



Prima Parte

LA POLITICA DELLA CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA: PROFILI GENERALI E LINEE DI INTERVENTO

Introduzione

A sei anni dall'ingresso dell'Italia nell'Unione monetaria e a due dall'avvento dell'Euro stenta a realizzarsi l'auspicata crescita del reddito e dell'occupazione. La stabilità dei tassi di cambio prima e la denominazione comune di prezzi e tariffe poi avrebbero dovuto innescare strategie espansive da parte delle imprese, come conseguenza del più acceso confronto concorrenziale e delle maggiori opportunità associate a mercati più ampi. In realtà, i vantaggi della moneta unica sono tuttora confinati al confronto ipotetico con ciò che altrimenti sarebbe accaduto in termini di più elevati tassi d'interesse e di probabili svalutazioni successive del tasso di cambio della lira. Il generale miglioramento delle condizioni economiche del Paese, che sembrava potersi realizzare in tempi brevi, è ancora lontano.

Il problema principale è che i vincoli introdotti dal Trattato di Maastricht irrigidiscono le politiche macroeconomiche, soprattutto per i Paesi dell'Europa continentale, caratterizzati da livelli di disavanzo pubblico elevati. Ciò implica che non solo la politica monetaria, che persegue obiettivi d'inflazione definiti al livello di tutta l'area monetaria, ma anche la politica fiscale, che deve continuare a essere rigorosa, sono solo marginalmente utilizzabili per innescare una crescita duratura. Le politiche microeconomiche di liberalizzazione dei mercati rappresentano uno dei pochi strumenti disponibili per influenzare le dinamiche complessive. Peraltro esse, modificando le condizioni strutturali di funzionamento dei mercati, esercitano effetti positivi anche nel più lungo periodo.

Esiste un'ampia evidenza empirica che la presenza di condizioni concorrenziali costituisce un elemento fondamentale per favorire uno sviluppo economico sostenuto. I vantaggi di un regime di mercato risultano, infatti, collegati alla flessibilità complessivamente garantita dal suo funzionamento e, in particolare, alla sua capacità di indirizzare le scelte individuali verso sentieri di adattamento spontaneo rispetto alle mutevoli condizioni dei mercati, un risultato che nessuna politica dirigista sarebbe mai in grado di assicurare. In questa prospettiva, la rimozione dei vincoli ingiustificati all'ingresso e alla libera determinazione di prezzi, quantità e tipologie dei beni e servizi offerti favorisce un'efficiente allocazione delle risorse e promuove processi di innovazione che, nella maggior parte dei casi, rappresentano l'elemento trainante dello sviluppo.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per le politiche aggregate, che sono neutrali o comunque ispirate da esigenze di carattere generale, per ogni intervento di liberalizzazione è possibile individuare con esattezza la categoria che ne beneficia e quella che invece ne viene danneggiata. Si tratta di

riforme assai complesse da gestire. Infatti, alle vivaci proteste dei “danneggiati” si contrappone il silenzio dei beneficiari, spesso non organizzati per un’azione pubblica e forse neanche singolarmente interessati, visto che i vantaggi originati da una maggiore concorrenza sono complessivamente assai rilevanti, ma spesso individualmente modesti. Peraltro, le politiche di apertura dei mercati non vengono generalmente percepite dall’opinione pubblica come volte all’interesse generale e all’eliminazione di ingiustificati privilegi, ma come una minaccia nei confronti di assetti consolidati e per ciò stesso legittimi. Un esempio è il riferimento in senso non certo positivo allo “spezzatino”, allorché era in discussione la ristrutturazione pro-concorrenziale dell’Enel in vista della liberalizzazione dei mercati dell’energia.

Le restrizioni regolamentari all’accesso e gli ingiustificati vincoli all’operare della concorrenza non sono distribuiti uniformemente tra i diversi settori dell’economia nazionale. In generale, fin dal dopoguerra, l’industria manifatturiera è stata caratterizzata da vincoli regolamentari modesti e da un generalizzato ricorso al mercato per la determinazione delle dimensioni d’impresa e per la scelta delle specializzazioni produttive. Viceversa i servizi, inclusi i servizi di pubblica utilità, sono stati da sempre oggetto di una regolazione diffusa e ingiustificatamente restrittiva, volta molto spesso a favorire i campioni nazionali, là dove essi erano presenti e, nei settori in cui predominavano le piccole dimensioni, a proteggere le imprese esistenti dalla maggior concorrenza dei più efficienti e dei più grandi. Negli anni più recenti, soprattutto come conseguenza dell’evoluzione comunitaria, si registrano aperture anche significative in termini di liberalizzazione dei mercati e di sviluppo della concorrenza nei servizi di pubblica utilità. Viceversa, in alcuni servizi privati, la regolazione continua a essere amministrata a livello nazionale, ostacolando le imprese che intendono operare nel mercato allargato e danneggiando quei consumatori che vorrebbero avvantaggiarsene, così contribuendo a mantenere artificialmente elevato il potere di mercato degli operatori.

Dalle analisi dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) emerge che nel confronto internazionale l’Italia era, nel 1998, il Paese caratterizzato dai maggiori ostacoli regolatori all’operare della concorrenza. Particolarmente dannose sono risultate le difficoltà frapposte all’ingresso di nuovi operatori nei servizi e le associate restrizioni regolamentari sui comportamenti d’impresa, soprattutto in materia di prezzi. Da allora molti progressi sono stati fatti e, già nel 2001, si potevano notare alcuni importanti miglioramenti. Tuttavia, ciò che rende debole la regolazione italiana sono l’assenza di trasparenza e le difficoltà per le imprese di anticipare con certezza l’esito del processo decisionale della pubblica amministrazione. Mancano solide evidenze empiriche al riguardo, anche se alcuni indicatori parziali confermano l’importanza delle barriere amministrative nel frenare il dinamismo dei mercati.

Una recente indagine, effettuata per conto della Commissione europea¹, confronta i tempi e i costi necessari per costituire una nuova società nei quindici Paesi dell'Unione europea, sulla base delle procedure in vigore nel 2001. Il metodo utilizzato non considera gli eventuali obblighi regolatori associati alla tipologia dei mercati in cui la società intende operare. I risultati confermano la relativa onerosità delle procedure amministrative italiane, sensibilmente più lunghe della media dei Paesi dell'Unione europea e anche significativamente più costose, ciò che costituisce un ulteriore elemento di svantaggio per le nostre imprese.

Analoghe debolezze derivano dalla maggiore restrittività della regolazione soprattutto nei settori che soffrono di gravi ritardi nell'avvio dei necessari processi di riforma. Un recente rapporto della Commissione europea sulle professioni liberali mostra che l'Italia, insieme alla Germania, l'Austria e il Lussemburgo, è il Paese dell'Unione caratterizzato dagli assetti regolamentari più restrittivi. L'imposizione per legge dei minimi tariffari, il divieto della pubblicità, l'impossibilità per i professionisti di organizzarsi in forma societaria e l'obbligo della pratica presso uno studio come condizione per l'accesso rappresentano vincoli che in Italia, più che altrove, indeboliscono il funzionamento dei mercati, conducono a tariffe generalmente più elevate e ostacolano la crescita dimensionale degli operatori.

In Italia esistono anche esempi positivi di riforma, a dimostrazione che gli ostacoli frapposti alle liberalizzazioni diffuse possono essere facilmente rimossi. A sei anni dall'approvazione del decreto legislativo n. 114/98, che ha sensibilmente modernizzato la normativa sulla distribuzione commerciale, si registra, a beneficio dei consumatori, un significativo aumento di concorrenza nel settore. Purtroppo non tutti gli obiettivi del decreto sono stati raggiunti, anche perché la prevista sostituzione della programmazione strutturale dei mercati con la pianificazione urbanistica è stata solo parziale. Infatti, in molte Regioni, le decisioni volte ad autorizzare la localizzazione delle grandi superfici continuano a essere basate su controverse e ipotetiche simulazioni della domanda e dell'offerta, non su valutazioni esclusivamente urbanistiche. Come conseguenza, a differenza di quanto avvenuto negli altri grandi Paesi europei, non si sono ancora sviluppate in Italia grandi catene distributive in concorrenza tra loro, in grado tra l'altro di trainare il *made in Italy* e di favorire l'esportazione. L'attuale fase di evoluzione regolamentare della distribuzione commerciale, a seguito dell'approvazione della legge 18 ottobre 2001, n. 3, recante modifiche al titolo V della Costituzione, viene gestita interamente dalle Regioni. L'esperienza finora accumulata dovrebbe spingerle a proseguire nella strada della modernizzazione, non a reintrodurre vincoli e pratiche che danneggiano i consumatori e innescano circoli viziosi che si ripercuotono sull'intera filiera produttiva.

¹ Commissione europea, Direzione generale Impresa, "Benchmarking the Administration of Business start-ups", Final Report, gennaio 2002.

Assetti regolatori più coerenti coi meccanismi di mercato favoriscono implicitamente gli obiettivi della normativa antitrust. Sono, infatti, soprattutto i nuovi entranti che, alla ricerca di quote di mercato, rompono gli equilibri esistenti e trasformano, a beneficio dei consumatori, le forme e l'intensità del confronto competitivo. In questi ultimi anni, in tutti i settori, dalle telecomunicazioni, al farmaceutico, all'automobilistico è stato l'ingresso di nuovi operatori, favorito in alcuni casi anche grazie all'azione dell'Autorità, a stimolare processi di innovazione e di riduzione dei prezzi diretti a modificare consolidate posizioni di rendita. Non soltanto le nuove imprese innovative si sono sviluppate, ma la minaccia concorrenziale da esse esercitata ha spinto verso una maggiore efficienza le imprese esistenti, con effetti complessivamente positivi, anche se non in tutti i mercati le imprese hanno reagito in maniera sufficiente, in termini di ristrutturazioni aziendali e di riposizionamenti strategici.

In alcuni casi, una regolazione ingiustificatamente restrittiva ha frenato la crescita dimensionale delle imprese, limitandone l'espansione sul mercato interno, come nella distribuzione commerciale, e frenandone le opportunità di sviluppo sui più ampi mercati europei, come nel settore finanziario. In altre circostanze, soprattutto nel trasporto aereo, l'operatore dominante non ha reagito, probabilmente anche come conseguenza dei vincoli politici e regolamentari che ne frenano l'autonomia, all'intensità della sfida delle compagnie aeree a basso costo, entrate in Italia grazie alle liberalizzazioni comunitarie. Al riguardo, l'Autorità auspica che vengano individuate soluzioni di mercato, tali cioè da realizzare un'offerta di servizi di migliore qualità e più efficiente. Gli effetti diretti e indiretti di interventi protezionistici, particolarmente dannosi in un Paese al contempo turistico ed esportatore, determinerebbero un significativo rallentamento della crescita economica e dello sviluppo dell'occupazione.

Solo in presenza di libertà nei mercati le imprese riescono a raggiungere la loro dimensione ottimale, in considerazione della tecnologia disponibile e delle caratteristiche della domanda. Al riguardo, l'attività antitrust non è tale da influire in modo diretto sui processi di sviluppo e di specializzazione delle imprese. Innanzitutto, la legge italiana, le cui disposizioni sono del tutto analoghe alle corrispondenti regole comunitarie di concorrenza, non prevede che l'Autorità intervenga nei casi di crescita interna, ossia quando le imprese si rafforzano conquistando quote di mercato sulla base dell'economicità e della qualità dell'offerta. Inoltre, nel caso di crescita esterna, l'Autorità interviene solo nelle circostanze in cui, come diretta conseguenza di una concentrazione, venga creato o rafforzato uno stabile e significativo potere di mercato.

