

LE POLITICHE DI CONCORRENZA PER IL MERCATO E I CONSUMATORI. PROFILI GENERALI E LINEE DI RIFORMA

Introduzione

Ricorrerà nel prossimo ottobre il ventennale della nascita dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In questi vent'anni il sistema economico nazionale ha conosciuto indubbiamente grandi progressi sotto il profilo della tutela e della promozione della concorrenza. Molti mercati sono stati aperti alla libera iniziativa privata, anche su impulso del legislatore comunitario, e le conseguenti dinamiche concorrenziali hanno prodotto effetti benefici, a diretto vantaggio dei consumatori, delle imprese e del sistema economico nel suo complesso. Le stesse imprese pubbliche hanno tratto giovamento dal graduale intensificarsi del confronto concorrenziale.

A partire dalla sua istituzione, avvenuta con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, l'Autorità ha dato un importante contributo a tale evoluzione: attraverso la propria attività di tutela della concorrenza e, in seguito, anche grazie a quella di tutela del consumatore, ha sostenuto e garantito con rigore l'applicazione in Italia dei principi della concorrenza e le ragioni dei consumatori.

Di rilievo è stata l'attività finalizzata alla promozione della concorrenza nel quadro normativo, in un contesto storicamente caratterizzato da un inefficiente interventismo statale e nel quale l'iper-regolazione e il diffuso protezionismo hanno ostacolato l'agire imprenditoriale, lo sviluppo economico e il benessere collettivo. Seguendo l'evoluzione del diritto comunitario e, contestualmente, analizzando le specificità del contesto regolatorio nazionale, l'azione di promozione della concorrenza dell'Autorità è stata condotta con continuità e crescente impegno. Essa si è realizzata mediante l'invio di numerose segnalazioni al legislatore e

l'esercizio frequente della funzione consultiva nei confronti dello stesso legislatore o di pubbliche amministrazioni, nonché attraverso la diffusione dei risultati di indagini conoscitive sulla situazione concorrenziale di specifici settori e mercati.

Da tale attività di *competition advocacy* hanno tratto origine diversi processi di riforma regolamentare, che si sono tradotti in norme liberalizzatrici, di rilevante e positivo impatto sul funzionamento del sistema economico.

L'evoluzione culturale e ordinamentale, di cui l'Autorità è stata protagonista a partire dagli anni Novanta, si è tuttavia sviluppata spesso in modo disomogeneo e non lineare. Le politiche di privatizzazione non sono sempre state accompagnate dalle necessarie politiche di liberalizzazione, con il risultato che talvolta non è stato possibile coglierne appieno gli effetti positivi.

Nell'attuale situazione di recessione rimane ancora molto da fare affinché il sistema economico nazionale raggiunga una effettiva "maturità concorrenziale". Dal punto di vista regolamentare lo sforzo di modernizzazione pro-concorrenziale resta per molti aspetti ancora inadeguato e la cultura della concorrenza non appare avere permeato in modo soddisfacente né il mondo imprenditoriale, né l'agire economico dello Stato. Emergono, infatti, ancora diffuse tendenze alla collusione in diversi settori economici e l'esercizio del potere di mercato da parte di molti soggetti dominanti raramente si svolge secondo i canoni di correttezza richiesti dalle norme *antitrust*.

Spesso prevalgono atteggiamenti corporativi miranti a vanificare misure di liberalizzazione dell'accesso; nei settori nei quali si procede verso un superamento di situazioni legali di monopolio, come in quello postale o dell'energia, i vantaggi derivanti dalla posizione storicamente acquisita vengono utilizzati a scopo discriminatorio o come barriera per l'ingresso di nuovi operatori.

In numerose aree di attività economica si riscontra una tendenza da parte del potere pubblico ad espandere le situazioni di monopolio, anche laddove non sarebbe tecnicamente giustificato. Spesso la gestione pubblica, condizionata dalla politica, trascura la necessaria ricerca dell'efficienza, rischiando di peggiorare la qualità di offerta dei servizi, a danno proprio della collettività in nome della quale si interviene.

Promuovendo un miglioramento delle dinamiche competitive in molti mercati e proteggendo gli interessi dei consumatori, l'attività di tutela della concorrenza svolta dall'Autorità nel 2009 ha inteso contrastare o eliminare, ove possibile, questi effetti negativi sul benessere collettivo.

Nell'ultimo anno, in particolare, si è consolidata la capacità dell'Autorità di incidere concretamente e rapidamente sul funzionamento dei mercati, anche grazie alla possibilità di utilizzare nuovi strumenti di

intervento. Ad esempio, l'attività di tutela della concorrenza svolta nell'anno appena trascorso conferma pienamente l'efficacia dell'utilizzo di strumenti di derivazione comunitaria, come le decisioni con impegni, dei quali l'Autorità ha prima di altri intuito le notevoli potenzialità applicative, e i programmi di clemenza, dimostratisi di notevole ausilio nella repressione dei cartelli.

Una piena attuazione della politica per la concorrenza non può essere, tuttavia, limitata all'applicazione del diritto *antitrust* e al perseguimento di infrazioni individuali. Essa deve anche mirare all'evoluzione del quadro normativo, affinché questo sia improntato al rispetto dei principi e degli obiettivi concorrenziali. Tale attività ha trovato, proprio in quest'ultimo anno, uno specifico riconoscimento da parte del Parlamento.

Nel luglio del 2009 è stata infatti introdotta nell'ordinamento nazionale la "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", allo scopo di "*rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori*"¹. Tale innovazione, con caratteristiche di unicità nel panorama europeo, si inserisce in un quadro generale che negli anni più recenti ha visto maturare una spiccata sensibilità del legislatore nazionale verso le politiche di promozione della concorrenza².

In base alla nuova norma, il Governo dovrà annualmente tradurre in iniziative legislative le indicazioni formulate dall'Autorità nelle proprie segnalazioni, indicando i casi in cui queste non verranno seguite; nel successivo dibattito parlamentare le ragioni della concorrenza assumeranno un ruolo centrale.

