

AS659 - PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA

Roma, 9 febbraio 2010

Presidente del Senato della Repubblica
Sen. Renato Schifani

Presidente della Camera dei Deputati
On.le Gianfranco Fini

Presidente del Consiglio dei Ministri
On.le Silvio Berlusconi

Ministro per lo Sviluppo Economico
On. Claudio Scajola

L'Autorità considera di altissimo rilievo la scelta compiuta dal Parlamento di introdurre nell'ordinamento nazionale, con le disposizioni di cui all'articolo 47 della legge n. 99/2009, la Legge Annuale per il mercato e la concorrenza, quale strumento normativo di particolare efficacia per completare il processo di modernizzazione concorrenziale dell'economia nazionale.

La nuova Legge Annuale consentirà infatti al legislatore di compiere una valutazione sistematica e periodica della rispondenza del quadro normativo nazionale ai principi concorrenziali e si affianca in modo coerente all'attività di tutela e promozione svolta dall'Autorità mediante l'esercizio dei propri poteri di *enforcement antitrust* e di segnalazione e consultivi di cui agli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90.

Con la presente segnalazione l'Autorità intende trasmettere al legislatore, secondo quanto previsto dall'articolo 47 della legge n. 99/2009, le principali indicazioni contenute nei propri interventi consultivi e di segnalazione, in merito a normative a persistente carattere o effetto anticoncorrenziale in un gruppo significativo di settori economici.

L'Autorità è consapevole che una legislazione riformatrice richiede continuità e gradualità nel tempo: comincia dai settori più critici e si sviluppa verso gli ambiti meno protetti in un disegno più ampio e complessivo.

Le riforme richiederanno anche una rigorosa attività di monitoraggio ai fini dell'attuazione pratica dei principi in esse espressi, della verifica dei risultati attesi, dell'accettazione delle nuove regole da parte di tutti i soggetti interessati.

In questa prima fase vengono quindi indicati gli ambiti nei quali maggiori sono i problemi concorrenziali e più urgenti gli interventi di riforma.

1. Liberalizzazioni e regolazione procompetitiva dei mercati dei servizi pubblici

In alcuni settori di servizio pubblico, che hanno grandissima rilevanza per l'economia nazionale e per il benessere dei cittadini, si riscontrano scarsi livelli qualitativi, condizioni economiche insoddisfacenti, distorsioni concorrenziali di varia natura, elevate barriere all'entrata per i nuovi concorrenti. Ciò dipende dal fatto che una incompleta o non corretta liberalizzazione determina il permanere di assetti sostanzialmente monopolistici.

I servizi postali

Il settore postale, dopo una prima fase di liberalizzazione che ha comportato a livello nazionale scarsi effetti concorrenziali, sarà a breve termine oggetto di una radicale riforma, a seguito delle disposizioni comunitarie che prescrivono la completa apertura al mercato dei servizi offerti.

Nelle ristrette aree già liberalizzate, il confronto competitivo è oggi ostacolato dagli effetti delle scelte normative compiute a livello nazionale negli anni '90, che tuttora consentono a Poste Italiane, quale fornitore del servizio universale, di estendere il proprio monopolio in riserva legale anche nelle aree già aperte alla competizione. Si aggiunge a ciò l'esistenza di una serie di previsioni normative che l'Autorità ha da tempo segnalato come distorsive della concorrenza a vantaggio dell'ex monopolista, come, ad esempio, le modalità prescelte per attribuire agevolazioni postali al settore dell'editoria (*cfr. AS419*)

La direttiva 2008/6/CE, che porta a compimento il processo di apertura del settore e dovrà essere recepita entro il 31 dicembre 2010, elimina ogni residua possibilità di mantenere ambiti di mercato riservati, individuando modalità più concorrenziali per finanziare l'offerta del servizio postale universale.

In tale prospettiva, non appare più procrastinabile, come già richiesto in passato dall'Autorità (*cfr. AS391*), una complessiva revisione sia delle condizioni di accesso alla rete postale, attualmente nella sostanza definite da Poste Italiane, sia degli aspetti tariffari per la fornitura dei relativi servizi.

L'Autorità ritiene quindi necessario che venga rapidamente individuato un soggetto regolatore indipendente, che realizzi la liberalizzazione del settore, e consenta all'Italia di dare risposta alla procedura di infrazione comunitaria attualmente pendente.

Inoltre, l'Autorità ritiene che con lo strumento della Legge Annuale dovrebbe senza indugio procedersi direttamente all'eliminazione, dal quadro normativo nazionale, delle disposizioni suscettibili di creare vantaggi competitivi in capo a Poste Italiane nelle aree già aperte alla competizione, al fine di garantire concretamente immediati benefici per i consumatori nei relativi mercati e di creare gli incentivi e le condizioni per garantire un effettivo sviluppo della futura concorrenza nelle aree soggette a prossima liberalizzazione.

I servizi di trasporto ferroviario

Anche nel settore dei trasporti ferroviari le difficoltà incontrate dal processo di liberalizzazione si riverberano in condizioni di offerta ancora insoddisfacenti soprattutto per quanto riguarda la qualità dei servizi.

L'Autorità ha già avuto modo di sottolineare (cfr. AS528), quali elementi negativi sotto il profilo concorrenziale, tanto l'assenza di una chiara distinzione fra gli ambiti aperti alla concorrenza nella fornitura dei servizi ferroviari e gli ambiti in cui tali servizi di trasporto costituiscono servizio pubblico, quanto la prassi delle proroghe di concessioni di lunga durata. Ciò ha prodotto da un lato il mancato contenimento dei sussidi pubblici, dall'altro la definizione di condizioni non competitive nell'offerta del servizio ferroviario merci e passeggeri.

Nel trasporto passeggeri a media e lunga percorrenza, sin dal 2000 la normativa italiana ha recepito le direttive europee, anticipando così i tempi di apertura del mercato nazionale.

