicabile non solo dalla Commissione, ma anche dalle autorità e dalle giurisdizioni nazionali. Gli accordi che ricadono nell'ambito dell'applicazione dell'art. 81 paragrafo 1 sarebbero leciti *ab initio*, qualora soddisfacessero le condizioni previste dall'art. 81 paragrafo 3. L'adozione di un sistema di eccezione legale a nostro giudizio rafforzerà la protezione della concorrenza sia permettendo un effettivo decentramento dell'applicazione delle regole, sia consentendo alla Commissione di spostare il baricentro delle sue attività sulle restrizioni che hanno un effetto realmente negativo sulla concorrenza.

La riforma dovrebbe inoltre comprendere un rafforzamento dei mezzi di azione della Commissione per la repressione delle infrazioni. Abbiamo proposto a questo scopo diverse misure, in particolare l'aggiornamento

degli importi delle ammende e delle penali, la semplificazione del ricorso alle audizioni nell'ambito dell'istruzione, o ancora, la riforma dei meccanismi di autorizzazione giudiziaria degli accertamenti.

A questo riguardo voglio dire che in linea generale, quindi anche per le concentrazioni e per tutta l'attività antitrust, sentiamo la necessità di esplorare a fondo, e lo stiamo facendo, modi per garantire il più possibile la trasparenza, i diritti della difesa, i diritti delle parti. In questo quadro, anche un potenziamento del ruolo del consigliere uditore, *hearing officer*, è oggetto di attenta considerazione.

In seguito occorrerà modificare o elaborare altri testi: ad esempio andranno sottoposte a riesame le comunicazioni relative alla cooperazione con le autorità e le giurisdizioni nazionali.

La rete costituita dalla Commissione e dalle autorità nazionali dovrà stabilire le regole del proprio funzionamento. Dovranno poi essere perfezionati una serie di meccanismi rapidi e flessibili di informazione e di cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza, le giurisdizioni nazionali e la Commissione che, a fianco dei meccanismi già previsti dal Trattato, contribuiscano a garantire l'applicazione coerente delle norme e il mantenimento di una politica di concorrenza unitaria.

Ho naturalmente seguito con grande attenzione e interesse il dibattito molto ricco e profondo che c'è stato dopo la pubblicazione del libro bianco dell'aprile 1999. La direzione generale della Concorrenza ha fatto un grande sforzo per incorporare il più possibile commenti, critiche, osservazioni del Parlamento Europeo, degli Stati Membri, della professione legale, del mondo delle imprese, senza giungere naturalmente a snaturare gli obiettivi della riforma.

Credo, quindi, di poter esprimere, da una parte, la convinzione che siamo stati ricettivi, dall'altra, una sincera riconoscenza perché certamente lavorando in isolamento la Commissione non sarebbe stata in grado di arrivare a questo risultato. Non c'è dubbio che nel corso della discussione nel Consiglio dei Ministri dell'Unione europea ci saranno altre opportunità per migliorare quello che consideriamo un vero e proprio "pilastro" del sistema europeo della concorrenza, per usare le parole pronunciate stamattina dal Presidente del Consiglio Amato.

I principi di questa riforma dovrebbero ispirare anche altre riforme delle politiche condotte dalla Commissione, la quale deve sempre più concentrarsi sull'essenziale, sul proprio *core business*, senza temere di condividere maggiormente poteri con le istituzioni che negli Stati membri sono in grado di assicurare una efficace applicazione di queste politiche e del diritto comunitario. Tale è d'altra parte, in termini più generali, l'impegno della Commissione Prodi.

Questo complesso processo di riforma investe la portata stessa di alcune regole, oltre che le modalità della loro applicazione. La riforma della politica della Commissione in materia di restrizioni verticali ha rappresentato

un'importante componente nel processo complessivo di riforma, adottando un'impostazione fondata sull'analisi economica. Un'impostazione, questa, non priva di conseguenze per la revisione delle politiche relative ad altri settori a partire da quello degli accordi di cooperazione orizzontale.

Le imprese devono reagire alla crescente pressione della concorrenza, ad un mercato che cambia sotto la spinta della globalizzazione, alla rapidità del progresso tecnologico. La cooperazione può essere un mezzo per ripartire il rischio, risparmiare sui costi, mettere in comune le competenze, lanciare più rapidamente l'innovazione, soprattutto per le piccole e medie imprese. Queste conquiste andranno anche a vantaggio dei consumatori a condizione che sia mantenuta un'effettiva concorrenzialità del mercato.

Su queste basi la Commissione ha elaborato, da un lato, una revisione dei regolamenti di esenzione per categoria sugli accordi in materia di ricerca e sviluppo e sugli accordi di specializzazione. Dall'altro, un progetto di linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 agli accordi di cooperazione orizzontale che intende approvare entro la fine dell'anno in corso.

È riforma profonda ed ancora lunga quella delle regole di applicazione degli articoli 81 e 82, indispensabile al buon funzionamento di una Comunità il cui allargamento è ormai all'ordine del giorno.

Sono convinto che, grazie agli sforzi di tutti, l'Unione Europea verrà presto dotata di un sistema che raggiungerà gli obiettivi di un'applicazione rigorosa del diritto della concorrenza, di un efficace decentramento, di una semplificazione delle procedure e di un'applicazione uniforme del diritto e della politica di concorrenza in tutta l'Unione Europea.

Aiuti di Stato

Una parola sugli aiuti di Stato, anche se sono un po' estranei alle problematiche tradizionali delle autorità antitrust. Ho accennato prima che vediamo delle importanti sinergie tra la politica antitrust e la politica in materia di aiuti di Stato.

Come per il settore antitrust, al fine di migliorare l'efficienza delle procedure e di realizzare un controllo più incisivo, anche in materia di aiuti di Stato è in corso una modernizzazione, credo di poter dire molto significativa, dei meccanismi di controllo. Il regolamento di procedura adottato dal Consiglio nel marzo 1999 apre nuove possibilità in questa direzione. Nel Comitato consultivo in materia di aiuti di Stato stiamo discutendo con gli Stati membri i prossimi regolamenti di esenzione per categoria in favore delle piccole e medie imprese, degli aiuti alla formazione e di quelli di importanza minore (*"de minimis"*).

Un altro elemento caratterizzante l'attuale revisione della politica di controllo degli aiuti di Stato, al quale tengo molto, è l'incremento della trasparenza. Ho potuto constatare nel campo del Mercato Unico, che pure non è provvisto di strumenti incisivi come quelli di cui dispone la Commissione nel

caso della concorrenza, il grande valore emulativo, dissuasivo, di incentivo di una maggiore trasparenza tra gli Stati membri. Ebbene, gli sforzi per dare più trasparenza nella materia, spesso opaca, degli aiuti di Stato, si sono tradotti ad esempio nella modifica della direttiva trasparenza, quella cioè che richiede una separazione contabile tra le attività commerciali e quelle di servizio pubblico. Ma anche nella prossima istituzione di un registro e di uno *Scoreboard*, cioè di una "pagella" che consentirà a ciascuno di vedere qual è la situazione degli altri Stati membri in materia di rispetto delle norme sugli aiuti di Stato, o anche semplicemente in termini di volume degli aiuti di Stato. Il registro conterrà, con grande sforzo data la limitatezza delle risorse della Direzione generale, anche informazioni fattuali su tutte le decisioni in materia di aiuti di Stato. Lo *Scoreboard* fornirà agli Stati membri un orientamento per misurare più accuratamente i costi e i benefici delle loro politiche in materia e introdurrà una *peer review* fra gli Stati membri, quindi una pressione congiunta in favore della riduzione globale dei volumi complessivi di aiuto.

Anche il censimento annuale degli aiuti di Stato nell'Unione continuerà ad essere migliorato e fornirà una valutazione più dettagliata della spesa in aiuti. Naturalmente non solo vorremmo essere più rigorosi nel controllo degli aiuti di Stato che si vedono, ma vorremmo anche estendere il controllo agli aiuti occulti. Di qui la comunicazione del novembre 1999 sulle garanzie pubbliche ad imprese o banche. Abbiamo esplicitato quali sono i criteri ai quali la Commissione si atterrà nell'interpretare le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, quando questi aiuti prendano la forma non di esborsi di cassa, ma di garanzie. Tra l'altro questa problematica, come spiego spesso ad interlocutori ad esempio tedeschi, nasce in Italia con il caso EFIM.

Concludo con un'osservazione generale. È impensabile che da sola la Commissione europea, o le autorità nazionali della concorrenza prese isolatamente, possano sperare di far fronte alle grandi sfide che ho qui tratteggiato. La cooperazione tra le autorità nazionali della concorrenza, tra la Commissione e le autorità nazionali è indispensabile. Ho trovato testimonianza visibile di questa consapevolezza nel fatto che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in Italia, grazie alla nota sensibilità europeistica del Presidente Tesouro, abbia voluto, il giorno prima di queste due giornate di celebrazione del suo decennale, promuovere a Roma una riunione tra tutte le autorità nazionali della concorrenza e la Commissione.

Concorrenza e Autorità Antitrust

Un bilancio a 10 anni dalla legge

Parte quarta

TAVOLA ROTONDA **L'adeguatezza** **della normativa italiana** **alle sfide del prossimo decennio**

Governo, Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust

di Guido Rossi

1. L'esperienza statunitense

A distanza di dieci anni dalla sua approvazione la legge *antitrust* italiana permette un primo bilancio che, se sull'incidenza delle strutture dell'economia italiana presenta qualche risultato importante, sembra soprattutto aprire una stagione di nuove prospettive.

"*Antitrust should not be permitted to remain an unknown policy*" sentenziava nel 1978 un grande critico della nostra disciplina, Robert H. Bork¹. E finalmente dopo dieci anni anche in Italia non pare più una "*unknown policy*", se si tiene conto del rilievo sempre crescente che gli dedicano le riviste giuridiche ed economiche, nonché dell'attenzione che su alcuni problemi fondamentali gli è ormai rivolta dalla stampa quotidiana e dall'opinione pubblica.

Non intendo con ciò sostenere che la disciplina italiana *antitrust* abbia già raggiunto una significativa maturazione, cioè tale da rendere questo impervio settore del diritto e dell'economia alla sua dimensione di strumento effettivo di democrazia economica e di libertà dei cittadini². Ritengo soltanto che questa straordinaria funzione della normativa *antitrust*, unica peraltro nell'ambito degli istituti giuridici, sia ancora parzialmente velata di opacità e in parte vittima di conflitti fra le tre filosofie di base che hanno come protagonista Governo, Autorità Garante della concorrenza e del mercato e Magistratura.

Mi preme, tuttavia, sottolineare subito che questo velo di opacità e questo conflitto filosofico sono in parte condivisi anche dall'esemplare disciplina statunitense, nonché dalla prassi comunitaria dell'Unione Europea. Debbo altresì aggiungere che nell'elaborazione delle filosofie alle quali mi riferisco, il Governo, la Magistratura e le Autorità indipendenti, hanno ruoli diversi nei vari Stati e nell'Unione Europea, lasciando peraltro l'Italia in una posizione di assoluta unicità per quel che riguarda l'Autorità *antitrust*.

Negli Stati Uniti l'esistenza di un'autorità amministrativa *ad hoc*, con competenze specifiche, non nasce, come è noto, con lo *Sherman Act* del 1890, ma nel 1914 col *Federal Trade Commission Act*, sicché fino a quella data i poteri per l'applicazione della disciplina *antitrust* erano divisi fra il

¹ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, p. 11.

² Su questo tema vedi G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, p. 1 ss..

Congresso, cioè il potere legislativo, e le Corti, cioè il potere giudiziario, il vero protagonista della formazione del diritto *antitrust* americano, tant'è che le teorie nelle quali ha trovato la sua più sofisticata elaborazione rispondono al nome di autorevoli giudici della Corte Suprema, da Peckham a Taft, da Holmes a Hughes, da White a Brandeis, da Hand a Warren, le cui tesi sono ancora oggi oggetto di discussione. Non è un caso che la conclusione dell'indagine di Bork sia la seguente: "*The central institution in making antitrust law has been the Supreme Court*"³. Varie leggi sono poi intervenute a integrare la disciplina, mentre la sua applicazione è stata affidata alla F.T.C. e al *Department of Justice*, cioè due organi dell'esecutivo, la cui politica della concorrenza è comunque sempre sottoposta al controllo della magistratura. Manca dunque nel modello americano un'autorità indipendente, poiché la politica *antitrust*, attraverso i due organi amministrativi, è parte essenziale della politica economica del Governo federale.

Orbene, indagini recenti hanno attentamente esaminato il comportamento dei governi americani negli ultimi 20 anni⁴. L'amministrazione del Presidente Reagan limitò molto l'applicazione della normativa, riducendola soprattutto alla sanzione sulle concentrazioni orizzontali e sulle intese che fissano i prezzi (il c.d. *bread and butter antitrust*), sicché molte importanti istruttorie, forse troppo basate sul vecchio concetto "*big-is-bad*", furono chiuse⁵. L'abbandono dell'attivismo governativo degli anni '60 nell'*antitrust enforcement* dell'amministrazione Reagan è dovuto soprattutto all'arrivo a Washington di giuristi ed economisti della scuola di Chicago, la quale sfidava la tradizionale impostazione che prezzi e profitti sono alti nella grande impresa, come inevitabile conseguenza del suo potere monopolistico. La nuova tesi era, invece, che i profitti sopra la norma che si osservano nelle concentrazioni industriali sono dovuti all'efficienza, sicché i profitti sono alti non tanto perché i prezzi sono alti, ma perché i costi sono bassi. Mi basti citare, in questo senso, le tesi di Robert Bork, Richard Posner e George Stigler.

Ma correttamente si è fatto notare che il mutamento di rotta dell'amministrazione Reagan non ebbe poi nessuna incidenza successiva sulla disciplina *antitrust*, poiché non era dovuto a sostanziali riforme legislative o istituzionali, bensì esclusivamente alla personalità di coloro che il Presidente aveva messo a capo degli organi amministrativi, deputati a realizzare la politica *antitrust* e il *law enforcement*⁶. Quel che può apparire strano è che

³ R. BORK, *op.cit.*, p. 409.

⁴ Vedi il *Symposium: The Reagan / Bush Influences and Current Antitrust Policies*, in *The Antitrust Bulletin*, 2000, p. 265 ss..

⁵ M.B. COATE, *Introduction*, in *The Antitrust Bulletin*, *cit.*, p. 266; W.F. SHUGHART II, *The Fleeting Reagan Antitrust Revolution*, in *The Antitrust Bulletin*, *cit.*, p. 271 ss..

⁶ W.F. SHUGHART II, *op.cit.*, p. 287, il quale così conclude: "*The Reagan years were only a minor bull in the long march of activist antitrust policy*".

la politica degli anni '80 del Presidente repubblicano Bush sia stata di segno esattamente opposto, nel senso cioè di una più stretta e rigorosa applicazione delle leggi *antitrust*, sulla scia peraltro di due altri presidenti repubblicani, cioè William Howard Taft e Herbert Hoover⁷. Politiche quelle dei tre Presidenti oggi criticate poiché non trasparenti, poco credibili e comunque instabili. Politica continuata, ma con ben altra apertura, durante la presidenza democratica di Clinton⁸, soprattutto per merito del nuovo presidente della F.T.C., Robert Pitofsky, da sempre sostenitore della necessità di applicare con decisione la legge, specialmente nelle concentrazioni verticali. Ed in un'economia sempre più orientata verso la globalizzazione, di fronte alle difficoltà che hanno le singole giurisdizioni nazionali a colpire le pratiche anticoncorrenziali soprattutto nelle concentrazioni transnazionali, la proposta dell'ex *Assistant Attorney General* Joel Klein è stata quella di affidare i poteri *antitrust* in questa materia ad un'agenzia mondiale⁹.

Ma la conclusione che si può trarre, qualunque sia la posizione personale di ciascun studioso nei confronti dell'*antitrust*, è che comunque le Corti americane e in particolare la Corte Suprema, alla quale i casi possono arrivare anche da iniziative diverse rispetto a quelle delle agenzie governative, ha sempre cercato di dare un'interpretazione rigorosa e mai lassista della disciplina *antitrust*. Il che, nonostante le tesi della scuola di Chicago, ha fatto dell'*antitrust* e della sua filosofia della concorrenza una delle colonne portanti della democrazia economica americana, qualunque sia la motivazione specifica delle singole decisioni, di volta in volta ritrovata, o nella tutela del consumatore, o nell'efficienza dell'impresa o nella difesa della media e piccola impresa, o in qualsivoglia altra motivazione più o meno candida¹⁰.

Non va dimenticato, infine, che i componenti della Corte Suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti, il quale tende a sceglierli fra coloro che abbiano le stesse sue opinioni, anche in tema di politica *antitrust*. Così ha dimostrato anche il recente dibattito fra Al Gore e Bush centrato sulla nomina dei sostituti dei giudici in scadenza. Caratteristica, tuttavia, di straordinaria importanza è l'alto grado di indipendenza che i componenti della Corte Suprema hanno dimostrato nel corso della storia americana.

2. La prassi comunitaria europea.

Una situazione parzialmente diversa si presenta nell'Unione Europea. L'interazione fra la Commissione e la Corte di Giustizia europea, nel settore dell'*antitrust*, ha prodotto risultati diversi.

⁷ G. BITTLINGMAYER, *The Antitrust Vision Thing: How Did Bush Measure Up?*, in *The Antitrust Bulletin*, cit., p. 291 ss..

⁸ M.B. COATE, *Merger Enforcement at the Federal Trade Commission in Three Presidential Administrations*, in *The Antitrust Bulletin*, 2000, p. 323.

⁹ *The Wall Street Journal*, Sept. 15, 2000, p. A 15.

¹⁰ Per la bibliografia sul tema, rimando a G. ROSSI, *op.cit.*, loco cit.

In genere, specialmente nella fase di sviluppo del sistema giuridico comunitario (negli anni '60 e '70, e nella prima metà degli anni '80), la conferma giurisdizionale da parte della Corte alle decisioni della Commissione ha permesso a quest'ultima di imporre il proprio ruolo di "guardiano" del mercato. Un esempio importante è dato dallo sviluppo di una concezione europea delle privative industriali e intellettuali, fondata sull'affievolimento di talune prerogative più marcatamente nazionali, a fronte dell'affermarsi dei principi di libera circolazione delle merci e dei servizi¹¹. In questi casi, non di rado, si assiste ad una sorta di staffetta, progressiva e alternata, nella quale ad un'applicazione estensiva del precetto da parte della Commissione, fa riscontro l'affermazione di un precedente ermeneutico da parte dei giudici comunitari che, dando ragione alla Commissione, le offrono nel contempo spunto per ulteriori passi avanti. In fondo, è proprio attraverso questa sorta di minuetto giuridico che per decenni si è costruito il diritto comunitario.

Tuttavia, vi sono casi di controtendenza: alcuni, ben visibili, proprio nell'*anti-trust*. L'aspetto più sconcertante è consistito nella riluttanza della Commissione a utilizzare tutte le possibilità aperte dai giudicati della Corte. Mi posso limitare a due esempi, tanto più singolari in quanto relativi a sentenze famosissime. Mi riferisco a *Continental Can* e a *Philip Morris*¹², fra loro separate da tre lustri, ma unite dalla comune attinenza alla questione del controllo delle concentrazioni, nonché dal fatto – per nulla secondario – che entrambe intervengono a offrire vie interpretative per applicare gli articoli originari del Trattato alle operazioni di tipo concentrativo in assenza di apposito Regolamento. Orbene, malgrado la duplice apertura della Corte, la Commissione non adotta, successivamente alle due sentenze, nessuna decisione significativa, che sia chiaramente nel solco del dettato giurisprudenziale.

La spiegazione di tale timidezza non è semplice perché, verosimilmente, è figlia di molti fattori, certo più politici che giuridici. Non va dimenticato che la Commissione aveva, fin dal 1965, dichiarato – coerentemente alla dottrina tedesca, dominante in sede europea – che per un controllo efficace delle concentrazioni occorreva un regolamento *ad hoc*. Per anni il Consiglio aveva fatto orecchie da mercante di fronte alle proposte della Commissione, la quale preferì allora brandire la minaccia dell'uso dei due giudicati, piuttosto che applicarli con determinazione e sistematicità ai casi concreti. L'auspicato regolamento è approvato nel 1989: a diciassette anni da *Continental Can*; a sedici anni dalla prima proposta legislativa della Commissione; a due anni da *Philip Morris*! È possibile che qualche caso con-

¹¹ Vedi, per tutti, E. MOAVERO MILANESI, *Il principio dell'esaurimento del brevetto nella CEE alla luce della Convenzione sul brevetto comunitario e della giurisprudenza*, in *Studi in onore di R. Franceschelli*, Milano, 1983, p. 664 ss..

¹² Su tutti questi problemi vedi E. MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1992.

creto risolto in base alle due sentenze avrebbe aiutato ad attuare la politica della concorrenza lacunosa soprattutto in tema di concentrazioni¹³.

Certo è che, oggi, il principio *Continental Can* è pienamente incorporato nel Regolamento e dunque desueto. Al contrario di quello *Philip Morris* che potrebbe tuttora essere applicato. Tant'è che non pochi giuristi ritengono che la sua funzione sia stata essenzialmente strumentale, durante la fase antecedente l'adozione del Regolamento. In realtà la giurisprudenza *Philip Morris* appare di grande attualità ed è un vero peccato di omissione che la Commissione non ne faccia uso. Potrebbe essere, ad esempio, efficace strumento di intervento per scardinare quegli incroci di partecipazioni azionarie circolari, rigorosamente di minoranza, che caratterizzano il panorama societario in svariati paesi europei; incroci non di rado collegati a un comune denominatore, di solito rappresentato da un istituto finanziario; incroci, sovente, personificati dalla ricorrenza dei medesimi personaggi nei consigli di amministrazione delle società in varia misura partecipate. Non è, infatti, per nulla evidente, e anzi sembra vero il contrario, che si possa sostenere che siffatte situazioni non influiscano sulle scelte imprenditoriali e sulla condotta di soggetti che dovrebbero farsi concorrenza. Dunque, saremmo in un caso classico di *Philip Morris*.

