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 - *Indirizzo di saluto* 9
G. Amato - *La cultura della concorrenza in Italia dagli anni '80 al 2000* 13
A. Fazio - *La concorrenza nel settore delle banche e il ruolo della Banca d'Italia* 21

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

F. Silva - *La prospettiva economica: competizione, collusione e potere di mercato* 33
M. Libertini - *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano* 69

**Parte terza**
**L'esperienza di altri paesi**

H. Hovenkamp - *Poteri di intervento ed efficacia applicativa della normativa antitrust americana* 105
A. Fells - *I benefici dell'integrazione istituzionale: antitrust e regolamentazione in Australia* 121
F. Jenny - *Commercio internazionale e concorrenza: l'esperienza dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio* 147
M. Monti - *Le nuove sfide per l'antitrust in Europa* 153

**Parte quarta**
**L'adeguatezza della normativa italiana alle sfide del prossimo decennio**

G. Rossi - *Governo, Magistratura e Autorità garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust* 165

**Tavola rotonda**

E. Letta 181
M. Polo 185
F. Romani 191
M. E. Schinaia 195
A. Tizzano 205

**Parte quinta**
**Conclusioni**

G. Tesauro 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*

**Parte prima**

# Interventi introduttivi

# Indirizzo di saluto

*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 Tesauro, 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 Tesauro, 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 continuativamente 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 non 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 precostituito, 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 é 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. E 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; 1'80 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.

**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 concretizzatesi 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 dannosa[2].

Il dibattito acquistò di nuovo vigore nella seconda metà degli anni '80[3] per tre motivi. Innanzitutto si era concretizzata negli anni '80 una fase di crescita delle grandi imprese e di acquisizioni[4], 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 parlamentare [6] e uno del governo, basato sui risultati della Commissione Romani[7].

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 antimonopolio 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'antimonopolio[8]; 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 concorrenza[9] e in genere manifestarono posizioni esplicitamente contrarie[10], oppure ritenevano che la legislazione fosse di scarsa utilità, essendo sufficiente la legge antimonopolistica europea[11], o infine chiedevano che un'eventuale norma dovesse avere caratteristiche diverse da quelle della tradizione americana ed europea[12]. 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 Mammì, 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 taglieggiamenti." Senato della Repubblica, La legislazione antitrust, vol. I, 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 concentrazioni[13], differenziandosi al riguardo da tutte le altre posizioni[14]. 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 validità[16]. 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 discussione[17].

[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 ingannevole[18], 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** | **1991** | **1992** | **1993** | **1994** | **1995** | **1996** | **1997** | **1998** | **1999** | **2000** |
| 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 avvengano 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 abusi[20].

**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 sanzionare[21]; 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 VIGILANZA 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-TARIFFE 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 TARIFFE 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 Stato[22]. 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 decisone 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 amministrativa [24], l'Autorità contribuisce a rimuovere o modificare le regole che ostacolino la concorrenza.
L'interpretazione restrittiva data all'art.8 della 287/90[25] 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. 22[26].

**Tavola 7 - Attività di Segnalazione per anno e articolo**

| Attività di Segnalazione | Anno | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Articoli | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 (31/07) | Totale |
| 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 denuncie 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

"Competiton 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 particolare[28].

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 consumatori[29].

[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 italiana[30], 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 assolute[31]

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 Bertrand[32], 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 Act[34] 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 utilità[35].

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 sistema[36]. 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 monopolizzanti[37], e spesso anzi generano una maggiore efficienza[38]. 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 profitto[39]. Quando invece non vi è convenienza a competere, è razionale cooperare[40], 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 ponessero in essere strategie di per sé legittime[41] 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", Giuffré, 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 Corte[44]. 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'impresa[45].

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'impresa[46], 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. Ubertazzi (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 conduct[47].
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 piccole[48] 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 auspicabile[49]. 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 importanti[50].

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

| | Anno decisione | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ***Soglia di fatturato superata:*** | 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 rilevante[51]. Il rischio di posizione dominante causato dalle operazioni effettuate sembrerebbe dunque ridotto[52] .
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 autori[53] 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 paradossali[54] 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 distinti[55].

## 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. Converrà 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 spesso[56] 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 pubblici[57].

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 regolatorio[58]. 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 potere[59]. "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 elevata[61].

## 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', Giuffré, 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 nazionale[62], come era ovvio attendersi. L'attività manifatturiera con il maggior numero di istruttorie è quella del cemento e calcestruzzo[63], seguita da quella alimentare[64]. 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 marginali[65], 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 cooperativo[66]. 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. Phlips, "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 ininfluente; 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 relativi[68]. 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 consumatori[69]. 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 concorrenza[70].
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", Giuffré, 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. Phlips *"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',* Giuffré, 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 Settanta[1].
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. GALGANO, 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 concorrenza[2].