Di conseguenza, Trenitalia opera oggi in una duplice veste: da un lato eroga prestazioni in virtù di un Contratto di Servizio Pubblico affidato direttamente, dall'altro fornisce servizi non regolati sotto il profilo tariffario né esplicitamente sussidiati, in un contesto in cui non è nota l'ampiezza dei servizi sussidiati né è chiara la natura delle obbligazioni che legano l'ente regolatore e l'impresa regolata.

Con riguardo ai servizi di *trasporto ferroviario regionale*, questi sono regolati e sussidiati nell'ambito di contratti di servizio della stessa Trenitalia con le singole Regioni, tutti scaduti nel 2007 e oggetto di continue proroghe.

Pur in presenza dell'obbligo di indire entro il 31 dicembre 2010 procedure competitive per i servizi pubblici locali non affidati *in house*, nel settore del trasporto ferroviario regionale il combinato disposto delle norme che, nel 2009, hanno subordinato per il triennio 2009-2011 il finanziamento dello Stato alle Regioni alla stipula di nuovi contratti di servizio con Trenitalia, e delle disposizioni vigenti in materia di durata minima degli affidamenti nel settore (stabilita in sei anni rinnovabili per altri sei), determina come conseguenza che tale operatore rappresenterà di fatto, per molto tempo ancora, il principale fornitore del servizio di trasporto passeggeri regionale. Ciò aggrava i noti problemi regolamentari derivanti dall'esistenza di asimmetrie informative a favore del soggetto regolato, e incide negativamente sul livello dei prezzi dei servizi, basati unicamente sui costi dichiarati dell'incumbent.

Si aggiunga a ciò che, nei pochi casi in cui è stato utilizzato lo strumento della selezione competitiva per l'affidamento dei servizi, si registrano numerose difficoltà attuative (cfr. AS658); spesso, inoltre, le modalità prescelte nella predisposizione di bandi hanno favorito il precedente gestore, in un contesto in cui i risultati della gara pesa fortemente la scarsa disponibilità del materiale rotabile, circostanza che in alcuni casi può comportare un'ulteriore discriminazione a favore delle imprese già operanti.

In conclusione, varie inefficienze regolatorie contribuiscono a spiegare le insoddisfacenti condizioni di offerta dei servizi di trasporto ferroviario; esse hanno altresì innalzato gli incentivi alla segmentazione della domanda da parte del principale operatore di trasporto ferroviario, lasciando in linea generale eccessivi spazi di autonomia alle sue condotte di impresa, con conseguenze rilevanti tanto ai fini dell'applicazione della legge a tutela della concorrenza e del mercato, quanto delle norme a tutela dei consumatori (cfr. AS635).

L'Autorità ritiene quindi opportuno che si stabilisca una precisa definizione normativa dell'ambito di servizio universale, identificando direttrici e servizi meritevoli di contribuzione e distinguendo fra dimensione regionale e interregionale del servizio, al fine di giungere, con criteri di trasparenza, pubblicità e verificabilità all'individuazione del perimetro del servizio in affidamento e alla corretta quantificazione del relativo corrispettivo.

Inoltre appare importante stabilire l'obbligo di procedere sempre tramite gara all'aggiudicazione della gestione dei servizi di trasporto nelle aree non profittevoli, al fine di minimizzare il ricorso ai sussidi pubblici a parità di livelli tariffari e qualità dei servizi resi.

In tale ottica, con riguardo ai servizi di trasporto ferroviario locale, appare necessario eliminare le disposizioni che innalzano le barriere all'entrata sul mercato da parte di nuovi operatori e disincentivano l'espletamento di gare, quali quelle che vincolano la disponibilità di risorse pubbliche per le Regioni alla stipula di nuovi contratti di servizio con Trenitalia.

I servizi autostradali e quelli aeroportuali

Con riguardo alla gestione delle infrastrutture e all'offerta di *servizi autostradali* oggetto di concessione, l'Autorità ha da sempre sostenuto tanto la necessità di procedere a selezioni ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, quanto l'esigenza di limitare la durata delle concessioni e il loro ambito oggettivo. In mercati come quelli considerati, dove non risulta praticabile una competizione nell'offerta dei servizi, appare necessario che i principi di concorrenza vengano applicati nella fase di individuazione del soggetto concessionario, in modo da minimizzare, con

un processo competitivo a monte, gli oneri per lo Stato e la collettività. In questa prospettiva, è altresì necessario contenere la durata degli affidamenti per contemperare i pur necessari incentivi agli investimenti con la tempestività dell'adeguamento delle condizioni di offerta. In tal senso, l'Autorità aveva giudicato inopportuno, sotto il profilo concorrenziale, le proroghe a suo tempo avvenute in favore dei precedenti concessionari, fra cui Autostrade per l'Italia S.p.A., la quale il 1° gennaio 2008 ha stipulato da ultimo una Convenzione con l'ANAS S.p.A di durata trentennale.

Più di recente, l'Autorità si è soffermata sugli aspetti critici della normativa prevista dalla suddetta Convenzione in materia di regolamentazione tariffaria dei relativi servizi offerti alla clientela (cfr. AS455).

Infatti, le disposizioni attualmente vigenti prevedono una metodologia di revisione delle tariffe autostradali che, per tutto il periodo di durata della Convenzione, e quindi fino al 2038, si basa sull'adeguamento al tasso di inflazione rilevato dall'ISTAT per i prezzi al consumo. Tale metodologia, a differenza dei criteri precedentemente applicati, basati su una formulazione di tipo *price-cap*, non consente di verificare gli incrementi di produttività ottenuti dal gestore nel periodo regolatorio, né di rivedere periodicamente le tariffe. In questo modo gli incrementi di produttività non sono ridistribuiti agli utenti neppure in parte e si trasformano in rendite monopolistiche.