Un ulteriore filone dell'analisi dei rapporti fra la Commissione e la Magistratura europea, è offerto dalla giurisprudenza del Tribunale di Primo Grado¹⁴. La specifica competenza di questi giudici in tema di concorrenza e la loro natura di prima istanza, ha consentito di accrescere l'attenzione alle questioni procedurali. Si sono così avute una serie di sentenze sfavorevoli alla Commissione che hanno via via sfrondato una serie di pratiche approssimative seguite dall'amministrazione comunitaria. Ne è conseguito un quadro indubbiamente più corretto e, in particolare, sono nettamente migliorate le garanzie per la difesa. In questo senso, si può parlare di un

¹³ Eppure qualche ulteriore precisazione va fatta, poiché un'estesa applicazione delle dottrine *Continental Can* e *Philip Morris* a fini di controllo delle concentrazioni avrebbe potuto essere criticata, dati i costi derivanti dall'intervento *ex post* e i potenziali effetti discriminatori e di arbitrio, in mancanza di un sistema procedurale adatto alla valutazione delle operazioni di concentrazione. Peraltro, la dottrina *Philip Morris* ha avuto qualche minimo seguito anche all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento sulle concentrazioni. In materia di intese, oltre ad alcune decisioni informali, basti pensare alla decisione *Warner Lambert Gilette*, in cui la Commissione ha esteso la dottrina anche al finanziamento di concorrenti; in materia di concentrazioni possono citarsi le recenti decisioni nel campo delle assicurazioni (*Allianz / AGF* e *Generali / INA*) nelle quali la Commissione ha autorizzato le aggregazioni tra le imprese assicurative a condizione che le imprese risultanti dalle concentrazioni recidessero alcuni legami di natura partecipativa e personale (nella forma di *interlocking directorates*) in imprese assicurative concorrenti. Sul caso *Gilette* si veda, per tutti, A. VALLI, *Finanziamenti concorrenti, acquisizioni di partecipazioni di minoranza in concorrenti e oligopolio: la Commissione adotta il rasoio di Occam (un commento alla decisione Gilette)*, in *Dir. comm. intern.*, 1994, p. 179 ss.; sulla decisione *Generali / INA*, F. GHEZZI, *Intrecci azionari e concorrenza. Il caso Generali / INA*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 2/2000, p. 245 ss..

¹⁴ Della sterminata letteratura in argomento, da ultimo, ritengo opportuno segnalare gli interessanti riferimenti contenuti nello studio di V. TILI e J. VANHAMME, *The Power of Appraisal (Pouvoir d'Appréciation) of the Commission of the European Communities vis-à-vis the Powers of Judicial Review of the Communities' Court of Justice and Court of First Instance*, in *22 Fordham Int. Law Jou.*, 1999, p. 885 ss..

ruolo di freno e di pungolo verso un maggior rigore da parte del giudice comunitario nei confronti di una Commissione, malgrado tutto, vittima di sclerosi e di una certa arroganza burocratica.

La materia *antitrust* mette, infatti, in evidenza la fondamentale questione, solo comunitaria, del triplice ruolo della Commissione: esecutivo dell'Unione, guardiano dell'applicazione delle norme e monopolista del potere di proposta legislativa. Anche se a ben vedere, il primo ruolo è ampiamente incompiuto (tendendo più al segretariato esecutivo che al governo) e il terzo è in fase di rapido affievolimento (di fronte agli appetiti del Parlamento e del Consiglio): restano, però, entrambi presenti e influiscono inevitabilmente con l'applicazione della normativa.

Influenza suscettibile di produrre interessanti virtuosismi, ma anche di degenerare in conflitto proprio nell'esercizio della funzione *antitrust*.

Fra tali virtuosismi vanno annoverate le non poche decisioni della Commissione (specie fra la fine degli anni '70 e la prima metà degli anni '80), che applicano le norme di concorrenza per fare, indirettamente, una vera e propria politica industriale, sfruttando la versatilità – probabilmente non casuale – del terzo paragrafo dell'art. 81 (ex 85).

Il rischio di conflitto nasce, poi, quando la medesima Corte, che deve prendere, ad esempio, iniziative di incentivazione in materia di trasporti o di fondi strutturali, è chiamata a decidere su una determinata concentrazione o un certo comportamento collusivo fra imprese. Non si può allora escludere che la purezza del ragionamento *antitrust* risulti inquinata da altre considerazioni estranee. Un esempio di prevalenza della logica *antitrust* – non a caso all'epoca fortemente criticata da molti – fu la decisione *De Havilland*¹⁵ nel comparto della costruzione aeronautica. Ci sono altre pronunce, quali quella resa nella nota vicenda *Ford / Volkswagen*, e soprattutto mancate pronunce per le quali, invece, nasce il dubbio contrario¹⁶.

La soluzione di questo vero e proprio potenziale conflitto di interessi in seno all'organo chiave dell'*antitrust* europeo starebbe, a parer mio, nello scorporo della competenza *antitrust* dalla Commissione e nella sua attribuzione ad una vera autorità indipendente europea¹⁷.

¹⁵ *Aerospatiale-Alenia / De Havilland*, in G.U.C.E., n. L 334 del 5 dicembre 1991.

¹⁶ Cfr. la decisione 23 dicembre 1992, *Ford / Volkswagen*, in G.U.C.E., n. L 20 del 3 gennaio 1993. Come è noto, il *Bundeskartellamt* era intenzionato a vietare la *joint venture* produttiva creata da Ford e Volkswagen per la produzione delle componenti fondamentali di autovetture di nuova generazione (le c.d. monovolume), che sarebbero state poi assemblate e commercializzate separatamente dalle due imprese. La Commissione, che aveva autorizzato un aiuto di stato per la costruzione degli impianti produttivi in Portogallo, poiché la nuova fabbrica avrebbe favorito l'occupazione in una delle regioni più depresse della Comunità, si affrettò ad avviare un procedimento formale e ad esentare l'accordo, bloccando così iniziative dell'Autorità *antitrust* tedesca. Cfr. al riguardo, U. IMMENGA, *Coherence: a Sacrifice of Decentralization?*, intervento scritto presentato a "2000 EU Competition workshop", European University Institute, Firenze, 2-3 giugno 2000, p. 5.

¹⁷ Sul nuovo Regolamento approvato dalla Commissione il 27 settembre 2000 e sulle nuove prospettive di riforma, vedi il saggio di A. SCHAUB, *Modernization of EC Competition Law: Reform of Regulation no. 17*, in 23 *Fordham Int. Law Jou.*, 2000, p. 752 ss..

3. La particolarità dell'ordinamento italiano.

In Italia la situazione si presenta in modo completamente diverso e in larga misura anomalo.

Il decennio di attività svolta dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è sicuramente un arco temporale sufficiente per comprendere il ruolo assunto da tale Autorità nel sistema economico nazionale e per evidenziare se l'equilibrio raggiunto tra la sua funzione, quella del Governo e quella della Magistratura possa ritenersi, utilizzando il linguaggio economico, Pareto-efficiente. Parafrasando tale espressione, intendo domandarmi se l'allocazione di "poteri" tra i tre citati "operatori" (Autorità, Governo e Magistratura) sia tale da assicurare una situazione di "benessere sociale" non migliorabile se non a scapito di alcuni.

A tal fine mi sembra utile partire dalla constatazione che l'Autorità nazionale, diversamente da quanto avviene negli U.S.A. e a livello comunitario, gode di una posizione di assoluta autonomia e quindi di un'ampia capacità di intervento sul mercato, che solo marginalmente vede coinvolti il Governo e la Magistratura. Relativamente ai rapporti con il Governo questi sono limitati, ai sensi degli artt. 21-22 della legge 287/90, all'attività consultiva e di segnalazione, mentre, rientrando i provvedimenti dell'Autorità nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 33), la Magistratura ordinaria è estranea alla sua attività.

Una simile posizione, se da un lato ha consentito all'Autorità di svolgere senza vincoli e condizionamenti la propria funzione, dall'altro l'ha "costretta" ad intervenire anche in ambiti dove avrebbero invece dovuto operare competenti organi di Governo, con la piena responsabilità di scelte a promozione o ad ostacolo del libero mercato.

In altri termini, sembra che l'Autorità, proprio grazie alla sua autonomia, abbia svolto o dovuto svolgere non solo il ruolo di organismo a "tutela" della concorrenza, ma anche quello a "promozione" della stessa. Una simile situazione era del resto facilmente prevedibile sin dalla entrata in vigore della legge 287/90. La presenza della "mano pubblica" in numerosi e strategici mercati (basti pensare al settore bancario, al settore energetico e al settore delle telecomunicazioni) rendeva infatti evidente, da un lato la difficoltà di introdurre in Italia anche la semplice cultura della "libera concorrenza", dall'altro la necessità, accanto all'introduzione di una specifica Autorità garante, di far emergere posizioni chiare a livello governativo in merito alle strategie di politica economica da adottare, soprattutto in vista dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione di importanti settori economici. Ciò non è avvenuto anche perché la legge italiana non ha tenuto conto, sottovalutando così le esperienze straniere di Germania, Francia e Inghilterra, della necessità di tener distinto il criterio tecnico dell'applicazione della disci-

plina *antitrust* da quello di politica economica, come era invece previsto nel disegno di legge da me presentato, insieme con altri, al Senato nel corso della X legislatura.

Proprio in quest'ottica, infatti, il disegno di legge n. 1012¹⁸, pur attribuendo piena autonomia ed indipendenza alla c.d. Commissione, prevedeva, nell'art. 8, l'intervento del Comitato interministeriale per la programmazione economica al fine di autorizzare intese e concentrazioni vietate, ai sensi degli artt. 1 e 6, ma aventi obiettivi di pubblico interesse. Scopo ultimo di una simile funzione del CIPE non era certo quello di limitare l'Autorità nei propri poteri di intervento, espressamente definiti e garantiti nel citato disegno di legge negli artt. 15-16, bensì di far "gravare" l'onere di scelte di politica economica sugli organi che, per loro stesso mandato, ne hanno la competenza. Rendere esplicite tali scelte appariva di fondamentale rilevanza in un periodo di transizione dallo Stato al Mercato e ciò sia per chiarire la posizione degli attori in campo, sia per consentire alla nascente Autorità di concentrare la propria attenzione sulla valutazione tecnica delle fattispecie lesive della concorrenza. Nello spirito di quel disegno di legge vi era quindi, diversamente da quanto apparentemente si possa pensare o maliziosamente si voglia credere, l'obiettivo di rafforzare l'autonomia della stessa Autorità. Quest'ultima, infatti, avrebbe potuto vietare qualunque operazione (intesa o concentrazione) sulla base di valutazioni economico-giuridiche, rimettendo al CIPE la "responsabilità" di adottare misure finalizzate al pubblico interesse.

A conferma di tale obiettivo rileva anche osservare che l'art. 17, comma 1, punto b), del citato progetto di legge, prevedeva tra le funzioni del CIPE quella di "...adottare eventuali provvedimenti suggeriti dalla Commissione per la tutela del mercato...". L'equilibrio tra ruolo dell'Autorità e ruolo del Governo era quindi basato su una posizione assolutamente "paritaria" ed indipendente tra l'organo tecnico e l'organo politico, anche in termini di assunzioni di responsabilità.

Le modifiche apportate all'originario progetto hanno invece consentito, senza nulla aggiungere all'autonomia ed ai poteri dell'Autorità, che solo su quest'ultima gravassero i compiti sia di "istituto di vigilanza" del corretto svolgersi del gioco concorrenziale, sia di "promotore" dello stesso gioco, potendo gli altri soggetti interessati (primi tra tutti gli organi di Governo) assumere un ruolo del tutto passivo. Ciò è avvenuto anche perché il Governo non ha neppure mai dato seguito alla previsione contenuta nell'art. 25 della legge 287/90, per la quale spetta al Governo il potere di determinare "in via generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare" operazioni di concentrazione

¹⁸ "Norme per la tutela del mercato", in *Atti Parlamentari*, Senato della Repubblica, 10 maggio 1988.

altrimenti vietate, in considerazione di "rilevanti interessi dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea". L'implicito riferimento alle privatizzazioni e la possibilità che il contemperare tali opposti interessi potesse avvenire in modo non arbitrario e trasparente è così sfumata per la latitanza del Governo, mettendo l'Autorità in una posizione difficile e pericolosa.

Tale constatazione traspare in modo evidente dall'analisi di vari mercati nei quali l'Autorità è dovuta quasi simultaneamente intervenire sia nel ruolo di "tutore" della concorrenza, con l'avvio di istruttorie per presunte intese o abusi di posizione dominante (ai sensi degli artt. 2-3 della legge n. 287/90), sia in quello di "promotore", attraverso l'invio di segnalazioni o pareri al Governo, al Parlamento e ai Ministeri competenti per indirizzare o rimuovere ostacoli al corretto funzionamento del gioco concorrenziale.

L'esempio più clamoroso sembra a me quello dell'INNSE, ex impresa IRI, operativa nel settore dell'acciaio, privatizzata e ceduta al Gruppo Mannesmann. L'INNSE, cioè una delle maggiori società europee, fu ceduta ad uno dei più grandi gruppi a livello mondiale. L'Autorità autorizzò l'operazione e nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria si legge, fra l'altro, che il venditore non era riuscito a trovare alcun compratore alternativo. L'Autorità ha così preso una decisione che spettava solo al Governo¹⁹.

Mi riferisco ancora, a titolo di esempio e per trattare solo delle ultime fattispecie importanti, al settore elettrico, al settore del gas naturale, al settore della distribuzione di carburanti, al settore farmaceutico, bancario ed assicurativo. Relativamente al settore elettrico l'Autorità è intervenuta, nel periodo novembre 1998-aprile 1999, con un procedimento istruttorio²⁰ per un presunto abuso di posizione dominante esercitato da ENEL attraverso la stipulazione di contratti pluriennali per la fornitura di energia elettrica con clienti caratterizzati da elevati consumi annui. La fattispecie abusiva riguardava due specifiche clausole idonee a restringere la concorrenza avendo per oggetto: (i) l'estensione da uno a tre anni della durata della fornitura in esclusiva e (iii) l'attribuzione ad ENEL di un diritto di prelazione nel caso il cliente ricevesse offerte più vantaggiose dai concorrenti.

Esercitando la sua funzione di organismo a tutela della concorrenza

¹⁹ Vedi i due provvedimenti dell'Autorità n. 3468 (C 2227) FIATIMPRESIT-MANNESMANN-TECHINT / ITALIMPIANTI, del 14 dicembre 1995, in *Bollettino*, n. 50/95, p. 39 ss., e n. 3622 (C 2227), del 15 febbraio 1996, in *Bollettino*, n. 7/96, p. 5 ss., dove si legge "A parere di Fintecna, MD rappresenta, quindi, l'unico possibile realistico acquirente di Innse a condizioni accettabili".

Vedi inoltre il provvedimento n. 8090 (C 3818) *Edizione Holding / Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade*, in *Bollettino*, n. 9/2000. L'operazione, pur essendo subordinata ad una serie di condizioni, consente di fatto al quasi monopolista nella ristorazione autostradale di acquistare l'impresa tra i cui compiti vi è quello di affidare a se stessa o a terzi, in subconcessione (e quindi, d'ora in poi, alla propria controllata), la ristorazione autostradale.

²⁰ Provvedimento A/263 - UNAPACE/ENEL, avviato in data 12 novembre 1998 e concluso il 9 aprile 1999 con l'adozione da parte di ENEL di modifiche delle condizioni di fornitura con la clientela e con la soppressione delle clausole contrattuali ritenute restrittive della concorrenza, in *Bollettino*, n. 46/98.

L'Autorità ha giudicato il combinato effetto di tali clausole lesivo della concorrenza, in considerazione della posizione dominante di ENEL e la coincidenza temporale della loro adozione con la fase di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica.

Tuttavia, quasi simultaneamente a tale istruttoria, l'Autorità stessa è dovuta intervenire, avvertendo l'impossibilità di limitarsi ad essere il tutore della concorrenza, formulando un parere in merito alle modalità di attuazione del processo di liberalizzazione nel mercato dell'energia elettrica²¹. In questo ruolo essa ha elaborato diversi suggerimenti, quali (i) l'istituzione di un ente gestore della rete di trasmissione nazionale dotato di pieni poteri di decisione e di attuazione relativi alla manutenzione, gestione e sviluppo della rete stessa, (ii) l'avvio tempestivo di un mercato all'ingrosso dell'energia elettrica ove realizzare, a parte i casi di negoziazioni bilaterali dei clienti idonei, tutte le contrattazioni e quindi il coordinamento tra domanda e offerta, (iii) l'ampliamento del grado di libertà di scelta dei fornitori attraverso una chiara definizione dei clienti vincolati, (iv) la netta separazione tra attività di vendita dell'energia ai clienti finali e la gestione della rete di distribuzione.

Mentre come organismo a tutela della concorrenza l'Autorità sembra aver raggiunto gli obiettivi desiderati (nel caso in esame ENEL ha volontariamente modificato le clausole ritenute restrittive), nel ruolo di promotore appare invece evidente il problema connesso agli "equilibri di potere" sopra accennato²².

È quindi provato che tutelare e soprattutto incentivare il gioco concorrenziale richiede non solo l'operare dell'Autorità *antitrust*, ma anche un efficace e responsabile intervento del Governo nella sua funzione di ideatore delle stesse regole del gioco. Nel settore energetico, ad esempio, è solo la nascita di un vero mercato liberalizzato, almeno nelle fasi della filiera non in regime di monopolio naturale, a poter limitare il problema a monte della posizione dominante dell'ex-monopolista e quindi disincentivare, grazie alla concorrenza di nuovi operatori, fattispecie abusive. Senza il raggiungimento di questo delicato ma essenziale equilibrio di ruoli e responsabilità risulta evidente la difficoltà della stessa Autorità a

²¹ Parere AS154 - Schema di decreto legislativo recante la prima attuazione della direttiva 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato libero dell'energia, inviato in data 5 novembre 1998, in *Bollettino*, n. 44/98.

²² E', infatti, la stessa Autorità ad affermare nella propria relazione annuale [pag.98]: "...occorre rilevare che per alcune questioni fondamentali per dare concreta esecuzione alle disposizioni e, quindi, alla promozione di un'effettiva concorrenza nel mercato elettrico, i tempi decisionali sono stati piuttosto lunghi. Tra gli aspetti più critici si possono evidenziare: la scelta della modalità di cessione delle centrali elettriche di Enel ...; l'individuazione degli oneri generali di sistema...da riconoscere all'ex monopolista; l'assegnazione della titolarità e delle funzioni al gestore della rete di trasmissione nazionale; la razionalizzazione delle reti locali di distribuzione nei casi di presenza di due concessionari. A un anno dall'entrata in vigore del decreto legislativo n.79/99 il mix di regole e incentivi ivi definiti non sembra aver prodotto appieno gli effetti desiderati. Enel mantiene ancora una posizione dominante nella fase di generazione e di vendita di energia elettrica al mercato libero...".

svolgere la sua vera funzione di garante della concorrenza. Ma il Governo non è sembrato finora sensibile ai problemi di liberalizzazione dei mercati, giungendo contraddittoriamente, come ho altra volta dimostrato, a privatizzare prima di avere liberalizzato, falsando così ogni regola di concorrenza.

Tali considerazioni possono essere ripetute per altri settori economici ed altri provvedimenti. Nel settore del gas, analogamente a quello elettrico, l'Autorità è intervenuta con un procedimento istruttorio per abuso di posizione dominante di SNAM²³ (esercitato attraverso il rifiuto di concedere ai concorrenti l'accesso alla rete nazionale di gasdotti, ovvero la concessione dell'accesso a condizioni particolarmente ed ingiustificatamente onerose, basate su tariffe non connesse agli effettivi costi e sul rispetto di vincoli volti a selezionare i clienti idonei dei potenziali altri operatori) e con una segnalazione²⁴ in merito alle modalità di recepimento della direttiva comunitaria per la liberalizzazione del mercato. In quest'ultima veste di "promotore" della concorrenza, l'Autorità ha posto in evidenza tre aspetti cruciali: (i) la necessità di adottare una definizione di clienti idonei non restrittiva, ovvero più ampia di quella corrispondente ai criteri minimi previsti dalla direttiva, al fine di assicurare la massima apertura al numero di consumatori che già godono del potere di negoziare direttamente con il fornitore; (ii) l'introduzione di incentivi alla concorrenza nella fase dell'approvvigionamento; (iii) la separazione societaria e proprietaria delle attività integrate verticalmente in SNAM, ovvero trasporto, stoccaggio, approvvigionamento e vendita di gas.

Le difficoltà nel raggiungere un equilibrio di responsabilità tra Autorità e Governo risultano evidenti nei citati interventi nel settore del gas naturale, forse più di quanto sia emerso dai provvedimenti nel settore elettrico. Infatti, l'individuazione della fattispecie abusiva ha implicitamente richiesto una valutazione da parte dell'Autorità della nozione di "cliente idoneo", in termini estensivi rispetto ai criteri minimi previsti dalla direttiva comunitaria e ciò ha introdotto un sottile quanto rilevante collegamento con il processo di liberalizzazione del mercato in attuazione della direttiva 98/30/CE. Tale collegamento è sfociato nella citata segnalazione la quale, recepita solo parzialmente e non in punti determinanti (mi riferisco alla separazione proprietaria), dimostra nuovamente la complessità di tutelare e promuovere la concorrenza quando gli organismi coinvolti non sono necessariamente costretti a "dialogare".

A rendere ancora più complesso il "dialogo" si aggiunga il ruolo del tri-

²³ Provvedimento A/221- SNAM/Tariffe di vettoriamento, avviato in data 6 novembre 1997 e chiuso il 25 febbraio 1999, in *Bollettino*, n. 8/99.

²⁴ Segnalazione AS197- Norme comuni per il mercato interno del gas (schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 98/30/CE), inviata in data 28 marzo 2000, in *Bollettino*, n. 11/00.

bunale amministrativo. Nel caso in esame, infatti, la fattispecie abusiva imputata a SNAM risulta aver ottenuto la sospensiva dal TAR del Lazio. Ciò ha implicato, a prescindere dalle motivazioni, non solo il venire meno degli effetti pro-concorrenziali della delibera, ma che rilevanti principi economici dettati dall'Autorità nel provvedimento istruttorio, in particolare il ruolo ed i limiti di discrezionalità di un operatore dominante ed ex-monopolista, venissero facilmente "cancellati" da un'ordinanza del tribunale amministrativo, senza alcun intervento della Magistratura ordinaria o del Governo per motivi di pubblico interesse.

Ma la Magistratura amministrativa ha invero solo un giudizio di legittimità, diretto a colpire la decisione dell'Autorità nei limiti dell'eccesso di potere, della violazione di legge e dell'incompetenza. Di conseguenza, nel merito i provvedimenti dell'Autorità non sono soggetti ad alcun controllo giurisdizionale²⁵. È inutile che qui mi soffermi sulla portata del 2° co. dell'art. 33 della legge, che non muta la sostanza dei precedenti rilievi e del quale mi sono già altra volta occupato²⁶.

