

Fondazione Luigi Einaudi

Convegno “Le ragioni della concorrenza. Vent’anni di antitrust italiano”

Roma, 26 novembre 2010

Tavola rotonda “L’antitrust italiano: effetti e prospettive”

Intervento di Stefano Micossi

Direttore Generale Assonime

Cento anni fa, nel novembre del 1910, gli imprenditori che hanno fondato l’Assonime hanno assegnato alla nostra associazione il compito di aiutare a creare in Italia un buon ordinamento giuridico per il mercato. E’ passato più di un secolo, ma il compito resta attuale, forse non lo è mai stato tanto.

Per questo partecipo con piacere al dibattito in occasione del ventesimo anniversario dell’adozione della legge antitrust italiana (legge 10 ottobre 1990, n. 287) e della costituzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che iniziò a funzionare subito dopo.

Mi è stato chiesto di rispondere alla domanda se in questi ultimi vent’anni la concorrenza in Italia sia aumentata. In generale penso proprio di sì, anche se il quadro non è uniforme. Tra gli esempi di maggiore cambiamento nel senso di apertura alla concorrenza, penso alle telecomunicazioni.

Occorre però una precisazione: non possiamo caricare il diritto antitrust della responsabilità solitaria di realizzare un ambiente aperto e concorrenziale, dove prosperi l’impresa, sia facile e conveniente investire, abbondino le opportunità per i giovani. Per conseguire questo obiettivo è certamente essenziale combattere i cartelli e i comportamenti abusivi delle imprese volti a restringere la concorrenza. Ma occorre anche un insieme più ampio di politiche favorevoli al mercato. Bisogna, in particolare, procedere sulla strada delle liberalizzazioni vincendo le resistenze corporative. E’ necessario ricostruire la terzietà e la qualità dello Stato, a tutti i livelli

di governo. Occorre che la regolazione non imponga obblighi incerti e sanzioni sproporzionate.

La legge n. 287/1990 è di stretta ispirazione europea ed è una legge ben scritta, cosa rarissima del nostro ordinamento. Il vincolo interpretativo, che ci obbliga ad applicare le disposizioni sostanziali della disciplina in base ai principi dell'ordinamento europeo, ci ha tenuto strettamente ancorati all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Questo vincolo interpretativo è uno dei casi in cui la normativa italiana ha fornito un modello da cui hanno tratto ispirazione altri Stati membri, ad esempio il Regno Unito.

Inizialmente nel mondo imprenditoriale vi erano timori di un possibile utilizzo delle norme antitrust come strumento di limitazione della crescita dimensionale delle imprese, anche a discapito delle ragioni di efficienza. Questi timori sono stati fugati dagli orientamenti applicativi dell'Autorità. Dobbiamo alla visione ampia di Francesco Saja, primo presidente dell'Autorità, all'ispirazione di Franco Romani e all'impronta organizzativa di Alberto Pera, primo segretario generale, la corretta impostazione originaria, non solo giuridica ma nutrita di sostanza economica.

In quel periodo, tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, era in corso un importante dibattito a livello internazionale tra i paesi Ocse sui criteri sostanziali di applicazione delle regole volte a impedire i cartelli, le monopolizzazioni e le concentrazioni restrittive della concorrenza. Iniziava quel processo di convergenza internazionale degli orientamenti applicativi che ha consentito di valorizzare anche nei paesi dell'Europa continentale i principi sviluppati nei paesi con tradizione già consolidata di *law and economics*.

In Italia, sin dalle prime relazioni annuali dell'Autorità garante l'obiettivo della normativa antitrust fu non il singolo concorrente, ma il processo concorrenziale. Si decise di contrastare non la crescita delle imprese o la concentrazione dell'offerta in quanto tali, ma la creazione artificiosa di barriere all'entrata sul mercato e i cartelli tra concorrenti. Va considerato che a quel tempo, in Italia, la consapevolezza dell'illiceità degli accordi volti alla fissazione dei prezzi o alla spartizione dei mercati era ancora poco diffusa.

In una recente rivisitazione del pensiero di Saja, il Presidente Catricalà ne ricordava queste parole del 1991: "La legge italiana è diretta ad agevolare le imprese nei

processi di crescita, di sviluppo economico e tecnologico nonché di razionale utilizzazione delle risorse”. L’obiettivo, dunque, era ben identificato nel perseguimento di una sana concorrenza tesa a fare emergere gli attori più competitivi e i prodotti migliori.

Un pregio dell’Autorità antitrust italiana è di essere stata tra i più solleciti promotori, in alternativa a un approccio formalistico al diritto antitrust, di un approccio economico incentrato sull’esame dell’impatto degli accordi e delle condotte di impresa sul processo concorrenziale.

In Italia, prima che a Bruxelles, l’autorità di concorrenza sosteneva che gli accordi verticali, tra soggetti operanti in fasi diverse del processo produttivo, generalmente sono pro concorrenziali e aumentano l’efficienza: essi vanno vietati solo quando, in relazione al contesto economico e giuridico di riferimento, producono o possono produrre un pregiudizio per i consumatori. La riforma del trattamento delle intese verticali nel diritto comunitario, nel biennio 1999-2000, ha incorporato concetti che erano già ben presenti nell’applicazione della disciplina in Italia.

L’utilizzo del divieto di abuso di posizione dominante per impedire che gli ex-monopolisti bloccassero l’entrata di nuovi concorrenti è stato di importanza cruciale per accrescere la concorrenza nei mercati di recente liberalizzazione.

Per un profilo, sul quale insisteva spesso Franco Romani, la sensibilità economica non è sempre stata all’altezza: è il profilo dell’attenzione agli effetti delle decisioni sugli incentivi delle imprese.

Idealmente, da ciascuna decisione le imprese dovrebbero potere trarre precetti generali su quali condotte sono lecite e quali condotte invece sono vietate in quanto pregiudizievoli per il processo concorrenziale e in ultima analisi per i consumatori. A volte però nella prassi applicativa delle autorità di concorrenza – non solo in Italia – sembra prevalere il desiderio di intervenire su un caso rilevante, più che quello di tracciare in modo sistematico una linea di confine tra condotte lecite e illecite in base al diritto antitrust. La recente, e pur positiva, attenzione all’interesse dei consumatori che ha caratterizzato gli orientamenti applicativi negli ultimi anni accresce il rischio di questo tipo di decisioni.

Un altro merito degli autori della legge italiana di concorrenza è avere colto la centralità, nel contesto italiano, delle restrizioni della concorrenza che hanno origine nella normativa o in vincoli di tipo amministrativo. Le restrizioni della concorrenza e della libertà di iniziativa economica sono giustificabili solo quando sono necessarie e proporzionate per perseguire esigenze di interesse generale. I principi sono mutuati dalla Corte di Giustizia europea, ma con la legge n. 287/1990 sono direttamente codificati nell'ordinamento interno.

In base alla legge, l'Autorità non può sostituirsi al legislatore, ma può segnalare pubblicamente le restrizioni ingiustificate. Quello che manca tuttora è l'attenzione del Parlamento e dei centri locali di produzione legislativa alle segnalazioni e agli argomenti dell'Autorità. Per migliorare la qualità dell'intervento parlamentare in materia di concorrenza abbiamo suggerito in passato l'istituzione di una commissione bicamerale ad hoc, incaricata di sorvegliare gli indirizzi dell'Autorità e di recepirne e difenderne le segnalazioni nel Parlamento. La proposta non ha avuto seguito, l'esigenza rimane. Invece, è stata accolta l'idea di un disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, che deve essere predisposto dal Ministero per lo sviluppo economico sulla base delle segnalazioni dell'Autorità. Il primo disegno di legge dovrebbe essere presentato a breve: vedremo se sarà all'altezza delle attese.

Va ricordato che quando il mondo politico era più ricettivo, le segnalazioni dell'Autorità portarono a importanti liberalizzazioni anche in assenza di obblighi europei. Penso alla riforma della disciplina della distribuzione commerciale del 1998, strettamente ispirata a un rapporto dell'Autorità garante.

Certo, oggi il clima generale non pare favorevole alle ragioni della concorrenza. Il primo esempio di controriforma è la proposta di riforma della disciplina della professione forense tesa a creare nuove riserve di attività e ristabilire le tariffe minime – risibilmente presentata come favorevole agli utenti dei servizi legali. La cosa preoccupante è che la riforma avanza in Parlamento nella disattenzione generale: l'ennesimo esempio della mancanza di un chiaro indirizzo su questi temi da parte del mondo politico.

Importanti misure pro-concorrenziali negli ultimi anni sono costituite dal recepimento della direttiva servizi e dalla disciplina dell'affidamento tramite gara dei

servizi pubblici locali. In entrambi i casi, però, le norme non bastano, l'attuazione sarà cruciale nel determinare il risultato. Non sarebbe la prima volta che l'attuazione da parte delle amministrazioni vanifica una riforma legislativa.

Nel settore dei servizi pubblici locali, inoltre, vi è il rischio politico di un ripensamento sostanziale. Facendo leva sui timori diffusi con cui molti guardano a una presenza di soggetti privati nell'offerta di servizi pubblici, in particolare per l'acqua, sono state raccolte le firme per un referendum abrogativo dell'intero articolo 23-bis del decreto di liberalizzazione (decreto legge n. 112/2008 e successive modifiche). La prospettiva è tanto più preoccupante in un contesto come l'attuale, in cui nella pubblica amministrazione non vi sono le risorse finanziarie sufficienti a compiere gli investimenti necessari per assicurare l'efficiente fornitura dei servizi pubblici nell'interesse dei cittadini.