Nell'esperienza ormai ultradecennale dell'Autorità, i casi di problematicità delle operazioni di concentrazioni notificate sono assai rari. Anche nel 2003, a fronte di quasi 600 operazioni notificate, solo in due occasioni è stata deliberata l'apertura di una istruttoria e, in entrambi i casi, l'operazione è

stata autorizzata, sia pure sottoponendola ad alcuni rimedi². Infine, relativamente ai comportamenti d'impresa, i divieti previsti dalla legge con riferimento alle pratiche e alle strategie commerciali degli operatori in posizione dominante non rappresentano in alcun modo un vincolo alla crescita e all'espansione delle imprese, ma attengono esclusivamente alle modalità concrete con cui il potere di mercato viene esercitato.

Mentre è del tutto normale che le decisioni dell'Autorità vengano impugnate di fronte al giudice per verificarne la legittimità, è invece molto grave che le imprese, senza che la decisione sia sospesa o annullata, non ottemperino alle prescrizioni dell'Autorità, siano esse diffide o misure specifiche. In caso di inottemperanza, le sanzioni previste dalla normativa sono severe, anche se evidentemente non abbastanza da esercitare un efficace effetto di deterrenza, come emerso negli ultimi mesi.

Dal punto di vista delle politiche pubbliche, troppo frequentemente alle sfide concorrenziali e alle conseguenti difficoltà delle imprese si risponde in Italia tramite una regolazione ingiustificatamente restrittiva, dannosa per il Paese. È pertanto importante che proprio l'Italia, uno dei Paesi più regolati dell'Unione europea, abbia dato alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee l'occasione di stabilire l'importante principio che le autorità di concorrenza sono obbligate a disapplicare le normative nazionali che favoriscono o impongono alle imprese comportamenti in contrasto con le regole comunitarie di concorrenza. In particolare, la Corte si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale richiesto in relazione a un provvedimento dell'Autorità relativo al Consorzio Industrie Fiammiferi³, impugnato presso il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

La sentenza della Corte del 9 settembre 2003⁴ è di estrema importanza per tutte le autorità nazionali di concorrenza dell'Unione europea. Esse, oltre che applicare la legge nazionale e comunitaria alle condotte d'impresa e segnalare al Parlamento e al Governo normative ingiustificatamente restrittive, hanno adesso l'obbligo di disapplicare le normative nazionali che impongono, favoriscono o facilitano comportamenti in violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Nel concreto, gli obblighi di disapplicazione riguardano situazioni eccezionali, ma la sentenza della Corte avrà comunque un impatto molto più generale, favorendo l'introduzione di regolazioni più attente a salvaguardare l'interesse generale e meno appiattite su richieste protezionistiche.

² Decisione *British American Tobacco/Ente Tabacchi Italiani*, in Bollettino n. 51/2003 e decisione *Telecom Italia-Megabeam Italia*, in Bollettino n. 32/2003.

³ Decisione *Consorzio Industrie Fiammiferi*, in Bollettino n. 28/2000.

⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C198/01, non ancora pubblicata in Raccolta.

Interventi antitrust e normative settoriali di regolazione: sinergia o contrasto?

Anche nei mercati in cui la competizione è vivace non è mai solo la normativa antitrust a indirizzare il confronto concorrenziale, ma esiste un'ampia gamma di regole che vincolano in maniera più o meno stringente i comportamenti delle imprese e che incidono sui risultati economici conseguiti. In alcuni casi, antitrust e regolazione sono tra loro indipendenti e ciascuna persegue in autonomia i propri obiettivi senza sovrapposizioni. Per esempio, in materia ambientale, l'imposizione di limiti alle emissioni è indipendente dal mantenimento di un regime concorrenziale. In altri casi, esiste un rapporto di complementarietà, quando regolazione e antitrust sono, ciascuna per la sua parte, necessarie per la concorrenza: imporre una tariffa di accesso tramite la regolazione e procedere per abuso nei confronti di un'impresa dominante che ha rifiutato l'accesso a un'infrastruttura essenziale, sono interventi entrambi funzionali al raggiungimento di una maggiore concorrenza. È poi possibile un rapporto di sostituibilità, quando il medesimo obiettivo può essere raggiunto mediante una pluralità di strumenti alternativi: prezzi ingiustificatamente gravosi possono essere contrastati tramite la regolazione o attraverso l'avvio di una procedura per abuso di posizione dominante. Infine, regolazione e antitrust sono in contrasto quando la regolazione impone alle imprese restrizioni della concorrenza, sia pure eventualmente giustificate da esigenze d'interesse generale.

Quest'anno, in quattro occasioni⁵, l'Autorità è intervenuta con propri procedimenti in settori regolati e nei quali antitrust e regolazione si trovavano in una relazione di complementarietà. Nel settore elettrico, nelle telecomunicazioni, nel trasporto aereo e negli appalti pubblici, tutti settori dove le normative di riferimento pongono la concorrenza tra gli obiettivi da raggiungere, gli interventi antitrust sono stati funzionali a rendere più efficaci le previsioni regolatorie e a garantirne il rispetto sostanziale.

In altri mercati, il rapporto tra politiche pubbliche e concorrenza può risultare problematico e dare origine a eventuali situazioni di attrito, soprattutto laddove gli interessi generali perseguiti richiedono interventi particolarmente invadenti, volti a influenzare significativamente la struttura dei mercati e i comportamenti d'impresa. In tali circostanze, l'intervento dell'Autorità è essenziale per mantenere e salvaguardare i margini di concorrenza consen-

⁵ Decisione *Enel Trade-Clienti idonei*, in Bollettino n. 48/2003; decisione *Telecom Italia-Megabeam Italia*, in Bollettino n. 32/2003; decisione *Alitalia-Volare*, in Bollettino n. 28/2003; decisione *Test diagnostici per diabete*, in Bollettino n. 18/2003.

titi. Nel periodo di riferimento, esempi significativi in tal senso riguardano settori assai diversi tra loro, quali il settore agroalimentare, le assicurazioni e, più in generale, le privatizzazioni⁶.

Antitrust e regolazione: una benefica sinergia

In numerosi settori recentemente liberalizzati, la regolazione persegue l'obiettivo di promuovere la concorrenza, favorendo l'evoluzione concorrenziale dei mercati. Più in particolare, la regolazione dell'accesso a un'infrastruttura tende a impedire che l'impresa che la controlla monopolizzi anche il mercato a valle. Analoghi obiettivi sono perseguiti dalla normativa antitrust. Infatti, se le imprese fossero libere di sostituire le eliminate restrizioni legali all'accesso con comportamenti strategici dal medesimo effetto, gli interventi di liberalizzazione dei mercati risulterebbero praticamente vanificati e il potere di mercato dell'*ex* monopolista permanerebbe pressoché intatto. Antitrust e regolazione si integrano pertanto a vicenda, così promuovendo rapporti istituzionali di tipo cooperativo.

La legge impone formalmente la cooperazione solo con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tuttavia anche nel settore elettrico e nel gas gli interventi antitrust si intersecano a quelli più strettamente regolatori, sollecitandosi e integrandosi a vicenda. Nel trasporto aereo, nel settore ferroviario, nei servizi pubblici locali, gli interventi dell'Autorità, impedendo i comportamenti restrittivi delle imprese, contribuiscono all'efficace applicazione delle previsioni normative di apertura dei mercati. Infine, gli obiettivi dell'antitrust si integrano con quelli della normativa sugli appalti pubblici, anch'essa volta a promuovere la concorrenza, sia pure per finalità diverse, principalmente connesse all'efficiente e trasparente gestione delle risorse pubbliche e alla tutela dei legittimi interessi dei cittadini, nella loro duplice veste di contribuenti e di utenti finali dei servizi pubblici.

Nel corso dell'ultimo decennio, incisivi interventi di liberalizzazione hanno caratterizzato il settore dei servizi di pubblica utilità e, in particolare, le telecomunicazioni, l'energia elettrica, il gas e il trasporto aereo. In tutti questi ambiti, sia pure in misura e con intensità diverse, gli *ex* monopolisti hanno tentato, spesso tramite comportamenti escludenti, di mantenere anche nei mercati liberalizzati i privilegi di cui avevano goduto in passato.

Nel settore delle telecomunicazioni l'Autorità è intervenuta ogni qual volta lo sviluppo di nuovi mercati e di nuovi servizi da parte di Telecom Italia era accompagnato da strategie volte a escludere artificialmente i concorrenti. Quest'anno l'intervento dell'Autorità è stato finalizzato a favorire l'ingresso nel nuovo mercato della connessione a Internet attraverso la tecnologia WI-FI.

⁶ Decisione *British American Tobacco/Ente Tabacchi Italiani*, in Bollettino n. 51/2003; avvio istruttoria *Ras/Generali-Iama Consulting*, in Bollettino n. 41/2003; avvio istruttoria *Consorzio Grana Padano*, in Bollettino n. 31/2003.

I rimedi imposti dall'Autorità nell'autorizzare la concentrazione tra Telecom Italia e Megabeam erano volti a impedire che i rapporti di esclusiva coi siti (aeroporti, stazioni, sale congresso ecc.) in cui il nuovo servizio veniva offerto, impedendo l'ingresso dei concorrenti, compromettessero irrimediabilmente la concorrenza sul nuovo mercato della connessione diretta a Internet nei luoghi pubblici, rafforzando la posizione dominante già detenuta da Telecom Italia nei mercati collegati. Telecom Italia ha preferito non portare a compimento la progettata concentrazione, a seguito dell'intervento dell'Autorità⁷.

La convergenza tra antitrust e regolazione nelle telecomunicazioni non è limitata alla verifica della coerenza tra interventi a tutela della concorrenza e meccanismi della regolazione, ma si estende anche alla valutazione degli strumenti regolatori e alla loro idoneità a perseguire obiettivi di concorrenza. Al riguardo, la recente adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche⁸ e il riferimento in ambito regolatorio a concetti propri dell'antitrust, come il mercato rilevante o la posizione dominante, presenta alcuni rischi, ma offre soprattutto vaste opportunità di miglioramento della qualità della regolazione. I rischi derivano dalla eventualità che questi concetti, che nell'antitrust richiedono una valutazione approfondita caso per caso, trovino invece un'applicazione meccanica, troppo influenzata da improprie considerazioni di carattere strutturale. Le opportunità traggono invece origine dalla considerazione che questi concetti sono stati elaborati attraverso una casistica e una giurisprudenza molto ampie e variegate, tali da guidare il regolatore e, al contempo, proteggere le imprese regolate da interventi ingiustificatamente invadenti. Al riguardo, l'accordo di collaborazione tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁹ dovrebbe consentire il corretto trasferimento in ambito regolatorio dei concetti antitrust, contribuendo così all'evoluzione concorrenziale del settore.

Successivamente all'apertura dei mercati elettrici alla concorrenza, anche Enel, tramite politiche di prezzo fidelizzanti ed escludenti, ha cercato di mantenere artificialmente elevato il suo potere di mercato. Come accertato in un procedimento concluso nel 2003¹⁰, Enel garantiva ai clienti idonei che avessero rinnovato il contratto per l'anno successivo condizioni di prezzo particolarmente favorevoli e non replicabili dai concorrenti, consentendo all'impresa di porsi come unico interlocutore per il soddisfacimento integrale del loro fabbisogno di elettricità. In termini sistemici, l'intervento dell'Autorità, rendendo efficace la previsione di consentire ai grandi consumatori di energia elettrica di scegliersi liberamente il proprio fornitore, si pone in sintonia

⁷ Decisione *Telecom Italia-Megabeam Italia*, in Bollettino n. 32/2003.

⁸ Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, "Codice delle comunicazioni elettroniche", in Gazzetta Ufficiale n. 214 del 15 settembre 2003.

⁹ *Accordo di collaborazione tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di comunicazioni elettroniche*, in Bollettino n. 6/2004.