Il coordinamento con i competenti organi di Governo ed il rinvio alla Magistratura ordinaria, previsti nell'originario progetto di legge, erano proprio finalizzati ad evitare che l'efficacia degli interventi dell'Autorità *antitrust* fosse limitata da un ruolo poco propulsivo, se non del tutto passivo, nei confronti della libera concorrenza e del mercato da parte degli altri attori che, in un sistema democratico, dovrebbero essere coinvolti nel definire e vigilare il corretto svolgimento del gioco concorrenziale e quindi nell'impedire "squilibri" di poteri e responsabilità.

Queste valutazioni trovano conferma anche in un altro rilevante settore economico, quello della distribuzione di carburanti. Analogamente a quanto è avvenuto nel settore elettrico e del gas naturale, anche nel mercato della distribuzione dei carburanti l'Autorità è dovuta intervenire sia nei confronti delle imprese²⁷, ritenute parti di un'intesa orizzontale volta al coordinamento sui prezzi di vendita, sia nei confronti del Parlamento e dei competenti organi di Governo, per segnalare rilevanti situazioni distorsive della concorrenza dovute alla stessa normativa del settore²⁸. In particolare tale segnalazione evidenziava, a seguito dell'emanazione del Decreto

²⁵ Vedi, per tutti, M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998 passim e M. SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nell'esperienza giurisprudenziale italiana*, in *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 1998, p. 51 ss..

²⁶ Vedi, in argomento, A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

²⁷ Provvedimento I/165 – Accordi per la fornitura di carburanti, avviato in data 7 ottobre 1999 e concluso l'8 giugno 2000, in *Bollettino*, n. 40/99.

²⁸ Segnalazione AS181 - Distribuzione dei carburanti (Decreto Legislativo 8 settembre 1999, n.346, recante "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 febbraio 1998, n.32, concernente razionalizzazione del sistema di distribuzione dei carburanti, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n.59", in *Bollettino*, n. 39/99.

Legislativo 8 settembre 1999, n.346, il rischio di distorsioni nel processo di liberalizzazione prodotto dal differimento, sino al 30 giugno 2001, del riconoscimento della piena libertà di installazione ed esercizio di impianti di distribuzione di carburanti, da parte di qualunque impresa, sulla base di una semplice autorizzazione amministrativa. Tale rinvio avrebbe di fatto impedito l'ingresso di nuovi concorrenti e quindi l'avvio di un vero gioco concorrenziale a vantaggio dei consumatori finali. Ne consegue, ancora una volta, che "vigilare" sul corretto funzionamento del mercato e quindi sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali non è apparso sufficiente essendo la stessa struttura del mercato e le norme poste per il suo funzionamento ad essere "distorsive".

Tuttavia, in questo specifico mercato il complesso processo di definizione delle competenze e delle responsabilità risulta aver generato migliori risultati rispetto all'esperienza maturata in altri settori. La citata segnalazione, diversamente da quanto accaduto ad esempio nel settore dell'energia elettrica e del gas, ha infatti prodotto l'effetto di indurre i competenti organi di Governo ad anticipare la liberalizzazione del mercato della distribuzione di carburanti al giugno 2000, eliminando in tal modo le distorsioni originariamente previste nel citato Decreto Legislativo. In estrema sintesi, sebbene tale intervento dimostri nuovamente la necessità di un più efficace coordinamento tra Autorità e Governo nel definire le regole stesse del gioco concorrenziale, esso prova anche la tesi che un equilibrio dei loro ruoli e delle loro responsabilità non è un fine puramente ideale ma un obiettivo concretamente realizzabile. Il raggiungimento di tale equilibrio è inoltre condizione necessaria per il corretto funzionamento di altri settori, dove da tempo l'Autorità ha evidenziato la presenza di distorsioni alla concorrenza dovute sia agli operatori in esso attivi, sia alla normativa che li regola. È questo, ad esempio, il caso del settore farmaceutico, ove accanto a provati comportamenti collusivi²⁹ esistono ostacoli al libero manifestarsi della concorrenza segnalati³⁰, ma non superati, dall'Autorità proprio per l'assenza di quel necessario coordinamento con gli organi di Governo più volte auspicato.

In altri fondamentali settori economici, infine, l'efficace operare dell'Autorità

²⁹ Provvedimento I/331 Servier Italia/Istituto Farmacobiologico Stroder, avviato il 26 febbraio 1998 e concluso il 1 luglio 1999, in *Bollettino*, n. 26/99; provvedimento I/332 Byk Gulden Italia-Istituto Gentili, avviato il 26 febbraio 1998 e concluso il 25 febbraio 1999, in *Bollettino*, n. 8/99; provvedimento I/333 Istituto Gentili-Merck Sharp & Dohme-Neopharmed-SigmaTau Industrie Farmaceutiche Riunite-Mediolanum Farmaceutici, avviato il 26 febbraio 1998 e concluso il 25 febbraio 1999, in *Bollettino*, n. 8/99. Tutti i citati provvedimenti hanno per oggetto intese tra operatori indipendenti finalizzate alla fissazione coordinata dei prezzi finali.

³⁰ Tra gli ostacoli normativi l'Autorità ha evidenziato, ad esempio, l'imposizione di un prezzo unico sull'intero territorio nazionale per i prodotti farmaceutici non regolamentati nel prezzo dal Ministero della Sanità, la quale impedisce di fatto la concorrenza a livello di punto vendita finale, oppure l'obbligo ai grossisti di detenere almeno il 90% delle specialità medicinali in commercio, il quale non permette ai distributori di porre in concorrenza le imprese farmaceutiche (Segnalazione AS131 - Determinazione del prezzo dei farmaci - Legge 27 dicembre 1997, n.449 recante "Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica", inviata in data 2 aprile 1998, in *Bollettino*, n. 12/98).

richiede, oltre al raggiungimento di un corretto equilibrio di ruoli e responsabilità tra Autorità, Governo e Magistratura, anche una più chiara attribuzione di competenze. Mi riferisco, evidentemente, al settore bancario e assicurativo dove l'art. 20, non inserito nell'originario progetto di legge, prevede la competenza dell'autorità di vigilanza (Banca d'Italia) o comunque l'intervento mediante parere dell'istituto di vigilanza (ISVAP)³¹.

Una simile "commistione" di poteri ha creato e crea effetti distorsivi per lo stesso funzionamento dei mercati. Il pubblicizzato dissenso espresso dall'ISVAP in merito al procedimento istruttorio condotto dall'Autorità sulle polizze RC Auto³² ed il ruolo puramente consultivo dell'Autorità in fondamentali operazioni bancarie, sono solo alcuni esempi della necessità di ristabilire una più efficiente attribuzione delle competenze in materia di concorrenza. Ma anche su questo punto essenziale mi sono già altre volte intrattenuto.

L'insieme delle considerazioni svolte, fondate il più possibile fedelmente sull'esperienza dell'Autorità e non solo su impostazioni teoriche, mostra che l'incisività e l'efficacia della sua funzione richiede la netta definizione di ruoli, poteri e responsabilità, nonché la ricerca di un coordinamento più equilibrato con tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella tutela e nella promozione del gioco concorrenziale.

Tentando di rispondere all'iniziale quesito, è possibile affermare che non si è ancora raggiunto un equilibrio Pareto-efficiente, ritenendo possibile la realizzazione di una migliore "allocazione" di ruoli e competenze, in grado da un lato di rafforzare i poteri e l'autonomia dell'Autorità *antitrust*, che sembra finalmente oggi aver raggiunto una significativa maturità decisionale, dall'altro di instaurare e/o stimolare un più efficiente coordinamento con il potere esecutivo e con la Magistratura ordinaria.

4. Conclusione

Ed ora concludo affermando che a dieci anni di distanza, l'esperienza induce a ritenere necessaria una riforma della legge *antitrust* in alcuni punti essenziali. Tale riforma passa in primo luogo dall'abolizione dell'art. 20, ripristinando tutti i poteri per la tutela della concorrenza e del mercato, anche in settori nevalgici quali soprattutto quello del credito, in capo all'Autorità, poiché questa ha ormai dimostrato la sua piena maturità istituzionale anche nei mercati più fragili nei confronti del sistema concorrenziale. In secondo luogo dovrebbe essere rimeditata la possibilità di una

³¹ In materia vedi G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 273 ss.; F. DENOZZA e A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti fra le autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, in M. POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 400 ss.; P. MAGNANI, in F. GHEZZI e P. MAGNANI, *Banche e concorrenza*, Milano, 1999, p. 219 ss..

³² Provvedimento I/377 RC Auto, avviato in data 8 settembre 1999 e concluso il 28 luglio 2000, in *Bollettino*, n. 30/00.

reintroduzione dei poteri del CIPE. Infine ritengo essenziale introdurre il controllo di merito sugli atti dell'Autorità da parte della Magistratura ordinaria, per evitare che l'Autorità stessa rimanga l'unico protagonista a sviluppare ed applicare la cultura dell'*antitrust* fra l'indifferenza di tutti gli altri organi dello Stato³³. E per dare maggior garanzia della tutela dei diritti soggettivi da un lato e del rispetto dei diritti della difesa dall'altro.

Rimane, tuttavia, ancora aperto il ben più grave problema di fare in modo che il Parlamento, quando legifera in varie materie, o il Governo quando prende provvedimenti, abbiano a credere e rispettare i principi di libera concorrenza. Ma questa è questione di arretratezza culturale, nei confronti della quale non ho proposte concrete da formulare.

³³ Ma vedi le aperture contenute nell'intervento di M.E. SCHINAIA, *Prime notazioni sulle modifiche apportate al processo amministrativo con la legge n. 205 del 2000 concernenti le Autorità Amministrative indipendenti*; al Convegno *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 9-10 ottobre 2000.

Intervento di Enrico Letta

Il giudizio sull'attuale normativa antitrust e sulla sua adeguatezza o meno alle sfide del prossimo futuro non può prescindere dalla valutazione del bilancio dei primi dieci anni di vita dell'Autorità, né dall'analisi dei cambiamenti significativi ed importanti cui finora abbiamo assistito.

Di fronte all'evoluzione degli ultimi tempi, ritengo che l'attuale quadro normativo non sia adeguato alle sfide del prossimo decennio e che siano necessari alcuni interventi per evitare un corto circuito tra un aumento delle aspettative, quanto al ruolo e all'incisività dell'azione antitrust, da un lato, e un quadro normativo troppo stretto dall'altro. La mia valutazione, sia di bilancio che di prospettiva, non può che partire da qui, anche perché dettata dall'esperienza di governo che ho avuto in questi mesi in cui, di fatto, il ruolo e il peso dell'azione dell'Autorità Antitrust si sono significativamente modificati. L'iniziativa di questi due giorni credo sia utile per inviare un messaggio chiaro e forte a tutti gli interlocutori, soprattutto a quelli che hanno la responsabilità decisionale, così da rivedere il quadro normativo di riferimento adeguandolo ad un ruolo che, nel frattempo, ha assunto maggiore importanza. Ogni cambiamento, però, deve essere necessariamente inserito nel contesto comunitario. Proprio ieri, in questa sede, il commissario europeo Mario Monti, con il quale ho avuto un incontro questa mattina, ha ricordato che l'Unione europea si accinge a rivedere il vecchio regolamento del '62, che disciplina l'attività dell'Antitrust a livello comunitario. La riforma della normativa comunitaria sarà all'esame del prossimo Consiglio dell'Industria dell'Unione europea e non c'è dubbio che il nodo centrale di questo percorso, peraltro già avviato, finirà con aumentare il ruolo, più in termini qualitativi che quantitativi, delle autorità nazionali.

Il percorso di riforma, che sarà senza dubbio complesso, rappresenta in questo quinquennio la priorità della politica antitrust della Commissione Prodi. E proprio questa determinazione di Bruxelles a rivedere la normativa antitrust, peraltro sostenuta dalla maggior parte dei governi, compreso quello italiano, deve indurre a correggere la normativa nazionale all'interno della prevedibile ed auspicabile modifica del quadro comunitario.

In Italia rispetto a dieci anni fa, quando nacque l'Autorità Antitrust, non solo il quadro di riferimento è cambiato modificando nella sostanza i rapporti tra le diverse istituzioni dello Stato, ma soprattutto c'è stata un'evoluzione della figura stessa del consumatore. Molta strada è stata percorsa, superando anche il punto del non ritorno, ma il cammino è ancora lungo. Il consumatore di oggi non è più lo stesso di dieci anni fa, nonostante in Italia, rispetto ad altri Paesi, non ci sia mai stata una tradizione culturale favorevole. Tuttavia, le azioni dell'Autorità hanno contribuito alla crescita del ruolo dei consumatori e oggi c'è una maggiore consapevolezza del ruolo determinante che questi possono ricoprire nella dialettica economica del nostro Paese.

Se, dunque, è necessario apportare qualche cambiamento alla normativa Antitrust oggi in vigore, occorre verificare i settori nei quali è necessario adeguare le regole alla realtà di oggi. In primo luogo, è necessario rivedere i rapporti con il Parlamento: si tratta di uno dei nodi più controversi, sul quale probabilmente non ci sono certezze. Per questo sollecito una riflessione che eviti una dannosa scissione del ruolo delle autorità nei rapporti con le Camere: a mio avviso, l'obiettivo delle modifiche dovrebbe essere quello di creare le condizioni per avviare una dialettica, costruttiva e positiva, tra Autorità e Parlamento. L'attuale dialogo instauratosi tra i due soggetti è abbastanza sterile nei contenuti e tendenzialmente frustrante per lo stesso Parlamento, al punto che il risultato finale è un giudizio non sempre positivo nei confronti del lavoro delle Autorità. E questo finisce con il rendere tesi e poco proficui i rapporti tra le istituzioni che, a tutt'oggi, sono insufficienti. Di contro, occorre una dialettica equilibrata e regolata che non si può esaurire nella lettura dei testi delle relazioni annuali davanti alle massime cariche dello Stato, ma nella quale trovi spazio la vocazione più generale del Parlamento e quella più particolare delle Autorità.

C'è poi un secondo punto sul quale intendo soffermarmi: occorre un maggior coordinamento nei rapporti dell'Autorità, non tanto e non solo con il Parlamento, ma soprattutto con il governo e le altre competenze dello Stato per quanto riguarda le funzioni esecutive. Un coordinamento che c'è nella sostanza, ma non nei tempi delle decisioni, che pure hanno un'influenza rilevante sui settori rispetto ai quali l'Antitrust interviene.

Nei mesi scorsi, l'Autorità ha mostrato una sensibilità particolare prendendo decisioni che influenzano le stesse azioni del governo in tempi brevi; se si fosse presa tutto il tempo che le consentiva la legge si sarebbe creata una situazione insostenibile per i settori economici in questione. Nel ringraziare l'Autorità per la sensibilità dimostrata, credo che però ci sia bisogno di qualcosa di più di un *gentlemen's agreement*. Anche in questo caso occorre un più efficace coordinamento e forme maggiori di chiarezza reciproca. A fronte, poi, della quantità sempre maggiore di decisioni che l'Autorità è chiamata ad assumere e che hanno conseguenze notevoli nell'economia reale, c'è la necessità di disincentivare i ricorsi in sede amministrativa: questo è uno dei nodi più importanti da sciogliere perché un affollamento e una complicazione del percorso decisionale e delle sue conseguenze depotenzia le decisioni dell'Antitrust. Un pronunciamento dell'Antitrust è "popolare" solo se immediatamente operativo, altrimenti si finisce con il minare l'autorevolezza della stessa Autorità.

Quando si affronta, poi, una riforma complessiva dell'Antitrust non si possono tralasciare temi logistici, ma non meno importanti, come la normativa che regola il rapporto di lavoro del personale. Se crescono ruolo e funzioni dell'Autorità occorre che anche il personale sia adeguato ai nuovi compiti: i percorsi di nomina necessitano, dunque, di una maggiore attenzione e di una valutazione complessiva che, in questo caso, superi l'aspetto legato alla sola Antitrust.

Il ruolo dell'Autorità antitrust è sicuramente destinato a crescere, anche alla luce della prossima riforma della materia a livello europeo e dell'azione del governo italiano volta al completamento del processo di liberalizzazioni al di là delle soglie minime proposte dalle direttive comunitarie. L'Italia sta spingendo a Bruxelles per riformare le direttive comunitarie in modo che si passi dalla semplice liberalizzazione dei singoli mercati nazionali alla creazione di mercati europei dell'energia elettrica e del gas. La nostra posizione incontra la contrarietà di altri grandi Paesi europei e il favore della Commissione: occorrerà lavorare ancora per rafforzare una tendenza che, con il passare del tempo, sarà inevitabile. E, per questo, l'Italia sta procedendo a completare il processo di privatizzazioni ed ad accelerare le liberalizzazioni che consentiranno all'Antitrust di acquistare un ruolo sempre più significativo. Per assicurare nel prossimo decennio una crescita economica del paese sana occorre, però, eliminare quelle zone grigie oggi esistenti nel rapporto tra le istituzioni e, in particolare, tra governo e Autorità. Non ci si può affidare ai buoni rapporti personali tra chi dirige questi organismi e il governo, perché, qualora si incrinassero, sarebbe proprio l'esistenza di queste zone grigie a provocare gravi danni per lo sviluppo del sistema economico. Per questo è importante sfruttare proprio un momento come questo di sostanziale omogeneità politico-culturale attorno al ruolo di questi organi. Credo che occorra intervenire subito, per evitare in futuro di dover ragionare su una serie di zone grigie in cui si determinano confronti-scontri istituzionali. Questo finirebbe per danneggiare seriamente un Paese che, invece, ha compiuto grandi passi avanti in tema di liberalizzazioni e privatizzazioni, di concorrenza economica, ma che deve ancora completare questi percorsi.

Intervento di Michele Polo

Vorrei aprire il mio intervento partendo da quello che è sicuramente stato l'elemento di attenzione più forte dell'opinione pubblica per le attività recenti dell'Autorità Garante, cioè le sanzioni, soffermandomi sulle tendenze recenti e sui principali problemi aperti.

Ricordava ieri nella sua relazione il professor Silva come, guardando alla storia di questi dieci anni, l'uso delle sanzioni ha conosciuto negli ultimi due anni, e segnatamente nel corso del 2000, una brusca accelerazione. Peraltro un fenomeno simile lo riscontriamo anche guardando all'attività in materia di intese della Commissione, dove a partire dalla metà degli anni '80, con la decisione Pioneer a fare da spartiacque, le sanzioni iniziano a diventare uno strumento cardine dell'intervento sia per l'entità che per il ruolo di deterrenza ad esse affidato.

Rimangono tuttavia parecchi problemi aperti nell'uso delle sanzioni e su questi vorrei fare qualche osservazione. Quello forse più complesso riguarda la possibilità di sanzionare intese che passano attraverso delibere di associazioni di categoria. Dal punto di vista dell'economista, il problema appare relativamente semplice, nella misura in cui l'associazione di categoria delle imprese può essere letta come uno strumento che opera per il funzionamento di una intesa collusiva di cui sono promotrici e beneficiarie le imprese stesse. A queste ultime quindi l'economista è portato a risalire per individuare i veri soggetti a cui l'intesa deve essere riferita. L'economista, in altri termini, tende a vedere la fase formale in cui è l'associazione di categoria che prende delle delibere come il corrispondente di una volontà comune delle parti protagoniste, quindi delle imprese, a coordinare le proprie azioni. Quindi, immagina le imprese stesse come il soggetto ultimo che va colpito e sanzionato per questo tipo di atto.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico la cosa non è così semplice e questo resta uno dei problemi maggiori aperti nella pratica corrente. Mi sembra di poter individuare alcuni tentativi di arrivare a sciogliere questo nodo, ad esempio potendo scavalcare la fase della delibera di associazione per arrivare a quelle che sono le imprese più importanti o quelle rappresentate negli organi deliberanti. Oppure altre, a mio avviso meno significative per l'impatto che possono avere, quali il recente caso INAZ-Paghe¹, in cui la sanzione viene calcolata a partire dal fatturato dell'associazione di categoria, che non rappresenta tuttavia una adeguata misura del fatturato delle imprese promotrici e porta necessariamente a sanzioni di entità estremamente modesta. Non mi avventuro in una valutazione della

¹ Si veda il Provvedimento 3.2.2000, Inaz-Paghe in *Boll.* 5/2000.

praticabilità giuridica di queste soluzioni, ma voglio segnalare ai colleghi giuristi l'urgenza di fornire una soluzione a questo problema.

Raccogliendo l'invito del professor Rossi ad una riflessione sulla legge 287/90, mi sembra occorra segnalare alcuni problemi che nascono in materia di sanzioni da quel testo, e in particolare dai limiti minimi (1%) e massimi (10%) che vengono indicati con riferimento al fatturato annuale. Entrambi questi limiti non sono funzionali allo sviluppo di una politica sanzionatoria flessibile. L'1% perché in alcuni casi conduce ad un ammontare non trascurabile che impedisce sanzioni sostanzialmente simboliche. In generale questo limite inferiore determina una discontinuità fra la non erogazione di sanzioni e il passaggio ad una sanzione per quanto minima che genera inutili problemi.

Ma è soprattutto il limite massimo del 10% sul fatturato relativo ai prodotti coinvolti per un anno che mi pare una misura troppo bassa. Molto spesso i volumi di profitto che possono stare dietro a pratiche collusive superano significativamente questa misura, tanto più se gli accordi di cartello proseguono per diversi anni. Dovendo soddisfare questa soglia massima, la capacità di deterrenza delle sanzioni diviene insufficiente.

Tanto più se riconosciamo il fatto che le imprese, nel momento in cui devono decidere se dar vita ad un accordo di tipo collusivo, non tengono conto solamente della sanzione, ma anche della probabilità che si arrivi ad essere indagati e, alla fine, condannati. Quindi la sanzione attesa, che deriva anche dalla valutazione di questa probabilità, risulta ulteriormente ridotta. Per dirla in modo estremamente schietto, colludere rimane in questa situazione una prospettiva estremamente conveniente. Questa è una riflessione che probabilmente è stata fatta anche in Europa, dopo la fase di forte aumento delle sanzioni iniziata nella seconda metà degli anni Ottanta: aver inciso sulla sanzione assoluta senza essere riusciti ad aumentare la probabilità di arrivare a comminarla manteneva la politica di enforcement incapace di una reale deterrenza.

In Europa si è quindi fatto un passo in più che penso sia maturo anche per l'Italia. Nel 1996 la Commissione ha erogato una comunicazione per la non irrogazione delle sanzioni che riprende sostanzialmente i termini di un'analogia politica degli Stati Uniti, la cosiddetta *Leniency Policy*, che propone una sorta di scambio alle imprese coinvolte in accordi di cartello: collaborazione nella fase delle indagini contro una riduzione anche completa delle sanzioni.