Con riguardo alle condizioni di offerta agli utenti finali dei *servizi di trasporto aereo*, l'Autorità ha sottolineato di recente gli effetti anticompetitivi della permanenza di disposizioni regolamentari che, mantenendo restrizioni alle capacità operative dei più importanti aeroporti, costituiscono impedimenti all'auspicabile incremento del numero dei concorrenti e, per tale via, deprimono i benefici concorrenziali derivanti dalla liberalizzazione di tali servizi (cfr. AS522).

Peraltro, fra le più importanti determinanti delle condizioni di offerta dei servizi di trasporto aereo trovano spazio le condizioni di offerta applicate nel mercato a monte dell'offerta di *servizi aeroportuali*, in relazione alla cui regolazione si riscontrano forti criticità concorrenziali.

Come nel settore autostradale, anche nel caso delle gestioni aeroportuali la caratteristica di monopolio naturale dell'attività comporta un esercizio in esclusiva della gestione; inoltre, anche in questo caso l'affidamento della gestione delle infrastrutture aeroportuali italiane è avvenuto storicamente in assenza di procedure di gara, mediante sistematici rinnovi di concessioni di durata ingiustificatamente lunga (fino a 40 anni) a vantaggio delle medesime imprese già titolari della gestione, peraltro in un quadro altamente disomogeneo nelle diverse realtà aeroportuali.

L'elevata frammentazione dell'attività regolatoria, in parte svolta dall'ENAC, in parte mediante l'attività di regolamentazione tariffaria del CIPE, e l'assenza di una significativa "concorrenza per il mercato" che si avrebbe nel caso di una adeguata cadenza temporale del rinnovo delle concessioni, comportano che, nel settore, l'attività di controllo regolamentare sull'operato dei gestori non determini i necessari incentivi all'efficienza.

In tale contesto, l'Autorità è intervenuta indicando i criteri, coerenti con i principi concorrenziali, applicabili per le modalità di definizione dei corrispettivi applicati dai gestori agli operatori aeroportuali (cfr. AS426). Tali corrispettivi devono trovare la loro base unicamente nei costi effettivamente sostenuti per la gestione dell'infrastruttura.

Una definizione errata dei valori dei corrispettivi, traducendosi in un incremento dei costi sopportati dalle compagnie aeree nella fase aeroportuale, determina un incremento dei prezzi pagati dal consumatore per i servizi di trasporto aereo. Tale effetto negativo è tanto maggiore quanto meno il sistema tariffario per i corrispettivi aeroportuali è in grado di incentivare gli investimenti e l'ampliamento della capacità: tale elemento permette infatti di introdurre maggiore concorrenza nella fase di trasporto aereo, e quindi, per questa via, rende meno probabile il trasferimento sui prezzi dei costi sopportati dai vettori.

Anche nel caso dei servizi aeroportuali, appare, quindi, necessario che i criteri prescelti di regolamentazione tariffaria siano tali da minimizzare l'impatto sui prezzi dei servizi aerei, consentendo così agli utenti finali di trattenere parte degli incrementi di produttività dei gestori delle infrastrutture.

In conclusione, settori come quello autostradale e dei servizi aeroportuali richiedono che l'affidamento della concessione, in cui di fatto consiste l'accesso al mercato, avvenga attraverso l'utilizzo di procedure di selezione competitiva e sia di breve durata, compatibilmente con il livello degli investimenti da sostenersi, e di ambito delimitato. E' importante, inoltre, regolare le tariffe attraverso schemi che creino incentivi all'efficienza da parte del soggetto regolato, con la contestuale garanzia che una parte del beneficio di riduzione dei costi vada a favore dei consumatori finali.

In tal senso, la Legge Annuale dovrebbe contenere misure atte a garantire l'applicazione di tali principi nei settori di cui trattasi, anche attraverso una importante riforma degli schemi di regolazione finora utilizzati.

La regolazione pro-competitiva: indipendenza e competenza tecnica

Il quadro fin qui illustrato consente di ritenere che, almeno per i due importanti settori di servizio pubblico esaminati, si debba avviare con decisione una nuova stagione di regolazione pro-competitiva dei mercati. Si tratta di abbandonare i retaggi del passato e di procedere verso la definizione di nuovi assetti, che garantiscano al Paese la possibilità di fruire di servizi postali e di trasporto efficienti, di elevata qualità e a condizioni economiche accessibili.

Nel settore dei trasporti, la specificità della situazione italiana, caratterizzata da competenze regolatorie frammentate, distribuite tra diversi Uffici, Amministrazioni, Agenzie, non sempre ispirate a principi di apertura al mercato e tutela del consumatore, né connotate dalla necessaria distinzione fra regolatore e regolato, suggerisce l'opportunità di ricondurre il quadro esistente a maggiore unitarietà e indipendenza; tale risultato potrebbe, ad esempio, essere raggiunto unificando le competenze in un'unica istituzione, che sia per propria natura non esposta a fenomeni di cattura del regolatore.

Appare, quindi necessario che, in relazione al settore postale e a quello dei trasporti, si individuino nell'ambito della Legge Annuale, a garanzia del completamento dei processi di liberalizzazione e dell'effettivo raggiungimento di risultati concorrenziali sui mercati, due regolatori caratterizzati da indipendenza ed elevata competenza tecnica.

A tale riguardo, l'Autorità osserva che, a maggior ragione nell'attuale fase storica, l'applicazione dei generali principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa suggerisce, al fine di evitare la proliferazione di organismi di controllo, l'attribuzione delle suindicate funzioni ad Autorità già esistenti che possiedano le caratteristiche richieste, le quali potranno eventualmente istituire sezioni separate all'interno della propria struttura organizzativa, per supplire ai nuovi compiti di regolazione pro-concorrenziale.