¹⁰ Decisione *Enel Trade-Clienti idonei*, in Bollettino n. 48/2003.

rispetto alla promozione della concorrenza, espressamente indicata come uno degli obiettivi perseguiti dalla regolazione settoriale.

Nel settore aeroportuale, le direttive comunitarie di liberalizzazione, recepite a livello nazionale nel 1999, hanno aperto alla concorrenza i mercati dei servizi all'interno degli aeroporti. Tuttavia, molto frequentemente i gestori ostacolano l'ingresso nel sedime aeroportuale dei nuovi concorrenti, impedendo, nella pratica, che la liberalizzazione produca i suoi effetti. Nel 2003, l'Autorità ha concluso un'istruttoria nei confronti del gestore dell'aeroporto di Bologna che aveva abusato della propria posizione dominante, ritardando ingiustificatamente l'accesso di un concorrente al servizio di fornitura di servizi di assistenza a terra e, successivamente, ostacolandone l'attività¹¹.

Accanto alla regolazione dei servizi di pubblica utilità, esistono altre regolazioni direttamente orientate a promuovere il confronto concorrenziale tra operatori. In particolare, la normativa sugli appalti pubblici trova nella concorrenza il suo elemento fondante, imponendo nella maggior parte delle circostanze che la scelta del soggetto cui affidare un appalto pubblico sia effettuata sulla base dell'economicità dell'offerta. Anche in questo ambito la normativa di settore e quella antitrust si integrano a vicenda e, nel corso degli anni, gli interventi dell'Autorità sono stati funzionali a garantire che il confronto tra operatori in sede di gara fosse effettivo e che non risultasse artificialmente distorto da pratiche collusive. In particolare, molto spesso le stesse stazioni appaltanti denunciano all'Autorità comportamenti restrittivi della concorrenza emersi in fase di gara.

Nel 2003, l'Autorità ha concluso un'istruttoria relativa al mercato italiano dei *test* diagnostici per la rilevazione domiciliare della glicemia nel sangue, avviata a seguito di varie denunce da parte di aziende sanitarie locali che avevano segnalato possibili comportamenti anticoncorrenziali in parte connessi a procedure di gara¹². Dall'indagine è emerso, in particolare, che le principali imprese produttrici avevano definito una strategia comune volta a eliminare il confronto concorrenziale nelle gare, scoraggiando le aziende sanitarie locali dall'acquistare direttamente le strisce reattive al fine di privilegiare la loro distribuzione attraverso il canale farmaceutico. Infatti, per le imprese risultava più agevole coordinare i loro comportamenti nella fornitura delle strisce alle farmacie, definendo congiuntamente un prezzo unico di cessione.

Infine, nella valutazione degli accordi di condivisione di codici di volo (*code sharing*) tra compagnie aeree, l'Autorità, ai fini dell'autorizzazione, considera sufficiente il mantenimento di una concorrenza sulle singole tratte, anche solo potenziale. In particolare, nel valutare la restrittività di un accordo di condivisione dei codici di volo tra Alitalia e Volare, l'Autorità lo ha vie-

¹¹ Decisione *Aviapartner-Società aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, in Bollettino n. 22/2003.

¹² Decisione *Test diagnostici per diabete*, in Bollettino n. 18/2003.

tato solo relativamente ad alcune tratte nazionali, in considerazione del fatto che l'accordo avrebbe consentito ad Alitalia e Volare non solo di monopolizzare i mercati coinvolti, ma, disponendo presso l'aeroporto di Linate di un numero di autorizzazioni al decollo e all'atterraggio (*slot*) pressoché doppio rispetto a quello detenuto dall'insieme dei concorrenti, di bloccare anche la concorrenza potenziale¹³.

Antitrust e regolazione: un benefico contrasto

In numerosi settori dell'economia nazionale regolazione e tutela della concorrenza non perseguono necessariamente il medesimo obiettivo e, addirittura, possono risultare in contrasto quando la regolazione, sia pure per motivazioni di interesse generale, è volta a restringere gli ambiti ammissibili del confronto concorrenziale. Le due modalità d'intervento, la regolazione e l'antitrust, sono entrambe formalmente giustificate, ma talvolta possono emergere, soprattutto nei casi controversi, alcune frizioni tra le filosofie ispiratrici delle rispettive normative di riferimento. Quando ciò avviene, l'efficienza degli assetti istituzionali richiede una chiara separazione tra le istituzioni responsabili delle due politiche, pur all'interno di un sistema di pareri volto a favorire un processo decisionale più consapevole degli interessi generali perseguiti.

In generale, la tutela della concorrenza è coerente con il perseguimento di altri obiettivi di interesse pubblico. Eventuali conflitti emergono solo quando l'organismo di regolazione consente restrizioni alla concorrenza superiori a quelle effettivamente necessarie. Se questo potenziale conflitto viene incanalato in un confronto tra istituzioni, ciascuna responsabile di perseguire un solo obiettivo, esso è benefico ai fini del raggiungimento di una decisione equilibrata. Al riguardo, il meccanismo dei pareri reciproci tra singole istituzioni sui rispettivi progetti di decisione può consentire una più attenta valutazione delle problematiche complessivamente coinvolte, soprattutto se ciascuna istituzione è chiamata a esprimersi in merito all'impatto che tali decisioni potrebbero avere sugli obiettivi di interesse generale rispettivamente tutelati. Il sistema è complesso e richiede eventualmente al giudice la concreta definizione dell'ambito di applicazione delle norme e della sostanza di un'eventuale violazione.

Anche in contesti in cui è assente un regolatore esistono numerose situazioni in cui il legislatore, preoccupato di altri interessi di carattere generale, lascia margini esigui per l'operare della concorrenza. Tuttavia, anche se modesti, gli ambiti di mercato vanno salvaguardati. In particolare, negli anni recenti l'Autorità è intervenuta frequentemente nel reprimere quelle pratiche d'impresa dirette a estendere le restrizioni regolamentari ai mercati liberalizzati. In particolare, nei settori delle professioni, delle farmacie, dell'agricoltura, le normative di riferimento tendono a incanalare il

¹³ Decisione *Alitalia-Volare*, in Bollettino n. 28/2003.

confronto concorrenziale soltanto su alcune variabili, non a eliminarlo. L'applicazione della normativa antitrust impedisce che gli operatori, abituati agli scarsi margini lasciati dalla normativa all'operare della concorrenza, adottino pratiche e prassi che restringano ulteriormente e ingiustificatamente il ruolo del mercato.

Nel settore agricolo, ad esempio, la possibilità per le imprese di costituire consorzi di tutela della denominazione di origine non deve condurle a prevedere regole volte a eliminare il confronto concorrenziale: in numerose occasioni, l'Autorità ha stabilito che la prassi dei consorzi di fissare i livelli produttivi delle imprese aderenti costituiva una restrizione della concorrenza vietata dalla legge n. 287/90. Più recentemente, nel luglio 2003, l'Autorità ha avviato un'istruttoria, tuttora in corso, nei confronti del consorzio Grana Padano per verificare l'eventuale restrittività degli accordi volti a disciplinare i quantitativi prodotti da ciascuna delle imprese consorziate¹⁴.

Anche nell'ambito delle privatizzazioni, gli obiettivi di tutela e promozione della concorrenza stentano ad affermarsi. Infatti, la vendita di un monopolio è sempre privilegiata dai ministeri che sovrintendono alle entrate pubbliche perché apparentemente più vantaggiosa per le casse dello Stato. Tuttavia, in molte circostanze, può essere conveniente ristrutturare un monopolio pubblico prima della privatizzazione, creando una pluralità di imprese indipendenti che, una volta vendute, possono competere tra loro a beneficio dei consumatori. La privatizzazione può cioè essere un'occasione irripetibile per sostituire un mercato concorrenziale a un monopolio pubblico. Nel settore dell'energia elettrica, anche se l'impresa *ex* monopolista non è stata ancora privatizzata e se la concorrenza introdotta risulta tuttora insufficiente a disciplinarne il potere di mercato, anche a seguito dei suggerimenti dell'Autorità, è stato deciso di ridurre la quota di mercato di Enel nella generazione e di separare verticalmente l'impresa, in modo da eliminare gli incentivi all'abuso che, altrimenti, l'impresa verticalmente integrata nella rete di trasmissione avrebbe mantenuto.

Se in un'ottica di breve periodo le entrate pubbliche sono massimizzate mediante la vendita di un monopolio, ciò che rileva ai fini del risanamento dei conti dello Stato sono le entrate complessive e non quelle corrispondenti a una sola posta di bilancio. Pertanto, soprattutto quando viene privatizzata un'impresa che vende anche al settore produttivo, come è il caso dell'energia elettrica, delle telecomunicazioni o delle imprese di trasporto, è necessario tenere in considerazione che i prezzi elevati, associati al monopolio, si estendono tramite gli acquisti intermedi a tutto il sistema delle imprese, con effetti negativi che si moltiplicano tra loro. Ciò implica che ristrutturare un monopolio pubblico ai fini dell'introduzione di concorrenza nei mercati non solo avvantaggia l'economia, ma tende, a sua volta, a favorire un aumento delle

¹⁴ Avvio istruttoria *Consorzio Grana Padano*, in Bollettino n. 31/2003.

entrate pubbliche, come effetto della maggior crescita economica indirettamente generata. È errato limitarsi a valutare i semplici ricavi delle privatizzazioni, ma occorre considerare anche le entrate fiscali che possono derivare dalla maggiore crescita economica dei settori acquirenti, a sua volta associata a una maggiore concorrenza nel mercato.

La ristrutturazione dei monopoli pubblici non dipende dall'Autorità che può, al riguardo, solo fornire un parere al Parlamento e al Governo. Viceversa, se la privatizzazione conduce a una concentrazione tra imprese, essa è soggetta al consueto controllo antitrust e l'Autorità ha il dovere di deliberare sulla base di motivazioni di natura esclusivamente concorrenziale. Nel dicembre 2003, l'Autorità ha autorizzato British American Tobacco, che aveva vinto la gara indetta dal Ministero dell'economia, ad acquisire l'Ente Tabacchi Italiani, condizionando l'autorizzazione alla rescissione del contratto di produzione che legava Philip Morris all'Ente Tabacchi Italiani¹⁵. Infatti, l'operazione, come inizialmente notificata, era suscettibile di determinare la costituzione di una posizione dominante collettiva tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nel mercato italiano delle sigarette. Come conseguenza dell'operazione i due principali operatori rimasti sul mercato non avrebbero avuto incentivi sufficienti a competere, ritenendo più razionale adottare comportamenti tacitamente collusivi. Tra gli elementi costitutivi della posizione dominante collettiva, particolare rilievo assumevano i forti legami contrattuali tra l'impresa risultante dalla concentrazione e Philip Morris nella produzione e nella distribuzione all'ingrosso. Essi avrebbero potuto scoraggiare l'adozione di politiche commerciali aggressive da parte delle due imprese. Nel corso dell'istruttoria, British American Tobacco si è impegnata a non rinnovare alla sua scadenza il contratto di produzione con Philip Morris, rescindendo così un importante legame tra le due imprese e tale da incidere significativamente sui loro incentivi a competere. L'Autorità ha ritenuto che a seguito di tale impegno l'operazione fosse suscettibile di essere autorizzata.

Antitrust e politica di tutela del consumatore

Gran parte delle politiche pubbliche rivolte al mercato persegue l'obiettivo di massimizzare il benessere dei consumatori, sia pure in virtù di una molteplicità di strumenti. La politica della concorrenza tende a favorire il confronto competitivo delle imprese e, per questa via, a tenere sotto controllo i prezzi e a migliorare la qualità dell'offerta. La politica di tutela

¹⁵ Decisione *British American Tobacco-Ente Tabacchi Italiani*, in Bollettino n. 51/2003.

del consumatore, nella misura in cui è volta a ridurre le asimmetrie informative insite nello scambio, persegue l'obiettivo di rendere più agevole il processo di scelta. A tale esigenza rispondono gli obblighi di indicare gli ingredienti dei prodotti alimentari, di esporre il prezzo di vendita della merce in vetrina o di consentire il mantenimento del numero telefonico al mutare dell'operatore. Si tratta di interventi funzionali ad aumentare la reattività dei consumatori ai segnali di prezzo, riducendo così il potere di mercato delle imprese.

Analoghi effetti positivi possono derivare dagli interventi di repressione della pubblicità ingannevole. Le strategie delle imprese che adottano messaggi pubblicitari decettivi sono diversificate, ma tutte sono volte a influenzare i consumatori poco informati, facendo loro pagare un prezzo eccessivamente elevato rispetto alla qualità effettivamente offerta. Tutela della concorrenza e tutela dalla pubblicità ingannevole si integrano pertanto l'una con l'altra, entrambe funzionali a ridurre le possibilità di sfruttamento del potere di mercato nei confronti dei consumatori.

Tramite la pubblicità ingannevole le imprese tendono a sfruttare le rilevanti asimmetrie informative che spesso contraddistinguono il loro rapporto con i consumatori. Nella promozione dei così detti 'prodotti-miracolo', l'intento decettivo è in *re ipsa*. Analoghe situazioni si verificano quando la struttura alberghiera si rivela assai diversa dalle caratteristiche pubblicizzate, quando i prodotti estetici producono risultati meno efficaci di quanto promesso, o i corsi di formazione rilasciano attestati meno validi di quanto affermato nel messaggio. In altre circostanze, invece, le asimmetrie informative vengono sfruttate al fine di perfezionare un contratto che, una volta concluso, difficilmente viene risolto. Nel settore delle telecomunicazioni, per esempio, molte imprese tendono a nascondere i costi complessivamente associati a una tariffa, fiduciose che, una volta acquisito il cliente, è probabilmente molto più difficile che egli cambi gestore.

Gli interventi dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole tendono a bloccare queste strategie e a impedire che le imprese continuino ad adottare campagne pubblicitarie suscettibili di indurre in errore i consumatori. Da questo punto di vista, nonostante la normativa di riferimento non preveda sanzioni e produca effetti di deterrenza modesti, sono stati recentemente realizzati alcuni importanti miglioramenti procedurali. Col nuovo regolamento sulle procedure istruttorie¹⁶, sono state significativamente ampliate le possibilità di contraddittorio tra le parti, resolvendo molte problematiche applicative finora incontrate dall'Autorità. Particolarmente importanti sono le nuove disposizioni che estendono i poteri dell'Autorità in relazione all'effettiva

¹⁶ Regolamento recante norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole, adottato con decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 2003, n. 284.

individuazione del messaggio denunciato e dell'operatore che lo ha diffuso, rendendo così più efficace e penetrante il controllo.

In sostanza, l'Autorità ha elaborato, in questi anni, una prassi decisionale attenta ad assicurare solide garanzie ai consumatori danneggiati dalla pubblicità ingannevole. Ne è emerso l'obbligo per l'operatore pubblicitario di predisporre messaggi che rispondano pienamente ai requisiti di completezza e di chiarezza, nella consapevolezza che la definizione di messaggio pubblicitario si estende a tutte le modalità attraverso le quali un'impresa si fa conoscere ai consumatori, compresa l'etichetta e il marchio. Il controllo esercitato dall'Autorità, d'altro canto, è circoscritto all'eventuale idoneità decettiva del messaggio pubblicitario e non si estende alle modalità comunicazionali prescelte dall'operatore al fine di produrre sensazioni e di evocare immagini suggestive, a meno che tali scelte non comportino oggettivamente il rischio di indurre in errore i destinatari in relazione alle caratteristiche essenziali dell'offerta commerciale.

Precisamente al fine di assicurare una maggiore effettività alla tutela del consumatore, l'Autorità ha peraltro utilizzato in maniera sempre più ampia la misura d'urgenza consistente nella sospensione del messaggio e, talvolta, dell'intera campagna pubblicitaria¹⁷.

Particolare attenzione viene prestata dall'Autorità alla valutazione dei messaggi pubblicitari che siano rivolti o possano comunque raggiungere bambini e adolescenti. Il decreto legislativo n. 74/92 dispone, infatti, che tali comunicazioni commerciali non debbano abusare della naturale mancanza di esperienza e della credulità dei soggetti più giovani, né debbano porre in pericolo l'integrità fisica e psichica.

Quanto alla pubblicità comparativa, essa continua a essere poco diffusa, probabilmente anche in ragione degli stringenti vincoli di liceità che la contraddistinguono e che difficilmente si conciliano con le tecniche della comunicazione e con il veloce modificarsi delle offerte sui mercati. La prassi decisionale dell'Autorità evidenzia, comunque, un orientamento favorevole al ricorso da parte delle imprese alla pubblicità comparativa, che rappresenta un efficace strumento di confronto concorrenziale tra gli operatori sul mercato: così, in relazione alla denigrazione, la liceità della comparazione è stata esclusa solo qualora il messaggio contenesse affermazioni o illustrazioni palesemente e oggettivamente offensive, idonee a gettare discredito sul concorrente.

¹⁷ Vedi, tra le altre, decisioni *Gilet Alta Visibilità*, *Fastweb "Ti porta Il Calcio Gratis"* e *Videofonino UMTS H3G*, in Bollettino n. 42/2003, e decisione *Batterie X-Treme Su Al Volante*, in Bollettino n. 43/2003.

Interventi di segnalazione e promozione della concorrenza

Negli ultimi quindici anni si è avviato in Italia un intenso processo di revisione del ruolo dello Stato nell'economia. Esso ha seguito una pluralità di percorsi, alcuni innescati dalla partecipazione europea, altri di ispirazione prettamente nazionale: la privatizzazione delle imprese pubbliche derivava soprattutto dall'esigenza di ridurre il debito pubblico; l'apertura alla concorrenza dei servizi di pubblica utilità aveva una chiara e precisa origine comunitaria; la liberalizzazione di molte attività soggette a una regolazione restrittiva traeva origine dalla necessità di modernizzare il sistema produttivo; la semplificazione amministrativa del sistema delle autorizzazioni e dei controlli derivava dalla diffusa percezione che l'opacità e la complessità del nostro apparato amministrativo costituivano spesso un freno, anziché un sostegno, all'attività produttiva; la messa a punto di un miglior sistema di governo delle attività ancora sotto il controllo pubblico tendeva infine a favorire l'efficienza gestionale e il pareggio di bilancio.

Tutte queste politiche, singolarmente e nel complesso, hanno contribuito a trasformare profondamente gli assetti produttivi e il contesto istituzionale dell'economia italiana. Al fine di valutare quello che è stato fatto e sollecitare trasformazioni ulteriori, è necessario conoscere gli ostacoli tecnici e politici che si frappongono al superamento delle regolazioni ingiustificatamente restrittive ancora presenti. Innanzitutto, la scelta della privatizzazione era quasi obbligata e traeva origine dalla necessità di risanamento del bilancio pubblico della prima metà degli anni Novanta. Nel concreto, gli interventi hanno riguardato, nella quasi totalità, società relativamente efficienti e che potevano essere cedute al mercato senza ristrutturazioni. Come conseguenza, le privatizzazioni italiane non hanno generalmente comportato effetti negativi sui livelli occupazionali delle imprese coinvolte, contribuendo a mantenere il consenso e a realizzare agevolmente gli obiettivi finanziari perseguiti.

Anche il processo di progressiva liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità non è stato particolarmente complesso da realizzare, essendo obbligato, nei tempi e nell'intensità, dalla partecipazione europea. I margini nazionali di manovra erano limitati. Una possibilità, che purtroppo solo raramente è stata seguita, era quella di liberalizzare più di quanto suggerito dalle direttive europee che, come noto, impongono agli Stati membri una liberalizzazione minima.

Un ampio margine di discrezionalità è stato accordato agli Stati membri per la definizione degli assetti regolatori. Le scelte che, nel corso degli anni, sono state effettuate in Italia sono risultate assai efficaci e di esempio per gli

altri Paesi. Innanzitutto, è stato adottato il modello delle autorità indipendenti, che è particolarmente indicato quando le imprese regolate sono ancora di proprietà pubblica, al fine di eliminare il conflitto d'interessi associato al mantenimento, presso la medesima istituzione, delle funzioni di regolazione dei loro comportamenti e di controllo societario. Inoltre, per quanto riguarda i rapporti tra autorità di regolazione e autorità antitrust, è stato scelto, nella generalità dei casi, un modello di separazione funzionale, a vantaggio della specializzazione istituzionale e della trasparenza. Infine, alle autorità di regolazione è stato attribuito un potere regolamentare relativamente ampio, particolarmente indicato in considerazione dei compiti di regolazione *ex ante* a esse affidati.

Quando manca la copertura comunitaria, il processo di apertura dei mercati alla concorrenza procede molto più lentamente e con enormi difficoltà di attuazione, dovuti ai contrasti che inevitabilmente si creano con i soggetti più esposti alla maggiore concorrenza. Analoghe difficoltà caratterizzano l'attuazione del processo di semplificazione amministrativa, atteso che le amministrazioni coinvolte sono generalmente poco disposte ad accettare un ridimensionamento delle proprie competenze e dei propri poteri. È probabilmente questa la ragione per cui lo sportello unico, un'evoluzione importante e benefica per la crescita economica e lo sviluppo delle imprese, stenta a diffondersi nelle amministrazioni locali.

In questo processo l'Autorità, mediante i pareri resi al Parlamento e al Governo, ha cercato, per quanto possibile, di assicurare la coerenza e la funzionalità degli interventi pubblici di riforma agli obiettivi di tutela e di promozione della concorrenza. Nell'ultimo anno particolare attenzione è stata rivolta al trasporto marittimo, alla distribuzione della stampa, alla riforma dei controlli sul pluralismo radiotelevisivo, al trasporto ferroviario. Al di là delle problematiche specifiche affrontate in ciascuno di questi pareri, è possibile individuare una tematica di carattere generale che li accomuna: la definizione del confine tra regolazione e concorrenza e, in particolare, se l'imposizione di obblighi di servizio universale debba essere affidata a meccanismi di mercato, se il pluralismo del sistema radiotelevisivo debba essere garantito ridefinendo categorie tipiche dell'antitrust, quali la posizione dominante e il mercato rilevante, se la separazione verticale di un monopolio verticalmente integrato sia giustificata nella prospettiva dell'interesse generale. Inoltre, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, sono continuate le riflessioni in tema di federalismo.

Servizio universale e concorrenza

Gli obblighi di servizio universale traggono origine dalla necessità di fornire servizi di pubblica utilità di una qualità minima predefinita a un prezzo ragionevole a una determinata categoria di utenti. Il presupposto è che, in assenza di tali obblighi, il servizio non verrebbe fornito affatto o, alternatively, offerto a prezzi molto più elevati. La conseguenza principale dell'imposizione di obblighi di servizio universale è che, se essi non sono finanziati

direttamente, ma tramite sussidi incrociati, aprire il mercato alla concorrenza potrebbe condurre l'impresa soggetta a tali obblighi a perdite crescenti dovute alla scrematura dei segmenti di attività più profittevoli da parte dei concorrenti. Obblighi di servizio universale sono particolarmente importanti nel servizio postale, dove il recapito e la raccolta della corrispondenza hanno costi diversi nel territorio nazionale, ma il prezzo del francobollo è il medesimo, nelle telecomunicazioni e nell'energia, dove il costo di installare la linea a un'utenza isolata è maggiore rispetto a un'utenza urbana, nel trasporto, dove i collegamenti con le zone più impervie del Paese devono essere garantiti a un livello minimo, estate e inverno, indipendentemente dagli andamenti della domanda.

In numerose occasioni, e quest'anno in relazione ai trasporti marittimi nel Golfo di Napoli e alla distribuzione della stampa periodica¹⁸, l'Autorità ha ritenuto che l'imposizione di obblighi alle imprese, siano essi associati alla fornitura di un servizio universale o alla garanzia di un livello minimo di servizio, non deve comportare una riduzione della concorrenza. Tuttavia, una volta che il mercato rimane aperto e la fornitura del servizio universale è imposta solo ad alcuni concorrenti, il problema principale è individuarne le modalità di finanziamento. Innanzitutto, il servizio universale deve essere finanziato solo quando i ricavi conseguiti sono inferiori ai costi. Altrimenti il problema non sussiste, indipendentemente dal fatto che il prezzo sia regolato. Se anche il servizio universale viene fornito in perdita, talvolta l'impresa riceve dei benefici indiretti, in termini di reputazione o di semplice popolarità, tali che essa consegue comunque ricavi complessivi superiori ai costi, come conseguenza del fatto di essere riconosciuta come il fornitore del servizio universale. Anche in questo caso, il servizio universale non deve essere oggetto di finanziamento specifico.

Ma come è possibile individuare le circostanze residuali in cui il servizio universale debba essere oggetto di un intervento di regolazione volto a garantirne il finanziamento? Una soluzione, sperimentata con successo in alcuni Paesi dell'Unione europea (Germania e Danimarca), è lasciare la scelta all'impresa regolata. Solo se essa non è disponibile a fornire senza sussidi il servizio universale che le viene richiesto, viene bandita una gara e, in tal caso, l'obbligo viene affidato all'impresa le cui necessità di sussidio risultano le più basse dal confronto competitivo. Il risultato che emerge dalla valutazione delle esperienze tedesca e danese è che quasi mai l'impresa soggetta agli obblighi di servizio universale sceglie la gara, temendo di avvantaggiare gli altri operatori: ciò dimostra che gli obblighi del servizio universale sono raramente un costo per l'impresa e che pertanto i mercati possono essere aperti alla concorrenza senza eccessivi rischi.

¹⁸ Segnalazione *Servizi pubblici di trasporto marittimo nel golfo di Napoli*, in Bollettino n. 45/2003; segnalazione *Riordino del sistema di diffusione della stampa quotidiana e periodica*, in Bollettino n. 16-17/2003.

Pluralismo dell'informazione e antitrust

Nel settore radiotelevisivo, la regolazione settoriale tutela essenzialmente il pluralismo dell'informazione, un obiettivo d'interesse generale che può trovare un sostegno nell'operare delle condizioni di concorrenza. Infatti, a differenza di un regime concorrenziale in cui il potere di mercato di ciascuna impresa è controllato dall'azione disciplinatrice dei concorrenti, eventualmente anche solo potenziali, per garantire il pluralismo conta la disponibilità effettiva per l'utente di fonti di informazione alternative e sostanzialmente diverse. Per tutelare il pluralismo occorre, quindi, il riferimento a categorie distinte da quelle utilizzate nell'antitrust. La legge "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai Radiotelevisione Italiana Spa, nonché delega al Governo per l'approvazione del testo unico della radiotelevisione", approvata dal Parlamento il 2 dicembre 2003 e successivamente rinviata alle Camere dal Presidente Ciampi per una nuova deliberazione, in relazione alla sua compatibilità con la sentenza n. 466/2002 della Corte Costituzionale, utilizza invece concetti definiti con precisione dal diritto della concorrenza, come la posizione dominante e il mercato rilevante, ma ridefinendoli in maniera ingiustificatamente ampia. Al riguardo, al fine di evitare dannose confusioni per gli operatori soggetti all'applicazione di entrambe le normative, sarebbe auspicabile, nel processo di revisione della legge, un'attenta riflessione circa l'opportunità di utilizzare categorie tipiche della disciplina antitrust, ma non sempre appropriate in rapporto alle finalità di tutela e di promozione del pluralismo radiotelevisivo.

Servizi di pubblica utilità e interventi di separazione verticale

I servizi di pubblica utilità sono stati tradizionalmente forniti in Italia da monopoli pubblici verticalmente integrati nelle diverse fasi di attività. Alcuni esempi, tra i principali, sono: generazione, trasmissione, distribuzione e vendita nell'energia elettrica; approvvigionamento, trasporto, distribuzione e stoccaggio nel gas; raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione nel servizio postale; infrastruttura di rete, servizio di trasporto, manutenzione e logistica nel trasporto ferroviario. Nel corso degli anni, in numerose occasioni, l'Autorità ha suggerito di promuovere la concorrenza in questi servizi, non soltanto liberalizzando gli accessi al mercato come richiesto dalle direttive comunitarie, ma ristrutturando le imprese tramite opportune separazioni orizzontali e verticali. Questa ristrutturazione dei monopoli verticalmente integrati è particolarmente importante al momento della privatizzazione, occasione unica e irripetibile per creare una struttura di mercato concorrenziale. Tuttavia, dall'esperienza accumulata in Italia e all'estero, è emerso che non in tutti i settori la separazione verticale è la soluzione ottimale, in considerazione delle frequenti economie di coordinamento che caratterizzano la relazione tra infrastruttura e servizi.

Gli interventi di separazione sono molto efficaci nel settore elettrico e nel gas, dove le sinergie tra generazione/approvvigionamento e trasmissione/ trasporto, sono praticamente nulle, mentre i disincentivi all'efficienza, originati dall'integrazione verticale, sono assai significativi. Nel settore elettrico, la semplice separazione gestionale della rete di trasmissione elettrica non è sufficiente. Nel mercato elettrico italiano, scosso dal *black out* di settembre, non esiste solo l'opzione di costruire nuove centrali elettriche sul territorio nazionale, ma anche quella di rafforzare e di diversificare la rete d'interconnessione con l'estero, che costituisce lo strumento principale attraverso cui realizzare l'allargamento del mercato rilevante dal punto di vista geografico. Le due opzioni non sono uguali in relazione agli interessi dei generatori nazionali che chiaramente preferiscono la costruzione di nuove centrali in Italia. Una maggiore indipendenza del gestore della rete di trasmissione nazionale, conseguita assegnandogli anche la piena proprietà delle reti, renderebbe più agevole perseguire strategie di espansione della rete di trasmissione meglio allineate agli interessi generali. Nel settore del gas, dove sarebbero possibili evoluzioni concorrenziali analoghe a quelle del settore elettrico, le scelte di ristrutturazione sono state molto diverse da quelle imposte a Enel: Snam è rimasta un'impresa verticalmente integrata, sia pure parzialmente mitigata da una separazione societaria. Come sostenuto in numerose occasioni dall'Autorità, la rete di trasporto del gas, in analogia alla rete di trasmissione dell'elettricità, dovrebbe essere oggetto di una separazione proprietaria, al fine di favorire un maggiore pluralismo dell'offerta del gas. Analoga separazione dovrebbe essere introdotta per le infrastrutture di stoccaggio, essenziali per l'accesso dei nuovi operatori che, alternativamente, rischiano di essere gestite strategicamente dall'impresa dominante al fine di mantenere le proprie posizioni di mercato.

La separazione proprietaria delle reti può essere conseguita mantenendone pubblica la proprietà e privatizzando le attività verticalmente collegate. In questo modo si conseguirebbero notevoli vantaggi, soprattutto ai fini della sicurezza degli approvvigionamenti e della continuità del servizio. Infatti nella fornitura di elettricità e di gas, le reti dovrebbero privilegiare l'obiettivo di assicurare la disponibilità di un livello adeguato di capacità anche in condizioni di emergenza, obiettivo questo difficilmente raggiungibile da operatori privati e pertanto guidati da un'impostazione di breve periodo nella scelta degli investimenti da effettuare.

Le poste e le ferrovie, anche se per motivazioni diverse, sono settori molto più critici, dal punto di vista dell'efficacia di interventi di separazione verticale. Nelle poste, indipendentemente dal fatto che le direttive comunitarie ancora consentono ampi margini di riserva legale per il monopolista postale e, pertanto, la concorrenza è ancora relativamente limitata, la fase della distribuzione potrebbe essere quella che meglio si inquadra nella categoria generale del monopolio naturale, rispetto alla quale valutare l'opzione della

separazione. Al riguardo, sono probabilmente più rilevanti le problematiche legate alla remunerazione del servizio universale, anche in considerazione del fatto che i costi del servizio di distribuzione, particolarmente concentrati sulla remunerazione del lavoro, sono molto più facilmente allocabili, tramite l'individuazione di opportune tariffe, rispetto ai costi di accesso a un'infrastruttura fisica. Pertanto, nel servizio postale è probabilmente più opportuno prevedere obblighi generalizzati di accesso, data la facilità di un controllo *ex post* sull'eventuale carattere escludente di condizioni di accesso particolarmente onerose, piuttosto che procedere alla separazione verticale delle fasi caratterizzate da condizioni di monopolio naturale.

Nel settore ferroviario, dove le direttive comunitarie hanno imposto una separazione solo societaria, le problematiche maggiori attengono alla difficoltà di introdurre condizioni concorrenziali nei servizi di trasporto di passeggeri, in considerazione della logistica del trasporto ferroviario che, se non in casi eccezionali in cui viene introdotto un nuovo servizio¹⁹, rende praticamente impossibile realizzare una effettiva concorrenza sulla medesima infrastruttura, tale da garantire per la stessa tratta servizi alternativi forniti da operatori diversi. D'altra parte, è emerso soprattutto dall'esperienza inglese che esistono significative economie di gamma associate all'integrazione verticale. In particolare, la separazione tende a ridurre gli incentivi alla manutenzione del materiale rotabile, conducendo a un più rapido deterioramento dell'infrastruttura ferroviaria. Nel Regno Unito, uno dei compiti principali della nuova autorità di regolazione del trasporto ferroviario, l'Office of the Rail Regulator, è quello di individuare forme tariffarie che allineino gli incentivi dei fornitori del servizio all'esigenza di mantenere in perfetto stato il materiale rotabile e contribuire così alla salvaguardia nel tempo dell'infrastruttura. Se la separazione verticale (proprietaria) dell'infrastruttura di rete non produce effetti benefici nel trasporto ferroviario di passeggeri, può tuttavia esercitare un ruolo di rilievo nel favorire la concorrenza nel trasporto di merci, dove la manutenzione del materiale rotabile è relativamente meno importante per l'infrastruttura, essendo il traffico merci molto inferiore a quello passeggeri. Inoltre, nel trasporto merci sono molto più modeste le economie di coordinamento, visto che, a differenza del trasporto di passeggeri, esistono flessibilità notevoli in termini di orario.

Federalismo e concorrenza

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha affidato alle Regioni e agli Enti locali vaste funzioni normative e amministrative in materia economica. Si tratta di un'estensione a livello nazionale anche del principio di sussidiarietà, che ispira i rapporti tra organi comunitari e Stati membri e che risponde alla logica che le decisioni debbano essere prese dalle istituzioni meglio situate per trovare una soluzione coerente con gli interessi e le aspirazioni dei cittadini.

¹⁹ Come nel caso del treno rapido Basilea-Milano-Basilea.

In generale, la sussidiarietà produce effetti positivi per la gestione di servizi pubblici in monopolio, soprattutto di quelli locali, che devono essere tarati sulle esigenze dei cittadini e mal si prestano a essere governati dal centro. Viceversa, per quanto riguarda gli interventi di liberalizzazione dei mercati, la vicinanza agli interessi coinvolti può influenzare negativamente il processo decisionale e favorire, a scapito dei nuovi entranti e dei consumatori, l'ingiustificata protezione delle imprese. Certamente ogni intervento normativo regionale deve rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e nazionale, incluse le regole di concorrenza. Tuttavia, lo spazio per regolazioni ingiustificatamente restrittive rimane vasto.

Al riguardo, le Regioni potrebbero introdurre previsioni statutarie volte a vincolare la regolamentazione regionale al principio della proporzionalità, garantendo che normative restrittive della concorrenza da esse emanate contengano vincoli ai comportamenti d'impresa solo se assolutamente indispensabili al raggiungimento dei perseguiti obiettivi d'interesse generale. In questo modo, risulterebbe poi molto più agevole alle Assemblee e ai Governi regionali resistere alle spesso pressanti richieste di protezione delle diverse categorie che si sentono minacciate dalla concorrenza e favorire, invece, gli interessi diffusi dei consumatori e dei nuovi entranti, a vantaggio dello sviluppo economico e dell'occupazione.

Sviluppi comunitari e riforma della normativa nazionale

È fissata al 1° maggio 2004 l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 in materia di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, approvato all'unanimità dal Consiglio dell'Unione europea nel dicembre 2002. La decisione di ritardare l'entrata in vigore del regolamento rispetto alla data di approvazione deriva dalla necessità di definire e adottare le disposizioni necessarie a garantire la completa ed efficace attuazione del nuovo sistema, inclusi gli opportuni cambiamenti alle leggi nazionali poste a tutela della concorrenza. Ciò è particolarmente importante per l'Italia che, prima tra tutti gli Stati membri, aveva adottato una normativa nazionale antitrust pienamente allineata a quella comunitaria, costituendo, al riguardo, un esempio per gli altri Paesi che, successivamente, hanno ricercato soluzioni analoghe. La simmetria tra le disposizioni nazionali in materia di concorrenza e le corrispondenti norme comunitarie, come anche testimoniato da questa relazione, ha rafforzato l'azione dell'Autorità italiana, contribuendo, in breve tempo, al consolidamento di un'istituzione apprezzata a livello nazionale e comunitario.

L'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 modifica significativamente il regime finora prevalente, introducendo differenze tra i poteri che l'Autorità potrà esercitare nell'applicare la legge n. 287/90 e quelli che la stessa Autorità utilizzerà nell'applicare le corrispondenti disposizioni comunitarie. Nell'applicare le previsioni comunitarie l'Autorità seguirà il regime dell'eccezione legale secondo il quale le intese restrittive della concorrenza esentabili sono lecite e valide senza la necessità di una preventiva autorizzazione, che rimane invece necessaria nella normativa nazionale.

Il nuovo regolamento comunitario rende necessaria la realizzazione di una convergenza, per lo meno sostanziale, delle normative nazionali, così che i comportamenti d'impresa siano valutati in maniera analoga, indipendentemente dalla legge che viene di volta in volta applicata e dall'autorità di concorrenza coinvolta. Mentre finora, data l'uniformità sostanziale delle due normative, erano del tutto analoghi i poteri utilizzati e le modalità applicative, con l'entrata in vigore del nuovo regolamento due medesime condotte verrebbero trattate in maniera diversa a seconda dell'incidenza sul commercio intracomunitario. In assenza del necessario adeguamento della legge n. 287/90 alla nuova normativa comunitaria, si introdurrebbero pertanto margini d'incertezza in ordine alle modalità d'interazione delle due normative e alla loro applicabilità.

Pertanto, solo se le norme nazionali e comunitarie sono molto simili tra loro la possibilità, contemplata dal regolamento n. 1/2003, di applicare congiuntamente la normativa nazionale e quella comunitaria semplifica l'attività di repressione delle pratiche restrittive. Altrimenti, l'onere per l'Autorità e per le imprese può divenire molto più gravoso. È necessario, pertanto, che le disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 siano allineate alle nuove previsioni comunitarie come delineate nel nuovo regolamento n. 1/2003 e che all'Autorità siano affidati i medesimi poteri della Commissione, così da rendere indifferente per le imprese l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. In questo modo, il progetto comunitario di cooperazione, innescato dall'approvazione del regolamento, troverà in Italia, così come in corso di realizzazione negli altri Stati membri, un terreno favorevole per la sua completa realizzazione.

Il 1° maggio 2004 entrerà in vigore anche il regolamento n. 139/2004 in materia di concentrazioni, approvato lo scorso dicembre nel semestre di Presidenza italiana dell'Unione europea. Il nuovo regolamento lascia inalterate le soglie di fatturato previste dall'articolo 1, ma introduce modifiche significative al meccanismo dei rinvii tra Commissione europea e autorità nazionali, al fine di consentire, in conformità al principio di sussidiarietà, che ciascuna concentrazione sia trattata dall'autorità più appropriata e di ridurre costi, rischi e inconvenienti connessi alla molteplicità di notifiche, procedimenti e decisioni nei casi di operazioni multigiurisdizionali: sono previste condizioni di maggiore flessibilità in relazione ai criteri e alle procedure di rinvio e la possibilità di un più ampio utilizzo dello strumento, attivabile su iniziativa delle parti anche in una fase precedente alla formale notifica della concentrazione.

La modifica principale introdotta dal regolamento è il cambiamento del criterio sostanziale di valutazione delle operazioni di concentrazioni. Il nuovo articolo 2 definisce come incompatibili con il mercato comune *“le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”*. La disposizione delinea così una potenziale estensione dell’ambito di applicazione del divieto, non più vincolato dal necessario ancoraggio al requisito della dominanza. Il nuovo standard di valutazione dovrà tuttavia essere interpretato e applicato alla luce del considerando 25 del regolamento, laddove si precisa che tale nozione *“dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultanti dal comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione”*.

Più sostanzialmente, il nuovo test comunitario è stato da molti interpretato come se fosse una replica con altre parole della “riduzione sostanziale della concorrenza”, un test molto ampio che, come dimostra l’esperienza americana, lascia molto spazio discrezionale alle autorità di controllo. Il test adottato nel nuovo regolamento comunitario tuttavia è meno chiaro di quello americano, essendo volto a vietare le concentrazioni che ostacolano *“in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune”*, il che sembra implicare la necessità di una valutazione assoluta del potere di mercato risultante dalla concentrazione, non soltanto una valutazione dell’effetto incrementale associato alla parola “riduzione”. Da questo punto di vista, la formulazione della legge italiana che all’articolo 6 prevede che un’operazione di concentrazione possa essere vietata se conduce alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante, tale da *“ridurre in modo sostanziale e durevole della concorrenza”* ha un fondamento economico superiore. Si vedrà in futuro come la Commissione e le Corti interpreteranno il nuovo test. Certo è che la formulazione precedentemente in vigore nella pratica ha mostrato, pur all’interno delle necessarie rigidità, una notevole flessibilità applicativa.

La rete internazionale della concorrenza e l’assistenza tecnica

Come avvenuto in Europa, anche nel più ampio contesto internazionale l’allargamento dei mercati si deve accompagnare a una simmetrica internazionalizzazione dell’antitrust. Se i commerci si globalizzano e l’antitrust resta nazionale, molte condotte d’impresa sfuggono all’applicazione della legge e

comunque, se anche una violazione viene individuata, i rimedi imposti alle imprese hanno molto spesso una prospettiva parziale, risultando pertanto insufficienti a risolvere nella sua interezza il problema. Si tratta di una problematica già affrontata quasi cinquant'anni fa dal Trattato di Roma che, per una motivazione in parte diversa, ossia per garantire l'omogeneità delle condizioni concorrenziali prevalenti nei diversi Stati membri, ha introdotto disposizioni antitrust rivolte alle pratiche d'impresa che distorcono il commercio intracomunitario. Ancora oggi queste disposizioni coesistono con analoghe previsioni nazionali, anche se il regolamento n. 1/2003 e la giurisprudenza delle Corti comunitarie hanno allargato sempre di più la nozione di effetti sul commercio tra Stati membri, tendendo in prospettiva a ridurre il rilievo e l'importanza delle normative nazionali. Al di fuori dell'Unione europea, la questione è stata affrontata solo all'interno dei grandi Stati federali, per esempio gli Stati Uniti, il Messico, il Canada, che hanno adottato disposizioni antitrust di rango federale per le pratiche d'impresa che influenzano il commercio interstatale.

Ancora oggi non esistono soluzioni complessive concordate a livello internazionale. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, alcune importanti iniziative, al cui sviluppo l'Autorità italiana ha dato importanti contributi, cercano di porre rimedio alle difficoltà di applicare le normative antitrust alle pratiche d'impresa che incidono sui mercati globali. È ormai chiaro che se ogni Paese applica la propria normativa alle pratiche che producono effetti anticompetitivi all'interno dei confini nazionali, non c'è alcuna garanzia di convergenza verso le leggi o le applicazioni più efficaci. Inoltre, le imprese sarebbero costrette a subire procedimenti in una pluralità di giurisdizioni caratterizzate da leggi, procedure e sanzioni diverse. Infine, mancherebbe una visione globale dei mercati oggetto dei diversi procedimenti e i rimedi individuati potrebbero risultare gravemente inefficaci, sia in difetto che in eccesso rispetto alla soluzione ottimale.

A queste sfide la comunità internazionale ha cercato di rispondere verificando la possibilità di individuare standard internazionali in materia di tutela della concorrenza di cui imporre l'adozione, tramite l'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC) o altro organismo intergovernativo, ai Paesi membri. La conferenza intergovernativa dell'OMC di Singapore del 1996 aveva infatti costituito un gruppo di lavoro volto a verificare la possibilità concreta di iniziare un negoziato commerciale in materia di concorrenza. Il gruppo, che ha lavorato intensamente per circa sei anni, non è riuscito a trovare al proprio interno una posizione comune sulle scelte negoziali da effettuare. Il fallimento della conferenza intergovernativa dell'OMC a Cancun lo scorso ottobre ha ulteriormente rallentato sensibilmente il processo.

Molto più agevole si è rivelata la strada della convergenza volontaria. Le normative antitrust rimangono nazionali, ma l'individuazione in comune di standard di riferimento promuove, a vantaggio delle imprese, la trasparenza, la tempestività e la prevedibilità delle decisioni. La creazione, nell'ottobre 2001, della Rete internazionale della concorrenza (International Competition Network, ICN) risponde all'esigenza di conseguire una progressiva armoniz-

zazione sostanziale e procedurale delle normative antitrust nazionali. L'ICN ha fornito contributi molto importanti in questa direzione, formulando raccomandazioni procedurali in materia di controllo delle operazioni di concentrazione e promuovendo una razionalizzazione e una intensificazione delle attività di assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo in materia di antitrust.

Per il futuro, un meccanismo più vincolante, volto a creare un sistema di norme più omogenee e accompagnato da meccanismi di risoluzione delle controversie in ambito OMC, è probabilmente una soluzione preferibile. Per il momento, tuttavia, la convergenza volontaria rimane l'unica opzione percorribile e, al riguardo, l'ICN rappresenta uno strumento molto efficace per realizzarla. In primo luogo, più di ottanta autorità antitrust sono membri della rete. Inoltre, si tratta di un organismo flessibile, creato senza un segretariato e gestito direttamente dalle autorità di concorrenza che, in maniera cooperativa, individuano i temi da trattare, discutono le questioni controverse e consensualmente pervengono ad approvare raccomandazioni specifiche e principi generali da seguire.

L'Autorità ha svolto un ruolo molto attivo nell'ICN, ospitando a Napoli, nel settembre 2002, la prima conferenza annuale e ricoprendo un ruolo di guida in numerosi gruppi di lavoro. L'impegno dell'Autorità nell'ICN si è affiancato a un'intensa attività di assistenza tecnica, accompagnando verso l'accesso all'Unione europea alcuni Paesi candidati e condividendo le proprie esperienze nell'applicazione della normativa antitrust con numerosi Paesi in via di sviluppo.