Questo è uno strumento delicato, la cui efficacia dipende dai dettagli e dalle regole specifiche relative a quali imprese possono accedere a questo regime premiale e quando, e all'entità degli sconti di pena. Nell'esperienza degli Stati Uniti una particolare regola, all'interno di una politica di enforcement, si è rivelata estremamente efficace nell'uso di questo strumento: la possibilità per le imprese di ricevere, collaborando in modo determinante, una riduzione molto sostanziosa nella sanzione anche dopo che il procedimento è aperto.

L'introduzione di questa particolare forma di *Leniency Policy*, nel '93, ha portato al decollo di questa politica, che attualmente, cito i dati più recenti del Dipartimento di Giustizia, vede circa due casi al mese avviati e conclusi con successo attraverso questo strumento.

In Europa le regole introdotte nel 1996 hanno ripreso l'esperienza americana con qualche titubanza in materia di entità delle riduzioni di sanzione e di predeterminazione delle regole applicate. In Italia ancora non si è pensato ad uno strumento di questo genere. Ritengo che oggi il momento sia maturo per una riflessione e per una introduzione di questo strumento, capace di aumentare significativamente l'incidenza dell'attività di indagine e di aumentare quindi quella probabilità di sanzione che resta il punto dolente nella politica di deterrenza.

Passo al secondo aspetto che vorrei trattare, relativo all'evoluzione nei metodi di dimostrazione e di costruzione delle tesi dell'accusa, modi che vedono un peso sempre maggiore dell'analisi economica, coerentemente con analoghe indicazioni che troviamo anche nel progetto di modernizzazione della Commissione Europea. Mi riferisco in particolare agli *standards of proof* più stringenti che questo movimento verso un peso maggiore dell'analisi economica comporta.

La legge lascia in qualche modo un doppio binario attraverso cui dimostrare l'esistenza di accordi, poiché parla di oggetto o di effetto delle intese: viene quindi lasciata all'accusa la possibilità di identificare direttamente la presenza di un accordo fra imprese oppure, indirettamente, di farlo attraverso l'identificazione degli effetti che un'intesa di questo genere può manifestare nel mercato.

La prima strada, quella di arrivare direttamente alla dimostrazione di un accordo, tradizionalmente si affida a quello che chiamerei metodo documentale, cioè all'individuazione di prove documentali (scritti, appunti, registrazioni, e-mail) che in modo più o meno esplicito attestino l'intenzione e la pratica delle imprese di concordare le proprie azioni.

L'ottenimento di queste prove dirette è ad esempio facilitato dai *Leniency Programs* di cui abbiamo più sopra discusso, poiché la testimonianza delle imprese coinvolte è prima di tutto riferita all'esistenza di questo tipo di accordi. Ma laddove non bastano i *Leniency Programs*, rintracciare le prove dirette di un accordo diviene sempre più difficile poiché le imprese imparano a convivere con un'autorità attiva e severa, e prestano quindi grande attenzione alla segretezza. Inoltre va segnalata una certa cautela con cui ritengo che il metodo documentale vada utilizzato: a volte si ha l'impressione di un uso della giustapposizione di brani, una sorta di *cut and paste*, attraverso cui alla fine si ricostruisce un'intenzione di tipo collusivo che forse, guardando ai documenti originali da cui questi brani sono tratti, non è così evidente. Più in generale, la nozione di "prova" in questo ambito appare radicalmente diversa da come, nell'ambito del test di un modello economico, possiamo costruire una prova delle ipotesi che ci permetta di quantificare la significatività della nostra conclusione. Mentre le variabili economiche hanno un contenuto

quantitativo, una distribuzione statistica ecc., che permettono di esprimere la probabilità di trarre la conclusione sbagliata, nel metodo documentale molto spesso esiste un margine di ambiguità legato all'interpretazione degli scritti, alla necessità di ricostruirne il contesto, ecc. che non si prestano ad una quantificazione altrettanto precisa dei margini di errore.

Molto spesso non riusciamo, comunque, ad arrivare ad una prova diretta dell'esistenza di un cartello poiché non troviamo queste evidenze; occorre allora muoversi verso un secondo terreno, quello della prova indiretta, chiedendoci come un mercato caratterizzato da intese dovrebbe funzionare e se i dati di fatto che ricostruiamo siano coerenti con questa spiegazione o possano essere generati anche da un comportamento ammesso dalla legge.

Una stima diretta di quelli che sono i *mark up* monopolistici o i prezzi in eccesso ai costi, quale prova dell'esistenza di comportamenti di cartello, resta una strada molto in salita perché raramente l'Autorità ha a disposizione dati di costo affidabili. Inoltre, l'esercizio econometrico che possa identificare un comportamento collusivo distinguendolo da uno non cooperativo resta difficile e fragile rispetto alla specificazione del test, come tanta letteratura ha dimostrato. A volte l'Autorità ha utilizzato, ad esempio, il confronto internazionale dei prezzi suggerendo come prezzi particolarmente alti in Italia, nello stesso settore rispetto ad altri paesi, potessero dare un sospetto di collusione. A mio avviso tutto ciò non è realmente probante perché senza un'analisi approfondita della struttura dei costi nei diversi paesi non sappiamo dire cosa i differenziali di prezzo riflettano.

Più semplice, e comunque più diffusa, è la strada di guardare alle cosiddette pratiche facilitanti: un cartello si avvale di tanti strumenti per garantire la propria coesione e fra questi ce ne sono alcuni che effettivamente riusciamo ad osservare meglio, quali lo scambio di informazioni, oppure l'uso di particolari contratti verticali quali quelli di fissazione dei prezzi di rivendita.

Tuttavia, ancora una volta mi chiedo: è sufficiente fermarsi alla mera osservazione di questi fatti per provare l'esistenza di un cartello, o l'analisi economica ci costringe ad andare oltre? La mia risposta va in questo secondo senso. Perché l'analisi economica ha prodotto un'abbondante letteratura che motiva queste stesse pratiche facilitanti, gli scambi di informazione, alcuni tipi di contratti verticali, con ragioni diverse da quelle collusive. Occorre quindi una verifica esplicita e completa che discrimini tra questa lettura delle pratiche facilitanti come strumenti di sostegno del cartello e una lettura diversa che invece legge questi comportamenti come motivati da altre ragioni che nulla hanno a che vedere con il cartello e che sono sostanzialmente lecite in una logica di tutela della concorrenza.

Mi rendo conto che tutto ciò rende il raggiungimento di adeguati *standard of proof* estremamente complesso. Molto spesso quello che io sto chiedendo all'Autorità, visto da studioso, mi porterebbe a dire: un'analisi quantitativa su questo settore non sono in grado di farla, perché mancano i dati. Questo è un problema rilevante, l'analisi economica, se utilizzata in modo importante e serio

nell'azione di valutazione dei mercati chiede molto all'Autorità e questo apre un problema, che io segnalo con forza pur non avendo gli strumenti tecnici per entrare nei dettagli, di potenziamento dei poteri di indagine dell'Autorità stessa. Tutti noi guardiamo con un certo stupore e probabilmente con invidia a certe situazioni e a certi casi recenti degli Stati Uniti, dove vediamo l'FBI in campo, gli agenti sotto copertura che vengono assunti nelle imprese, le microcamere e i microfoni nascosti. Temo che non si arriverà mai a questi strumenti nel contesto europeo dove la dimensione penale dei comportamenti anticompetitivi non è prevista; ma fra queste punte di diamante e la situazione attuale in cui al di là delle ispezioni a sorpresa nella sede legale della società non è possibile andare c'è probabilmente qualche lacuna da colmare.

Un'Autorità con standards più esigenti ma con poteri anche più incisivi a mio avviso richiede un'ultima riflessione sulla procedura di istruzione e dibattito e sui ricorsi che attualmente caratterizza la situazione italiana. A mio avviso è prima di tutto compito e interesse della difesa l'individuazione di quelle ragioni, alternative alla collusione, che giustificano, ad esempio, le pratiche facilitanti che sono emerse in un caso. Ma proprio perché questo è un momento fondamentale nella valutazione economica di un'intesa gli standards nel dibattito devono essere estremamente elevati e le confutazioni di questi argomenti devono essere convincenti; inoltre, la ricostruzione degli argomenti della difesa, nella stesura delle decisioni deve essere più completa di quanto adesso avvenga in modo da rendere trasparente l'intero processo di valutazione e decisione.

Infine, mi chiedo se l'analisi economica, che più peso tenderà ad avere nel processo decisionale dell'Autorità, non debba continuare ad essere momento di valutazione di merito anche nelle fasi successive di ricorso. Entrando nuovamente in un terreno non mio, ritengo che forse la recente riforma del diritto amministrativo lascia uno spazio, attraverso i consulenti tecnici d'ufficio, per entrare nel merito della valutazione economica anche nelle fasi successive.

Questi argomenti, su cui concludo, penso ubbidiscano ad un ovvio desiderio di bilanciamento delle ragioni delle parti nell'applicazione della legge Antitrust; ma oltre a queste, vi sono ragioni ulteriori, che dovrebbero stare a cuore proprio all'Autorità antitrust, legate al potere di deterrenza dell'intervento. Solamente se sono chiari i principi che vengono applicati, il metodo con cui le situazioni concrete vengono valutate, il modo con cui vengono lette determinate fattispecie economiche, solamente se tutto ciò è chiaro fin dall'inizio alle imprese e se c'è una coerenza fra questi principi e le decisioni, allora l'Autorità può sperare di influenzare e scoraggiare l'adozione di condotte anticompetitive. Se invece permane una situazione poco chiara in cui la sensazione dell'arbitrio e della discrezionalità prevalgono, allora nell'imprevedibilità dell'intervento antitrust converrà adottare comportamenti di tipo anticompetitivo che generano profitti, sperando di non finire sotto il vaglio di un'autorità di cui peraltro non si riescono ad intuire i modi dell'azione.

Intervento di Franco Romani

Alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso sono stato presidente di una Commissione ministeriale messa in piedi da Zanone e successivamente rimaneggiata da Battaglia (che furono in quegli anni Ministri dell'Industria) per studiare l'opportunità in Italia di una legislazione a tutela della concorrenza. Le proposte di quella Commissione furono sostanzialmente accolte dal legislatore e costituiscono l'essenza della legge n. 287/90 di cui, nel decennale, stiamo qui parlando.

Ricordo i lavori di questa Commissione, oltre che per vanità, perché ho impostato questo mio intervento come se fossi il presidente di una ipotetica Commissione (istituita dal qui presente Ministro dell'Industria, Letta) per valutare l'esperienza italiana in tema di disciplina della concorrenza e per fare delle eventuali proposte di riforma alla luce, per dirla con le parole del titolo di questa tavola rotonda, "delle sfide del prossimo decennio".

Come cercherei di orientare i lavori di questa Commissione?

Il primo problema che porrei in discussione è naturalmente quello di considerare se valga la pena di avere una normativa a tutela della concorrenza. Per chiudere i lavori in tempi ragionevoli (e non perdere tempo in chiacchiere) cercherei di evitare le solite discussioni sui pro e i contro della concorrenza e sull'opportunità di interventi pubblici per favorirla o regolarla. Si tratterebbe infatti di discussioni poco rilevanti per rispondere al nostro problema. Una commissione ministeriale deve partire da un punto di vista pragmatico. Gli accordi, le pratiche, i comportamenti, gli atti anticoncorrenziali, sono già vietati in Italia dalla normativa europea se pregiudicano il commercio fra gli stati membri. Ora, vi è una tendenza europea (della Commissione e della Corte) ad allargare sempre di più la sfera di cosa si debba intendere per pregiudizio al commercio fra gli stati membri. In questo contesto la domanda da porsi è quindi se possa aver senso lasciare una zona di attività economica limitata e in via di restringimento sottratta alla disciplina europea. Anche se nella commissione ci fosse qualcuno che ritiene (magari perché convinto da qualche libertario americano) che le leggi a tutela della concorrenza siano tutte da buttare per la loro perniciosità penso che, alla fine, potrebbe convenire che sottrarre un ristretto ambito nazionale di attività economica alla disciplina della concorrenza potrebbe semplicemente avere l'effetto distorsivo di indurre a raggrinzire, all'interno del paese, le iniziative economiche per evitare che vengano sottoposte alla normativa europea.

Nella commissione vi può anche essere chi ritiene di poter proporre una disciplina della concorrenza molto migliore di quella europea. Anche in questo caso cercherei di far presenti le possibilità distorsive di discipline diverse e in ogni caso di suscitare qualche dubbio sulla possibilità che i vantaggi di una legge migliore per un ristretto ambito di iniziative econo-

niche (che in più tende a restringersi) siano superiori alla possibile confusione ed incertezza che la diversità di normativa potrebbe generare.

Personalmente ritengo che una qualsiasi commissione composta da uomini di media intelligenza e di medio buon senso arriverebbe alla conclusione che l'attuale disciplina sostanziale della concorrenza (praticamente una fotocopia della normativa europea) vada confermata. Insomma, chi vuole abolire, modificare, riformare la disciplina della concorrenza lo deve fare a livello europeo.

Il vero tema di discussione potrebbe invece essere (soprattutto se ci fosse in commissione Guido Rossi) quello di scegliere se, ad amministrare la legge antitrust, debba essere un'autorità indipendente anziché il giudice ordinario. Personalmente tenderei anche questa volta (del tutto disinteressato perché non rieleggibile) a favorire la soluzione dell'autorità indipendente. Gli argomenti a favore del giudice ordinario non sono certo sprovvisti di forza. Dopotutto la madre di tutte le moderne discipline antitrust, quella americana dello Sherman Act, affida ai giudici ordinari le decisioni finali e non si può certo dire che i giudici americani non ci abbiano saputo fare. Ed è proprio dal raffronto con l'esperienza americana che partirei per le mie riflessioni. La legislazione americana nasce con motivazioni profondamente diverse da quelle che stanno dietro a quella italiana (motivazioni ancora diverse sottendono la disciplina europea).

Lo Sherman Act (1890) nasce come reazione politica ai problemi economici e sociali che il processo di ristrutturazione del sistema economico americano, in corso in quegli anni, pone. La fine del secolo XIX è infatti il periodo dell'affermarsi delle grandi imprese che avviene ad opera di capitani d'industria spesso spregiudicati che modificano brutalmente il paesaggio economico del paese e si acquistano nel processo la reputazione di "baroni ladri". Ed è appunto contro le prepotenze di questi "baroni ladri" che i politici si sentono obbligati a fare qualcosa. Ed è così che si arriva allo Sherman Act che, come si è sostenuto, è anche il frutto di un compromesso (in questo modo viene spiegata l'improvvisa approvazione unanime del provvedimento dopo una lunga storia di discussioni ed emendamenti parlamentari). Lo Sherman Act secondo molti non è altro che la federalizzazione della *Common Law* che ha una tradizione di divieto dei cosiddetti "restraints of trade" (restrizioni del commercio) e delle "cospirazioni in restrizione del commercio" e cioè di ostilità agli accordi e alle pratiche che in qualche modo abbiano il fine di escludere dei soggetti dall'attività economica.

Naturalmente è del tutto ovvio che la *Common Law* sia applicata dai giudici. La legislazione italiana ha delle radici intellettuali del tutto diverse.

Negli anni in cui si prepara la legge italiana (la fine degli anni Ottanta) non c'è affatto il timore delle grandi imprese italiane (se mai c'è il timore che vengano rimpicciolite dalla concorrenza internazionale). L'antitrust italiano non nasce per tagliare le unghie ai baroni ladri privati. Dei grossi si teme più il potere politico che il potere economico. La tradizione culturale

italiana è di ritenere che il potere economico derivi soprattutto dalla politica e che è questa che vada tenuta sotto controllo dalle forze politiche "progressiste". In questa tradizione i cittadini-consumatori vanno protetti direttamente (in realtà non si è mai creduto all'autonomia del mercato) mediante il controllo dei prezzi, le regolamentazioni, le imprese pubbliche e via dicendo. È questa impostazione della protezione diretta che tuttavia entra in crisi alla fine degli anni Ottanta quando si comincia a parlare di liberalizzazioni, di deregolamentazione dei mercati, di privatizzazioni e così via. In questi anni cadono i muri, crollano i regimi, cresce la sfiducia nella politica. Lo spirito dei tempi cambia. In questo nuovo clima non è sorprendente che una disciplina della concorrenza venga ritenuta politicamente opportuna e, si badi bene, non solo da chi vuole andare di corsa dove soffia il nuovo vento e da chi vuole correre in soccorso del vincitore e cioè del mercato (e sarebbe già la maggioranza) ma anche da chi teme il nuovo andazzo dei tempi ultraliberista e globalizzatore. Nella legge a garanzia del mercato e della concorrenza coabitano due anime:

i) quella riformatrice che ritiene che il processo concorrenziale vada accelerato e stimolato,

ii) quella conservatrice che teme un mercato lasciato operare senza regolamentazioni (il cosiddetto "Far West" evocato dai giornalisti) in quanto potrebbe lasciare i consumatori sprovvisti di ogni protezione (per dirla sempre in termini giornalistici, occorre lo sceriffo della concorrenza).

Entrambe le anime portano a preferire il ricorso ad una autorità indipendente. I riformatori temono l'ordine giudiziario perché è lento, una specie di pachiderma, una sorta di transatlantico cui è difficile far cambiare direzione e ritengono che ci vorrebbero dei tempi lunghi perché i principi della concorrenza trovino ospitalità nell'ordinamento giuridico.

Paradossalmente, anche i conservatori temono questa lentezza perché ritengono che se il sistema economico venisse davvero liberalizzato, i cittadini rimarrebbero a lungo (almeno tutto il tempo necessario perché una giurisprudenza di tutela riesca a consolidarsi) senza protezione. Inoltre dal punto di vista dei tradizionalisti il ricorso ad una autorità indipendente può significare anche che il potere politico non rinuncia al suo diritto di regolamentare, di fissare i prezzi giusti quando lo ritenga opportuno. Si può cioè interpretare la legge sulla concorrenza come se non avesse concesso dei diritti soggettivi agli operatori economici (il diritto di fissare i prezzi come vuole, di organizzarsi come vuole) ma sia stata semplicemente una decisione di vincolarsi (come Ulisse che si fa legare all'albero maestro dai suoi marinai per resistere alle sirene). Insomma, lo Stato si mantiene il diritto di fissare il prezzo giusto dove e quando lo ritiene opportuno. In questo periodo però ha deciso che i prezzi giusti sono quelli concorrenziali e istituisce una autorità amministrativa perché indirizzi l'attività economica in modo che i prezzi vengano fissati in questo modo. Questi atti dell'autorità amministrativa sono

ovviamente sottoposti allo scrutinio delle corti amministrative. Con questa impostazione non si vede quindi il ruolo dei giudici ordinari.

Queste ragioni e questa coincidenza di interessi hanno portato alla scelta dell'autorità amministrativa indipendente ed esistono tuttora. Forse sarebbe saggio, almeno per il prossimo decennio, di tenerci ancora un'autorità indipendente.

Molte altre sono le ragioni che mi sentirei di proporre, anche come economista per questa scelta, ma preferisco chiudere.

Mi scuso di essermi avventurato a parlare di cose di cui non mi intendo. Ho fatto in realtà un discorso giuridico, anziché economico. Da me, dato che ho tenuto cattedra in materie economiche, ci si sarebbe, forse, aspettato l'inverso. Ma lo confesso! Ho fatto il furbo. Mettendola sul diritto è, infatti, più facile essere scusati per le sciocchezze che uno, non del mestiere, può dire.

Intervento di Mario Egidio Schinaia

Prime notazioni sulle modifiche apportate al processo amministrativo con la legge n. 205 del 2000 concernenti le autorità amministrative indipendenti

1) Sembra sbiadirsi il ricordo del rilievo dato nell'art. 109 del progetto di legge costituzionale della commissione bicamerale alle autorità di garanzia, secondo cui "Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite autorità"... demandandosi per altro alla legge di stabilire, per quello che interessa in questa sede, "le condizioni di indipendenza", con la previsione, certamente non secondaria per il rilievo istituzionale, secondo cui "le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta". Contro questa formula furono sollevate molte perplessità, ma non è qui il caso di soffermarsi su di esse, ormai attinenti ad una vicenda non portata a termine.

Certo è che l'attenzione della Bicamerale era stata richiamata da un dibattito dottrinale sorto prima ed ancora in corso di svolgimento sul controllo giurisdizionale degli atti di detti organi, che la dottrina aveva qualificato come Autorità indipendenti. Vi era infatti chi riteneva, in base alla "ratio" che aveva portato alla istituzione almeno di alcune di esse, che gli atti emanati non dovessero essere assoggettati all'ordinario controllo giurisdizionale, proprio perché entità dotate di indipendenza, ovvero perché alle stesse doveva riconoscersi un alto tasso di tecnicismo che le rendeva refrattarie ad un controllo successivo.

Per superare l'obiezione di non poco rilievo di chi osservava che, trattandosi pur sempre di Autorità amministrative, non poteva essere esclusa a Costituzione vigente la successiva giustiziabilità di qualunque loro decisione, si era pensato ad una possibile riforma della Costituzione, idea che appunto aveva trovato ascolto, come si è visto, nella Commissione bicamerale.

Secondo altri, sempre in sede dottrina, si era suggerito un controllo in unico grado da parte del Consiglio di Stato e ciò anche a costo di eventuale contrasto con l'art. 125 della Costituzione, qualora dovesse ritenersi costituzionalizzato, come sembra, il principio del doppio grado del processo amministrativo.

Però si andava delineando, anche in sede dottrina, la condivisione della tendenza del legislatore a ritenere la giustiziabilità degli atti di dette Autorità, come era avvenuto con le leggi n. 287/90, n. 481/95 e n. 249/97, attribuendole alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In questa temperie si era venuto a collocare l'originario disegno di legge presentato al Senato dal Presidente del Consiglio e dal Ministro della Funzione Pubblica, recante "disposizioni in materia di giustizia ammini-

strativa", comunicato alla Presidenza del Senato il 10 dicembre 1997 e contraddistinto dal n. 2934, che dava origine, dopo varie vicissitudini, alla legge n. 205 del 2000.

Ed invero tra le scarse e limitate disposizioni di quel testo aveva un posto di tutto rilievo l'art. 5, che sarà poi difeso ad oltranza dal relatore, che vale la pena di riportare: "Nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, ove prevista nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti, il giudice amministrativo conosce, oltre che dell'incompetenza e della violazione di legge, esclusivamente del palese errore di apprezzamento e della manifesta illogicità del provvedimento impugnato".