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 Roma[3], 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 investimento[5], 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 protetto[6]. 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 materia[8], 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 pecuniarie[9]. 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 distorsivi 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'imprese 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 inquadrate 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 delle 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 una 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 gravitanti 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..

babilmente 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 denunzie da parte di piccole imprese che si ritengono danneggiate da pratiche vessatorie. Anche qui però potrebbe facilmente rispondersi 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 determinare[11].

[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* nazionale[12], 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 possano 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 difesa[13], 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 procedimento[14]. Sono state, inoltre, ricostruite in modo restrittivo le facoltà procedimentali delle parti denunzianti e delle associazioni di consumatori[15].
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 amministrativa[16].

[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 una 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, 8.1.998, 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. CADEDDU.

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 intellettuali[17]. È stata anche tendenzialmente confermata una nozione tendenzialmente elastica di intesa e, in particolare, di pratica concordata[18]. Sul punto sono state parecchie, tuttavia, le oscillazioni e le incertezze[19], 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 autorizzazione[20]; 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 concorrenti[21].

Più in generale, il controllo sulla congruità delle motivazioni, che in una prima fase era sembrato costituire un punto assai critico[22], 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, 8.1.998, 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 tendenza[23]; 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 irrogata[24].

## 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 delle 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 concessione[25]; 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 preziose[26]; tutela dei centri storici, in relazione ai divieti comunali di alcune attività commerciali[27]; igiene ambientale, in relazione al divieto di smaltire rifiuti provenienti dall'esterno del territorio regionale[28]. Nello stesso filone si colloca la sentenza che conferma la legittimità del monopolio statale del servizio di prevenzione ed estinzione incendi[29].

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 pluralismo[30], 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 1991[31], 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 1992[32], 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.
[311] 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 1996[33]. In questo caso la Corte, esprimendosi sulla legittimità costituzionale del sistema di tariffe obbligatorie "a forcella", 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 materia[34].

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 tenero[35]. La sentenza sembra fondarsi più sulla violazione dell'art. 3 Cost. che non su quella dell'art. 41[36]: 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 recente[37], 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 garantisce 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 viaggio[38], 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 filoconcorrenziali, 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 leggervi 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 pubbliche[39], 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 bevande[40], farmacie[41], taxi e noleggio auto con conducente[42].
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 farmaci[43], commercio di funghi[44], attività di pulizia e disinfestazione[45], 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 medesimo[46]. Ciò accade anche in mercati tradizionalmente caratterizzati da penetrante discrezionalità amministrativa[47].

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 legislativa[48] 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 obbligatoria[49].

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 privata[50]. 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 pubblica[51].

## 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 casistica[52], mi limito a ricordare che pronunce importanti e recenti hanno continuato ad affermare che i principi della correttezza professionale possono desumersi da codici deontologici imprenditoriali[53], 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 emblematico[54]. Con riferimento ad un certo tratto del litorale laziale, due soggetti avevano chiesto analoghe concessioni di spazi demaniali per svolgervi 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 giudiziali da parte del privato[55]. 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 costituzionale[56] 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.

**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 fornitura[3]. 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 marchi[5].
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 cedimento[7].

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 produttivi[9]. 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 possegga 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 scarico[10]. 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 giudiziare 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 tali[11]. 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 processuali[13], 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 brevetto[14]. 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 Circoscrizione di Boston nel caso *Data General*[15] rifiutò di sancire un obbligo alla concessione di licenza, come aveva precedentemente fatto la corte della Circoscrizione 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 Circoscrizione 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 Circoscrizione 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 Circoscrizione, ignorando tutti i princìpi 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 copyright[18].

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 anticoncorrenziali[19]. Recentemente, nel 1999, l'Undicesima Circoscrizione, 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 obbligatori[20]. 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 Circoscrizione 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 pazienti[21]. 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 Circoscrizione 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'impossibilita 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 decisone 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 prodotti[23]. 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 Circoscrizione 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 svantaggi[1]. 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 settore[2].

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 continuativa[3]. 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] *Ibid,* 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 specificatamente 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 regimi 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 concorrenza[4]. 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 servizio[5];
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 ministeriale[7].
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 comprende-ranno 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 stabilre 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 punti[8]. 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 istituto 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 settori[9]. 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 Capitale[10]. 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 statali[11].

*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 Commowealth 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 regolamentatore, 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 occorso 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 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.

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 sulcommercio (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.

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 antitrust dei due continenti.