Nella Repubblica Ceca l'Autorità sta concludendo un progetto comunitario di gemellaggio di durata biennale con l'Ufficio della concorrenza ceco. La presenza di un funzionario dell'Autorità italiana a Brno ha stabilito legami istituzionali profondi che contribuiscono a consolidare i rapporti di cooperazione tra due autorità ormai legate dalla comune partecipazione europea. Nel 2003, dopo la conclusione di un analogo progetto comunitario, è stato avviato un nuovo progetto di gemellaggio con il Consiglio della Concorrenza romeno. Anche a Bucarest la presenza di un funzionario italiano per i prossimi due anni consentirà all'Autorità una partecipazione attiva al processo di modernizzazione dell'antitrust romeno e, più in generale, al rafforzamento di un'istituzione essenziale per consentire alla Romania una piena accettazione dei principi del mercato.

L'Autorità è ormai da alcuni anni firmataria di un protocollo d'intesa con il Ministero per le politiche antimonopolio e il sostegno all'imprenditoria della Federazione Russa e prepara annualmente un programma di formazione in materia di concorrenza e di antitrust per i funzionari russi. Inoltre, l'Autorità ospita frequentemente nei suoi uffici funzionari di autorità di altri Paesi, soprattutto dell'Europa Centrale, al fine di informarli sulle proprie prassi di lavoro e sulle modalità organizzative. L'Autorità è infine presente regolarmente alle iniziative degli organismi internazionali in materia di concorrenza, in particolare dell'OCSE, della Conferenza per il Commercio e lo Sviluppo delle Nazioni Unite (UNCTAD) e della Banca Mondiale.

Un bilancio complessivo

Il legislatore italiano ha varato la legge generale sulla concorrenza modellandola sulle corrispondenti previsioni comunitarie e vincolandone l'interpretazione e l'applicazione al rispetto dei principi dell'ordinamento delle Comunità europee. Il forte nesso tra la legge nazionale e l'ordinamento comunitario ha consentito all'Autorità d'ispirarsi alla giurisprudenza ultra-trentennale della Corte di Giustizia, adottando concetti e categorie già ampiamente definiti dal diritto comunitario.

Nello svolgimento dei suoi compiti, l'Autorità, fin dall'inizio, si è occupata di tutti i settori economici e di restrizioni della concorrenza di diversa entità e natura.

Il sistema economico italiano è caratterizzato dalla presenza di un significativo nucleo di settori manifatturieri ampiamente presenti in mercati internazionali aperti e competitivi. Ciò è sufficiente a spiegare la circostanza che le imprese operanti in tali settori sono raramente oggetto di procedimenti istruttori e di censure dell'Autorità. Le imprese più spesso riguardate dai procedimenti antitrust sono state invece quelle operanti in settori di *public utilities* (telecomunicazioni, energia, trasporti pubblici, servizi postali, sanità, ecc.) e in altri settori sottoposti a estesa regolazione (quali, ad esempio, i servizi professionali, finanziari, assicurativi, del commercio e le attività farmaceutiche).

Guardando retrospettivamente all'attività di intervento dell'Autorità dalla sua istituzione, e volendo offrire una valutazione di ampia sintesi, alcune problematiche e talune decisioni dell'Autorità hanno assunto particolare rilievo.

Liberalizzazioni e restrizioni della concorrenza

In primo luogo, l'attività dell'Autorità ha dovuto confrontarsi con i limiti connessi ai processi di liberalizzazione dei mercati. Il superamento dei monopoli e l'apertura a diversi operatori economici, avviati anche in virtù di una spinta comunitaria evidente dalla fine degli anni Ottanta, hanno interessato, con diversa intensità, i settori delle telecomunicazioni, dell'energia elettrica, del gas, dei servizi postali, del trasporto aereo. Tuttavia, l'apertura dei mercati prevista dalle norme e guidata anche da apposite autorità di regolazione, con le quali si è avuta una costante collaborazione, non sempre si è coniugata con l'instaurarsi di una concorrenza effettiva. L'Autorità, quindi, ha avviato procedure istruttorie e ha adottato misure di inibizione e di sanzione nei confronti dei comportamenti delle imprese che ostacolavano o limitavano i benefici della liberalizzazione. Talvolta gli *ex* monopolisti, poco propensi a riconoscere sufficiente spazio ai nuovi entranti, hanno posto in essere comportamenti che sono stati censurati come abusi di posizione dominante, pre-

valentemente di tipo escludente nei confronti dei concorrenti. Episodi di questa natura sono stati riscontrati in tutti i settori sopra menzionati: telecomunicazioni, energia elettrica, gas, servizi postali, trasporto aereo.

Nel configurare i comportamenti abusivi delle imprese *ex monopoliste*, l'Autorità, sempre seguendo il solco della giurisprudenza comunitaria, ha individuato i principali obblighi cui è tenuto, per la sua "speciale responsabilità", un operatore in posizione dominante: si tratta, in particolare, di obblighi di trasparenza, di equità, di non discriminazione²⁰. Si sono anche registrate restrizioni alla concorrenza dovute ad accordi e intese fra un *ex monopolista* e soggetti nuovi entranti, che mostrano come l'operatore principale ha affiancato ai comportamenti abusivi tentativi di trasformare il monopolio in forme di concertazione oligopolistica²¹.

Incroci di partecipazioni azionarie e concentrazioni fra imprese

Il controllo delle operazioni di concentrazione che, in forma di fusione, di costituzione di un'impresa comune o di acquisizione del controllo di un'impresa sull'altra, possono determinare una modificazione sostanziale e durevole della struttura delle imprese e, quindi, del mercato, ha assunto un ruolo sempre più importante. La *ratio* e la portata di tale controllo sono state ben messe in evidenza dal Consiglio di Stato, che, sulla base di quanto previsto anche a livello comunitario, ha affermato che nessuna tipologia di operazione (fra operatori presenti nello stesso mercato, in mercati diversi o in mercati differenti della stessa filiera produttiva) è sottratta al controllo dell'Autorità²². Inoltre, analogamente alla disciplina comunitaria, l'Autorità, in caso di annullamento da parte del giudice di propri provvedimenti su operazioni di concentrazione, può successivamente rideliberare in merito all'operazione, tenendo conto dei principi di diritto indicati nella sentenza di annullamento²³.

Un approccio sostanzialistico deve arrivare a cogliere la reale essenza economica sottesa a un'operazione, indipendentemente da come essa viene configurata dalle imprese interessate e portata a conoscenza dell'Autorità. Ed in effetti è emersa una sempre maggior complessità dei fenomeni societari che hanno portato ad accertare come incroci di partecipazioni azionarie, anche di modesta entità ed asseritamente effettuate a titolo di investimento puramente finanziario, unite all'esistenza di forti legami personali tra i membri degli organi societari principali di società formalmente e giuridicamente autonome tra loro, possono invero determinare una riduzione sostanziale e durevole della concorrenza. La dispersione del capitale azionario può infatti consenti-

²⁰ Vedi, tra le altre, decisione *Pepsi Cola-Coca Cola*, in Bollettino n. 49/1999.

²¹ Decisione *Tim-Omnitel/Tariffe fisso-mobile*, in Bollettino n. 39/1999.

²² Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, decisione 1° ottobre 2002, n. 5156, *Enel-France Telecom/New Wind*.

²³ Ibidem.

re a un'impresa di acquisire, in sede di esercizio del voto nelle assemblee ordinarie, un controllo di fatto sui principali concorrenti, operanti nel medesimo settore produttivo, venendosi così a costituire un unico centro di interesse, che, in determinate circostanze, esclude *in radice* la possibilità che i soggetti coinvolti possano tenere comportamenti genuinamente indipendenti sul mercato²⁴.

“Cartelli” vecchi e nuovi

In materia di intese, l'Autorità ha potuto registrare un'evoluzione nei comportamenti delle imprese che si accompagna ad una maggiore consapevolezza in materia di illeciti antitrust. Accanto alle classiche ipotesi di intese aventi ad oggetto la formalizzazione di accordi sui prezzi, e di pratiche concertate attuate mediante riunioni organizzate e tendenzialmente sistematiche fra concorrenti, si sono accertate forme di collusione sempre più sofisticate. In molti casi l'intesa è volta a determinare una trasparenza artificiale del mercato tramite la condivisione di dati sensibili omogenei o il coordinamento delle strategie commerciali con effetti sui prezzi rilevanti, anche se a volte solo indiretti.

Fra le fattispecie di intese più complesse e importanti, l'Autorità si è occupata di scambi di informazioni fra imprese e ha ritenuto che costituiscono di per sé un illecito, indipendentemente dalla loro incidenza diretta sui prezzi, gli scambi di informazioni che abbiano ad oggetto dati sensibili e non siano esentabili in base a regolamenti comunitari. È il caso delle assicurazioni²⁵.

In mercati in cui la concorrenza è già ristretta, si sono osservate circostanze nelle quali l'impresa più importante del mercato ha esercitato la propria posizione di leadership promuovendo e coordinando strategie collusive con i concorrenti, in particolare diventando il punto di riferimento e il soggetto guida dei comportamenti futuri dei concorrenti²⁶.

Concertazione e gare pubbliche

Meritano una considerazione particolare le pratiche anticoncorrenziali realizzate a danno diretto dell'Amministrazione nell'ambito delle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

Il *favor* verso procedure concorsuali di selezione del contraente privato nella stipulazione dei contratti della PA, già presente nella nostra legislazione per ragioni essenzialmente connesse all'esigenza di evitare i fenomeni di corruzione, viene fortemente accentuato dalla normativa comunitaria.

²⁴ Decisione SAI Società Assicuratrice Industriale-La Fondiaria Assicurazioni, in Bollettino n. 51-52/2002.

²⁵ Decisione RC Auto, in Bollettino n. 30/2000.

²⁶ Decisione Compagnie aeree-Fuel Charge, in Bollettino n. 31/2002.

Quest'ultima sottolinea, in particolare la valenza pro-concorrenziale insita nella gara tra imprese indipendenti, come strumento principe per l'individuazione del contraente più efficiente. I benefici effetti di tale meccanismo si lasciano apprezzare, in generale, nei confronti del sistema economico-produttivo, che risulta stimolato dalla competizione per ottenere la commessa pubblica; in particolare, con riguardo all'Amministrazione, che può acquisire beni e servizi migliori e al prezzo più basso. Tali effetti risultano tuttavia completamente frustrati quando le imprese colludono in occasione della presentazione delle offerte nella gara. In tale evenienza, lo stesso meccanismo della gara, attesi anche i vincoli procedurali cui è soggetta l'Amministrazione, può ritorcersi a suo danno. Settori merceologici disparati sono stati interessati da questi fenomeni: dalle forniture di gasolio²⁷, ai servizi assicurativi²⁸, ai buoni pasto²⁹. La recente esperienza ha poi evidenziato che, nel caso in cui sia accertata una collusione in gara e sia in corso di esecuzione il contratto pubblico, non sembrano ancora sussistere idonei strumenti per rimediare a questa palese alterazione del gioco della concorrenza. Il Consiglio di Stato ha infatti stabilito che l'accertamento di un accordo in sede di gara non comporta di per sé la nullità dei relativi contratti di fornitura, lasciandola all'apprezzamento del giudice ordinario e assegnando all'Autorità un potere di diffida alle imprese. Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato, nella stessa sentenza, che è *“ammissibile che attraverso la diffida l'Autorità possa ingiungere misure di rimozione degli effetti dell'intesa illecita, aventi ad oggetto il comportamento delle imprese”*, senza che ciò possa essere *“in assoluto impedito dall'esistenza di rapporti negoziali”*, pur dovendo l'Autorità valutare le conseguenze indirette che l'imposizione di misure specifiche, graduate in considerazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, potrebbe avere sulle posizioni dei terzi³⁰.