Ciò che stupisce è la lunghezza del dibattito al Senato sul mantenere o meno tale norma, che immediatamente veniva denunciata e non solo dall'opposizione, per la ritenuta violazione dell'art. 113 della Costituzione, stante la limitazione della tutela per determinate categorie di atti ed, in particolare, dell'esclusione o meglio della mutilazione del vizio di eccesso di potere in tutte le sue forme deducibili davanti al giudice amministrativo che pur costituisce il perno del giudizio di legittimità, e giustifica la stessa sua ragione d'essere rispetto al giudice ordinario.

Sarà infatti solo con il testo licenziato dal Senato in data 22 aprile del 1999 che tale articolo sarà soppresso.

Con specifico riferimento a quelle che per la prima volta saranno legislativamente qualificate come Autorità amministrative indipendenti, resterà solo il disposto dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, introdotto con l'art. 4 della legge 205, che alla lettera d) prevede, unitamente ad altre sei categorie di provvedimenti per materie particolari (procedura di affidamento di incarichi di progettazione, di aggiudicazione etc.), misure acceleratorie del processo che si svolge avanti al giudice amministrativo, così perseguendo in una direzione semplicistica, ripetutamente criticata, in quanto con i cosiddetti riti speciali si assorbe, quasi del tutto, l'attività dei giudici, oberati dall'immane arretrato, a tutto discapito dei giudizi ordinari già di intollerabile lunghezza.

Ma ciò che più rileva in questi giudizi speciali concernenti anche le Autorità è la disciplina del procedimento cautelare stabilita dai commi 3 e 4 dello stesso art. 4. Il legislatore infatti, attesa la particolare rilevanza degli interessi in gioco, vuole limitare quanto più è possibile gli effetti provvisori delle misure cautelari, favorendo in ogni caso il giudizio di merito da celebrarsi in tempi forse eccessivamente brevi per le difficoltà che nascono da taluni provvedimenti tra i più complessi che, per altro, possono interessare un gran numero di soggetti che, singolarmente, ricorrono contro lo stesso provvedimento.

Infatti, se in sede cautelare ad un primo esame emerge l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, il T.A.R., invece di disporre una misura cautelare, così come avrebbe fatto in un giudizio ordinario, dovrà fissare la discussione del ricorso alla prima udienza successiva al termine di 30 giorni dal deposito dell'apposita ordi-

nanza. Solo se il giudice amministrativo ravvisi "estrema gravità ed urgenza", lo stesso potrà disporre "le opportune misure cautelari, enunciandone i profili che, ad un sommario esame, inducono una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso". Ma, in tal caso, si dovrebbe desumere dalla ratio della norma che alla misura cautelare debba seguire la discussione del merito nel suddetto termine di 30 giorni.

Infatti, è espressamente stabilito, dal citato comma 5, che, qualora il T.A.R. rigetti l'istanza cautelare ed il Consiglio di Stato invece l'accoglia, debba seguire avanti al primo il giudizio di merito entro trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza del giudice di appello. Non mi nascondo che in proposito potranno sorgere notevoli complicazioni, che la giurisprudenza dovrà risolvere.

Va comunque sottolineato che con la norma contenuta nella lett. d) dell'art. 3 per la prima volta il legislatore canonizza, accogliendo una definizione dottrinarica apparsa nel 1985 e per la verità molto discussa, la categoria delle Autorità amministrative indipendenti, che comprende o dovrebbe comprendere una serie di organismi non omogenei, che hanno in comune qualche connotato. Categoria che è possibile descrivere, ma non sistemare organicamente.

In ogni caso, non vi è dubbio che almeno l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, la CONSOB e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che formano il nucleo centrale delle stesse, lo siano sicuramente secondo l'intendimento del legislatore. Perciò è inutile dilungarsi al riguardo in questa sede.

Detto ciò con accento critico, va però messo in evidenza che la classificazione operata dal legislatore ha un merito non di poco conto.

Si chiarisce che dette Autorità indipendenti sono autorità amministrative e perciò, coerentemente, sottoposte al controllo giudiziario che viene svolto dal giudice amministrativo, confermandosi così in linea generale l'orientamento assunto dal legislatore con la istituzione delle varie Autorità. Pertanto sembra essersi posto un punto fermo in tema di giustiziabilità degli atti delle Autorità amministrative indipendenti.

2) La legge n. 205/00 ha però introdotto nuove regole processuali che incidono profondamente sul processo amministrativo e, conseguentemente, sul ruolo che il giudice amministrativo ha assunto.

Sotto questo aspetto non può non risentirne anche il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità di cui si discute.

In primo luogo, viene in evidenza l'ampliamento dei mezzi di prova di cui dispone il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, tale essendo la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo dalle varie leggi istitutive delle Autorità indipendenti. Infatti, secondo il disposto dell'art. 7 comma 3, della legge n. 205/00, che ha sostituito l'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, è stabilito che il giudice amministrativo nelle controversie devolute

alla sua giurisdizione esclusiva, senza distinzione, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile. Viene così garantito il potere che il giudice amministrativo ha di verificare i fatti posti a base del provvedimento impugnato senza limitazioni, che non siano quelle relative all'interrogatorio formale ed al giuramento.

Si è detto che il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva sui ricorsi avverso i provvedimenti delle Autorità indipendenti in virtù di espressa previsione legislativa. Naturalmente, non essendo stata attribuita a detto giudice giurisdizione anche nel merito – che per altro è in linea generale recessiva – ne deriva, secondo i principi, che il sindacato svolto dallo stesso è di legittimità e non di merito. Perciò la giurisprudenza costante ha stabilito, con particolare riferimento a fattispecie concernenti l'Autorità garante della concorrenza del mercato, che i suoi provvedimenti sono sindacabili per vizi di legittimità e non di merito.

Conseguentemente, si è statuito che contro i provvedimenti della stessa denunciati per eccesso di potere "il giudice, nell'ambito del suo sindacato circoscritto alla sola legittimità dell'atto può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito".

Non è questa sicuramente la sede per affrontare il tema molto delicato del confine, invero spesso mobile e sfuggente, fra legittimità e merito, mancando standard di carattere generale e ancor più di carattere specifico per operare la distinzione.

Si pensi, in particolare, alla elasticità del criterio della congruità del provvedimento, ovvero alla sua ragionevolezza, che è criterio ben più elastico della logicità del provvedimento che opera all'interno del provvedimento. Un dato comunque è certo e consiste nel fatto che il giudice amministrativo in sede di legittimità può e deve verificare se il provvedimento sia correttamente istruito.

Trattandosi non di mera verifica dell'osservanza delle regole procedurali relative all'istruzione, ma del riscontro della sussistenza dei fatti assunti dall'amministrazione, o che dovevano essere assunti, in relazione alla peculiarità della fattispecie oggetto del provvedimento impugnato.

Ciò che costituisce il merito è in realtà la valutazione finale che il legislatore ha rimesso all'Autorità, sempre che la stessa non sia viziata nel suo processo formativo, in particolare quanto all'accertamento dei fatti, e sempre che appaia coerente con l'interesse che deve essere tutelato o realizzato, ancorché, si noti, in astratto si possano prospettare come semplicemente opinabili altre soluzioni.

Ma su ciò si avrà occasione di ritornare.

Detto questo c'è da chiedersi se, versandosi nell'ambito della giurisdizione esclusiva, come nel caso delle Autorità, i mezzi di prova che il giudice amministrativo può disporre siano solo quelli previsti dal codice di procedura civile, in virtù del disposto del citato comma 3 del sostituito art. 35 di cui si è

detto, o, a parte la sovrapposizione che può risultare, se lo siano anche quelli previsti per il giudizio di legittimità dall'art. 44 del T.U. del 1924 sul Consiglio di Stato, come modificato nel 3° comma dal comma 2 dell'art. 1 della legge n. 205. Detto in breve: se oltre ai mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile sia anche ammissibile la richiesta di nuovi chiarimenti o documenti all'amministrazione interessata, ovvero se sia possibile ordinare all'amministrazione di procedere a nuovi accertamenti.

È da ritenere che tra i mezzi di prova previsti dal citato art. 35 e i mezzi di prova previsti dal c.p.c., nel caso di giurisdizione esclusiva vi sia concorrenza, stante la mantenuta vigenza dell'art. 44. Non è infatti pensabile di poter distinguere, dal punto di vista dei mezzi di prova, ricorsi avverso provvedimenti lesivi di interessi legittimi ovvero di diritti soggettivi, applicando il regime probatorio ex art. 44 solo ai primi, stante la scelta della giurisdizione esclusiva operata dal legislatore.

Venendo alle novità quanto ai mezzi istruttori, viene in rilievo anche per il giudizio concernente i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'ammissibilità della prova testimoniale. Naturalmente, atteso l'oggetto delle controversie relative ai provvedimenti concernenti la concorrenza ed il mercato, è piuttosto difficile che siffatta prova sia in concreto ammissibile, in quanto rilevante. È però facile ritenere che a detta prova possa farsi ricorso in tema di pubblicità ingannevole. Dal che deriva che, anche in sede procedimentale, si potrà chiedere all'Autorità di tenerne conto ad istanza delle parti, che potrebbero presentare dichiarazioni scritte.

3) Un rilievo particolare, invece, assume l'ammissibilità della consulenza tecnica prevista non solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ai sensi del più volte citato comma 3 del sostituito art. 35, ma anche per effetto del comma 2 della legge n. 205, che ha sostituito il 3° comma dell'art. 44 del regolamento di procedura nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

La consulenza tecnica, che prima del vigente codice di procedura civile si chiamava perizia, era prevista dall'art. 27 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato, ma solo nei giudizi di merito e veniva assunta con i poteri attribuiti dal codice di procedura civile. Il che sta significativamente ad indicare la svolta che ha compiuto o sta compiendo il processo amministrativo nel senso indicato da una dottrina con particolare riferimento però alla giurisdizione esclusiva, secondo cui (e mi piace citarla) "una giustizia erogata in forma esaustiva non può prescindere da un processo adeguato, il cui modello non può a sua volta discostarsi da quello del processo civile ordinario, al quale si dovrebbe aggiungere quella capacità di sindacare il corretto esercizio delle funzioni amministrative, che appartiene alla tradizione del giudice amministrativo", laddove con la legge n. 205/00 si è significativamente avvicinato, almeno quanto ai poteri istruttori, il giudizio di legittimità a quello di merito.

Non mi nascondo che l'ammissione della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo presenta aspetti di particolare delicatezza, specie nei confronti dei provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti e, in particolare, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Non solo per la ragione dell'alto grado di tecnicismo che questa Autorità possiede, ma soprattutto per la valutazione discrezionale di politica economica che essa compie in relazione alle condizioni del mercato. Si veda a tal proposito, in particolare, l'art. 4 della legge istitutiva.

Il problema dell'ambito e del ruolo della consulenza tecnica nel processo amministrativo, senza distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva, non riguarda, all'evidenza, solo i giudizi in cui siano coinvolte le Autorità amministrative indipendenti, ma sorge con riferimento all'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione e, in particolare, con riferimento alla (secondo alcuni: così detta) discrezionalità tecnica.

Non può essere preliminarmente ignorato che nelle controversie tra privati, per la cui definizione è stata prevista dal codice di procedura civile la figura del consulente tecnico, lo stesso può essere nominato dal giudice, come suo ausiliare, quando, secondo la consolidata giurisprudenza che ne definisce i compiti, per la risoluzione della controversia o per il compimento di singoli atti egli ritiene opportuno e/o necessario acquisire nozioni della scienza, della tecnica o dell'arte, delle quali è sfornito o insufficientemente munito.

Invece, quando si impugna un atto o un provvedimento di un'Amministrazione vi è sicuramente una valutazione dello specifico interesse perseguito, che è rimessa alla stessa, la quale è o dovrebbe essere normalmente dotata anche di quelle cognizioni necessarie ad assolvere i suoi compiti. E se poi si tratta di un organismo dotato di elevato tecnicismo, come lo sono in genere le Autorità amministrative indipendenti, non vi è dubbio che il giudice amministrativo, in relazione alle doglianze dei ricorrenti, di ciò dovrà tener conto come base di partenza per l'esercizio del suo potere, distinguendo tra dati della realtà rilevanti come fatti, da porsi a base della fattispecie provvedimentale e talvolta da rilevarsi o da confrontarsi col sussidio della tecnica, e valutazione di quei fatti ai fini del perseguimento dello specifico interesse pubblico perseguito.

Di certo il giudice non può rimettere al consulente tecnico, sub specie di verifica tecnico-fattuale, la valutazione di merito sul provvedimento, che neppure egli può compiere sostituendosi all'Amministrazione.

L'area sulla quale l'introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo – che sicuramente costituisce uno dei dati più qualificanti della riforma operata dalla legge n. 205/00 verso la piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione- è destinata prevalentemente ad incidere, come si è anticipato, è quella della discrezionalità tecnica che, per la verità, era stata molto dilatata dalla giurisprudenza, che spesso ha fatto ricadere nel suo ambito, escludendone perciò la verificabilità in sede giuri-

sdizionale, ogni applicazione di regole tecniche. Ciò desumendo, per altro, dalla pretesa limitazione dei mezzi di prova a sua disposizione, che ora non c'è più.

Perciò, scorporando l'area della discrezionalità tecnica, alcuni autori pongono in dubbio la sua stessa nozione, facendola precedere una "cosiddetta", consulenza tecnica potrebbe essere pertanto ammessa, ricorrendone i presupposti, solo per verificare la corretta applicazione di regole e discipline tecniche richieste dalla legge o dalla fattispecie concreta, in quanto attinente all'accertamento dei fatti, da sussumere dall'Amministrazione ai fini del provvedimento da adottare, mentre l'apprezzamento ulteriore, attinente al valore del fatto descritto dalla norma, da individuare e da considerare nel temperamento degli interessi in gioco, è sì un giudizio discrezionale, ma senza aggettivi e perciò controllabile solo dal punto di vista della legittimità.

Venendo in particolare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non sembra inutile, ai fini che interessano, richiamare l'art. 14, comma 2, della legge n. 287/90, che prevede tra i mezzi istruttori a sua disposizione "perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria", mezzo al quale in concreto l'Autorità ha fatto ricorso.

Non è dubbio che l'attribuzione di siffatto potere istruttorio sta a significare, come del resto era logico ritenere, che detta Autorità, come qualsiasi altra, non è onnisciente e che essa possa, se ritenuto necessario od opportuno, ricorrere alla perizia quando vi sia bisogno di effettuare accertamenti o verifiche che richiedano, con alcune esemplificazioni effettuate dalla norma stessa, cognizioni tecniche ed applicazioni che la stessa non possiede, ovvero applicazioni e verifiche che richiedano per il loro svolgimento una apposita organizzazione specializzata.

Naturalmente spetterà per sempre all'Autorità il compito di valutare tali dati ai fini del provvedimento da adottare.

Come si vede, ferma restando la discrezionalità dell'Autorità nel far ricorso e detti mezzi istruttori (così li qualifica il citato comma 2), gli stessi vengono assunti per diretta ed esaustiva previsione normativa, non ricorrendo affatto i presupposti perché la disposizione della perizia stessa (e di quant'altro) debba essere disposta facendo riferimento alle norme del codice di procedura civile.

Nondimeno è innegabile che nel campo del procedimento amministrativo anzidetto quel mezzo istruttorio svolge le stesse funzioni della consulenza tecnica in sede di giurisdizione. Il che conferma con chiarezza, peraltro, la distinzione che nell'ambito della cosiddetta discrezionalità tecnica si è fatta, escludendo dalla verificabilità con consulenza tecnica la valutazione dei fatti assunti o degli stessi giudizi richiesti, eventualmente implicanti cognizioni tecniche, che sono rimessi alla valutazione discrezionale dell'Autorità. Sembra, dunque, che il giudice amministrativo, con riferimento ai provve-

dimenti dell'Autorità garante in particolare, se lo ritiene opportuno o necessario, possa disporre la consulenza tecnica innanzitutto in caso di idonea contestazione delle perizie cui la stessa Autorità abbia fatto ricorso. Più delicato è invece stabilire se la consulenza tecnica sia ammissibile in mancanza di "perizia o di chiarimenti", in quanto non ritenuti necessari dall'Autorità, e, comunque, quando, in loro assenza, il giudice amministrativo di ufficio o su richiesta delle parti ritenga di farvi ricorso.

La risposta affermativa o negativa non può essere generalizzata, in quanto, a sommosso avviso di chi vi parla, si dovrà valutare se quell'omissione implichi o meno una diversa valutazione degli esiti assunti dall'Autorità immune da vizi di legittimità.

A chiusura va detto che è quanto meno opportuno che alla legge n. 205/00 faccia immediato seguito una modifica del regolamento di procedura del 1907 n. 642 relativamente alla consulenza tecnica, che tenga appunto conto della specificità del processo amministrativo in relazione anche, ma non solo – questa precisazione è mia – alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio, come è espressamente previsto dalla seconda parte del citato comma 3 del sostituito art. 35. In particolare, si dovranno stabilire le regole per istituire un albo dei consulenti tecnici e forse prevedere, come sembra ragionevole in un'epoca di saperi organizzati, che non sono più quelli di un singolo professionista, cui faceva riferimento il codice di procedura civile, la facoltà del giudice amministrativo di investire al riguardo un'Amministrazione pubblica che dia affidamento di competenza e indipendenza di giudizio.

Del resto, anche lo stesso codice di rito disciplina più tipi di consulenza tecnica in relazione alla peculiarità di alcuni procedimenti speciali che la prevedono.

4) Una delle norme più qualificanti della legge n. 205/00 sul versante del potenziamento del ruolo svolto dal giudice amministrativo in relazione alla effettiva esaustività della tutela degli interessi portati al suo esame, è l'estensione della sua competenza a disporre "nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva" (senza distinzione di materia), anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto: 1° comma dell'art. 35 sostituito. Peraltro soggiungendo lo stesso articolo, al 4° comma, in modifica del 3° comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, che il T.A.R., nell'ambito della sua giurisdizione (senza quindi più alcuna distinzione tra giurisdizione esclusiva e generale di legittimità), conosce anche tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti consequenziali. Il rilievo del parallelismo, con la riscontrata estensione della consulenza tecnica e del riscontro del rapporto esistente tra queste due norme, non può non concludersi che le Autorità indipendenti soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva possono esse-

re chiamate a rispondere, a seguito dell'impugnativa di un provvedimento che si assume lesivo di una situazione soggettiva, e che tale venga effettivamente ritenuta da detto giudice, del risarcimento del danno ingiusto arrecato al ricorrente vittorioso. Per altro va detto che, qualora non fosse intervenuta la legge n. 205/00, parimenti l'Autorità, a prescindere dall'impugnativa del provvedimento in ipotesi causativa di danno, avrebbe potuto essere chiamata a rispondere del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, davanti al giudice ordinario, secondo quanto avevano statuito le Sezioni unite della Corte di cassazione con la notissima sentenza n. 500 del 1999, che aveva fatto venir meno il consolidato principio della non risarcibilità del danno ingiusto derivante da lesione di interesse legittimo. Non vi è dubbio, in conclusione, che detto riconoscimento normativo in ordine alla risarcibilità del danno, nei termini sopraesposti, renderà le Autorità amministrative indipendenti, ove ve ne fosse bisogno, ancora più scrupolose ed attente nell'assolvimento delle loro delicate funzioni che incidono su rilevanti interessi economici.

Intervento di Antonio Tizzano

1. Credo che il presente intervento si giustifichi, oltre che per la personale cortesia degli organizzatori e anzitutto del Presidente Tesauro, che ringrazio per l'invito, essenzialmente per l'intento di assicurare anche un contributo nell'ottica dell'esperienza comunitaria al dibattito sul bilancio e sulle prospettive dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato all'ora del suo primo decennale.

In ogni caso, è in tal senso che interpreto il compito affidatomi ed è in questa ottica che intendo assolvervi, convinto – come, credo, tutti siamo – che non solo le origini e le caratteristiche della legge n. 287/90 siano fortemente tributarie dell'esperienza comunitaria, ma che lo siano anche le vicende che ne hanno accompagnato la progressiva applicazione e segnato l'azione dell'Autorità; e convinto pure degli inevitabili condizionamenti che anche in futuro eserciteranno su quell'azione gli sviluppi della normativa e della prassi dall'Unione europea.

L'intento degli organizzatori mi pare dunque pienamente giustificato; e mi piace sottolinearlo non tanto per orgoglio di disciplina o – se volete – di appartenenza (tra l'altro, solo da qualche ora) ad un'istituzione comunitaria; ma perché si tratta di un dato oggettivo e di tutta evidenza, sebbene in passato non sempre sia stato adeguatamente apprezzato.

Ma devo anche aggiungere – per chiarire e motivare l'orizzonte del presente intervento – che attesi gli straordinari sviluppi degli scambi internazionali e della liberalizzazione del commercio mondiale, l'analisi delle prospettive di una disciplina nazionale antitrust non può più arrestarsi oggi, anche per uno Stato membro, alle frontiere dell'Unione europea, perché quegli sviluppi impongono di tenere conto anche dei mutamenti in atto o che si annunciano al più ampio livello.

Per dar conto adeguatamente delle considerazioni che precedono, mi soffermerò quindi nel mio intervento:

- da una parte, sui riflessi e i condizionamenti esercitati nella nostra materia dall'esperienza comunitaria e sulle prospettive legate agli sviluppi di quella esperienza;
- dall'altra, sulle implicazioni che possono derivare dagli evocati sviluppi della materia a livello mondiale.

2. Quanto al primo punto, credo non occorra spendere molte parole per ricordare il profondo impatto che l'esperienza comunitaria ha esercitato sull'intero nostro sistema, stimolando una liberalizzazione complessiva del medesimo sia in termini generali che con specifico riguardo al settore che qui interessa, segnatamente favorendo, specie in tempi più recenti, lo sviluppo di un clima favorevole alla competizione tra imprese.

È sulla spinta della Comunità, infatti, che soprattutto da qualche lustro, all'incirca proprio nello stesso periodo in cui si preparava la nascita

dell’Autorità, i processi di liberalizzazione avviavano nel nostro Paese i primi passi, tra lo scetticismo e l’incredulità generale.

Nello specifico settore della concorrenza, peraltro, l’influenza del diritto comunitario vanta un’anzianità anche maggiore, sebbene per lungo tempo la relativa disciplina sia stata riguardata – specie in ragione del suo ambito di applicazione “transfrontaliero” – quasi come una sorta di fenomeno esoterico ed abbia acquisito il giusto rilievo solo con lo sviluppo dei predetti processi di liberalizzazione.

Ancor oggi del resto, sia pur in misura ormai sempre più limitata, nel dibattito sugli sviluppi della legislazione italiana in materia si tende talvolta a confinare l’influenza della normativa comunitaria quasi al rango di un banale passaggio nella sequenza storica di quegli sviluppi: come se si fosse, insomma, in presenza di una delle tante tappe dell’evoluzione legislativa del nostro paese.