Si è, in tal modo, definitivamente sancita la piena legittimazione dell'Autorità non solo ad evidenziare gli aspetti normativi ingiustificatamente restrittivi, ma anche a svolgere la funzione di proposta degli interventi necessari a migliorare il funzionamento dei mercati.

In tale prospettiva, la Legge annuale per il mercato costituisce certamente la novità normativa più rilevante dell'anno appena trascorso sotto il profilo della *competition advocacy* e pone le basi per proseguire nella modernizzazione degli assetti economici del Paese, nel superamento di regimi regolatori obsoleti e di diffuse tendenze vincolistiche a livello locale.

¹ Articolo 47, comma 1, legge 23 luglio 2009, n. 99 recante "*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2009.

² È sufficiente rammentare che nel corso del 2006 e del 2007 le leggi n. 248/06 e n. 40/07, nel modernizzare i regimi di molti settori economici, hanno dato rilievo e sostanza a numerose segnalazioni dell'Autorità, riconosciute espressamente come punto di riferimento dell'azione di riforma. Nel 2008, poi, la legge n. 133/08 ha introdotto, agli artt. 23-bis e 83-bis, importanti previsioni di apertura in materia di servizi pubblici locali e distribuzione dei carburanti, cui deve aggiungersi, inoltre, la nuova disciplina di Analisi tecnico-normativa (*Atn*) e di Analisi d'impatto della regolamentazione (*Air*). Cfr. AGCM, *Relazione annuale*, 30 aprile 2009, pag. 4 e ss.

Crisi economica e valore della concorrenza

Secondo l'originaria "Strategia di Lisbona", inaugurata nel 2000, la stretta cooperazione fra l'Unione europea e i singoli Stati membri su una serie di temi condivisi avrebbe dovuto raggiungere nell'anno 2010 l'obiettivo di realizzare in Europa un'economia dinamica e competitiva, capace di crescere economicamente e caratterizzata da alti livelli di occupazione, coesione sociale e rispetto per l'ambiente. Le difficoltà riscontrate dalle economie europee già a partire dal 2000 hanno inevitabilmente indotto a ridimensionare gli obiettivi, anche politici, originariamente individuati, fino ad arrivare, con la revisione della "Strategia" nel 2005, a focalizzarsi sui due soli obiettivi della crescita e dell'occupazione.

Trascorsi due anni di recessione, i dati disponibili indicano che nell'area Euro nel 2009 mediamente il PIL è sceso del 4%, la produzione industriale è ritornata ai valori degli anni '90 e la disoccupazione si è attestata al livello medio del 10%; dall'inizio della crisi, inoltre, per le finanze pubbliche degli Stati membri si sono riaffacciate le difficoltà del passato, con deficit medi del 7% e un peso del debito pubblico accresciutosi notevolmente, pervenendo a livelli superiori all'80% del PIL.

Nel momento in cui sarebbe stato necessario verificare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi europei, la crisi economica mondiale ha indebolito la fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività, dell'occupazione e del benessere dei consumatori. La recessione ha, infatti, aumentato la richiesta di intervento pubblico per sostenere le imprese in crisi, per fronteggiare la disoccupazione, per proteggere gli strati sociali più deboli.

Le politiche di tutela e sostegno alla concorrenza, che hanno goduto di grande credibilità in una fase caratterizzata da stabilità macroeconomica e crescita dell'occupazione, nell'attuale contesto economico sembrano essere poste in discussione. Esse, infatti, essendo destinate a produrre i loro effetti migliori nel medio e lungo periodo, attraverso l'incremento di efficienza del sistema, non sono apprezzate nelle fasi di recessione, in cui vengono invocate politiche pubbliche che producano effetti rapidi nell'economia.

In realtà, è incontrovertibile che il sottovalutare le ragioni della concorrenza nei periodi di crisi contribuisce a prolungare e non ad abbreviare la durata delle recessioni. Il rispetto delle regole della concorrenza è infatti un presupposto necessario per il positivo andamento di produttività e occupazione nel medio e lungo termine.

Tale considerazione, pur avendo validità generale, va contestualizzata nei casi in cui il settore in crisi sia quello bancario-creditizio, per il quale

possono ritenersi giustificate specifiche misure di sostegno pubblico. Ciò per due ordini di motivi.

In primo luogo, gli effetti del fallimento delle banche possono propagarsi più rapidamente all'intero sistema economico rispetto a quelli di imprese di altri settori; in secondo luogo, è opportuno che il mercato del credito non risenta di fenomeni di razionamento delle risorse, in quanto esso svolge una peculiare funzione di selezione delle imprese operanti nei diversi mercati. Tali considerazioni hanno trovato riscontro in sede comunitaria, laddove la Commissione europea, avvalendosi dei più recenti strumenti di politica della concorrenza, pur mantenendo rigore nell'applicazione delle regole, ha affrontato realisticamente le difficoltà di alcuni specifici settori.

La valutazione delle pratiche anticompetitive, basata principalmente sui loro effetti economici, ha consentito di focalizzare l'*enforcement* comunitario sulle violazioni più dannose per i consumatori. L'aver da tempo orientato l'azione *antitrust* comunitaria all'obiettivo pragmatico di tutela del consumatore piuttosto che di mera protezione del mercato, con il rischio di garantire produttori inefficienti, si è rivelata una scelta lungimirante.

Una corretta politica della concorrenza in una fase di recessione richiede l'impiego di una giusta dose di flessibilità e di pragmatismo da parte delle autorità preposte, le quali non dovrebbero indebolire l'applicazione delle regole *antitrust*, quanto piuttosto garantirne un'applicazione bilanciata alla specificità delle circostanze, tenendo conto degli effetti di lungo periodo.

Paradossalmente, si può sostenere che la recessione crei le premesse per un rafforzamento delle regole di concorrenza. L'impossibilità, infatti, di ricorrere alle risorse pubbliche per attuare i progetti necessari allo sviluppo dell'economia non può non tradursi in un ricorso esclusivo al mercato. La definizione di un quadro di regole certe, improntate alla trasparenza e all'imparzialità, appare necessaria per garantire gli interessi degli utenti-consumatori, favorendo processi di selezione delle imprese più efficienti.