2. Le riforme pro-concorrenziali nel settore energetico

La distribuzione dei carburanti

Il settore della distribuzione dei carburanti è caratterizzato, in Italia, da un grado molto elevato di inefficienza: in particolare, il confronto con altri Stati membri mostra il sovradimensionamento di una rete costituita, per la gran parte, da impianti di dimensione molto ridotta. Tale inefficiente struttura distributiva condiziona negativamente per i consumatori la definizione dei livelli di servizio e dei prezzi del carburante, e trova in parte motivazione in una regolamentazione storica all'accesso ingiustificatamente restrittiva, che ha limitato la possibilità di godere di economie di scala e di scopo, attraverso vincoli all'apertura di impianti multiprodotto di maggiori dimensioni.

L'accesso all'attività è stato di recente liberalizzato dall'articolo 83-*bis* della legge n. 133/2008, che ha eliminato i principali vincoli in sede di rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di un nuovo impianto. Anche in tale settore, appare necessario tuttavia che il processo di riforma trovi un suo completamento attraverso l'eliminazione dei vincoli residui in termini di limiti di orari e varietà merceologica dei servizi offerti, nonché attraverso la creazione di forme di incentivazione volte a rendere conveniente lo sviluppo di una struttura distributiva più snella ed efficiente (cfr. AS379).

Peraltro, anche con riferimento ai confini attuali della liberalizzazione, l'Autorità ha sottolineato le difficoltà incontrate dalla riforma, soprattutto nella sua declinazione a livello locale: le Regioni hanno reintrodotti infatti vincoli all'accesso imponendo ai nuovi entranti sia obblighi asimmetrici di fornitura di carburanti eco-compatibili, sia restrizioni alle modalità di funzionamento degli impianti completamente automatizzati (cd. *ghost*), alla loro struttura, e infine, agli orari di apertura e ai turni degli impianti stessi (cfr. AS502).

L'Autorità osserva, peraltro, che l'attività di distribuzione dei carburanti potrebbe in futuro essere coinvolta da un più generale riassetto dell'intero settore petrolifero. A tale riguardo, impregiudicata ogni valutazione futura su concreti progetti legislativi, si ritiene in linea generale che le iniziative finalizzate a garantire una maggiore indipendenza del segmento distributivo da quello della produzione possano apportare benefici concorrenziali, avvicinando la struttura italiana a quella prevalente in altri Stati membri, nei quali più ridotta appare la pressione inflazionistica sui carburanti derivante da aumenti dei prezzi della materia prima.

L'introduzione di una maggiore concorrenza fra le diverse fasi della filiera non dovrebbe però essere ostacolata dall'introduzione di forme di diffusa regolazione strutturale e dei prezzi, che non trova motivazioni di teoria economica nella configurazione e nel funzionamento dei mercati in questione: per questi appare viceversa auspicabile l'introduzione di appropriati incentivi che inneschino un processo di ristrutturazione della rete carburanti basato su criteri di mercato e improntato a criteri di efficienza.

Con riguardo al settore della distribuzione dei carburanti in rete, l'Autorità ritiene quindi che la Legge Annuale potrebbe utilmente introdurre nuove misure atte a incentivare ulteriormente un processo di ristrutturazione della rete carburanti, eliminando i limiti che permangono alla varietà merceologica dei servizi offerti e alle modalità di funzionamento degli impianti, al fine di incentivare l'ingresso sul mercato di operatori più efficienti. Inoltre, essa dovrebbe contenere linee di indirizzo vincolanti per le normative regionali in materia di autorizzazione allo svolgimento dell'attività di distribuzione necessarie a garantire un'omogenea attuazione della legge nazionale.

La filiera del gas

La progressiva liberalizzazione di derivazione comunitaria dei mercati del gas naturale ha comportato nell'ultimo decennio un profondo processo di ristrutturazione di settore: sono stati imposti obblighi di separazione societaria tra le fasi in monopolio (trasporto, stoccaggio e distribuzione) e quelle esercitabili in concorrenza (approvvigionamento e vendita); in prospettiva, la recente Direttiva 2009/73/CE renderà ancora più stringenti gli obblighi di *unbundling* tra le varie fasi della filiera. I recenti impegni assunti da Eni nei confronti della Commissione Europea, relativi alla cessione della proprietà (ma non dei diritti di transito) su alcuni gasdotti internazionali di adduzione di gas in Italia, vanno interpretati come ulteriori positivi elementi in questa direzione.

Ciononostante, il processo di apertura alla concorrenza nel mercato del gas naturale nel nostro Paese è ancora largamente insufficiente in termini sia di riduzione di peso dell'operatore dominante sia di sostanziale riduzione dei prezzi finali.

Con riferimento all'attività di distribuzione, la fase attuale vede come prossima la scadenza di tutte le concessioni affidate senza gara esistenti al momento dell'approvazione della legge di riforma del settore (Decreto Legislativo n. 164/2000). L'evoluzione del quadro regolatorio tuttavia attualmente attende l'individuazione, da parte del Governo, dei

criteri di definizione dei nuovi ambiti territoriali di concessione e di selezione dei soggetti aggiudicatari (cosiddetto "bando tipo").

A tale riguardo, l'Autorità richiama la necessità di utilizzare procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi concessionari. Ciò non solo determina una selezione efficiente di soggetti che godranno di una posizione di monopolio legale per dodici anni, ma permette anche di attenuare i possibili effetti anticompetitivi sui mercati della vendita al dettaglio del gas, derivanti dall'esercizio dei vantaggi goduti dagli attuali concessionari nei propri ambiti storici di riferimento (cfr. AS427).

Anche l'attività di stoccaggio di gas naturale presenta alcune criticità idonee a influenzare negativamente la concorrenza su tutti i mercati della filiera e, in particolare, su quelli della vendita a grandi clienti industriali e termoelettrici. Come già evidenziato nelle conclusioni dell'indagine conoscitiva svolta nel 2009 congiuntamente al regolatore settoriale, appare necessario modificare le procedure di accesso all'attività di stoccaggio, al fine di attenuare i vantaggi del concessionario della coltivazione, rendere più efficienti e trasparenti le procedure di assegnazione delle nuove concessioni gestite dal Ministero dello sviluppo economico e ridurre i tempi di assegnazione delle concessioni, anche a valle della selezione operata dallo stesso Ministero (cfr. IC38).