E ciò ancorché tale “evoluzione” sia stata a lungo un mero susseguirsi di velleitari tentativi rimasti senza seguito nella prassi, e malgrado che in tale deludente e scoraggiante contesto la presunta “parentesi comunitaria” abbia rappresentato per anni l’unico vero passaggio concreto per lo sviluppo della materia nel nostro ordinamento.

Com’è ben noto, infatti, fino alla legge n. 287/90 non vi era stata in Italia una regolamentazione nazionale che disciplinasse *ex professo* ed in modo globale la materia, le poche disposizioni del codice civile non rispondendo affatto a tale esigenza. In quel periodo ha operato invece a pieno titolo la normativa comunitaria, direttamente applicabile ed effettivamente applicata nel nostro ordinamento.

Sono stati quindi gli allora artt. 85 ss. (oggi: artt. 81ss.) del Trattato C.E. ad introdurre in Italia il primo corpo di norme volto a regolare in modo organico e coerente la materia; ed essi sono anzi rimasti per lungo tempo le uniche disposizioni a regolare, con una qualche consistenza ed incisività, quella materia nel nostro ordinamento.

Certo, ciò è avvenuto nei limiti oggettivi definiti da quella stessa normativa e quindi, in particolare, con riferimento alle sole intese suscettibili di pregiudicare il commercio intracomunitario: è avvenuto cioè per una parte sola dell’esperienza rilevante ai fini che qui interessano. E tuttavia è con quella disciplina che i cultori della materia e gli operatori economici si sono dovuti confrontare; è da essa che hanno appreso a fare i conti con divieti, limiti e regole di comportamento fino ad allora inesistenti, almeno nella prassi nazionale; è grazie ad essa, in breve, che si sono esercitati al gioco della libera concorrenza.

Allo stesso modo, si può riconoscere che quella normativa ha a lungo denunciato, in misura peraltro via via decrescente, importanti limitazioni, specie per quanto concerne la sua capacità di incidenza su regolamentazioni di natura pubblicistica, e quindi ha lasciato sopravvivere fenomeni di interferenza nel libero gioco della concorrenza e discipline restrittive del-

l'attività economica poco coerenti con i principi ed addirittura fastidiose, quando non irritanti.

Ma la giusta denuncia di tali situazioni non deve oscurare i risultati conseguiti in termini generali, nè far dimenticare che rispetto alle medesime situazioni la stessa disciplina antitrust italiana appare ancor oggi poco incisiva, quando non impotente, data l'oggettiva difficoltà di superare prassi stratificate, interessi forti ed oggettive esigenze di carattere sociale.

E si può anche ammettere, infine, che la normativa comunitaria, non diversamente da tante altre, ha faticato a penetrare nella prassi nazionale (come in qualche misura, del resto, perfino in quella comunitaria) ed a raggiungere gli auspicati livelli di effettività e di osservanza.

Col tempo, tuttavia, essa si è rafforzata, affinata e arricchita, fino a formare un ampio *corpus* normativo: e ciò grazie anche agli ulteriori sviluppi legislativi, alla prassi della Commissione ed ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte; ma grazie anche all'apporto dialettico di tutte le sensibilità e di tutte le esperienze, incluse quelle che intanto maturavano nel nostro paese con la partecipazione a questo sistema di regole.

A tal segno, anzi, tutto ciò è avvenuto, che non ha destato stupore alcuno la notissima disposizione dell'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90, secondo cui questa deve essere interpretata conformemente ai principi della normativa comunitaria sulla concorrenza, evidentemente non più ritenuti "estranei" al nostro sistema.

Ma c'è di più. Oggi, infatti, specie dopo le innovazioni introdotte dal Trattato di Maastricht, quei principi assumono un rilievo ancora maggiore, se non assurgono in qualche modo al rango di principi costituzionali, dal momento che il Trattato C.E. dichiara con nettezza che "l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende ... l'adozione di una politica economica ... condotta conformemente ai principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza" (art. 4, ex art. 3A).

E il principio non si esaurisce certo in mera enunciazione programmatica, dato che – anche senza scendere in una discussione sul suo rango formale – la richiamata norma si colloca, al pari di quella parallela sul principio di sussidiarietà, tra le disposizioni generali e fondamentali del Trattato.

S'impone insomma oggi non solo nel sistema comunitario, ma anche in quello degli Stati membri, e dunque pure nel nostro, un'enunciazione di chiaro significato e di portata precettiva, che potrà pur essere mediata con altri principi del Trattato, ma che comunque è destinata a condizionare l'orientamento delle normative comunitarie e degli Stati membri.

3. Se la si colloca in tale contesto, anche la legge n. 287/90 appare più comprensibile quanto ai tempi e alle motivazioni della sua approvazione. Essa cioè non nasce a caso in quel periodo, nè nasce (o non nasce solo) per lo spirito innovatore, l'audacia o la tenacia di pochi o molti illuminati, ma soprattutto perché il processo di liberalizzazione che ho evocato e la

piena e globale apertura delle frontiere ha rafforzato la competizione e messo in concorrenza gli stessi sistemi statali nella loro globalità.

Non si è quindi trattato di una generica adesione agli ideali europeistici, quanto piuttosto della inevitabile conseguenza di un'evoluzione generale del sistema. La crescente globalizzazione dell'economia e lo stesso rafforzarsi dell'integrazione comunitaria hanno indotto processi di ristrutturazione capitalistica che hanno costretto ogni Stato o gruppo di Stati, e le rispettive imprese, ad organizzarsi di conseguenza. La competizione tra sistemi ha prodotto processi di liberalizzazione e viceversa.

L'Europa non poteva mancare, nè, con essa, l'Italia, che per restare all'interno del processo doveva necessariamente dotarsi degli strumenti indispensabili per affrontare la competizione e rispettare, al pari degli altri partners, le regole del gioco.

La spinta alla liberalizzazione del nostro sistema, per quanto si è realizzata o dovrà inevitabilmente realizzarsi, non è nata dunque da spontanee, improvvise ed altrimenti inspiegabili evoluzioni (specie dopo i decenni di paralisi). In realtà, essa non sarebbe mai arrivata se non ci fosse stata una forte, costante ed incisiva pressione comunitaria, che ha fatto così penetrare la "cultura" della concorrenza nel nostro sistema e l'ha resa ad esso sempre più connaturata.

Se questo è vero, e senza la pretesa di voler descrivere il migliore dei mondi possibili, si spiega perché ho ritenuto necessario sottolineare l'importanza della svolta che il processo d'integrazione europea ha impresso al nostro sistema.

4. Ma, come ho già sottolineato in apertura, l'incidenza del diritto comunitario non si è esaurita in tale svolta; essa ha più radicalmente conformato il nostro ordinamento, come del resto quello degli altri Stati membri, diventando per tutti l'orizzonte per così dire naturale della rispettiva esperienza giuridica.

Tra il sistema comunitario e quelli nazionali si è venuta ormai creando, anche in questa materia, una situazione di strettissima interazione, che si sostanzia anzitutto – come si è visto – nell'affermazione di principi comuni dettati dal versante europeo, ma alimentati anche dalle esperienze nazionali; e tuttavia si esprime altresì, ed in modo più esteso, in una prassi di consultazione, di collaborazione e talvolta perfino di coordinamento che trascende ampiamente i termini delle pertinenti disposizioni comunitarie e arriva a rendere quasi fungibile, nella sostanza, l'azione delle diverse istanze.

La prassi, insomma, ha dato un severo colpo ad ogni illusione di confinare in compartimenti stagno le istanze competenti ad assicurare il rispetto delle regole di concorrenza ed ha favorito quella convergenza che era inevitabile nell'ambito di un mercato per definizione non solo "comune", ma "unico". È avendo riguardo a tale stretta interrelazione che ho prima notato che l'in-

cidenza del sistema comunitario per la nostra Autorità non si esaurisce nelle pur rilevanti implicazioni fin qui evocate, ma è sicuramente destinata ad esercitarsi pure in futuro, condizionando, con i suoi sviluppi, anche quelli della normativa e della prassi nazionale.

Basti solo pensare, per prendere l'esempio ormai più significativo, alle importanti conseguenze che produrranno negli Stati membri, ove approvate, le riforme recentemente annunciate dalla Commissione europea in materia di antitrust; e segnatamente quelle che sotto il nome di "modernizzazione" puntano ad imprimere, in coerenza con un processo più generale in atto a livello comunitario, una forte spinta decentralizzatrice alla politica della concorrenza.

È noto, in effetti, che se in un passato non lontano lo straordinario sviluppo del processo d'integrazione europea spingeva in direzione di un forte e continuo ampliamento delle competenze comunitarie e di una rigida vocazione al monopolio dell'esercizio delle stesse da parte delle istituzioni europee, la situazione si è via via di molto modificata, perché il successo stesso di quel processo ha messo a dura prova, anche su un piano meramente pratico e organizzativo, l'efficacia operativa delle strutture comunitarie.

La vocazione centralizzatrice della Commissione, al di là delle forti e serie motivazioni che può vantare nella materia in esame, si è in effetti scontrata nel tempo con la difficoltà di far fronte al moltiplicarsi dei casi rilevanti e alla complessità, talvolta davvero notevole, degli stessi. Né le soluzioni via via escogitate, anche per le scarse risorse della Commissione, sono riuscite a dare una risposta conclusiva al problema. I casi hanno quindi continuato ad affollarsi in modo preoccupante, con grave rischio per la stessa efficacia delle norme comunitarie della concorrenza, mentre il lodevole proposito di assicurarne il disbrigo in tempi accettabili è diventato sempre più chimerico. Ma l'esigenza sottostante all'annunciata riforma non può essere ricondotta ad un banale problema di carico di lavoro. In realtà, a spingere la Commissione a contenere la propria azione a favore delle autorità nazionali ha concorso anche l'evoluzione generale della materia. Il sistema delle regole comunitarie sulla concorrenza, in effetti, si è ormai consolidato in termini normativi ed organizzativi; esso è acquisito all'esperienza degli Stati membri; una ricca ed importante prassi si è formata; anche gli Stati membri che ne erano sprovvisti non solo si sono via via dotati di apposite discipline per la tutela della concorrenza, per lo più modellate sulle disposizioni comunitarie o con queste compatibili, ma hanno anche istituito apposite istanze destinate a svolgere sul piano nazionale un ruolo analogo a quello della Commissione (e delle corrispondenti istanze di altri Stati membri). Una crescente omogeneità insomma si è progressivamente diffusa tra i sistemi nazionali e quello comunitario.

Allo stesso tempo, si è anche andata diffondendo l'idea che l'efficacia, la funzionalità e la razionalità del sistema sarebbero state meglio assicurate con un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali nell'applicazione

delle regole di concorrenza, dato che ciò avrebbe garantito un controllo più capillare, più diretto e più "prossimo" ai cittadini dell'Unione.

E ciò, del resto, in conformità ad orientamenti più generali. L'idea che la Comunità sia "autosufficiente" e possa quindi da sola far fronte ai suoi compiti deve ritenersi superata da tempo. Più la cooperazione tra gli Stati membri procede, più gli obiettivi dell'Unione oggi e della C.E. ieri sono realizzati, e più i sistemi degli uni e dell'altra devono integrarsi reciprocamente, in modo funzionale e tendenzialmente globale: al livello quindi non solo delle norme e dei valori giuridici rispettivi, ma anche delle strutture e degli strumenti destinati a dare loro concretezza ed operatività.

Ciò avviene già da tempo in altri campi, nei quali il sistema comunitario delega alle – ovvero si avvale anche delle – strutture statali per meglio realizzare taluni compiti per i quali esso non è attrezzato o non ritiene opportuno attrezzarsi.

Ma ciò avviene anche, per avvicinarci al nostro tema, sul piano della garanzia del rispetto del diritto comunitario, che non è, e non può essere, affare esclusivo delle istituzioni comunitarie, e in particolare della Commissione o della Corte di Giustizia, ma è altresì, e sempre più diviene, questione di interesse ed azione comune con le autorità nazionali, e segnatamente (ma non solo) con i giudici nazionali.

In questa ottica, allora, si comprende come in una corretta visione del processo comunitario i concetti di integrazione e decentramento non siano tra loro contrapposti, ma si tengano al contrario vicendevolmente. Tanto più cioè c'è integrazione, tanto più occorre il coinvolgimento delle autorità nazionali, per rafforzare all'un tempo la democrazia, la partecipazione, le garanzie e l'efficacia del sistema. Al tempo stesso, tanto più le autorità nazionali partecipano direttamente alla realizzazione degli obiettivi e dei compiti della Comunità, tanto più esse sono vincolate nella loro azione al rispetto dei fini e delle regole del sistema, dovendo contribuire all'attuazione dei medesimi in modo unitario e coerente con i principi fondamentali dell'integrazione (primato del diritto comune; uniformità di applicazione dello stesso; parità di trattamento; garanzie procedurali e giurisdizionali; ecc.).

5. Come dicevo poc'anzi, l'indicata evoluzione è presente anche nel settore della concorrenza. In questo, anzi, la tendenza al decentramento si è addirittura manifestata da più tempo, perché per espandere l'area d'intervento delle autorità nazionali la Commissione ha già fatto ricorso, in un passato ormai non recente, a specifiche soluzioni tecniche, quali la cosiddetta regola "*de minimis*"; l'interpretazione della nozione di pregiudizio al commercio intracomunitario o, per altro verso, il rilievo attribuito, sulla scorta della nota sentenza *Automec*, alla sussistenza di un "sufficiente interesse comunitario" ai fini dell'attrazione (o della permanenza) di un caso nell'area d'intervento della Commissione; e così via.

Ma le proposte che la Commissione ha ora messo sul tappeto vanno ben più in là di questi “arrangiamenti tecnici” e rivelano un più radicale e profondo mutamento nell’approccio alla materia: un approccio che va nel senso di allargare notevolmente le ipotesi in cui è affidato direttamente alle autorità degli Stati membri il rispetto del diritto comunitario, coinvolgendo tali autorità nella gestione della materia e definendo ancor più nettamente il sistema in termini di integrazione tra i diversi livelli.

Non è questa, evidentemente, la sede per approfondire l’esame di quelle proposte. Mi limito a notare che se va incontro ad esigenze ormai mature, il processo che esse promuovono avrà certo importanti riflessi sul ruolo e sull’azione delle autorità nazionali, che vedranno accrescere notevolmente le proprie responsabilità; ma si presta pure, per altro verso, a sollevare qualche preoccupazione, oltre che sul versante comunitario, anche su quello delle stesse autorità nazionali, che dovranno confrontarsi con nuovi problemi.

In particolare, mi pare di dover richiamare l’attenzione sui rischi che il nuovo sistema potrebbe provocare ai fini della salvaguardia del principio dell’uniforme applicazione del diritto comunitario e quindi dell’uniforme gestione della politica di concorrenza su tutto il territorio dell’Unione.

E ciò specie se si dovesse perdere di vista il fatto che il processo di decentramento in esame integra una forma di autolimitazione delle competenze statutarie, che si realizza per iniziativa e volontà della Comunità, e cioè come una sorta di delega di competenze, operata nella misura, nei modi e con i limiti determinati unilateralmente dalla stessa Comunità e da essa modificabili.

Non andrebbe cioè dimenticato che, anche nel contesto di quel processo, la *norma agendi* di volta in volta eventualmente applicata dalle autorità nazionali “appartiene” – non occorre qui stabilire se formalmente o in senso lato – al sistema giuridico comunitario e che quindi le “ragioni” di tale sistema devono far premio su quelle nazionali ed essere conseguentemente riguardate come costante parametro nelle scelte delle autorità nazionali.

Solo ispirando il processo di “modernizzazione” a questo principio si può mettere al riparo da ogni progressiva deviazione e deformazione il principio ad esso speculari e tuttora cardine di questa materia: e cioè, appunto, il principio dell’uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza su tutto il territorio dell’Unione.

Principio che sarebbe invece di certo messo in causa nell’opposto scenario, ove si considerino la diversa portata delle norme nazionali, le differenze tra lo scopo di tali disposizioni e di quelle comunitarie, le divergenze, non sempre trascurabili, tra la portata materiale delle une e delle altre, le sostanziali differenze ai fini del trattamento processuale delle stesse, e così via.

Non è detto che tutti i sistemi nazionali consentano di salvaguardare adeguatamente la sottolineata esigenza. Mi sembra però che sia di certo in grado di farlo quello italiano, e ciò senza neppure ipotizzare – come sembra emergere dal titolo di questa Tavola Rotonda – la necessità di un adeguamento della normativa esistente.

Com'è ben noto, infatti, diversamente dai sistemi di altri Stati membri il nostro non solo autorizza l'Autorità ad applicare anche le regole comunitarie, ma esprime una normativa pienamente armonizzata, ed anzi addirittura modellata, su quella comunitaria. Il che almeno in principio crea, come abbiamo visto, un rapporto di larga fungibilità tra la mera applicazione della normativa nazionale e l'applicazione, nello stesso ambito, di quella comunitaria.

6. A valle di tale generale esigenza, ed in termini più specifici, altri problemi che le proposte della Commissione potranno sollevare riguardano il coordinamento tra i sistemi normativi in causa, che vanno attentamente considerati e risolti se non si vuol vanificare l'utilità stessa del processo.

Tali problemi attengono essenzialmente, per quanto qui interessa, alla realizzazione di un'efficace ed effettiva collaborazione tra la Commissione e le autorità nazionali. È chiaro, infatti, che tanto più si "decentra", tanto più occorre rafforzare il coordinamento con e tra le autorità nazionali della concorrenza, al fine di assicurare la continuità delle procedure che interessano più paesi e l'efficacia dei relativi provvedimenti.

Per la verità già oggi vi sono, sia sul versante comunitario che su quello nazionale, strumenti giuridici e meccanismi operativi, per giunta sperimentati, che consentono di agevolare la cooperazione tra le diverse istanze. Lo sviluppo della decentralizzazione potrebbe peraltro far apparire inadeguati quei meccanismi o comunque suscitare ulteriori esigenze; dovranno quindi essere perfezionati una serie di strumenti rapidi e flessibili di informazione e cooperazione tra le autorità nazionali antitrust, le giurisdizioni nazionali e la Commissione, che, oltre a quelli già previsti dal Trattato, concorrano a garantire l'applicazione coerente delle norme ed il mantenimento di una politica di concorrenza unitaria.

Ed anche a tal proposito conviene notare che tanto più si avrà presente che si è qui di fronte ad un'applicazione decentrata del diritto comunitario, tanto più sarà possibile "comunitarizzare" anche le regole che la rete costituita dalla Commissione e dalle autorità nazionali dovrà darsi per il proprio funzionamento.

Questo vale altresì per i complessi problemi che una crescente decentralizzazione può determinare nei rapporti tra le stesse autorità nazionali antitrust, in quanto potenzialmente competenti ad applicare il proprio diritto nazionale, ma ancor più gli artt. 81 e 82 del Trattato C.E., alle medesime fattispecie.

Al riguardo, posso solo limitarmi in questa sede a segnalare che col tempo si rivelerà sempre più necessaria quanto meno una qualche formalizzazione delle regole di ripartizione delle competenze e soprattutto di soluzione di eventuali conflitti (positivi e negativi); come pure la definizione di meccanismi idonei a rendere efficaci le procedure (scambio di informazioni, trasmissione di documenti, ecc.) ed effettive le sanzioni inflitte da un'autorità nazionale (esecuzione delle stesse nei confronti di imprese operanti in altro Stato membro; divieto di cumulo da parte di più autorità nazionali, ecc.).

7. Ma – come ho già segnalato – il futuro del ruolo delle Autorità nazionali antitrust risentirà inevitabilmente anche degli sviluppi della regolamentazione internazionale della concorrenza, obiettivo ormai meno utopico di quanto potesse apparire fino a poco tempo fa, considerati i processi di liberalizzazione degli scambi internazionali, e quindi di globalizzazione ed interconnessione dei mercati.

Con siffatti sviluppi delle relazioni economiche e commerciali a livello mondiale, in effetti, è la stessa idea di separazione tra mercati nazionali e internazionali a subire un duro colpo, così come le politiche commerciali nazionali vedono assai ridotta la loro capacità di incidere sugli scambi, dal momento che si dislocano i centri reali (e talvolta anche formali) delle scelte rilevanti in materia, sia per il peso che assumono le istituzioni internazionali, sia per il ruolo sostanziale che svolgono gli stessi operatori economici, in un contesto in cui naturalmente anche le attività di impresa sempre più si internazionalizzano.

Ma se è vero che la crescente liberalizzazione e globalizzazione dei mercati riflette il successo delle aperture di questi anni, è anche vero che di pari passo nuovi problemi si presentano per lo sviluppo del sistema commerciale mondiale e di una corretta competizione tra gli attori di un mercato sempre più unico e sempre più universale.

In particolare, e per quanto qui interessa, va ricordato che, sebbene la realizzazione di un'efficace politica della concorrenza stia diventando una caratteristica delle economie aperte di mercato, i principi e le norme pertinenti a livello internazionale appaiono ancora inadeguati a far fronte alle nuove esigenze prospettate, e segnatamente a quelle di una regolamentazione antitrust riferita ad un'economia che si sviluppa a tutto campo.

Da qui, dunque, il crescente interesse sulle conseguenze dell'interrelazione tra sviluppo del commercio mondiale e disciplina internazionale delle regole di concorrenza, tra integrazione delle economie e ricerca di strumenti di controllo anche rispetto a pratiche realizzate al di fuori del territorio rilevante per una determinata giurisdizione nazionale.

È noto, d'altra parte, che le normative nazionali appaiono inadeguate ad assicurare il rispetto delle regole del gioco nel nuovo mercato globale; e ciò per l'ovvia ragione che, nonostante la rilevante e crescente dimensione internazionale dei processi economici, la politica della concorrenza è stata tradizionalmente definita e sviluppata nei diversi paesi in una prospettiva essenzialmente, se non esclusivamente, nazionale.

Per certi versi, anzi, la pluralità delle norme nazionali sulla concorrenza finisce col rappresentare, nell'evocato contesto generale, addirittura un ostacolo oggettivo al commercio internazionale, perché sempre più numerosi sono i casi di concorrenza che trascendono la sfera di un solo Stato e che tuttavia devono essere affrontati da autorità nazionali diverse, sulla base di disposizioni legislative, criteri, modalità e procedure che possono variare sensibilmente da un sistema all'altro, con duplicazioni – se non moltiplicazioni – di procedimenti paralleli, con evidente

aggravio di costi e tempi e con accentuata incertezza sugli esiti dei giudizi, come sulla loro reciproca compatibilità.