In conclusione, quindi, le politiche di concorrenza conservano e rinforzano il loro valore anche nelle fasi di crisi economica.

La politica della concorrenza in Italia

Sebbene in Italia gli effetti negativi della crisi economico-finanziaria siano stati indubbiamente più limitati rispetto ad altri Paesi, l'evidenza di un serio problema occupazionale, di difficoltà del sistema produttivo e di calo delle esportazioni inducono alla ricerca di soluzioni incisive e dagli effetti duraturi.

In Italia la crisi economica si è sviluppata quando ancora era *in itinere* il processo di riforma regolamentare necessario a una maggior competitività dell'industria nazionale. In linea con gli altri Paesi europei, i Governi che si sono succeduti negli ultimi quindici anni hanno intrapreso iniziative dirette a superare le eredità del passato, costituite da un pesante intervento pubblico nell'economia e da una pervasiva regolamentazione di molti settori economici.

Malgrado il ruolo dello Stato nell'economia si sia significativamente ridotto, il livello di regolazione in Italia rimane ancora elevato nell'ambito dei paesi OCSE, con il risultato che negli ultimi dieci anni il tasso di crescita della nostra economia è risultato inferiore alla media europea. La produttività del lavoro è diminuita e gli investimenti in innovazione, ricerca e sviluppo sono stati inferiori rispetto a quelli di altri Paesi europei.

L'importanza della funzione di *advocacy* dell'Autorità è in questo contesto aumentata, contribuendo alla conformazione delle politiche pubbliche ai principi di concorrenza.

Già in passato, l'attività svolta dall'Autorità ha avuto ampi effetti positivi, sostenendo una maggiore concorrenza nelle infrastrutture di rete dei servizi pubblici e stimolando riforme normative che a partire dal 2006 hanno garantito maggiore competizione, crescente trasparenza regolamentare e una più ampia scelta per i consumatori in numerosi settori economici: dai servizi bancari a quelli assicurativi, dal commercio, alla ristorazione, al settore farmaceutico. L'analisi delle norme potenzialmente restrittive è proseguita nel corso del 2009, fornendo numerose e precise indicazioni al Governo e al Parlamento. È auspicabile a tale riguardo che, avvalendosi del nuovo, già richiamato, importante strumento della Legge annuale per il mercato, i soggetti politici realizzino le riforme indicate.

Lo sforzo di innovazione pro-concorrenziale del sistema economico italiano non può prescindere da due questioni di carattere trasversale, che influiscono sulla efficace e omogenea applicazione delle riforme: da un lato, le normative regionali e locali; dall'altro, l'attività dello Stato come soggetto economico.

Sotto il primo profilo, si può evidenziare che, in molti ambiti economici, le normative regionali contrastano con gli interventi nazionali di liberalizzazione. Emblematici sono i casi della distribuzione commerciale, farmaceutica, editoriale, di quella dei carburanti, della gestione del servizio idrico, di molti servizi professionali. L'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne una omogenea applicazione nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale.

Al fine di fronteggiare le tante eterogenee restrizioni introdotte in sede locale, occorrerebbe un monitoraggio regolare e sistematico da parte dello Stato dell'attività normativa regionale. In tal senso, l'Autorità, in ragione della sua indipendenza, terzietà e qualificazione tecnica, potrebbe essere legittimata a proporre, direttamente nell'ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o, più in generale, per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale sulle norme regionali lesive dei principi della concorrenza.

Quanto ai comportamenti dello Stato come soggetto economico, è agevole rilevare come attraverso le procedure di affidamento pubblico esso sia in grado di condizionare il funzionamento più o meno concorrenziale dei diversi mercati interessati.

Per conformare la propria azione ai principi concorrenziali, lo Stato deve garantire lo svolgimento di gare tali da consentire l'individuazione dell'operatore più efficiente, attraverso un corretto confronto competitivo.

L'attività di promozione della concorrenza svolta dall'Autorità con riguardo alla materia degli affidamenti pubblici è stata anche nel 2009 particolarmente rilevante, consistendo in più di un terzo della complessiva attività di segnalazione e consultiva dell'anno.

In proposito, l'Autorità ha riscontrato come spesso molte pubbliche amministrazioni, pur con talune lodevoli eccezioni, tendano a minimizzare il ricorso a procedure di selezione competitiva, sfruttando a tal fine le normative emergenziali o eccezionali.

Inoltre, anche quando lo strumento della gara viene effettivamente utilizzato per la selezione dell'impresa affidataria, l'Autorità ha rinvenuto talvolta modalità restrittive di svolgimento della procedura e di formulazione dei relativi bandi.

Va ricordato che il *public procurement* costituisce uno degli argomenti più dibattuti a livello internazionale, a causa dell'alta incidenza sul PIL di questo tipo di spesa pubblica, pari attualmente a più del 15% per i Paesi dell'OCSE.

L'azione dell'Autorità in questo ambito è ampia, andando dall'esercizio dei poteri di sanzione dei comportamenti anticompetitivi delle imprese a quello, sopra richiamato, di individuazione e segnalazione dell'assenza di procedure di affidamento competitivo, come pure della presenza di modalità distorsive delle gare bandite, ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90.

Come noto, tuttavia, i pareri e le segnalazioni dell'Autorità non sono vincolanti per le pubbliche amministrazioni. Sarebbe quindi opportuno considerare un rafforzamento del contributo che questa Autorità può fornire ai fini di una conformazione più concorrenziale dell'agire della pubblica amministrazione nell'economia, ad esempio integrando le funzioni di *advocacy* su tale materia mediante una specifica legittimazione ad impugnare dinanzi agli organi della giustizia amministrativa gli atti di

particolare rilevanza della pubblica amministrazione che risultino illegittimi per violazione dei principi e delle regole di concorrenza.

L'attribuzione all'Autorità di una tale legittimazione garantirebbe un forte incentivo alla piena adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di procedure di affidamento rispondenti a criteri competitivi.

L'attività del 2009: l'*enforcement antitrust* e la protezione dei consumatori

Nel corso del 2009 si è consolidato il nuovo approccio alla tutela *antitrust* inaugurato negli ultimi anni dall'Autorità attraverso un dialogo con le imprese che dimostrino interesse a seguire atteggiamenti virtuosi.

La crescita della capacità operativa dell'Istituzione, derivante da un più ampio utilizzo dei nuovi strumenti per la trattazione dei casi di intese e abusi, ha comportato una intensificazione dell'*enforcement antitrust*, testimoniato dall'elevato numero di istruttorie pendenti al 31 dicembre 2009, fra cui 10 procedimenti volti all'accertamento di presunte violazioni dell'articolo 81 del Trattato CE (ora articolo 101 del TFUE) o dell'articolo 2 della legge n. 287/90 e 13 procedimenti riguardanti presunte violazioni dell'articolo 82 Trattato CE (ora articolo 102 del TFUE).

L'incremento del livello di attività non va valutato, tuttavia, con esclusivo riferimento agli aspetti quantitativi, dovendosi invece considerare anche la crescente capacità di focalizzare gli interventi sugli aspetti più attuali della realtà economica e produttiva, in particolare in relazione alle comunicazioni elettroniche, al settore del credito e ai servizi postali.

Con riguardo al settore delle *comunicazioni*, l'Autorità è stata fra le prime ad analizzare la correttezza dei comportamenti di Google, quale operatore dominante nel mercato dei motori di ricerca su Internet. Con il procedimento *FIEG-FEDERAZIONE ITALIANA EDITORI GIORNALI/GOOGLE*, avviato nell'agosto 2009 su segnalazione della Fieg - Federazione Italiana Editori Giornali, l'Autorità ha deciso di indagare su diversi profili concernenti eventuali comportamenti restrittivi della concorrenza della società statunitense nel mercato della raccolta pubblicitaria *on line*, potenzialmente in violazione dell'articolo 82 del Trattato CE.

Più di recente, con un'istruttoria avviata nel novembre del 2009, *SKY ITALIA/AUDITEL*, accogliendo un'istanza di Sky Italia, l'Autorità ha deciso di investigare l'eventuale abusività delle modalità di rilevazione degli ascolti televisivi seguite dalla società Auditel, i cui risultati, rivestendo un ruolo fondamentale per la definizione delle corrette strategie commerciali delle

emittenti, sono in grado di influenzare le dinamiche concorrenziali nel mercato della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo.

Nel settore del *credito*, si conferma la grande attenzione dell'Autorità alle relative tematiche concorrenziali, che ha determinato continui interventi a partire dalla piena attribuzione di competenze con l'entrata in vigore della legge n. 262/05. Tale attenzione si è incentrata, in particolare, su due argomenti specifici: quello dei costi/prezzi dei servizi bancari e quello degli equilibri concorrenziali conseguenti al "consolidamento" del sistema.

In primo luogo, con l'avvio dell'istruttoria *CARTE DI CREDITO* nei confronti di MasterCard e di otto primari istituti di credito licenziatari del circuito, l'analisi *antitrust* si è concentrata nel corso del 2009 sul funzionamento dei circuiti di pagamento e il loro impatto sulle condizioni di offerta dei relativi servizi, con riguardo alle modalità di fissazione delle *interchange fees* per le carte di credito e ai rapporti contrattuali intercorrenti fra le società di gestione dei circuiti e le banche aderenti.

Inoltre, l'analisi *antitrust* si è focalizzata sull'impatto concorrenziale della fissazione collettiva a livello associativo delle commissioni interbancarie applicate per i servizi in circolarità quali RiBa, RID e Bancomat, con l'avvio, nel novembre 2009, di una procedura istruttoria nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana e del Consorzio Bancomat, *ACCORDI INTERBANCARI "RiBA-RID-BANCOMAT"*. Nello stesso mese di novembre, mediante un procedimento avviato nei confronti del Consorzio Bancomat, ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE – *COMMISSIONE INTERBANCARIA PAGO BANCOMAT* – oggetto di esame è stata la definizione delle condizioni che regolano i criteri e le modalità di svolgimento del servizio di pagamento presso i POS esistenti sul territorio nazionale attraverso l'utilizzo della carta Pagobancomat.

È stato altresì confermato l'approccio tradizionalmente applicato ai fenomeni di aggregazione delle imprese bancarie: assecondare la necessaria crescita dimensionale delle imprese, garantendo contestualmente il mantenimento di mercati nazionali competitivi, l'eliminazione di incroci di partecipazioni azionarie e di compresenze negli organi decisionali.

Tale tipologia di legami, in particolare quelli azionari, quelli derivanti da patti parasociali e anche quelli di natura personale (c.d. *interlocking directorates*) possono infatti determinare significativi effetti distorsivi della concorrenza, incidendo sull'autonomia di cui godrà l'entità *post merger* e sui vincoli concorrenziali cui la stessa sarà sottoposta³. Relativamente a tale profilo, l'Autorità ha avviato nel 2009 un procedimento istruttorio,

³ Prov. *Banca Intesa/SanPaolo IMI*, 20 dicembre 2006, in Boll. n. 49/2006; *Unicredito Italiano/Capitalia*, 18 settembre 2007, in Boll. n. 33/2007; *Monte dei Paschi di Siena/Banca Antonveneta*, 7 maggio 2008, in Boll. n. 18/2008.

BANCA INTESA/SAN PAOLO IMI, nei confronti di Intesa San Paolo-ISP, per l'inottemperanza alle condizioni cui l'Autorità aveva subordinato l'autorizzazione della concentrazione tra Banca Intesa e San Paolo Imi.

Nel novero di tali condizioni autorizzatorie, specifico rilievo era stato infatti attribuito, al fine di superare le criticità concorrenziali sollevate dall'operazione, alla cessione da parte di Intesa San Paolo di numerosi sportelli a Crédit Agricole, garantendo la necessaria indipendenza tra quest'ultima e la nuova banca. In sede di verifica dell'ottemperanza, l'Autorità ha tuttavia constatato in primo luogo il possesso di una partecipazione da parte di Crédit Agricole in ISP superiore al limite indicato nel dispositivo; in secondo luogo, l'esistenza di un accordo per la gestione coordinata delle rispettive partecipazioni in ISP tra Crédit Agricole e Assicurazioni Generali, che consentiva alla prima di essere presente nella governance di ISP. Si è così avviato un procedimento volto ad accertare il mancato rispetto delle condizioni poste al fine di garantire che nella *governance* di ISP non fosse presente Crédit Agricole, nonché dell'impegno a far sì che quest'ultima non partecipasse a eventuali patti di sindacato relativi a ISP o alla definizione delle nomine in seno al Consiglio di gestione di ISP.

L'analisi compiuta nel corso dell'anno ha confermato, con riguardo al settore bancario assicurativo, la particolare resistenza a recidere in modo definitivo i legami di varia natura esistenti tra operatori concorrenti.

In merito ai *servizi postali* sono state riscontrate difficoltà di liberalizzazione. Esse dovranno trovare definitiva soluzione entro il 2010 a seguito dell'entrata in vigore della terza direttiva postale, che elimina la possibilità di mantenere aree di riserva legale per la fornitura dei relativi servizi. L'Autorità ha, in proposito, avviato un'istruttoria nell'ottobre 2009, a seguito della denuncia dell'operatore TNT, *TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE*, concernente i comportamenti adottati dal fornitore del servizio universale, Poste Italiane Spa, in quanto caratterizzati da effetti escludenti nei mercati già aperti alla concorrenza, grazie alla posizione dominante detenuta da Poste Italiane in altri mercati e allo sfruttamento della rete postale integrata.

Collusione e cartelli

Nel corso del 2009, l'attività di contrasto alle intese restrittive della concorrenza è stata particolarmente intensa: sono state valutate 11 intese, incidenti su diversi ambiti di mercato e caratterizzate da peculiari modalità collusive.

L'Autorità ha comminato nel febbraio 2009 una sanzione complessiva di più di 12 milioni di euro alle imprese e alle associazioni di categoria che avevano posto in essere un cartello sui prezzi della pasta sul mercato nazionale (*LISTINO PREZZI DELLA PASTA*). Le intese accertate, in violazione dell'articolo 81 del Trattato CE, avevano coinvolto un numero elevatissimo

di imprese del mercato, le cui vendite pesavano per il 90% della produzione nazionale, ed erano consistite in accordi di aumento programmato dei prezzi a fronte di una crisi del settore causata dall'aumento del costo della materia prima. Il coordinamento fra le imprese, sostituendo alla concorrenza un meccanismo di concertazione sulle rispettive politiche di prezzo, ha influito negativamente sul prezzo della pasta.

Parimenti, è stata ritenuta gravemente restrittiva della concorrenza l'intesa con la quale due operatori, che offrono servizi portuali di movimentazione di *container* nel porto di Livorno, avevano concordato le rispettive politiche commerciali nelle trattative con un potenziale cliente armatore, al fine di evitare che gli esiti di queste potessero portare ad una generalizzata riduzione del livello di prezzi sul relativo mercato, mantenendo artificiosamente alti i costi per i soggetti fruitori dei suddetti servizi (*COSTA CONTAINER LINES/SINTERMAR-TERMINAL DARSENA TOSCANA*).

Di particolare interesse, nell'ambito della trattazione delle intese, appare l'approccio seguito dall'Autorità con riguardo alle restrizioni concorrenziali derivanti da prescrizioni deontologiche di alcuni Ordini professionali. A seguito della chiusura dell'indagine conoscitiva di settore che ha vagliato lo stato di recepimento dei principi concorrenziali nei codici deontologici, l'Autorità ha avviato quattro procedimenti, di cui due sono stati chiusi nel corso del 2009. In particolare, nell'istruttoria condotta nei confronti dell'Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri della provincia di Bolzano, l'Autorità ha ritenuto intesa restrittiva della concorrenza l'invio di due lettere del Presidente dell'Ordine ai propri iscritti che richiedevano, minacciando l'applicazione di sanzioni disciplinari, di non autorizzare la pubblicazione via Internet di una tabella di raffronto dei prezzi applicati.

I nuovi poteri attribuiti all'Autorità, quali la possibilità di applicare programmi di clemenza e di accettare impegni delle parti, hanno assunto rilievo anche nella trattazione delle intese.

I programmi di clemenza (*leniency programs*) sono stati introdotti, prima dalla Commissione europea e poi dalla maggior parte degli Stati membri, compresa l'Italia, per le imprese che cooperano con le autorità di concorrenza fornendo seri elementi probatori dell'esistenza di un cartello. Le imprese partecipanti a un cartello sono incentivate a informare le autorità degli illeciti commessi in cambio dell'immunità totale o parziale dalle sanzioni che altrimenti verrebbero loro comminate. L'applicazione del *leniency program* di cui all'articolo 15, comma 2-bis, della legge n. 287/90, ha consentito all'Autorità di investigare cartelli che altrimenti ben difficilmente sarebbero giunti al vaglio *antitrust*.

Nel gennaio 2009 l'Autorità ha ricevuto una domanda di trattamento favorevole da parte di Eni Spa, per una presunta intesa posta in essere per più di dieci anni dalla stessa società e dalle società Butan Gas Spa e Liquigas

Spa, consistente nella fissazione congiunta dei prezzi di listino del GPL sfuso e in bombole su tutto il territorio nazionale (*PREZZO DEL GPL PER RISCALDAMENTO REGIONE SARDEGNA*).

Nel corso dell'anno, in base all'attività istruttoria compiuta, è stato inoltre esteso soggettivamente a primari operatori di settore nazionali e internazionali, oltre che all'Associazione Italiana dell'Industria di Marca - Centromarca, il procedimento volto ad accertare l'esistenza di un'intesa nel settore dei cosmetici distribuiti attraverso il canale *retail*, attuata mediante scambio di informazioni sensibili e coordinamento delle condotte commerciali. Anche tale procedimento aveva tratto origine nell'ambito di un programma di clemenza (*VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI*).

Seguendo un approccio analogo a quello della Commissione europea, che vede nella lotta ai cartelli segreti un obiettivo fondamentale della propria politica di concorrenza, l'Autorità ritiene che il ruolo dei programmi di clemenza dovrà assumere un'importanza crescente nel diritto *antitrust* nazionale. Proprio al fine di garantirne l'efficacia, i vantaggi di cui possono godere le imprese, a fronte di una loro seria e concreta collaborazione all'attività di indagine dell'Autorità, dovranno essere coerentemente accompagnati da un atteggiamento di rigore nella politica sanzionatoria applicata alle imprese partecipanti al cartello che non cooperano o che comunque non apportano un contributo alle indagini dell'Autorità.

Concretezza ed efficacia dello strumento degli impegni

L'utilizzo dell'istituto degli impegni ha visto l'Autorità italiana all'avanguardia nel panorama europeo. Lo strumento, ormai largamente diffuso oltre che nelle procedure della Commissione europea anche nell'attività di molte altre autorità nazionali, consente di modificare e indirizzare in modo virtuoso i comportamenti imprenditoriali con tempi dell'azione amministrativa adeguati alle esigenze del sistema economico.

La tempestività dell'intervento, oltre a risolvere le criticità concorrenziali, consente generalmente di trovare soluzioni più efficaci rispetto a quelle realizzabili attraverso l'adozione di provvedimenti sanzionatori.

Il bilancio italiano a tale riguardo è positivo: è cresciuto gradualmente il numero dei casi chiusi con impegni fino ad arrivare, nel 2009, ad una percentuale superiore al 55% dei procedimenti complessivi. È opportuno leggere questo dato parallelamente a quello dell'incremento del numero medio delle procedure istruttorie avviate in un anno: se nel quinquennio 2001-2005 il numero medio di casi avviati dall'Autorità ogni anno era pari a 8,8, nel triennio 2006-2009, ossia dopo l'entrata in vigore della normativa sugli impegni, il numero medio annuo di casi avviati per abuso o intesa è salito a 16,7. Ciò appare confermare che l'utilizzo del nuovo strumento, riducendo

notevolmente la durata media dei procedimenti, genera un benefico effetto di intensificazione dell'attività di *enforcement antitrust*.

Fra gli altri elementi che emergono dalla ricognizione delle modalità di utilizzo dello strumento degli impegni, si osserva poi la variabilità della sua incidenza a seconda della fattispecie trattata: tanto la presentazione quanto l'accettazione di impegni nei casi di intese risultano di gran lunga inferiori a quelle relative ai casi di abuso.

Del resto, le intese esaminate riguardano spesso *hard core cartels*, aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi sul mercato o la ripartizione delle quantità, ai quali di norma l'Autorità, coerentemente con l'approccio comunitario, non ritiene applicabile l'istituto degli impegni.

Con riguardo all'efficacia sostanziale del nuovo strumento, si deve osservare come nella valutazione dell'Autorità assumono particolare rilievo le indicazioni emergenti all'esito della fase di *market test*, che nell'80% dei casi determina una modificazione degli impegni originari da parte delle imprese proponenti.

Con riguardo alle caratteristiche degli impegni, si rileva che quelli assunti a tempo indeterminato hanno avuto mediamente più successo di quelli a tempo determinato, i quali, per il loro carattere temporaneo, non permettono di rimuovere in modo definitivo gli ostacoli alla concorrenza.

Fra le motivazioni di rigetto degli impegni, oltre alla rilevante gravità delle condotte, si riscontrano l'inidoneità a rimuovere gli ostacoli alla concorrenza individuati nel provvedimento di avvio e la difficoltà di monitorarne l'effettiva applicazione da parte delle imprese. In alcuni casi, infine, l'Autorità non ha accolto gli impegni in quanto condizionati al verificarsi di eventi non dipendenti dalla volontà della parte.

Fra i pochi esempi di procedimenti riguardanti intese conclusi con impegni, si può ricordare quello volto ad accertare un coordinamento fra alcune compagnie di navigazione operanti nel golfo di Napoli attraverso una serie di iniziative comuni relative alle modalità di effettuazione dei servizi di trasporto marittimo. Le società coinvolte si sono impegnate a sciogliere una struttura consortile suscettibile di costituire la sede del coordinamento e ad attuare misure a favore dell'utenza (*ORGANIZZAZIONE SERVIZI MARITTIMI NEL GOLFO DI NAPOLI*).

Nel settore del credito possono evidenziarsi gli impegni, assunti da Abi e dal Consorzio Pattichiari, di eliminare o ridurre una serie di commissioni interbancarie precedentemente previste per la gestione degli assegni, di migliorare l'informativa ai consumatori relativamente ai tempi massimi di disponibilità economica e giuridica e al trattamento delle somme versate mediante assegno, nonché di ridurre il tempo di disponibilità delle stesse somme (*ASSEGNI MAV - COMMISSIONI INTERBANCARIE*).

Nel campo delle libere professioni, sono stati accettati impegni in

una procedura avviata nei confronti dell'Ordine Nazionale degli psicologi, in relazione all'esistenza di previsioni deontologiche restrittive della libera determinazione dei compensi. In esecuzione di tali impegni sono stati eliminati i riferimenti, precedentemente previsti nel Codice deontologico, tanto al criterio del decoro professionale quanto alla tariffa professionale (*ORDINE NAZIONALE PSICOLOGI-RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SULLA DETERMINAZIONE DEI COMPENSI*).

Dei cinque procedimenti istruttori chiusi nel corso del 2009 relativi a fattispecie di abuso di posizione dominante, quattro sono stati chiusi con una decisione ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90. In tutti i casi i comportamenti contestati rappresentavano abusi escludenti.

In un caso di presunto abuso escludente di Enel Spa e delle sue controllate Enel Servizio elettrico e Enel Distribuzione (*EXERGIA/ENEL-SERVIZIO DI SALVAGUARDIA*), consistente nell'ostacolare i concorrenti ritardando od omettendo la trasmissione di dati tecnici e fiscali indispensabili per la fornitura di energia elettrica a clienti non residenziali, è stato reso obbligatorio l'impegno di Enel a comunicare i dati richiesti secondo modalità, dettagli e tempistiche coerenti con l'operatività dei propri concorrenti. Decisione che ha prodotto un effetto immediato di beneficio dei clienti industriali, i quali hanno potuto da subito avvalersi delle più rapide procedure di passaggio ad altro operatore, ottenendo migliori condizioni economiche per la fornitura di energia elettrica.