In conclusione, con riguardo ad una disciplina pro-concorrenziale del settore del gas, in grado di accompagnare e rendere effettivo il processo di liberalizzazione, l'Autorità sottolinea la necessità dell'utilizzo di modalità di selezione competitiva dei soggetti concessionari dell'attività di distribuzione, e la rilevanza dell'adozione di misure atte a ridurre i vantaggi dell'operatore dominante nella coltivazione, attraverso modalità non discriminatorie di accesso all'attività di stoccaggio.

3. La concorrenza nel settore bancario-assicurativo e il nodo degli interlocking directorates

L'Autorità ritiene che, anche nell'attuale momento storico, l'introduzione di condizioni concorrenziali nell'offerta di servizi bancari, finanziari e assicurativi rivesta una fondamentale importanza per lo sviluppo dell'economia italiana.

Sotto il profilo dell'accesso al mercato, al fine di garantire dinamiche più concorrenziali nell'offerta, ad esempio dei servizi bancari, appare necessario prevedere misure di apertura ad operatori non creditizi di determinati segmenti di attività, come quello dei servizi di pagamento. Tale approccio, in linea con il più recente orientamento comunitario espresso nella direttiva 2009/110/EC, sarebbe idoneo a determinare una maggiore pressione competitiva sugli operatori con positivi effetti sulla qualità e sui prezzi di tali servizi, che rappresentano un'importante voce di costo per molta parte dell'economia nazionale.

Con riguardo invece alle modalità di funzionamento del mercato nei suoi confini attuali, è certamente necessario continuare a promuovere una maggiore semplificazione, trasparenza e comparabilità delle informazioni al consumatore, al fine di consentire una maggiore mobilità della domanda. Tanto nel settore bancario quanto in quello assicurativo, il quale ha visto la positiva introduzione di una riforma diretta a superare la preesistente integrazione fra compagnie e agenti (cfr. AS497), tale approccio appare indispensabile per riformare in senso concorrenziale mercati che, pur in presenza di una molteplicità di operatori, sono stati sempre caratterizzati da una rilevante uniformità delle prassi commerciali e da una asimmetria informativa a scapito del consumatore.

L'Autorità riscontra infine che gli assetti di *governance* delle banche e delle assicurazioni presentano una conformazione insoddisfacente sotto il profilo concorrenziale: l'ampia diffusione di legami azionari e personali fra operatori concorrenti, la figura ambigua dell'amministratore indipendente, sono elementi che concorrono ad ostacolare l'instaurarsi di una reale concorrenza nei mercati dei servizi finali (cfr. AS496).

Nella consapevolezza che i profili sui quali risulta necessario intervenire sottendono questioni di grande rilevanza e complessità, la cui disciplina difficilmente potrebbe essere compiutamente definita con norme di immediata applicazione contenute nel disegno di legge annuale per il mercato, l'Autorità ritiene tuttavia che in esso debbano essere contenute disposizioni di principio miranti a risolvere le problematiche concorrenziali derivanti dalla diffusa presenza di *interlocking directorates*, lasciando poi agli statuti la loro concreta attuazione.

4. La necessità di una concorrenza effettiva negli affidamenti pubblici

Un'attenzione particolare richiede poi l'agire dello Stato come soggetto economico, che incide in modo trasversale sulla conformazione concorrenziale di tutti i settori di mercato.

Ci si riferisce, in termini generali, al tema degli affidamenti pubblici, ovvero alle modalità con le quali lo Stato, in qualità di soggetto concedente, o acquirente, è in grado di condizionare il funzionamento dei mercati; lo studio condotto dall'Autorità sui propri interventi in materia ha posto in evidenza l'esistenza di problematiche concorrenziali a tale riguardo, analizzabili sotto almeno due profili.

In primo luogo, l'Autorità ha riscontrato che, pur con talune lodevoli eccezioni, molte pubbliche amministrazioni, tendono a limitare, ove possibile, il ricorso a procedure di selezione competitiva. A ciò si aggiunge l'utilizzo reiterato delle normative di gestione emergenziale, che consentono affidamenti di appalti di lavori e servizi in via diretta (cfr. AS465), come pure il ricorso agli affidamenti *in-house*.

Inoltre, risulta sostanzialmente assente il ricorso a procedure di selezione competitiva nel rilascio di concessioni di beni pubblici, e ciò in molti settori, che vanno dal demanio marittimo (cfr. AS551) all'utilizzo delle acque termali (cfr. AS402).

Il problema segnalato emerge, infine, con particolare rilevanza in altri settori, tra cui quello dell'energia elettrica, dove l'Autorità ha di recente segnalato l'utilizzo di procedure di gara insoddisfacenti per l'affidamento di importanti concessioni per la derivazione d'acqua ad uso idroelettrico (cfr. AS650), quello, già richiamato, della distribuzione di gas naturale, in numerosi mercati del trasporto pubblico (cfr. AS528; AS549), nonché in mercati relativi a diversi servizi (cfr. AS569), ecc..

In secondo luogo, anche quando la gara è effettivamente lo strumento utilizzato per la selezione dell'impresa affidataria l'Autorità ha rinvenuto – il più delle volte su denuncia di imprese escluse - che in molti casi le modalità organizzative e la formulazione dei bandi di gara appaiono ingiustificatamente restrittive. Ciò vale per gli affidamenti in numerosi e diversi settori: servizio idrico integrato (cfr. AS510); trasporto pubblico locale (cfr. AS461); beni demaniali per finalità turistico-ricreative (cfr. AS481); smaltimento dei rifiuti (cfr. AS442). Giova, da ultimo, sottolineare che lo studio condotto ha evidenziato la particolare resistenza delle amministrazioni pubbliche a recepire i rilievi e le osservazioni formulate dall'Autorità sia con riferimento all'an della gara che al *quomodo* della stessa.