Si spiega dunque la crescente attenzione che a vari livelli viene manifestata per tali questioni, fino ai tentativi di elaborare un sistema di norme internazionali sulla concorrenza che sostituiscano o confermino le diverse legislazioni nazionali e che siano idonee ad incidere rispetto ai comportamenti sia dei privati che delle autorità pubbliche.

8. Di tutta evidenza, l'impresa non è agevole. Basti ricordare che sullo stesso approccio generale alla materia, sulla opportunità di una sua regolamentazione, come pure sugli aspetti fondamentali e i contenuti di questa, è difficile trovare, in seno alla comunità internazionale, orientamenti e impostazioni generalmente condivisi.

Se è vero infatti che i due principali modelli antitrust presenti sulla scena mondiale sono quello statunitense e quello della Comunità europea e che tra essi sussiste una certa affinità, è anche vero che numerosissimi sono (o sono stati) i paesi che non hanno (o a lungo non hanno avuto) affatto una tradizione di regole in materia, o che comunque mantengono tuttora tradizioni rigorosamente statalistiche ed esercitano – con risultati e rigore diversi – controlli e interferenze sulla distribuzione della ricchezza, sulle condizioni di accesso al mercato, sulle regole di quest'ultimo e sui comportamenti delle imprese.

Ma la mancanza o la diversità delle regole antitrust non è il solo problema che si presenta in materia. Rilevano al riguardo anche le differenze sostanziali che segnano i vari sistemi perfino quanto al significato attribuito a nozioni chiave della materia (quali, ad esempio, la nozione di comportamenti "anticoncorrenziali" o di "abuso"), differenze che emergono talvolta non tanto dalla formulazione delle norme, quanto dagli sviluppi della prassi e dall'elaborazione giurisprudenziale maturata negli specifici contesti.

Le distorsioni che possono conseguire alla disparità delle legislazioni nazionali sulla concorrenza, allo sviluppo di prassi divergenti e quindi all'eventuale adozione di decisioni confliggenti vanno ovviamente a scapito dello sviluppo degli scambi e degli investimenti: si traducono cioè in ostacoli al commercio internazionale.

Ma proprio le pressanti esigenze che vengono dallo sviluppo di tale commercio e dalla liberalizzazione degli scambi rendono inevitabilmente vulnerabili le posizioni di chiusura e al tempo stesso spingono per la ricerca di una convergenza verso principi largamente condivisi, che consentano di conciliare le specifiche pratiche nazionali con le forti e diffuse esigenze di aperture ai mercati. E ciò tanto più che tali esigenze sono oggi, e in misura crescente, recepite e perfino garantite a livello internazionale da appositi strumenti giuridici, quali – per non menzionare che i più importanti – quelli definiti nel contesto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, i cui principi in materia di politica commerciale non solo si prestano a favorire lo sviluppo degli

scambi commerciali, ma presentano altresì per molti aspetti implicazioni di politica della concorrenza.

Com'è noto, tale Organizzazione costituisce il quadro istituzionale e normativo nell'ambito e sotto l'egida del quale sono stati o saranno negoziati, in base ad un calendario peraltro in parte già concordato, accordi tendenti allo sviluppo degli scambi economici e commerciali. Ed è alla realizzazione ed al rispetto di tali accordi che l'OMC sovrintende, grazie ad un'attività che, piuttosto che tradursi in un'autentica regolamentazione dei mercati internazionali, tende a favorire l'apertura degli stessi per effetto dell'abolizione negoziata delle restrizioni e delle discriminazioni statali in materia di scambi internazionali.

Le diverse discipline settoriali si caratterizzano comunque per il fatto di trarre comune ispirazione da taluni principi fondamentali, che sono in realtà i tradizionali principi della liberalizzazione: dal multilateralismo alla riduzione progressiva del protezionismo, al principio di non-discriminazione o del trattamento nazionale, e dell'accesso al mercato.

Resta peraltro, oltre la riserva della tutela di interessi essenziali dello Stato, la possibilità di misure di salvaguardia ove il processo di liberalizzazione dovesse rivelarsi troppo oneroso per l'economia nazionale. Ma restano soprattutto impregiudicate alcune tra le più rilevanti barriere all'apertura dei mercati, e in particolare quelle provocate da norme che a titolo principale perseguono non finalità protezionistiche, ma legittimi obiettivi non commerciali, e che tuttavia finiscono col produrre ugualmente effetti restrittivi.

L'eliminazione di tali ostacoli, come insegna l'esperienza comunitaria, esige in effetti un supporto istituzionale ed un apparato normativo che permetta particolari livelli d'interferenza nei sistemi nazionali, strumenti di armonizzazione, meccanismi di controllo e di tutela, e così via, cioè un insieme di condizioni che attualmente non ricorrono nel caso di un'organizzazione che, come si è detto, si limita a favorire l'apertura dei mercati nazionali nei termini e nei modi poc'anzi indicati.

9. Ciò malgrado, l'inserimento a pieno titolo delle questioni antitrust nell'agenda dei negoziati dell'OMC potrebbe segnare un passaggio cruciale per le prospettive della materia e per la definitiva affermazione di una dimensione internazionale della relativa disciplina. E ciò non solo per l'evidente proiezione su scala mondiale di ogni risultato conseguito in seno a quella Organizzazione, ma anche per il mutamento qualitativo nell'approccio alla questione, dato che non si tratterebbe più solo di fissare limiti alle rispettive giurisdizioni statali e neppure di definire pur importanti strumenti di coordinamento dell'esercizio di quelle giurisdizioni, ma si prospetterebbe la possibilità di sviluppare normative ed istituire meccanismi suscettibili di conferire una cornice più organica, efficace e penetrante alla disciplina internazionale della materia, fino ad incidere sulla

stessa elaborazione teorica di un concetto di politica della concorrenza strategica per il mercato aperto.

Si tratta evidentemente, per ora, di una prospettiva di lungo periodo, date le grandi difficoltà da superare ai fini della sua realizzazione. Per quanto sia del tutto ovvio, infatti, non si può non sottolineare come, anche indipendentemente dagli strumenti giuridico-istituzionali a sua disposizione, le possibilità dell'OMC di incidere sulla regolamentazione dei processi economici transfrontalieri siano più limitate e più difficile quindi il suo compito rispetto a quelle organizzazioni, come l'Unione europea, che operano in aree relativamente omogenee. All'OMC, infatti, spetta raccogliere la sfida di mettere insieme, sotto l'ombrello di una comune cultura della concorrenza, anche aree geografiche che tali caratteristiche di omogeneità certo non presentano.

Impresa questa, ripeto, evidentemente ardua per tutte le ragioni fin qui esposte. Due comunque sono per l'essenziale le prospettive che si sono delineate al riguardo.

Da un lato si è proposto un sistema di diritto della concorrenza internazionale tendenzialmente completo, che comprenda una sorta di codice mondiale della materia e un ente internazionale preposto alla sua applicazione (inclusa una sorta di Autorità internazionale della concorrenza, dotata di propri poteri di indagine e di applicazione delle norme).

In altra prospettiva, invece, si giudica molto più realistico un approccio che confidi alle autorità nazionali l'*enforcement* delle regole comuni, senza dover ipotizzare l'istituzione – per più motivi contrastata e comunque di difficile realizzazione – di specifici organi internazionali incaricati di applicare le regole di concorrenza. Così come appare improbabile, se non impossibile, e comunque non indispensabile perseguire l'obiettivo di una sorta di "codice internazionale", ritenendosi sufficiente l'armonizzazione delle legislazioni antitrust nazionali.

A questo risultato si potrebbe arrivare attraverso una convergenza dal basso, attraverso cioè un ravvicinamento progressivo di quelle legislazioni, con la definizione di un sistema di principi comuni che potrebbe porre le regole della concorrenza al passo con le esigenze della liberalizzazione del regime commerciale mondiale.

In tale prospettiva, i principi sostanziali sarebbero quindi pochi, ma essenziali e di grande rilievo dal punto di vista del mercato: come quelli ad esempio, sul divieto dei cartelli e per la liberalizzazione nell'accesso ai mercati. Inoltre, per evitare discriminazioni tra imprese nazionali e straniere e per assicurare un'adeguata rappresentazione di tutti gli interessi coinvolti, tra i principi comuni dovrebbero anche figurare specifiche regole volte ad assicurare un giusto procedimento nei confronti di tutte le parti e principi di *positive comity* del tipo di quelli incorporati in diversi accordi bilaterali.

Malgrado le segnalate difficoltà, lo sviluppo di detti principi potrebbe essere incoraggiato sulla spinta del movimento di liberalizzazione impresso

appunto dai nuovi strumenti della politica commerciale nel contesto dell'OMC. Il diritto della concorrenza potrebbe cioè, in questa prospettiva, svolgere una necessaria funzione complementare rispetto alla nuova disciplina liberalizzatrice degli scambi internazionali, nel senso di contribuire al raggiungimento dei relativi obiettivi. Come si è accennato in precedenza, infatti, proprio la ridotta protezione determinata dalla progressiva liberalizzazione delle normative sul commercio può incentivare le imprese consolidate a ricostruire barriere di confine per tutelare i vantaggi divenuti vulnerabili. Una parallela normativa di carattere internazionale consoliderebbe dunque il sistema della liberalizzazione, evitando possibili pratiche elusive dei relativi principi.

Su queste basi, allora, le relazioni tra commercio internazionale e concorrenza potrebbero svilupparsi secondo linee analoghe a quelle che hanno caratterizzato la prima fase del processo di integrazione europea, quando si è trattato di indirizzare la politica di concorrenza verso una direzione tesa a scongiurare che la creazione del mercato comune venisse vanificata dalla creazione di barriere all'accesso dei mercati nazionali di matrice non più pubblica, ma privata.

10. Se si dovesse davvero andare nella direzione appena indicata, è evidente che anche le autorità nazionali antitrust ne sarebbero interessate e si imporrebbe per esse anche su questo piano – sia pure nel contesto coordinato dell'azione comunitaria – l'individuazione di strumenti appropriati per iniziative tendenti ad assicurare a tutto campo il rispetto delle regole della concorrenza.

Si riproporrebbero insomma problemi non dissimili da quelli che, sia pure in un contesto più ristretto e più omogeneo e strutturato, abbiamo prima considerato per i rapporti nell'ambito comunitario.

Si tratta certo di una prospettiva non ravvicinata e per taluni versi, anzi, quasi avveniristica. E tuttavia essa conferma le considerazioni iniziali sullo straordinario rilievo che la disciplina della concorrenza ha assunto ai vari livelli, come pure l'ampiezza e le difficoltà delle sfide che si sono via via poste e ancor più si pongono alle autorità competenti.

Non credo di poter essere tacciato di intenti adulatori se mi spingo a scommettere che, considerati i risultati finora ottenuti dall'Autorità di cui oggi celebriamo il primo decennale di vita, essa sarà sicuramente in grado di affrontare e vincere quelle sfide e quindi di ulteriormente accrescere il proprio ruolo e il proprio prestigio.

Concorrenza e Autorità Antitrust

Un bilancio a 10 anni dalla legge

Parte quinta

Conclusioni
Giuseppe Tesauro

CONCLUSIONI

di Giuseppe Tesaurò

In occasione dei dieci anni di vita dell'Antitrust italiana è inevitabile uno sguardo al passato, a questo periodo così breve e pure così intenso, per l'Istituzione e per il nostro Paese.

Disciplina e sistema di controllo non furono inventati, ma modellati – sostanzialmente e alla lettera – sul sistema comunitario. Va colta al giusto la bontà di questa scelta, la sua lungimiranza. La legge n. 287/90 trovò gli interessati già preparati, con criteri di interpretazione e di applicazione non solo già noti, ma anche sperimentati e consolidati da una trentennale prassi comunitaria, della Commissione e della Corte di giustizia. La necessità e l'utilità del riferimento alla giurisprudenza comunitaria è stata peraltro avvertita dal legislatore fino al punto di formalizzare espressamente nella legge il vincolo già ben consolidato di interpretazione conforme, a sua volta traduzione in dettaglio del principio fondamentale di leale collaborazione, sancito fin dal Trattato di Roma del 1957 e chiave di volta e di interpretazione dell'intero sistema. Quando ci viene chiesto di individuare almeno uno dei punti di forza della normativa italiana antitrust e di questa Autorità, la risposta immediata non può che richiamare il modello di disciplina e di controllo scelto dal legislatore, che è riuscito a coniugare perfettamente la novità della legge con la solidità della prassi applicativa, avendo la seconda preceduto la prima e non viceversa.

Lo stesso richiamo espresso, come base giuridica, all'art. 41 della Costituzione va letto congiuntamente al principio di libera concorrenza sancito dal Trattato di Roma del 1957, dunque di rango almeno pari e sempre più rinforzato dalle modifiche e integrazioni convenzionali successive. Sono queste, dunque, le solide radici anche costituzionali sulle quali poggia la legge n. 287/90, che è il nostro diritto della concorrenza, ma è anche lo strumento per essere continuamente in armonia con uno dei valori fondanti della Comunità europea. L'assetto concorrenziale del mercato, in definitiva, è un connotato essenziale dello scenario entro il quale si esercita la libertà d'iniziativa economica sancita dalla Costituzione. Questo si deduce dalla lettura, necessariamente congiunta, del Trattato e della nostra Carta fondamentale.

L'Autorità, pur se facilitata per le ragioni appena ricordate, ha fatto il resto; ed ha potuto farlo anche perché da subito è stata e si è sentita un'istituzione indipendente dalle logiche di parte, politiche e non. Indipendenza non è irresponsabilità, ma sottoposizione alla legge come espressione delle esigenze e delle scelte del Paese e pertanto sottoposizione al controllo severo del giudice; è neutralità di fronte agli interessi a confronto, spesso molto consistenti; è rigore tecnico come legittimazione dell'esercizio di un potere

decisionale, se pur non normativo, di grande rilevanza; è garanzia scrupolosa e capillare di tutela per le posizioni giuridiche soggettive, all'interno delle procedure disciplinate dalla legge e nel rispetto puntuale dei valori fondamentali della nostra civiltà giuridica.

L'Autorità si è attrezzata dal punto di vista organizzativo in breve tempo, con l'impegno, l'esperienza e la sapienza giuridica del Presidente Saja, coadiuvato dal primo collegio e da una struttura professionalmente valida ed entusiasta. Si è poi consolidata con la successiva guida di Giuliano Amato, che l'ha portata ad un alto tasso di visibilità e di autorevolezza, con un respiro istituzionale che ne ha rivelato la centralità nel processo di modernizzazione del nostro Paese. La nuova squadra che dal novembre del 1997 guida l'Autorità ha cercato, con umiltà ma con altrettanta consapevolezza del proprio ruolo, di continuare nel percorso già segnato, cercando di adeguarne la velocità e l'intensità dell'impegno e degli interventi alle esigenze attuali, in un contesto di sempre maggiore integrazione delle economie tra i Paesi europei, ed oltre, e pertanto nella consapevolezza piena della necessità che il sistema-Paese debba attrezzarsi adeguatamente per affrontare la competizione globale.

Un forte grazie, dunque, a tutti coloro che in questi dieci anni hanno contribuito all'attuale modo di essere e di operare dell'Autorità, facendole meritare il lusinghiero apprezzamento dell'OCSE, pari soltanto a quello espresso per istituzioni antitrust con storie più antiche della nostra e che operano in Paesi conquistati all'ideale della concorrenza ben prima di ieri sera.

Questi dieci anni sono stati importanti per il nostro Paese, decisivi per il suo definitivo allineamento agli standards più alti del contesto europeo ed internazionale. Con grande coraggio, tenacia e lungimiranza sono stati affrontati e superati ostacoli di ogni tipo, fino a tagliare quel traguardo vitale dell'ingresso nella famiglia della moneta unica europea già dalla prima ora, traguardo che pochi consideravano per noi raggiungibile.

Un contributo di non poco rilievo all'evoluzione positiva della nostra economia è stato il disegno di voltare pagina quanto all'assetto del mercato ed al modo di dettarne le regole da parte dello Stato. La libera concorrenza è diventato uno dei valori del nostro sistema, che sta guidando il percorso del nostro Paese in questo periodo e ne sta assecondando al giusto il processo di complessiva modernizzazione.

Accogliere tra i propri valori primari il principio di concorrenza significa affidare al libero meccanismo concorrenziale l'attuazione di un progetto di organizzazione sociale nel quale le ragioni dell'efficienza si coniugano con le ragioni della democrazia. L'esito che ci si attende dal processo competitivo, vale a dire la convergenza del prezzo di mercato di un bene (o servizio) al suo minimo costo di produzione, è infatti condizione necessaria e sufficiente al fine di realizzare una divisione ottimale del lavoro, che si

fondi dunque sulla valorizzazione dei diversi e molteplici talenti che compongono una società. L'assetto competitivo è tale inoltre da determinare la "sovranità del consumatore", nel senso che è il consumatore ad appropriarsi dell'intero surplus dello scambio. La tutela del consumatore, realizzata attraverso l'operare dei meccanismi concorrenziali, coincide peraltro con la tutela dell'interesse collettivo alla migliore organizzazione sociale. Certo, può apparire sorprendente che una migliore tutela del consumatore sia diretta conseguenza della tutela della libera iniziativa economica, ma è precisamente in questa prospettiva che la concorrenza nella sfera economica è l'equivalente della democrazia nella sfera della politica. L'una e l'altra, infatti, non consentono di utilizzare le prerogative acquisite o conquistate per arroccarsi artificialmente nella conservazione indefinita della posizione raggiunta.

Al soggetto economico che opera in un mercato concorrenziale si richiede pertanto di fondare i suoi successi e la consistenza del suo ruolo nel mercato unicamente sulle proprie capacità imprenditoriali e sul modo di porsi al servizio del cittadino.

Il monopolio equivale viceversa alle forme non democratiche di esercizio del potere, condividendone i costi sociali. Tra questi non vi è solo la minaccia alla coesione sociale, che deriva dalla concentrazione di ricchezza; ma la tentazione di dissiparla ancor prima di conseguirla. Il monopolista raramente presenta grandi profitti nei propri libri contabili: il più spesso sono i costi ad essere alti ed a costituire l'alibi per prezzi altrettanto elevati. Tale schema va tuttavia invertito, nel senso che i costi sono alti perché sono elevati i prezzi e non viceversa; in definitiva perché le corrispondenti entrate consentono al monopolista una cattiva divisione sociale del lavoro ed una organizzazione inefficiente. Il monopolio è pertanto anche socialmente indesiderabile, in quanto può diventare ed in fatto diventa in molti casi il paravento dietro il quale può nascondersi l'imprenditore inefficiente.

Dal punto di vista del costo sociale, non fa una gran differenza che la fonte del monopolio sia pubblica o privata, istituzionale o economica. Gli economisti classici cercavano e trovavano le ragioni del monopolio nella protezione richiesta ed ottenuta dal principe. Gli economisti dell'ottocento individuavano e censurarono i comportamenti monopolistici degli stessi operatori, ciò che chiarisce il contesto in cui si realizzano le prime esperienze di legislazione antimopolistica oltre oceano; ma soprattutto ne mette in luce la preoccupazione profondamente democratica: la libertà d'iniziativa del singolo non può arrivare al punto di ostacolare le dinamiche sociali e l'evoluzione continua delle condizioni che regolano la divisione ottimale del lavoro.

È vero che nel nostro Paese il monopolio ha trovato e trova, laddove permane, origine essenzialmente istituzionale. Troppo spesso si è infatti ritenuto, magari trincerandosi dietro parole ed espressioni nobili, di dover

“necessariamente” sottoporre a regime di monopolio qualsiasi servizio pubblico e quest’ultimo identificato con qualsiasi terreno di intervento statale, dalla cantieristica ai trasporti alle telecomunicazioni. Il semplice buon senso, prima ancora della scienza economica, avrebbe dovuto avvertire dei pericoli di uno Stato interventista oltre il limite di ciò che è necessario. Rispetto ad un tale modo di procedere, che si è protratto per troppo tempo, non è pertanto da sottovalutare la circostanza che la legge n. 287/90 ha limitato, sulla falsariga dell’allora art. 90 del Trattato, l’immunità dall’applicazione delle regole di concorrenza, per le imprese titolari di posizioni monopolistiche nell’area dei servizi pubblici, a quanto strettamente necessario al perseguimento delle specifiche finalità dell’attribuzione di diritti esclusivi, in tal modo riducendo i danni al sistema.

Non è dunque un caso che molti dei procedimenti avviati e conclusi dall’Autorità per abuso di posizione dominante nei primi anni di attività abbiano riguardato imprese titolari di diritti esclusivi. I casi GSM, Telsystem, Aeroporti di Roma, Autostrade sono la testimonianza più rilevante dello sforzo dell’Autorità di limitare per quanto possibile l’area sottratta all’applicazione delle regole di concorrenza.

Lo scenario è nel frattempo cambiato: l’evoluzione o rivoluzione, che dir si voglia, è sotto gli occhi di tutti. Anche con lo stimolo degli interventi liberalizzatori comunitari, l’Italia ha affrontato con coraggio il processo di distacco della mano pubblica dal tessuto economico ed industriale del Paese. Il processo di privatizzazione e di liberalizzazione di mercati tradizionalmente preclusi ai capitali privati ha prodotto benefici diffusi per la crescita complessiva dei settori interessati e per il consumatore, soprattutto quando la crescita è stata accompagnata da significative evoluzioni tecnologiche. L’esempio delle telecomunicazioni è emblematico; ma anche gli sforzi che la Commissione europea e molti Paesi membri stanno compiendo da qualche anno nei settori dell’energia, dei trasporti e del servizio postale daranno presto o tardi i frutti auspicati. Ma attenzione: laddove si procede alla liberalizzazione di un mercato occorre evitare un passaggio puro e semplice dal monopolio pubblico a quello privato. In ogni caso, va esercitato un severo controllo perché l’operatore storicamente dominante non ceda alla tentazione di abusare della sua posizione per ostacolare l’entrata di altri operatori o per utilizzare le rendite accumulate grazie al monopolio per entrare in altri mercati, spesso contigui, con vantaggi non di poco conto rispetto a nuovi e non nuovi entranti. Qualora, poi, dovesse rivelarsi necessario intervenire per rimediare ad eventuali scompensi sociali provocati dalla libera dialettica del mercato possono sempre soccorrere alcune regole e determinati limiti, beninteso soltanto nella misura strettamente necessaria al raggiungimento della finalità di interesse generale che si intende realizzare (si pensi, ad esempio, al servizio universale in settori che toccano esigenze primarie della popolazione, alla sicurezza nei trasporti aerei, e così via).