Un tema sul quale Assonime ha lavorato intensamente in questi anni, è quello delle garanzie di *due process*. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati e prevede l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la forza giuridica delle tutele ha fatto un salto di qualità. Le esigenze di piena garanzia dei diritti di difesa sono oggetto di una vivace discussione a Bruxelles che avrà certamente riflessi negli ordinamenti degli Stati membri.

I procedimenti antitrust sono procedimenti amministrativi a carattere contenzioso, da cui possono derivare misure che incidono profondamente sulla situazione giuridica dell'impresa (ad esempio, un obbligo a contrarre) e sanzioni di elevatissimo ammontare (sino al 10% del fatturato complessivo dell'impresa). Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo questi procedimenti hanno natura "quasi penale" e richiedono quindi garanzie rafforzate, rispetto ai normali procedimenti amministrativi.

Il frequente utilizzo, sia in Italia che a Bruxelles, dei nuovi strumenti per la risoluzione consensuale delle controversie, in particolare le decisioni con impegni, non riduce la centralità del tema delle garanzie.

Occorre in ogni caso rispettare la presunzione di innocenza, anche nei comunicati stampa dell'Autorità, e assicurare pienamente il contraddittorio. Nelle situazioni—come avviene per la Commissione europea e l'Autorità garante (e anche la Banca

d'Italia) – in cui non vi è piena separazione tra funzione inquirente e giudicante, il controllo del giudice sulle decisioni dell'autorità deve essere pieno ed effettivo.

Un altro tema cruciale è quello del finanziamento dell'Autorità. Per operare con efficacia e autonomia, le Autorità indipendenti devono disporre di risorse finanziarie adeguate e stabili, non oscillanti con gli umori dell'esecutivo; alla certezza e prevedibilità delle risorse devono naturalmente accompagnarsi controlli rigorosi sull'efficienza del loro impiego. Oggi mancano entrambe le condizioni.

Prima si sono tagliati i fondi statali, ma poi i disavanzi sono stati ripianati con fondi pubblici. Una quota crescente dei costi è stata posta a carico del mercato, in forme e ammontare non sempre prevedibili.

Nel caso dell'Autorità garante sono già previste commissioni piuttosto elevate per la notifica delle concentrazioni da parte delle imprese. Per il resto dell'attività, che ha natura quasi-giurisdizionale, la forma più appropriata è il finanziamento a carico del bilancio dello Stato.

Ciò che sicuramente non va bene e va abbandonato è la soluzione adottata per le pratiche commerciali scorrette in base alla quale parte delle sanzioni irrogate è destinata al finanziamento dell'Autorità. Questa soluzione, infatti, introduce un incentivo per così dire istituzionale a moltiplicare le sanzioni. La stessa legittimità dell'Autorità ne soffre, come conferma il profondo scontento nel mercato: viene meno la fiducia nella neutralità del processo valutativo.

Vi sono due aspetti per i quali, a nostro parere, la legge n. 287/1990 merita una revisione.

Il primo riguarda l'ampiezza dell'obbligo di notifica preventiva delle concentrazioni. Attualmente i gruppi di imprese che superano i 472 milioni di euro di fatturato devono notificare qualsiasi acquisizione, anche quando il fatturato dell'impresa acquisita è irrisorio. Va notificata, con dispendio di tempo e risorse, anche l'acquisizione del controllo di un piccolo negozio. In una prospettiva di semplificazione e di focalizzazione dell'attività dell'Autorità sulle questioni più importanti, ripetiamo da anni che serve una soglia minima di fatturato dell'impresa acquisita, al di sotto della quale non vi sia l'obbligo di notifica preventiva. Questo è il

modello seguito nella stragrande maggioranza degli altri paesi europei; è tempo che l'Italia si allinei.

L'altro miglioramento che auspichiamo è la razionalizzazione del sistema delle competenze dei giudici civili quando il diritto antitrust viene applicato nelle controversie tra privati – il cosiddetto *private enforcement*. Oggi per la legge n. 287/1990 si va davanti alle Corti d'appello, per gli articoli 101 e 102 del Trattato sono competenti i tribunali, quando la questione incide sulla proprietà industriale bisogna rivolgersi alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale. Spesso si spreca tempo e risorse preziosi nel contenzioso per stabilire quale sia la sede giurisdizionale cui rivolgersi.

La nostra proposta, che tiene conto delle esigenze di preparazione dei giudici in una materia così delicata e così strettamente connessa al diritto europeo, è che per tutti i casi di *private enforcement* la competenza sia attribuita alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, con il doppio grado di giudizio.