A fronte della particolare criticità dell'agire amministrativo nel campo degli affidamenti pubblici, si prospetterà nella sezione seguente una proposta di rafforzamento degli strumenti di intervento dell'Autorità, utile a sostenere il processo di progressiva apertura dell'azione amministrativa al principio di concorrenza.

Sempre in materia di gare pubbliche, una problematica che l'Autorità ha frequentemente accertato nell'esercizio della propria attività di controllo concerne la realizzazione di forme varie di collusione fra le imprese partecipanti, suscettibile di vanificare in radice i benefici del meccanismo competitivo.

In tale prospettiva, destano particolare preoccupazione le modalità, recentemente prescelte dal legislatore nazionale, per dare attuazione alla sentenza con cui la Corte di Giustizia ha ritenuto che determinasse un'ingiustificata compressione del *favor participationis* la norma nazionale che vietava in senso assoluto la partecipazione alla medesima gara di due imprese legate da un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del c.c., dovendo viceversa tale causa di esclusione essere valutata in concreto, con riguardo alla possibilità che il rapporto di controllo formale definisca effettivamente l'esistenza di un unico centro decisionale in relazione alla offerte di gara.

L'articolo 3 della legge n. 166/2009 (di conversione del d.l. n. 135/2009), infatti, nell'eliminare il divieto assoluto precedentemente previsto, ha disposto altresì la presentazione di una semplice auto-dichiarazione da parte delle imprese circa il fatto che il rapporto di controllo con altri partecipanti alla gara, laddove esistente, non sia atto a condizionare l'autonomia delle relative offerte; ha previsto, infine, la possibilità per le stazioni appaltanti di disporre l'esclusione di una o più imprese partecipanti, solo sulla base di una verifica successiva alla valutazione delle offerte economiche presentate.

L'Autorità, nel ribadire l'importanza generale del principio del *favor participationis*, intende cogliere questa occasione per segnalare al legislatore che le nuove recenti disposizioni aumentano potenzialmente il rischio collusivo rispetto al passato, in particolare laddove non garantiscono appieno la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere una completa e ponderata valutazione in ordine alla effettiva capacità del rapporto di controllo di influire sulla necessaria autonomia delle offerte.

In tal senso, l'Autorità ritiene necessario che, in sede di disciplina attuativa della norma, il legislatore definisca in modo dettagliato un insieme di elementi informativi minimi che le imprese debbono produrre in allegato alla prescritta autodichiarazione¹.

5. Una più efficace applicazione delle regole a tutela della concorrenza e del consumatore da parte dell'Autorità

L'esperienza maturata in molti anni di attività di tutela della concorrenza e di tutela del consumatore ha evidenziato talune problematiche rispetto alle quali gli strumenti a disposizione dell'Autorità si sono rivelati sostanzialmente inadeguati.

Per tale ragione questa Autorità intende sottoporre al legislatore alcune proposte di rafforzamento dei propri poteri di intervento, suscettibili di accrescere l'efficacia della propria azione amministrativa.

In primo luogo, una questione di rilevanza generale emersa in modo costante e regolare nell'esercizio della propria funzione di *competition advocacy* è la ricorrente difficoltà di applicazione a livello regionale e locale dei principi pro-concorrenziali stabiliti dalle norme nazionali. La ricognizione effettuata ai fini della Legge Annuale ha evidenziato, più specificamente, che in molti mercati permangono oggi discipline regionali ingiustificatamente restrittive, spesso in aperto contrasto con gli interventi di liberalizzazione adottati in sede nazionale.

Emblematiche sono le evidenze riscontrate, ad esempio, in materia di *distribuzione commerciale*, dove le modalità di esercizio da parte delle Regioni delle funzioni di regolazione e di indirizzo dei corrispondenti poteri di autorizzazione in

¹ [A titolo puramente esemplificativo, appare necessario che le imprese producano, oltre alle usuali informazioni sulla propria struttura societaria ed eventualmente del gruppo di appartenenza, nonché sui rapporti economici fra loro intercorrenti in particolare nei casi di rapporti di acquisto o fornitura, anche indicazioni sull'esistenza e sui contenuti di eventuali patti parasociali nei diversi azionariati. Dovrebbero pure essere fornite indicazioni di dettaglio sulla composizione dei diversi organi societari, con particolare riguardo a quelli deliberanti su scelte strategiche, inerenti la possibile sussistenza di legami personali o di compresenza degli stessi amministratori negli organi delle imprese, con conseguente presunzione di violazione del requisito della riservatezza delle offerte; infine, assume rilievo anche la sussistenza di eventuali legami finanziari, in grado di condizionare reciprocamente, pur in un contesto organizzativo basato su processi decisionali formalmente distinti, i risultati economici delle imprese interessate.]

capo ai Comuni non hanno consentito l'attesa evoluzione dell'offerta in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, ostacolando la modernizzazione degli assetti di mercato esistenti (cfr. AS480; AS399).

Analoghe problematiche sono state registrate con riguardo a mercati più specifici dell'attività di distribuzione, quali quelle già richiamate in materia di distribuzione dei carburanti (cfr. AS502); particolare rilevanza, inoltre, stanno assumendo di recente i vincoli normativi e procedurali che molte Regioni impongono all'insediamento dei nuovi esercizi ammessi alla distribuzione dei farmaci senza obbligo di prescrizione medica e alle modalità di svolgimento della loro attività, specialmente in termini di orari di apertura, denominazioni, insegne, simboli utilizzabili, con effetti che condizionano negativamente l'auspicata liberalizzazione di settore (cfr. AS381; AS413; AS383).