La significativa riduzione della presenza attiva dello Stato nelle imprese, cui stiamo assistendo negli ultimi anni, non deve tuttavia far perdere di vista, o comunque ritenere meno rilevanti, gli effetti anticompetitivi riconducibili a tutte quelle normative, cui pure si è fatto cenno a più riprese in questi due giorni, che incidono in maniera consistente sul funzionamento del mercato, tanto da sottrarre di fatto, quantomeno in relazione ad alcuni profili, o proteggere al di là del necessario, interi settori o categorie di operatori alla dinamica dei meccanismi concorrenziali. L'impegno, da non trascurare, resta pertanto di ridurre e semplificare i vincoli normativi e regolamentari non strettamente necessari, vincoli che da sempre affliggono il nostro mercato.

Rispetto a una tale problematica l'Autorità, come pure è stato sottolineato, può ben poco. Invero, tutte le legislazioni nazionali antitrust guardano esclusivamente ai comportamenti delle imprese, lasciando intatte le legislazioni che favoriscono i comportamenti anticompetitivi delle stesse imprese. Diverso è solo il caso della Comunità europea, che grazie ad una lettura coraggiosa ed evolutiva delle norme del Trattato di Roma da parte della Commissione, poi avallata ed affinata dalla Corte di Giustizia, ha "costruito" un meccanismo idoneo a colpire, oltre ai comportamenti delle imprese, anche quelle normative nazionali che raggiungono o consentono di raggiungere risultati altrettanto anticompetitivi. L'Autorità italiana, nell'applicare direttamente le norme comunitarie – in particolare l'art. 81 – e precisamente avvalendosi di tale costruzione, è pervenuta a risultati non dissimili in un caso chiuso recentemente, quello del Consorzio Industrie Fiammiferi.

Più in generale, l'Autorità antitrust italiana guarda con preoccupazione alle norme direttamente o indirettamente anticompetitive ed ha esercitato con grande scrupolo, in questi dieci anni, quel potere di promozione della concorrenza che il legislatore del 1990 aveva prefigurato. Il destinatario di una segnalazione o di un parere, sia esso il governo o il parlamento od un'altra istituzione, sa che, se anche critico, l'intervento dell'Antitrust vuole essere un utile contributo volto ad una migliore disciplina di un settore economicamente rilevante. In questo primo decennio della vita economica del Paese, "eroico" per essere stato segnato da un disegno politico di progressivo distacco del soggetto pubblico dalla sfera economica, l'Autorità ha cercato di svolgere con il massimo scrupolo e il dovuto rigore questo compito, di stimolo e di suggerimento al tempo stesso. Poichè si tratta di un processo non ancora portato a compimento, negli anni a venire l'Autorità non farà mancare nè la sua vigilanza nè il suo contributo di orientamento costruttivo.

Pur consapevole dell'esigenza di verificare attentamente il rispetto dei limiti posti dalla legge n. 287/90 e dalla normativa comunitaria all'azione regolatrice ed alla stessa presenza dello Stato nell'economia, l'Autorità ha progressivamente rivolto una sempre maggiore attenzione, in particolare

negli ultimi anni, alle restrizioni della concorrenza derivanti dalle stesse relazioni di mercato tra gli operatori, essendo fin troppo evidente che anche se si perverrà alla definitiva eliminazione del monopolio pubblico, ciò non porrà di per sé al riparo dall'insorgenza del monopolio privato. Sono dunque i comportamenti delle imprese private che eventualmente si concretino in una delle tre figure tipiche oggetto del controllo antitrust, l'intesa, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni, su cui è opportuno svolgere qualche considerazione più approfondita.

In particolare, le intese orizzontali hanno avuto tutta l'attenzione dell'Autorità, anche se l'individuazione e la sanzione di queste violazioni mostra difficoltà crescenti, legate alle forme sempre più sofisticate in cui tali intese trovano realizzazione.

Se si escludono le circostanze nelle quali riescono ad ottenere esplicita copertura normativa, gli accordi di cartello in senso proprio tendono ormai a ridursi. In particolare, il coordinamento collusivo tra le imprese tende oggi a trovare attuazione soprattutto attraverso il ricorso a "pratiche facilitanti", come lo scambio di informazioni sensibili o l'organizzazione delle relazioni verticali o, ancora, forme di partecipazione azionarie di minoranza. Queste intese piuttosto che avere un oggetto direttamente e immediatamente anticompetitivo, come la fissazione del prezzo o la ripartizione del mercato, si appuntano sulla creazione di condizioni idonee ad indirizzare il comportamento di ciascuna impresa, affinché sia per essa individualmente razionale prendere autonomamente decisioni che implichino la determinazione di prezzi di monopolio. In questo, la presenza di un'associazione di categoria particolarmente attiva spesso determina, come l'Autorità ha avuto modo di constatare a più riprese, uno scenario di tipo corporativo, non solo non idoneo a sviluppare la concorrenza, ma strumentale ad alterare le dinamiche concorrenziali.

Nell'economia italiana, un ulteriore elemento appare peculiare degli assetti collusivi di molti settori, soprattutto dei servizi: il prevalere di una logica di mutuo accomodamento tra gli operatori, che dissuade l'impresa dal perseguire politiche competitive e conduce ad equilibri di mercato caratterizzati da un numero eccessivo di soggetti, in genere di dimensioni inefficienti. In tali casi, l'elevato numero e la dispersione delle imprese, lungi dall'essere premessa per esiti concorrenziali, è la spia dell'operare di forze anticompetitive. In generale, tutte le imprese trovano vantaggio dal partecipare a questi accordi collusivi: le imprese inefficienti perché riescono a restare in un mercato dal quale sarebbero espulse se prevalessero assetti più competitivi, le imprese più efficienti perché trasformano in rendita il proprio differenziale di efficienza e se ne appropriano. Il costo, elevato, dell'inefficienza e della staticità viene ad essere compensato da un prezzo di mercato alto, a danno dei cittadini. In questo senso le eventuali perdite

delle imprese di cui si tratta sono del tutto irrilevanti ai fini dell'accertamento dell'esistenza e della valutazione di un cartello.

Spesso assetti collusivi di tale natura trovano sostegno politico e normativo, perfino sindacale, sull'onda dell'argomento che è necessario consentire la sopravvivenza delle imprese che operano in ambiti di mercato ristretti, dove la domanda è troppo esigua per essere compatibile con la dimensione efficiente di impresa. Un argomento connesso è il richiamo alla necessità di garantire l'universalità di determinati servizi anche nei mercati geografici più limitati. Tali argomenti sono spesso mal posti o non pertinenti. Dove la domanda è troppo esigua per consentire a un'impresa di raggiungere dimensioni efficienti, in genere possono essere sfruttate economie di diversificazione, conseguibili attraverso l'offerta congiunta di più prodotti o servizi. La compartimentazione e la segmentazione dei beni e dei servizi offerti è quindi il principale ostacolo all'efficienza e il principale cemento della convivenza collusiva di un numero eccessivo di imprese in un mercato. Perché non immaginare che in un piccolo villaggio si coniughi la distribuzione di carburante con quella di altri beni o servizi? E perché non qualcosa di simile anche per l'ufficio postale?

In tema di concentrazioni, se è vero che fino ad oggi, date le caratteristiche dimensionali della nostra struttura industriale, l'attività di controllo dell'Autorità è stata apparentemente di minor rilievo, è vero altresì che molti scenari vanno mutando. I settori interessati da formidabili operazioni di concentrazione, in tutto il mondo come nell'economia italiana, sono quelli collegati alla "new economy". La loro caratteristica principale è che si tratta di settori in cui la domanda è influenzata dalla presenza di una *essential facility*, in particolare di una rete. Questa caratteristica porta evidentemente a privilegiare un approccio strutturalista nella politica di controllo delle concentrazioni. In presenza di ampi effetti rete, infatti, le imprese concorrenti, se di dimensioni simili, sono incentivate a realizzare condizioni di mutua compatibilità delle reti. Tuttavia, un'impresa che raggiungesse una quota di mercato significativamente maggiore di quella dei concorrenti avrebbe un forte incentivo a rendere la propria rete incompatibile oppure a renderne particolarmente oneroso l'accesso. Essa indurrebbe in tal modo verso di sé un afflusso netto di consumatori e accrescerebbe così, cumulativamente, la propria quota di mercato.

L'incentivo, per un'impresa in posizione dominante, a rendere incompatibile la propria rete e l'effetto a valanga, che questo determina, verso l'allargamento della stessa posizione dominante e la monopolizzazione del mercato, rappresentano la sfida più importante che la "new economy" pone alle autorità di concorrenza non soltanto sul fronte delle concentrazioni, ma anche su quello della valutazione dell'abuso di posizione dominante.

La decisione di un'impresa dominante, di rendere la propria rete compatibile o non compatibile con quella dei concorrenti, rappresenta probabilmente il test cruciale di un eventuale comportamento abusivo nei nuovi settori. Questa lettura è coerente, dandovi specifico contenuto, con la tradizionale dottrina comunitaria della "speciale responsabilità" che grava sull'operatore in posizione dominante. Ma essa può soprattutto aiutare a chiarire la rilevanza odierna dell'assimilazione del principio di concorrenza nella sfera economica al principio di democrazia nella sfera politica: come il conseguimento del potere politico non può e non deve, in democrazia, diventare la causa del mantenimento artificiale di tale potere, così il successo competitivo nel mercato non può e non deve diventare, per un'impresa, la ragione in virtù della quale essa mantiene o accresce la propria posizione dominante. Solo attraverso la piena applicazione di tale principio una società potrà essere davvero protetta dal monopolio e dal suo elevato costo sociale.

L'impegno che attende l'Autorità già nel breve periodo non è certamente facile. L'evoluzione così rapida dei mercati, il fiume in piena del progresso tecnologico, specie nel settore delle comunicazioni, di cui il diritto stenta a tenere il passo e l'economia a prevedere a tempo le possibili realizzazioni, la considerazione delle esigenze di sviluppo complessivo dell'assetto sociale ed economico del Paese e del contesto europeo ed internazionale nel quale si colloca: sono tutti elementi che impongono all'Autorità una messa a fuoco puntuale del proprio ruolo e degli strumenti di cui dispone per svolgerlo in modo adeguato ai bisogni reali della nostra società.

Se l'indipendenza è stata uno degli elementi fondamentali del modo di essere e di operare dell'Autorità, essa va salvaguardata in ogni modo. Il Consiglio di Stato ci ha ammonito ad esserne gelosi custodi. Spero che anche il legislatore, pur nell'ansia sistematica di dare una disciplina comune alle autorità indipendenti, che si può per molti ed altri versi comprendere, sappia conservare al Paese le caratteristiche peculiari della nostra istituzione, che le hanno meritato la lusinghiera considerazione del contesto internazionale in cui la sua azione si proietta, anche e precisamente a ragione delle caratteristiche che oggi la contraddistinguono.

Dieci anni di applicazione hanno mostrato i punti di forza dell'impianto normativo, ma anche qualche punto di debolezza. Ciò merita una riflessione attenta sulle possibilità di modificazione e d'integrazione. Ne vorrei segnalare alcuni.

Il primo si collega ai tempi di valutazione delle concentrazioni. Se nella normalità dei casi appare adeguato il periodo di 30 giorni, con l'aggiunta di altri 45 ove si decida di avviare un'istruttoria, nel caso di operazioni particolarmente complesse si tratta invece di tempi oggettivamente inadeguati. Con riguardo alla ipotesi di operazioni che richiamino le competen-

ze di Consob e/o Bankitalia, in particolare in caso di OPA, sarebbe inoltre opportuno un coordinamento dei tempi di valutazione delle istituzioni coinvolte, in modo che non si determinino incertezze nel mercato.

Il secondo punto riguarda il sistema sanzionatorio. La previsione di una sanzione pecuniaria determinata sulla forchetta tra l'uno ed il dieci per cento del fatturato relativo al prodotto o al servizio oggetto dell'intesa o dell'abuso, alla luce anche dell'esperienza maturata, presenta due svantaggi. In primo luogo, la determinazione del fatturato limitatamente alla parte relativa al prodotto o al servizio oggetto del procedimento, mentre ci rende assolutamente unici rispetto allo scenario europeo, riduce la certezza e l'affidabilità dei dati forniti dalle imprese o individuati dall'Autorità, rendendo in definitiva quest'ultima tributaria delle informazioni fornite dalle imprese. In secondo luogo, e di conseguenza, occorrerebbe eliminare il limite inferiore dell'1% al fine di consentire una maggiore flessibilità nel modulare la sanzione, ciò che talvolta può essere anche utile per incentivare le imprese a tenere comportamenti collaborativi nel corso dell'istruttoria. Ancora sulle sanzioni, poi, occorre una riflessione su quelle previste dal legislatore nel settore della pubblicità ingannevole, che nella sua punta massima consistono nella pubblicazione coatta di una rettifica sulla stampa. Si tratta di una sanzione assolutamente inadeguata alla gravità, alla diffusione del fenomeno, al suo rilievo per una sana concorrenza.

Il terzo punto riguarda la possibilità per l'Antitrust di adottare misure cautelari. È un potere di grande rilievo, come la prassi della Commissione dimostra, anche se va utilizzato con grande rigore e prudenza. La legge n. 287/90 non prevede questa possibilità e dunque, in mancanza di una novella legislativa, vi è da chiedersi se l'Autorità possa, almeno quando applica direttamente le norme comunitarie, considerare l'esercizio del potere cautelare necessario e dunque implicito nel potere di adottare la decisione finale. È quanto si è verificato anche a livello comunitario, dove la giurisprudenza, e non il Trattato né il regolamento 17, ha attribuito il potere cautelare alla Commissione.

Il quarto punto concerne il riparto di competenze tra Banca d'Italia ed Autorità garante della concorrenza e del mercato relativamente all'attività degli istituti bancari. Ferma restando quella della Banca centrale sulle attività creditizie, fissata dalla legge, concordo con il Governatore sulla opportunità di procedere ad una migliore definizione delle competenze in relazione alle altre attività, ad esempio l'ampia gamma di servizi finanziari, svolte dagli stessi istituti di credito.

Infine, potrebbe essere considerata, e comunque va approfondita, l'ipotesi di adottare delle comunicazioni, ipotesi ventilata nel corso di questi lavori, al fine di precisare, a beneficio degli operatori, gli orientamenti che l'Autorità intende seguire nell'applicazione della disciplina rilevante.

Quale scenario ci attende dietro l'angolo del millennio? Il primo impegno è la realizzazione del progetto di regolamento comunitario che intende modificare significativamente il rapporto tra le autorità nazionali e la Commissione e, più in generale, la disciplina complessiva della concorrenza nei quindici Paesi membri.

Fino ad oggi il sistema comunitario è stato caratterizzato da uno schema di divisione delle competenze tra Comunità e Stati membri, che ha visto questi ultimi avere la responsabilità diretta dell'applicazione delle regole e della gestione delle eccezioni; nonché da un controllo cosiddetto *ex post* dell'adempimento degli obblighi. Amministrazioni e giudici nazionali hanno avuto fin dall'inizio, dunque da oltre un quarantennio, e tuttora hanno la responsabilità dell'applicazione delle norme comunitarie, ad esempio sulla libera circolazione, e delle relative deroghe, anche a ragione dei due caratteri peculiari del rapporto tra sistema comunitario e sistemi nazionali: l'effetto diretto e il primato della norma comunitaria su quella nazionale, quale che ne sia il rango e la data di nascita.

Fa eccezione la concorrenza, dove l'accertamento delle intese vietate rientra nella competenza della Commissione ma anche delle amministrazioni e dei giudici nazionali, mentre la gestione delle esenzioni è monopolio della Commissione. Ed inoltre il sistema di controllo è fondato sul criterio della preventiva notifica delle intese e dunque sulla legittimità *ex nunc* delle stesse, solo dal momento del via libera della Commissione.

Il progetto di regolamento varato lo scorso 27 settembre dalla Commissione introduce uno schema sostanzialmente opposto. Da un lato, infatti, viene abolito il sistema della notifica preventiva delle intese e con esso il controllo *ex ante* della loro legittimità; dall'altro, le autorità e i giudici nazionali avranno anche la gestione delle deroghe al divieto di intese anticompetitive e non soltanto del divieto. Pertanto, il progetto di regolamento costituisce per la Commissione, *rectius* per la direzione generale concorrenza, una vera e propria rivoluzione. Se tuttavia si guarda al sistema comunitario complessivamente considerato, ivi compresa l'applicazione dell'art. 82 del Trattato (abuso di posizione dominante), il progetto di regolamento non fa che normalizzare la concorrenza, facendone rientrare il meccanismo di controllo e di tutela nello schema di riparto delle competenze proprio dell'intera esperienza giuridica ed economica comunitaria.

La prospettiva trova l'Antitrust italiana assolutamente favorevole, pur nella consapevolezza dei più gravosi compiti che sarà chiamata a svolgere e dell'esigenza di stimolare un ulteriore miglioramento del testo del progetto nel corso del processo di approvazione, che è appena iniziato.

Al riguardo vorrei solo svolgere qualche breve considerazione, anche a costo di sembrare superficiale. In primo luogo, il nuovo sistema che si va delineando, con la fine del monopolio della Commissione quanto alle esen-

zioni per i comportamenti anticompetitivi delle imprese, imporrà alle autorità nazionali uno sforzo di coordinamento notevole, fino alla creazione di una rete istituzionalizzata. Se è relativamente semplice ipotizzare uno scambio delle decisioni di avvio di una procedura istruttoria o delle decisioni finali, in quanto può essere risolto dalle stesse autorità nazionali con un po' di buona volontà, sicuramente più complesso e delicato sarà regolare lo scambio di informazioni, spesso coperte da segreto. E non so se a questo fine sia sufficiente che un regolamento comunitario disponga i modi e i tempi della collaborazione tra autorità nazionali, almeno quando fossero applicabili le norme interne; è possibile che occorra comunque uno strumento convenzionale più rassicurante, una convenzione sul modello di quella di Bruxelles del 1968 per le sentenze e la competenza giurisdizionale.

In secondo luogo, è quasi banale rilevare che l'applicazione delle norme comunitarie da parte dell'Autorità non pone alcun problema, avendo da sempre utilizzato i suoi criteri ispiratori e la prassi applicativa della Commissione e della Corte di giustizia, che fanno da sfondo anche all'applicazione della nostra legge. Proprio per questo, inoltre, il valore aggiunto dell'applicazione delle norme comunitarie sarà per noi normalmente modesto, se si eccettua la possibilità, utilizzata dall'Autorità nel ricordato caso relativo al Consorzio Industrie Fiammiferi, di ricorrere alla disapplicazione di norme o atti amministrativi che facilitano o avallano o consolidano comportamenti anticompetitivi delle imprese, dovendo applicare le norme comunitarie anche nel modo con cui esse sono applicate dalla Commissione e dal giudice comunitario.

Terza considerazione. Non ritengo che la possibilità di applicare l'art. 81, paragrafo 3, possa portare ad una rivoluzione copernicana nella valutazione delle intese, in particolare ad un abbandono del criterio "giuridico" in favore di quello "economico"; o addirittura che sia tale da far venir meno l'illiceità dell'intesa in presenza solo di un oggetto anticompetitivo e non anche di effetti. A mio avviso resta indispensabile una sinergia dell'analisi economica e di quella giuridica. Occorre fare molta attenzione ad abbandonare i punti di riferimento certi della disciplina della concorrenza per avventurarsi nella semplice dicotomia essere – poter essere. Non vorrei che dietro analisi poco rigorose e di incerta ... certezza si nascondesse l'arbitrio o, peggio ancora, la voglia di un mercato senza regole, in cui per le imprese tutto diventi possibile, soprattutto intendersi e concentrarsi per essere sempre più grandi e più ricche: non importa se sul campo lasciano qualche piccolo o nuovo operatore o se il consumatore ne soffre. Sorge il dubbio che sia precisamente per questo motivo che non si ama il controllo antitrust sulle concentrazioni, che possono costituire il mezzo per aggirare il divieto di intese anticompetitive.

E concludo. Il Presidente Ciampi ha inviato un messaggio per questa ricorrenza dei dieci anni, in cui ha sottolineato la complessità degli interessi su cui l'Autorità è chiamata ad intervenire e, in particolare, che la soluzione equilibrata delle diverse esigenze può derivare soltanto dall'autonomia ed indipendenza della stessa Autorità, che ha esortato ad un impegno sempre maggiore al fine di contribuire alla crescita economica e sociale del Paese, al benessere per tutta la collettività.

A nome dell'Autorità tutta posso solo assicurare che profonderemo tutto il nostro impegno, come e più di oggi. Aggiungo che siamo per una concorrenza sana, non spietata e senza regole, attenta allo sviluppo uniforme del Paese e che sappia coniugarsi con le ragioni della solidarietà, in modo da contribuire effettivamente alla sua crescita economico sociale. In ogni caso faremo del nostro meglio, sempre.

RELATORI

Giuliano Amato, *Presidente del Consiglio dei Ministri*

Antonio Fazio, *Governatore della Banca d'Italia*

Allan Fels, *Presidente dell'Autorità antitrust australiana*

Herbert Hovenkamp, *Professore di diritto antitrust, Università dell'Iowa*

Frédéric Jenny, *Presidente del Gruppo di lavoro sull'interazione tra commercio e politica della concorrenza, Organizzazione Mondiale per il Commercio*

Enrico Letta, *Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato*

Mario Libertini, *Professore di diritto industriale, Università La Sapienza, Roma*

Nicola Mancino, *Presidente del Senato della Repubblica*

Mario Monti, *Commissario per la concorrenza, Commissione Europea*

Michele Polo, *Professore di economia politica, Università Bocconi, Milano*

Franco Romani, *Professore di politica economica, Università La Sapienza, Roma, già Componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

Guido Rossi, *Professore di diritto commerciale, Università Bocconi, Milano*

Mario Egidio Schinaia, *Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*

Francesco Silva, *Professore di economia industriale, Università Cattaneo, Castellanza*

Giuseppe Tesouro, *Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

Antonio Tizzano, *Avvocato generale presso la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*

**Autorità garante
della concorrenza e del mercato**

Maggio 2001 - Anno XI

Redazione

Autorità garante della concorrenza e del mercato
Direzione Documentazione e Sistema Informativo
Via Liguria, 26 - 00187 Roma - Tel. (06) 481621



**Pubblicazione e realizzazione a cura della
Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per l'informazione e l'editoria**
Via Po, 14 - 00198 Roma - Tel. 06/85981

Direttore

Mauro Masi

Direttore Responsabile

Mirella Boncompagni

Coordinamento editoriale

Giovanna Mazzà

**Ideazione, realizzazione grafica
stampa e distribuzione**

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato - Salario

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 712/91
Spedizione in abbonamento postale 70% -
Filiale di Roma