Analogo effetto di eliminazione di barriere all'entrata in un mercato in via di apertura, con potenziali notevoli benefici per i consumatori, si è registrato a seguito di una decisione con impegni assunta dall'Autorità nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario (*NTV/RFI-ACCESSO AL NODO DI NAPOLI*). Il procedimento era stato avviato nei confronti di Ferrovie dello Stato e della controllata RFI Spa per aver presuntivamente ostacolato il nuovo entrante Nuovi Trasporti Ferroviari Spa, negando o ritardando l'accesso a infrastrutture necessarie per operare sul mercato appena liberalizzato. La società RFI ha assunto l'impegno a consentire l'accesso e l'utilizzo da parte del denunciante dell'Impianto Dinamico Polifunzionale del Nodo di Napoli.

Un terzo caso, nel quale l'impatto sul consumatore degli impegni è ancora più evidente, si riscontra nel settore dei servizi di pagamento. L'Autorità, nell'ambito di un procedimento istruttorio avviato per presunto abuso di posizione dominante del gestore del servizio postale universale, ha accettato impegni da parte di Poste Italiane Spa in relazione alle modalità di pagamento mediante bollettini postali (*POSTE ITALIANE-AUMENTO COMMISSIONE BOLLETTINI c/c*). L'impegno di Poste Italiane di prevedere l'inserimento del codice IBAN del conto corrente postale del beneficiario, al fine di consentire il pagamento attraverso l'esecuzione di un bonifico bancario, nonché l'inserimento nel *layout* di stampa di un codice a barre, insieme all'impegno a trasmettere al

beneficiario un *report* dei bonifici effettuati, ha consentito di ritenere superate le problematiche concorrenziali ipotizzate nell'avvio dell'istruttoria, garantendo ai consumatori una più ampia possibilità di scelta nelle modalità di fruizione del servizio di pagamento offerto dall'operatore postale.

L'attività di tutela del consumatore

La possibilità che il consumatore possa esercitare con piena consapevolezza, nell'ambito di rapporti contrattuali equilibrati, le proprie scelte economiche costituisce, al pari della libera iniziativa individuale, un pilastro fondamentale dell'economia di mercato.

L'entrata in vigore del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, che ha recepito nell'ordinamento interno la direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali scorrette, ha - come noto - ampliato l'ambito di intervento dell'Autorità rispetto alla dinamica dei rapporti tra professionista e consumatore.

Anche nel corso del 2009, l'Autorità ha affiancato alla funzione di vigilanza del corretto funzionamento del mercato quello di garante dell'interesse pubblico alla veridicità delle informazioni e alla correttezza delle pratiche commerciali. Ciò è avvenuto nella consapevolezza che una piena tutela della possibilità di una scelta libera e consapevole dei consumatori è elemento imprescindibile per il funzionamento di una concorrenza effettiva nel mercato.

La scelta del legislatore di integrare la competenza di tutela della concorrenza con quella del consumatore ha portato ad evidenti benefici in termini di efficacia dell'azione dell'Autorità, derivanti dalla possibilità di un proficuo scambio di esperienze tra i diversi ambiti di intervento e di maggiore flessibilità nella scelta degli strumenti cui ricorrere, nonché da una accresciuta consapevolezza da parte dei cittadini-consumatori dei loro diritti in base alle decisioni assunte dall'Autorità.

Nel corso del 2009, i consumatori e le loro associazioni hanno inviato all'Autorità quasi 2600 segnalazioni in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e sono giunti a conclusione oltre 270 procedimenti istruttori. Sempre nel 2009, la Direzione *Contact Center* dell'Autorità ha ricevuto oltre 8400 richieste di intervento, dato che testimonia la rilevanza della richiesta di tutela espressa dai consumatori.

L'attività svolta dall'Autorità nel corso dell'anno ha riguardato pratiche commerciali relative a tutti i settori economici, con l'applicazione di sanzioni per un totale di quasi 36 milioni di euro. Particolare rilievo hanno assunto il settore delle comunicazioni elettroniche e quello dei servizi creditizi e assicurativi: dei 246 procedimenti chiusi nell'anno, ben 61 hanno, infatti, riguardato i servizi di comunicazione, portando alla irrogazione di sanzioni per un totale di circa 13 milioni e 600 mila euro, mentre in 53 procedimenti

le pratiche commerciali analizzate sono state relative a servizi finanziari, per un valore complessivo di sanzioni applicate pari a oltre 8 milioni di euro. In ciascuna delle altre aree di attività economica quali energia e industria, alimentare, farmaceutico, trasporti e servizi, il numero dei casi processati non è mai stato comunque inferiore a 40.

Nel settore delle *comunicazioni*, connotato da una notevole articolazione e complessità tecnica dell'offerta, l'Autorità ha sottolineato la necessità che le relative pratiche commerciali si conformino ad elevati standard di diligenza e a regole di trasparenza e correttezza sia nella fase precontrattuale che durante lo svolgimento del rapporto.

L'Autorità ha dovuto contrastare anche molte forme di comportamenti commerciali "aggressivi", che, mediante indebito condizionamento, limitano la libertà di scelta del consumatore medio, inducendolo a scelte commerciali che non avrebbe altrimenti assunto.

L'area di applicazione della normativa nel settore delle comunicazioni ha riguardato per un verso tematiche e filoni istruttori già approfonditi nel corso del precedente anno, come quelli concernenti l'ostruzionismo al passaggio ad altri operatori (migrazione e *retention*), il *teleselling* e le forniture non richieste. Nel 2009 sono emersi tuttavia anche nuovi aspetti, come quelli relativi alle iniziative di rimodulazione tariffaria, alla prospezione della velocità di navigazione Adsl, al riconoscimento del credito residuo nei processi di migrazione ad altro operatore nella telefonia mobile. Con riguardo al settore televisivo ulteriori elementi di criticità si sono registrati in relazione alle pratiche commerciali concernenti il passaggio al digitale terrestre e i fenomeni di pubblicità occulta e di *product placement*.