Nelle varie discipline locali del servizio idrico integrato, frequente poi è risultata l'adozione da parte delle Regioni di regolazioni che in alcuni casi si discostano, in altri casi apertamente contraddicono le scelte nazionali in tema di definizione della tariffa idrica, affidamento del servizio, gestione integrata dei diversi segmenti di attività (cfr. AS512; AS469; AS486; AS446). Non meno rilevanti, infine, sono le distorsioni introdotte a livello locale nello svolgimento di varie attività professionali (cfr. AS541; AS460; AS456).

In tutti questi casi, l'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne un omogeneo svolgimento nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale. Il problema del difficile adeguamento ai principi concorrenziali delle discipline regionali è da molto tempo - quantomeno dalla riforma del Titolo V della Cost. - ben presente alla dottrina più sensibile al tema. In quest'ottica, è stata sottolineata l'importanza cruciale che riveste, per il funzionamento di alcuni meccanismi propri del federalismo competitivo, la funzione di promozione della concorrenza a livello centrale.

Poiché la norma introduttiva della Legge Annuale per il mercato e la concorrenza ha previsto che con tale strumento il legislatore possa dettare "principi fondamentali" nelle materie di competenza delle Regioni, l'Autorità ritiene che tale possibilità vada ampiamente colta in relazione ai diversi settori economici nei quali essa ha segnalato nel tempo specifiche criticità concorrenziali.

D'altra parte, l'Autorità è anche consapevole che la necessità di realizzare rigorosamente e coerentemente il processo di evoluzione pro-concorrenziale dell'ordinamento generale anche a livello decentrato richiede l'introduzione di strumenti aggiuntivi e ulteriori rispetto a quelli già oggi previsti. In particolare, a fronte dell'esito insoddisfacente dei propri interventi consultivi e di segnalazione, quale emerso dall'indagine appositamente svolta, appare necessario rafforzare la funzione di controllo tecnico dell'Autorità con riferimento alla generale rispondenza delle discipline regionali agli interventi di riforma pro-concorrenziale approvati dal Parlamento, ed anche, più in generale, alla coerenza delle leggi nazionali con i principi di concorrenza.

In tal senso, la Legge Annuale potrebbe riconoscere nella specifica competenza tecnica dell'Autorità in materia di tutela della concorrenza una nuova e ulteriore fonte di individuazione e soluzione di problematiche come quella sopra evidenziata, ad esempio attribuendo a tale Istituzione, in quanto soggetto dotato di peculiari connotazioni di indipendenza, terzietà e qualificazione tecnica, la legittimazione a sollevare, direttamente nell'ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale in relazione a previsioni ritenute in violazione del principio costituzionalmente protetto della libera concorrenza.

In sintesi, l'Autorità auspica, pertanto, che il legislatore voglia, al fine di contrastare efficacemente il problema della regolazione ingiustificatamente distorsiva, integrare le competenze dell'Autorità, dotandola della legittimazione a sollevare, nell'ambito dei procedimenti volti all'accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, nonché della facoltà di proporre al Consiglio dei Ministri l'impugnativa delle discipline regionali in contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

Il problema della mancata osservanza dei principi e delle regole di concorrenza investe in modo preoccupante non soltanto l'attività legislativa, ma anche l'agire delle amministrazioni pubbliche, nazionali o locali.

Viene a tal proposito in rilievo certamente la problematica - già specificamente evidenziata - della insufficiente attenzione alle regole di concorrenza nella materia degli affidamenti pubblici; ma, più in generale, esso riguarda la generalità dei casi in cui l'esercizio della funzione amministrativa, incidendo sullo svolgimento delle attività economiche, trova esplicazione senza tenere nella debita considerazione l'impatto prodotto sulla dinamica concorrenziale. Con riferimento a tale profilo, i poteri attualmente previsti in capo all'Autorità - ovvero consultivi, di segnalazione, di disapplicazione nell'ambito di propri procedimenti istruttori - appaiono poco incisivi.

Alla luce di ciò, e tenuto conto dell'importanza di promuovere una maggiore osservanza dei principi concorrenziali nel campo dell'attività amministrativa, non appare inopportuno considerare un rafforzamento del contributo che potrebbe fornire questa Autorità nella definizione di una conformazione più concorrenziale dell'agire della pubblica amministrazione nell'economia.

In tale ottica, appare importante che il legislatore voglia attribuire all'Autorità, laddove essa ritenga che un atto della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica sia illegittimo per violazione delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, la legittimazione ad impugnarlo davanti agli organi della giustizia amministrativa,

avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato. L'attribuzione di una tale legittimazione, e il suo successivo esercizio nel tempo da parte dell'Autorità, garantirebbero già nel medio termine un forte incentivo alla piena adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di procedure di affidamento rispondenti a criteri realmente competitivi, ottenendosi così concreti risultati di miglioramento del funzionamento dell'economia nel suo complesso.

In sintesi, l'Autorità auspica che il legislatore voglia, al fine di rafforzare l'applicazione dei principi concorrenziali nell'agire della pubblica amministrazione, dotare l'Autorità della legittimazione ad adire il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento degli atti di particolare rilevanza della pubblica amministrazione illegittimi per violazione dei principi e delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza.

Ulteriori accorgimenti e modifiche è opportuno, infine, adottare nel settore nella tutela dei consumatori, dove l'entrata in vigore del Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146, di recepimento della direttiva n. 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali corrette, ha - come noto - ampliato l'ambito di intervento dell'Autorità rispetto alla dinamica dei rapporti tra professionista e consumatore.

Nel sostituire gli artt. 18-27 del Decreto Legislativo n. 206/05, tale decreto ha attribuito nuovi poteri all'Autorità, sancendone il ruolo nell'ordinamento di Istituzione pubblica responsabile *"dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori"* (articolo 27, comma 1, del Codice del Consumo).