La collusione ai danni dell'Amministrazione si è poi realizzata anche indipendentemente dall'alterazione delle gare, in circostanze in cui la stessa ha contrattato direttamente con le imprese fornitrici. In particolare, nel settore farmaceutico sono state accertate ampie concertazioni volte alla ripartizione dei mercati ed alla fissazione dei prezzi che si sono tradotte in vere e proprie imposizioni di fatto alle Amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)³¹.

Ne emerge l'immagine di un'Amministrazione che formalmente tratta con le imprese su un piano di parità, ma che di fatto subisce l'intera definizione del regolamento contrattuale, che è invece dettato dalla concertazione tra le imprese.

²⁷ Decisione *Aziende di trasporto pubblico locale-Petrolieri*, in Bollettino n. 8/2003.

²⁸ Decisione *Assicurazione rischi comune di Milano*, in Bollettino n. 39/1997.

²⁹ Decisione *Pellegrini/Consip*, in Bollettino n. 24/2002.

³⁰ Consiglio di Stato, sezione VI, decisione 2 marzo 2004, n. 926, *Pellegrini/Consip*.

³¹ Decisione *Test diagnostici per diabete*, in Bollettino n. 18/2003.

Le autorizzazioni in deroga

Non sempre le intese anticoncorrenziali tra imprese producono esclusivamente effetti svantaggiosi per la collettività. In date circostanze, infatti, esse possono realizzare anche risultati positivi in termini di miglioramenti dell'offerta e sostanziali benefici per i consumatori. Quando ciò accade, la legge affida all'Autorità il compito di effettuare un bilanciamento tra gli effetti restrittivi dell'intesa ed i vantaggi che la stessa comporta. In esito a tale bilanciamento l'intesa può essere autorizzata per un periodo limitato di tempo proprio allo scopo di consentire la realizzazione di quei vantaggi che immediatamente si ricollegano ad essa, evitando nello stesso tempo la cristallizzazione della restrizione concorrenziale, certamente dannosa nel medio e lungo termine. Nei limiti rigorosi, fissati dalla legge, all'esercizio di una simile competenza, l'Autorità non ha mancato di cogliere, nell'eterogenea realtà sottoposta alla sua analisi, quei casi che potevano soddisfare i requisiti normativi e perciò potevano conseguire l'esenzione dal divieto. Così sono state autorizzate intese nel settore del trasporto aereo^{32/33}, nel settore della distribuzione commerciale³⁴, nel settore della distribuzione dei prodotti petroliferi e nel settore delle telecomunicazioni³⁵.

Antitrust e analisi economica

La continua evoluzione del diritto comunitario della concorrenza, e, in particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, hanno fornito all'Autorità non soltanto i criteri per interpretare norme generali e astratte, applicandole a casi e a comportamenti concreti. Esse hanno, altresì, favorito l'adozione da parte dell'Autorità di un metodo di indagine volto a verificare gli effetti del comportamento o dell'operazione rispetto ai prezzi, alla quantità o alla qualità di beni e servizi offerti: in altre parole, a misurarne l'effetto sui consumatori. Il ricorso all'analisi economica ha fatto così sempre più ingresso nella valutazione del diritto antitrust.

L'Autorità, anche giovandosi dell'appartenenza a un sistema sovranazionale, più o meno formalizzato, di dialogo fra autorità di concorrenza esistente a livello internazionale, si è avvalsa dell'analisi economica tanto in materia di illeciti (intese restrittive e abusi di posizione dominante), quanto in materia di concentrazioni tra imprese.

Relativamente alle intese, il ricorso all'analisi economica è stato più ricorrente nella valutazione di quelle verticali, che per loro natura sono meno

³² Decisione *Alitalia-Minerva Airlines*, in Bollettino n. 37-38/1998.

³³ Decisione *Alitalia-Volare*, in Bollettino n. 28/2003.

³⁴ Decisione *Coop Italia-Conad/Italia Distribuzione*, in Bollettino n. 13/2001.

³⁵ Decisione *Nokia-Marconi*, in Bollettino n. 13/2002.

restrittive delle intese orizzontali, in ragione dei guadagni di efficienza che possono determinare³⁶.

Utile è stata anche l'applicazione dell'analisi economica a fattispecie di abuso, quali i prezzi predatori, con riferimento ai quali è stata condotta una valutazione ancorata alla teoria economica, in grado di enucleare, dall'insieme dei costi sostenuti da un'impresa, quelli specificamente riferibili alla produzione aggiuntiva di beni o servizi sui quali i prezzi predatori sono stati praticati³⁷.

Infine, efficace è stato l'impiego di modelli di simulazione circa gli effetti di un'operazione di concentrazione³⁸, in termini di aumento dei prezzi che ne sarebbe potuto derivare.

Misure pubbliche e comportamenti d'impresa

In Paesi come il nostro, caratterizzati da una lunga tradizione di intervento invadente dei pubblici poteri nell'economia, gli ostacoli alla concorrenza possono derivare non soltanto dai comportamenti delle imprese che danno luogo a cartelli, ad abusi di posizione dominante, a concentrazioni restrittive, ma anche dalle leggi, dai regolamenti, dagli atti delle pubbliche amministrazioni, che facilitano o incentivano monopoli, consorzi e altre forme associative, le quali inducono una concertazione fra imprese suscettibile di alterare il gioco concorrenziale nei vari mercati.

In questa prospettiva, costante è stato l'esercizio dei poteri consultivi attribuiti dal legislatore all'Autorità, *“allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato”*. I pareri e le segnalazioni dell'Autorità indirizzate al Parlamento, al Governo, alle Regioni, alle amministrazioni centrali e locali, hanno evidenziato le distorsioni alla concorrenza determinate da iniziative legislative e regolamentari o da atti normativi già in vigore.

Ne è scaturita una forma di attività di promozione della concorrenza, diretta ai pubblici poteri, che ha riguardato tutti i settori economici e problemi di varia natura e complessità: prezzi e tariffe di beni o servizi (telefonia, trasporto pubblico locale, servizi di taxi, attività professionali, libri, ecc.), liberalizzazione di settori o di attività (oltre a quanto già richiamato, energia, servizi aeroportuali di assistenza a terra, ecc.), privatizzazione di enti pubblici, modalità di gestione delle reti di servizi (di telefonia, elettrici, ferroviari, comprensivi anche dei servizi merci e di terminalizzazione, ecc.).

³⁶ Decisione *Sagit-Contratti vendita e distribuzione del gelato*, in Bollettino n. 5/2003.

³⁷ Decisione *Diano-Tourist Ferry Boat-Caronte Shipping-Navigazione Generale Italiana*, in Bollettino n. 16/2002.

³⁸ Decisione *SAI Società Assicuratrice Industriale-La Fondiaria Assicurazioni*, in Bollettino n. 51-52/2002.

Agli interventi specifici concernenti singoli settori di legislazione o regolazione si sono affiancati interventi orizzontali e intersettoriali. Così, l'Autorità ha adottato sia una segnalazione generale sugli interventi necessari per promuovere la concorrenza in tutti i mercati³⁹, sia segnalazioni sui bandi di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici⁴⁰, sui servizi pubblici locali⁴¹.

Gli interventi di segnalazione hanno altresì dovuto tener conto del graduale ampliamento della potestà legislativa e regolamentare delle Regioni e delle funzioni amministrative degli enti locali in materia di disciplina dell'attività economica, formalizzato nelle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, operato dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3.

In questo contesto, l'Autorità ha più volte messo in evidenza l'esigenza di garantire che i processi di revisione della regolazione in senso pro-concorrenziale si estendano anche alla regolazione di livello regionale e locale, al fine di evitare che le misure regionali e locali divengano eccedenti o troppo restrittive rispetto al quadro normativo sovranazionale e nazionale⁴², situazione, questa, riscontrata in alcuni settori come la distribuzione commerciale⁴³; il riordino del sistema di diffusione della stampa quotidiana e periodica⁴⁴; la regolazione dell'attività di insegnamento nel settore dello sport⁴⁵.

Può accadere che nei procedimenti istruttori avviati nei confronti delle imprese, per loro comportamenti restrittivi della concorrenza, emerga un nesso specifico tra quei comportamenti d'impresa e misure pubbliche, normative e amministrative.

Fino alla già richiamata sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso CIF⁴⁶, era considerato pacifico che quando leggi, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale "coprono" integralmente comportamenti d'impresa che violano le norme antitrust, l'Autorità non potesse col-

³⁹ Segnalazione *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, in Bollettino n. 1-2/2002.

⁴⁰ Segnalazione *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, in Bollettino n. 48/1999, nonché parere *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici-Consip spa*, in Bollettino n. 5/2003.

⁴¹ Segnalazione *Disciplina dei servizi pubblici locali*, in Bollettino n. 43/2001.

⁴² Segnalazione *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, in Bollettino n. 1-2/2002.

⁴³ Segnalazione *Misure regionali attuative del decreto legislativo n. 114/98 in materia di distribuzione commerciale*, in Bollettino n. 43/2001.

⁴⁴ Segnalazione *Riordino del sistema di diffusione della stampa quotidiana e periodica*, in Bollettino n.16-17/2003.

⁴⁵ Parere *Regolamentazione dell'attività di insegnamento nel settore dello sport*, in Bollettino n. 44/2003.

⁴⁶ Sentenza 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C198/01, non ancora pubblicata in Raccolta.

pire quei comportamenti, essendo l'autonomia delle imprese azzerata dalle misure pubbliche di "copertura".

Già nella Relazione del 1998, questa Autorità prospettò la possibilità di disapplicare misure pubbliche interne contrastanti con gli articoli 81 e 82 del Trattato. Ora la Corte di Giustizia ha dato pieno corpo giuridico a quella prospettiva. È una sentenza molto importante, precisamente perché consente a tutte le autorità antitrust nazionali di colpire simultaneamente e a fondo entrambi i "nemici" della concorrenza: i comportamenti d'impresa restrittivi, con l'inibizione e, talora, con la sanzione; le misure legislative, governative e amministrative, con la disapplicazione.

Conclusioni

Nel periodo intercorso dall'entrata in vigore della legge n. 287/90, l'Autorità ha contribuito, insieme con la giurisprudenza del giudice amministrativo, a delineare ulteriori profili del "diritto vivente" della concorrenza, chiarendo la portata delle regole procedurali e della stessa disciplina sostanziale. Nel corso del tempo, ma soprattutto in questi ultimi anni, si è andato così costituendo un corpo assai vasto di principi e di interpretazioni, che svolgono una funzione essenziale di guida per l'Autorità e di indirizzo per gli operatori. La giurisprudenza delle Corti, ispirata in larghissima parte a consolidati principi comunitari, ha contribuito a chiarire gli ambiti di applicazione della normativa, i soggetti nei cui confronti essa si applica, gli elementi di prova considerati sufficienti per individuare una violazione e i poteri di cui dispone l'Autorità.

I destinatari principali di tale diritto, le imprese e le istituzioni pubbliche, possono trarne le specificazioni delle norme generali antitrust, che offrono loro le indicazioni necessarie, rispettivamente, a tenere comportamenti e ad emanare misure pubbliche conformi alle regole antitrust.

Fino a pochi anni fa, le norme comunitarie e nazionali sulla concorrenza erano considerate da molti operatori economici ed istituzionali scarsamente conosciute, lontane dalle imprese, troppo generali e non sufficientemente specificate. Oggi, almeno il quadro delle regole dovrebbe essere più delineato. E si auspica lo sia sempre di più nel prossimo futuro.