Inoltre, è stato utilizzato anche lo strumento della *moral suasion*, in particolare per le comunicazioni diffuse attraverso Internet, per le quali un richiamo al professionista a fornire una corretta ed esaustiva informazione ha consentito di ottenere i medesimi risultati conseguibili con un provvedimento di accertamento dell'illecito, con beneficio dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa.

Nell'ambito di diversi procedimenti i professionisti si sono avvalsi del nuovo strumento offerto dal Codice del consumo, procedendo alla presentazione di impegni. Nei casi di particolare gravità dell'illecito, l'Autorità non ha accolto gli impegni, ma ha tenuto conto della condotta collaborativa del professionista, riducendo l'importo della sanzione.

Anche grazie alle numerose segnalazioni pervenute dai consumatori, l'Autorità ha svolto nel corso dell'anno una costante attività di monitoraggio sulla trasparenza e sulla correttezza delle condotte delle *imprese bancarie, finanziarie e assicurative*. Si tratta di un ambito di particolare rilevanza per la *consumer protection* in un periodo in cui, a seguito degli effetti della crisi economica, molti consumatori avvertono più che mai l'esigenza di

informazioni certe e corrette. L'Autorità ha avuto modo di occuparsi delle commissioni di massimo scoperto, o meglio delle commissioni sostitutive di queste introdotte dagli istituti bancari a seguito dell'avvenuta approvazione della legge n. 2/09, di conversione del decreto legge n. 185/08 recante "*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti crisi il quadro strategico nazionale*". Stante la necessità per gli istituti bancari interessati di rivedere le commissioni in questione alla luce delle suddette modifiche normative, l'Autorità ha segnalato al Parlamento, al Governo e alla Banca d'Italia gli effetti economici, peggiorativi per il consumatore, delle commissioni che hanno sostituito quelle di massimo scoperto.

L'Autorità è, altresì, intervenuta in vario modo nei casi di intermediari che non chiarivano la natura del soggetto erogatore del credito ed in quelli nei quali, oltre a non contenersi puntuali indicazioni sul tasso annuo effettivo globale, si inducevano in errore i destinatari sui tempi di erogazione del finanziamento. Infine, particolarmente diffuse e gravi sono risultate le pratiche scorrette concernenti le carte c.d. *revolving*, contraddistinte dai più elevati tassi di interesse nel credito al consumo. Esse sono state offerte secondo modalità tali per cui al consumatore non venivano indicate chiaramente né la natura della carta, né le condizioni economiche del finanziamento per l'acquisto di beni di consumo.

Nei settori dell'*energia elettrica e del gas*, la liberalizzazione dei relativi servizi ha condotto negli ultimi anni ad un forte incremento della comunicazione pubblicitaria destinata sia ai consumatori, sia alle imprese di piccole dimensioni, i quali, come confermato anche nelle analisi di mercato condotte dall'AEEG in preparazione dei propri interventi regolatori, sono spesso soggetti ad una notevole asimmetria informativa rispetto agli operatori del settore.

Anche nel corso del 2009 sono stati svolti in tale settore procedimenti concernenti pratiche aggressive, quali l'attivazione di forniture non richieste, nonché la mancata tempestiva trattazione delle richieste dei consumatori legate al diritto di recesso ed al diritto di ripensamento. Altra categoria di pratiche oggetto di intervento è stata quella relativa alla richiesta di somme non dovute, anzitutto per morosità addebitabili al precedente intestatario: è stato ribadito dall'Autorità che il professionista non ha alcun titolo per richiedere all'utente subentrante il saldo delle morosità dovute dal precedente titolare dell'utenza, né per obbligare il consumatore a dimostrare la propria estraneità rispetto al precedente utente.

Nello stesso periodo, un consistente numero di istruttorie ha riguardato il *settore automobilistico* ed in particolare i messaggi pubblicitari concernenti le autovetture, rispetto ai quali è stata accertata l'ingannevolezza derivante dalla scarsa chiarezza delle condizioni limitanti le offerte promozionali riportate nei messaggi televisivi, dall'imprecisione ovvero dall'incompletezza

dei messaggi diffusi con vari mezzi, e, infine, dalla mancata corrispondenza tra la garanzia pubblicizzata e quella effettivamente riconosciuta.

Nel settore dei *trasporti*, in particolare nel comparto del *trasporto aereo*, l'Autorità ha sanzionato la scarsa trasparenza tariffaria. Sotto scrutinio sono state anche pratiche quali la pre-selezione nei sistemi di prenotazione di voci di costo opzionali come il trasporto bagagli e le polizze assicurative; le pratiche di cancellazione dei voli programmati sulla base di scelte di natura commerciale e le modalità informative sui diritti spettanti ai consumatori in caso di cancellazioni e ritardi, previsti dal Regolamento CE n. 261/04, nonché quelle in materia di procedure di rimborso dei biglietti.

Nel corso del 2009, l'intervento relativo ai *prodotti alimentari* ha continuato a riguardare il tema dei *claim* salutistici utilizzati dalle imprese per promuovere prodotti alimentari di largo consumo. In questo settore, l'Autorità è intervenuta applicando i principi di cui al Regolamento CE n. 1924/06 sulle indicazioni nutrizionali e sulla salute (c.d. Regolamento *Claims*), da un lato, per consentire al consumatore di comprendere i reali effetti benefici conseguibili; dall'altro, per scoraggiare l'uso di indicazioni salutistiche false, ambigue e fuorvianti o che incoraggino il consumo eccessivo di un alimento.

Sempre nel corso del medesimo anno, particolare attenzione è stata infine riservata ai messaggi promozionali di *prodotti cosmetici*, con specifico riferimento alle modalità di quantificazione dei vantaggi di efficacia. A tale riguardo, l'Autorità ha ritenuto che lo *standard* di diligenza richiesto in merito ai professionisti dovesse essere sottoposto ad un onere di verifica puntuale.