L'esercizio delle nuove competenze da parte dell'Autorità ha consentito di colmare una rilevante lacuna nel nostro ordinamento, elevando lo standard generale di tutela dei diritti dei consumatori. L'esperienza applicativa fin qui maturata ha, tuttavia, posto in luce anche talune inadeguatezze e carenze della disciplina, sostanziale e procedurale, che occorre superare perché risulti garantita la piena effettività del diritto dei consumatori.

In tale ottica, appare opportuno anzitutto sottolineare l'importanza di superare l'attuale frammentarietà dell'assetto istituzionale in materia di tutela dei consumatori, attribuendo tutte le competenze oggi esistenti in tale ambito ad un unico soggetto pubblico. L'indicazione di tale proposta nasce dalla corrente constatazione che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette interseca regolarmente l'ambito di applicazione di altre norme volte a tutelare gli interessi economici dei consumatori. In tal senso, si consideri che, in primo luogo, la medesima condotta posta in essere dal professionista può rilevare ai sensi di una pluralità di disposizioni del Codice del Consumo: è il caso, ad esempio, della inottemperanza agli obblighi di informazione del consumatore dettati dalle regole in materia di contratti a distanza o di servizi turistici, che - in virtù del rinvio dell'articolo 22, comma 5, del Codice del Consumo - integra ex se una pratica commerciale scorretta.

In secondo luogo, nel contesto della propria attività commerciale, le imprese possono adottare comportamenti complessi, funzionalmente collegati da un disegno strategico unitario, le cui diverse componenti - se isolatamente considerate - potrebbero costituire violazioni indipendenti di più norme del Codice del Consumo: così, ad esempio, nell'ipotesi di un messaggio pubblicitario che induca il consumatore a stipulare un contratto da cui derivano diritti ed obblighi fortemente sbilanciati in suo danno.

In queste circostanze, l'accertamento e l'efficace repressione delle condotte illecite sono resi disagevoli dall'artificiale frazionamento delle competenze in materia di protezione degli interessi economici dei consumatori nel Codice del Consumo.

L'Autorità auspica, pertanto, che il legislatore voglia opportunamente intervenire per superare tale frammentazione delle competenze amministrative e concentrare in capo ad essa le competenze di tutela diretta dei consumatori, tra cui in particolare quella volta a inibire in via amministrativa le clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati.

La scelta di concentrare tutte le competenze in capo all'Autorità avrebbe innanzitutto il pregio di consentire ad essa di svolgere una valutazione unitaria della condotta posta in essere dalle imprese, con positive ricadute in termini di certezza giuridica e di efficacia dell'intervento. Inoltre, eviterebbe il rischio di una duplicazione degli accertamenti e dei procedimenti sanzionatori in relazione a condotte parzialmente coincidenti, garantendo una maggiore efficienza dell'azione amministrativa e una riduzione degli oneri per le imprese. Infine, i consumatori i cui interessi economici siano stati pregiudicati dalla condotta illegittima di un professionista potrebbero rivolgersi ad un'unica autorità amministrativa - come d'altronde già avviene in altri Stati membri - e questo potrebbe incentivare la loro capacità di reazione rispetto alle condotte illecite.

Riguardo la vigilanza sulla pubblicità televisiva, allo scopo di meglio contemperare la libertà d'impresa con le legittime esigenze del controllo e per evitare o limitare più prontamente il pregiudizio al consumatore, sarebbe necessaria l'adozione di una normativa che consenta al professionista responsabile dei messaggi, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio; l'Autorità, quindi, valutata l'idoneità degli impegni e la loro completa esecuzione nel termine, definirebbe il procedimento senza accertare l'illecito.

Infine, alcune modifiche appaiono indispensabili in materia di procedimento istruttorio di fronte all'Autorità. In proposito, l'Autorità auspica la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie per le ipotesi in cui il proprietario del mezzo di diffusione impiegato per la diffusione di una pratica commerciale rifiuta senza giustificato motivo di identificarne il committente o di fornire copia della comunicazione commerciale, ovvero fornisca informazioni non

corrispondenti al vero. Inoltre, esigenze di efficienza dell'azione amministrativa e di contenimento dei tempi del procedimento istruttorio impongono che l'acquisizione del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sia obbligatoria per le sole ipotesi in cui la pratica commerciale esaminata riguardi prodotti e servizi relativi al settore della stampa periodica o quotidiana ovvero il settore della radiofonia o della televisione ovvero il settore delle telecomunicazioni, incluse le comunicazioni elettroniche. In ogni caso, l'acquisizione del parere dovrebbe essere esclusa qualora l'Autorità intenda definire celermente il procedimento attraverso l'adozione di una decisione con impegni.

In sintesi, dunque, l'Autorità auspica che il legislatore voglia:

- i) concentrare in capo ad essa le competenze di tutela diretta dei consumatori, tra cui in particolare quella volta a inibire in via amministrativa le clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati; fatta salva la competenza dell'AGO di dichiararne la nullità;*
- ii) introdurre, in materia di pubblicità televisiva, la possibilità per il professionista, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio;*
- iii) prevedere sanzioni amministrative per le ipotesi in cui il proprietario del mezzo di diffusione rifiuti senza giustificato motivo di identificarne il committente o di fornire copia della comunicazione commerciale, ovvero fornisca informazioni non corrispondenti al vero;*
- iv) prevedere che l'acquisizione del parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sia obbligatoria per le sole ipotesi in cui la pratica commerciale esaminata riguardi prodotti e servizi relativi al settore della stampa periodica o quotidiana ovvero il settore della radiofonia o della televisione ovvero il settore delle telecomunicazioni; la stessa dovrebbe inoltre essere esclusa in caso di decisione con impegni.*

L'Autorità confida che le proprie osservazioni e i propri suggerimenti siano tenuti nella massima considerazione dal legislatore nel quadro di un provvedimento concepito per rimuovere le restrizioni ingiustificate e promuovere in modo regolare e sistematico l'evoluzione filo-concorrenziale dell'ordinamento, a beneficio dei consumatori.

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà