

## **Le ragioni della Concorrenza: vent'anni di antitrust italiano**

**Fondazione Luigi Einaudi - Roma, 26 Novembre 2010**

**Alberto Pera**

### **Gli Anni della Fondazione: 1990-1994**

In queste note si compie una veloce rassegna del primo periodo di attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, compreso tra la nomina del Presidente dell'Autorità, Francesco Saja, e dei membri del primo Collegio, Luciano Cafagna, Fabio Gobbo, Giacinto Militello e Franco Romani, nel novembre 1990, e la nomina di Giuliano Amato come Presidente dell'istituzione nel novembre 1994.

E' generalmente riconosciuto che durante il primo periodo di attività dell'autorità antitrust furono poste importanti basi per il successo dell'istituzione, in termini organizzativi e di assetto del personale. Tuttavia, i risultati concreti dell'azione sono a volte considerati non particolarmente esaltanti: è tuttora diffusa l'immagine di una *sleeping authority*, come ebbe affettuosamente a definirla il Sen. Cavazzuti, la quale solo poi superato il periodo di rodaggio, con l'arrivo di Giuliano Amato, avrebbe mostrato la capacità di incidere sul contesto concorrenziale dell'economia italiana.

In queste note vorremmo mostrare che la realtà è alquanto diversa: non solo l'Autorità presieduta da Saja nel suo primo periodo di funzionamento riuscì rapidamente ad organizzarsi e ad impostare una propria azione: ma questa azione è stata significativa e di grande rilievo, in particolare rispetto all'assetto di alcuni mercati. Inoltre, il lavoro svolto in questo periodo ha rappresentato una fertile base per l'attività successiva.

Il rilievo di questa valutazione non è solo di carattere storico: il successo dell'azione dell'Autorità nella sua fase iniziale è infatti dovuto a nostro parere ad alcune caratteristiche

dell'Autorità e della sua azione che ne hanno allora orientato le modalità di funzionamento, e che appaiono di interesse anche oggi.

Nella nostra analisi procediamo come segue: in primo luogo esaminiamo alcune caratteristiche della Legge 287/90 che fissa il contesto entro il quale l'attività dell'Autorità doveva svolgersi. In questo contesto esaminiamo i principali indirizzi di attività dell'Autorità e le modalità con cui l'attività si è andata evolvendo nel periodo di nomina dell'Autorità nel novembre 1990 e la scomparsa del suo primo Presidente nell'estate del 1994. Discutiamo poi quali siano gli elementi che hanno contribuito al successo dell'Autorità in quegli anni. Concludiamo con alcune considerazioni riguardo quali insegnamenti possiamo trarne per l'attuale contesto.

## **1. Le caratteristiche della legge**

E' ben nota e ampiamente discussa nella dottrina l'ispirazione "comunitaria" della normativa italiana, anticipatrice delle tendenze alla uniformazione delle previsioni normative ed alla convergenza nella loro applicazione, anche tramite la complementarietà delle azioni delle autorità di concorrenza nazionali e comunitarie che si sarebbero attuate nel decennio successivo fino all'emanazione del Regolamento UE 1/2003. Carattere che si manifesta nella sostanziale identità tra le previsioni relative alle intese ed agli abusi di posizione dominante (e anche alle concentrazioni) negli art. 2, 3 e 6 della Legge e quelle contenute negli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma (ora art. 101 e 102 del TFUE) e nella la previsione dell'art. 1 comma 4, che richiede che l'interpretazione delle norme del Titolo I della legge, relativo alle condotte delle imprese e alle concentrazioni, sia conforme ai principi ispiratori della normativa comunitaria, tra i quali vanno senz'altro inclusi la giurisprudenza delle Corti Europee e la prassi decisionale della Commissione.

Tuttavia, il riferimento comunitario per quel che riguarda l'applicazione delle norme relative alle condotte delle imprese non è l'unica caratteristica peculiare della prima legge italiana per la tutela della concorrenza. Altre previsioni indicano che il legislatore non ha inteso soltanto introdurre alcune regole generali volte ad evitare che il processo concorrenziale fosse impedito o alterato dall'abuso del potere di mercato, ma ha inteso calarle nel contesto peculiare dell'economia italiana dell'epoca, caratterizzata da un esteso intervento pubblico diretto e indiretto, affidando inoltre alla Autorità istituita dalla legge un compito di stimolo allo stesso legislatore e al governo per la modernizzazione e la liberalizzazione dei mercati, individuando i

vincoli alla concorrenza derivanti da leggi e atti amministrativi e suggerendo modalità per la loro eliminazione.

Giova al riguardo ricordare il contesto economico-giuridico dell'Italia di quegli anni. L'economia era caratterizzata da una partecipazione pubblica diretta all'attività produttiva tra le più elevate nelle economie industrializzate: lo Stato controllava direttamente l'80% del settore bancario e i principali gruppi dei servizi, manifatturieri e dell'energia, attraverso l'Efim, l'IRI, l'ENI, l'ENEL, senza considerare le numerosissime imprese pubbliche locali. I settori di servizio pubblico, dalle comunicazioni alla produzione, distribuzione e vendita di energia, ai trasporti ferroviari erano gestiti in monopolio o tramite concessioni esclusive, che spesso si estendevano alle attività a monte serventi l'attività di servizio.

La proprietà pubblica delle imprese di servizio suppliva alla carenza di regolamentazioni indipendenti: di fatto la regolamentazione si risolveva in un confronto fra imprese monopolistiche e strutture ministeriali, inevitabilmente prone alla "cattura". D'altra parte l'estensione delle riserve di legge era spesso indeterminata, cosicché gli atti applicativi delle concessioni (le convenzioni) venivano automaticamente estese a nuovi servizi, come avveniva nelle telecomunicazioni, senza che fosse possibile valutarne l'opportunità.

Anche nella parte "privata" dell'economia, oltre a barriere amministrative all'entrata nei mercati, sussistevano in molte aree (assicurazioni, carburanti, prodotti alimentari di base) controlli amministrativi dei prezzi.

Tutto questo apparato era, dalla fine degli anni '80, in trasformazione, a seguito di spinte interne, la crisi delle imprese a partecipazione statale e le precarie condizioni della finanza pubblica, e esterne, il processo di liberalizzazione in atto a livello comunitario. Tuttavia il processo di modernizzazione era solo all'inizio, e incontrava enormi resistenze: basti pensare al ritardo con cui venivano introdotte nel nostro paese le direttive di liberalizzazione comunitarie.

In questo contesto, acquisivano un particolare rilievo alcune previsioni della legge: innanzitutto l'art. 8 della Legge, che riprende l'allora art. 90 del Trattato di Roma, che indica i limiti in cui le condotte delle imprese in monopolio legale sono sottratte all'applicazione della normativa della concorrenza, sulla base dei criteri di necessità e proporzionalità rispetto alla missione affidata; e l'art. 9 che prevede in ogni caso la possibilità di auto-produzione anche nei settori soggetti a

monopolio legale. Inoltre, l'art. 25, che limita la discrezionalità della politica nell'autorizzazione di concentrazioni in deroga al divieto di cui all'art. 6, stabilendo che eventuali deroghe al divieto di concentrazione possano essere date solo in via generale e preventiva, attraverso la definizione di criteri applicabili a tutte le imprese, ferma restando la verifica di natura esclusivamente tecnica da parte dell'Autorità della sussistenza della proporzionalità della restrizione alla concorrenza. Infine gli art. 21, 22 e 24 della Legge, nei quali si prevede la possibilità per l'Autorità di svolgere attività di segnalazione e consultiva rispetto ad atti normativi, o a progetti di legge e di regolamento suscettibili di avere effetti sulla concorrenza. Dal dettato dell'art. 24 che prevedeva che l'autorità presentasse relazioni relative ai settori della distribuzione commerciale, degli appalti e delle imprese concessionarie, si deduce anche che il legislatore si aspettava dall'Autorità un'attività di segnalazione a vasto raggio e su tematiche importanti relative ai vincoli pubblici alla concorrenza nell'economia italiana. Evidentemente il legislatore riteneva che l'Autorità dovesse giocare un ruolo importante nel processo di modernizzazione che si stava avviando.

Alla luce di questo contesto vanno anche interpretate le peculiari caratteristiche di indipendenza previste per l'Autorità nell'art. 10 della Legge, del tutto nuove nel panorama istituzionale italiano, e una novità anche nel contesto comunitario. Infatti, l'istituzione che era uscita dalla discussione parlamentare era connotata da una totale indipendenza dal governo, e le sue decisioni erano soggette al solo controllo del giudice amministrativo. Si trattava di un'Autorità amministrativa, ma di una forma nuova, le cui funzioni erano di difficile classificazione nel tradizionale sistema di tripartizione dei poteri, come dimostrano le discussioni dottrinali, nell'arco degli ultimi due decenni, sul carattere di questa istituzione e dei suoi atti. Al riguardo, appare potersi sostenere che il legislatore riteneva importante l'indipendenza tanto rispetto ai soggetti destinatari del controllo antitrust (e quindi alle imprese), quanto rispetto alla politica, che in qualche modo era anch'essa destinataria dell'azione dell'Autorità, in quanto all'origine dei vincoli pubblici alla concorrenza, nonché referente del sistema delle imprese pubbliche. E pertanto riteneva che il controllo della sua attività dovesse essere sottratto alla politica e avvenisse solo per via giurisdizionale.

Il requisito di indipendenza si rifletteva peraltro tanto nelle caratteristiche di indipendenza e professionalità richieste per la nomina di Presidente e componenti del Collegio, che nelle peculiari modalità con cui la nomina avviene, con deliberazione congiunta dei Presidenti delle due Camere, ritenuti, per il loro particolarissimo ruolo, al di sopra delle parti e quindi in grado

di effettuare designazioni meno condizionate dalle influenze politiche che caratterizzavano allora le nomine pubbliche.

Infine, la legge 287/90 introduceva un importante cambiamento del ruolo della concorrenza e del mercato nella costituzione economica italiana. L'art 1 della legge afferma che la legge è emanata "in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica". Come notava, a dieci dall'introduzione della legge, Libertini, questa affermazione si poneva in deciso contrasto con la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, che ritenevano che la concorrenza non rientrassero tra i beni tutelati dall'ordinamento costituzionale, a differenza del diritto di iniziativa economica, garantito dall'art. 41 della Costituzione, sia pure soggetto alle condizioni previste nei comma 2 e 3 di quell'articolo. Il legislatore della concorrenza sosteneva invece che diritto di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 include il diritto dell'imprenditore di non essere abusivamente impedito dal potere di mercato altrui nell'esercizio dell'attività di impresa.

Da questo punto di vista la previsione normativa in qualche misura qualificava il carattere particolare dell'attività dell'Autorità: poiché l'obiettivo dell'Autorità era di garantire l'esplicazione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione, si trattava allora non di imporre vincoli alle imprese in funzione di un qualche interesse estraneo alla loro libertà di iniziativa ma di assicurare che un contesto concorrenziale consentisse l'esplicarsi del diritto di svolgere, senza ostacoli artificiosi, l'attività di impresa.

## **2. L'attività dell'Autorità: a) i settori regolamentati**

Il semplice resoconto numerico della attività dell'Autorità nel suo primo periodo mostra che essa divenne operativa molto rapidamente. Già nel primo anno, 1991, l'Autorità aveva esaminato 232 concentrazioni, 13 intese, con l'apertura di tre istruttorie, 4 abusi e inviato varie segnalazioni in relazione a restrizioni pubbliche alla concorrenza. Aveva inoltre inviato pareri alla Banca d'Italia in materia di operazioni di concentrazione nel settore bancario. Già nel 1992 possiamo dire che l'attività fosse "a regime": le concentrazioni esaminate sono 422, con 5 istruttorie aperte; le istruttorie aperte per intesa sono 14, e quelle per abuso 5; per la fine dell'anno l'Autorità aveva prodotto e consegnato due dei tre rapporti richiesti dall'Art. 24 della legge (il terzo sarà consegnato nel 1993); inizia inoltre l'attività nel campo della pubblicità ingannevole, nuova competenza attribuita all'Autorità dal d.l. 2571/1992, e vengono avviati 23

procedimenti: saranno 140 nel 1993 e 191 nel 1994. E tutto ciò con organici stabilmente al di sotto di quelli consentiti dalla legge, che prevedeva un ruolo di 150 addetti, e consentiva l'assunzione di cinquanta dipendenti a contratto: a fine 1994 i dipendenti dell'Autorità erano meno di 100.

Al dato numerico si può aggiungere che l'Autorità da subito decise di connotare la propria attività in termini di un'elevata trasparenza, anche in relazione a quanto strettamente richiesto dalla legge, specie se rapportata a quella delle amministrazioni per così dire classiche: trasparenza *interna*, assicurata nell'ambito dei procedimenti istruttori nei confronti degli interessati in virtù di regole procedurali improntate al contraddittorio e alla partecipazione; e trasparenza *esterna*, garantita dal regime di pubblicità delle decisioni assunte (con strumenti cartacei ed informatici) e dalla pubblicazione della relazione annuale sull'attività svolta. L'Autorità riteneva che ciò avrebbe favorito la conoscenza dei criteri decisionali in una materia del tutto nuovo e attivato un controllo della propria attività non solo giurisdizionale, ma anche "sociale", da parte di studiosi, esperti e, tramite i giornalisti, dell'opinione pubblica.

Tuttavia, non è solo il dato a dare il senso dell'attività dell'Autorità, ma soprattutto la tipologia dell'intervento. Infatti, nel suo primo periodo l'Autorità affrontò questioni di notevole complessità giuridica e di grande impatto economico, in un contesto normativo peraltro assai meno sviluppato dell'attuale. Il contesto applicativo della normativa della concorrenza era a livello comunitario assai più rudimentale di quello di oggi. L'apparato delle comunicazioni della Commissione era praticamente inesistente, se si eccettuano quelle assai formalistiche relative al Regolamento 17/1962; il Tribunale di Primo Grado era appena stato istituito, nel 1990, e i riferimenti erano solo a poche decine di sentenze della Corte di Giustizia in materia di abusi e di intese, spesso relativi a rinvii pregiudiziali.

Nei settori protetti, poi, il programma comunitario di liberalizzazione era solo al suo inizio, e aveva avuto un principio di attuazione solo in alcuni settori, in cui peraltro le linee di liberalizzazione erano ancora limitate: ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni la Direttiva 388 del '90, che liberalizzava i servizi a valore aggiunto, non riguardava però la telefonia fissa e quella mobile. Inoltre, il recepimento della normativa comunitaria di liberalizzazione avveniva con grandissimo ritardo, e anche l'adozione, nel 1989, del meccanismo della legge comunitaria, doveva ancora condurre allo smaltimento del notevole arretrato. D'altronde, come osservato, gli atti normativi sulla base dei quali erano costruite le

riserve legali non delimitavano l'ambito di tali riserve, il che conduceva a una loro quasi automatica estensione.

Queste ultime considerazioni sono di particolare rilevanza, perché la percezione dell'Autorità era che a restringere la concorrenza fossero soprattutto distorsioni direttamente o indirettamente riferibili all'intervento pubblico. Infatti buona parte delle denunce di comportamenti restrittivi riguardavano imprese la cui posizione dominante derivava dalla normativa. A ciò si aggiungevano le numerosissime segnalazioni da parte di privati di vincoli all'iniziativa economica e alla concorrenza derivanti da norme o assetti pubblici. Nelle riunioni dell'Autorità il Presidente Saja si lasciava andare a dire che "il nostro nemico è lo Stato", intendendo naturalmente che era lo Stato a produrre i più importanti vincoli alla concorrenza. D'altra parte questa visione era largamente condivisa: nel 1992 due autorevoli economisti, Mario Monti e Luigi Spaventa, presentarono sui più importanti quotidiani italiani un "manifesto" per l'entrata dell'Italia in Europa, in cui proponevano che l'Autorità censisse le norme restrittive dell'iniziativa economica e della concorrenza, e ne proponesse la modifica al Parlamento.

Pertanto nei primi anni la attività dell'Autorità fu soprattutto rivolta ai settori caratterizzati da situazioni di monopolio legale, in cui tuttavia aree marginali o di nuovi servizi potevano essere aperta alla concorrenza o all'autoproduzione: da quello portuale a quello delle telecomunicazioni a quello aeroportuale. L'intervento in questi settori poneva però l'Autorità di fronte a problemi assai complessi.

#### *a) l'intervento diretto*

La prima questione era se orientare la propria azione sugli interventi di segnalazione, suggerendo la rimozione delle normative restrittive e la eliminazione degli ambiti di riserva, anche anticipando le tendenze in atto a livello comunitario, ovvero agire direttamente nei confronti delle imprese.

All'interno del Collegio le opinioni non erano uniformi: alcuni componenti ritenevano che di fronte a leggi che stabilivano la riserva la Autorità nazionale non potesse che esercitare il suo potere di segnalazione, poiché il potere di agire contro le misure statali era riservato alla Commissione europea, a cui eventualmente avrebbero potuto essere dirette le segnalazioni, e

che avrebbe eventualmente potuto allora attivare i poteri previsti dall'art. 90 comma 1 del Trattato.

Tuttavia, principalmente per impulso di Saja, la strada seguita fu diversa, cioè quella dell'intervento diretto, per attuare la quale, tuttavia, l'Autorità dovette ingegnarsi a definire l'ambito possibile del suo intervento: cioè in che misura potesse legittimamente intervenire in settori che apparivano sottratti all'applicazione della normativa antitrust. A tal fine utilizzò le previsioni degli articoli 8 e 9 della legge.

Come noto, l'art. 8 della legge 287/90 prevede che le imprese che gestiscono servizi in monopolio legale siano esentate dall'applicazione della normativa antitrust (e in particolare delle previsioni relative all'abuso di posizione dominante dell'art.3) per tutto quanto strettamente connesso alla specifica missione loro affidata. Questa previsione è fin dall'inizio stata utilizzata dall'Autorità al fine di perimetrare l'area di attività delle imprese sottratta all'applicazione della normativa concorrenziale, sulla base della missione attribuita per legge alle imprese, alla luce dei principi di necessità e proporzionalità. E ciò in numerosi casi in cui essa si è trovata a valutare comportamenti di imprese in monopolio legale tesi a sfruttare il potere di mercato derivante dal monopolio in mercati o attività contigue. Infatti l'Autorità ha sostenuto che, in presenza di una normativa della concorrenza applicabile in tutti i mercati, la riserva legale dovesse sempre essere interpretata in maniera restrittiva, considerando i limiti a tale missione alla luce non solo della normativa originaria, ma anche delle modifiche introdotte dalla normativa nazionale, incluse le norme della legge antitrust, e dei processi di integrazione e liberalizzazione comunitaria in atto.

Nel periodo che ci interessa questa linea di intervento ha avuto un particolare rilievo nei settori delle telecomunicazioni ed aeroportuale.

Il settore delle telecomunicazioni era allora caratterizzato dal monopolio delle imprese della STET, e sul piano normativo dal ritardo nell'introduzione della direttiva 388/90 riguardante i servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale e delle relative norme interne di attuazione. A partire dalla fine del 1991 l'Autorità in diverse segnalazioni segnalava il ritardo nella introduzione della liberalizzazione, e suggeriva anzi di andare oltre, in particolare attraverso l'apertura alla concorrenza della telefonia mobile cellulare. Tuttavia l'effettivo impulso a tal fine venne da alcuni casi di abuso aperti in questo primo periodo.

Nel caso 3C, del 1992, l'Autorità sanzionava il gestore monopolista della telecomunicazioni (la SIP) in quanto rifiutava di fornire le linee a un'impresa che operava nella gestione di terminali pubblici, installati in aeroporti, grandi alberghi ed altre localizzazioni particolari, che consentivano il pagamento con carta di credito (già da questo si vede quanto tempo è passato). La SIP rivendicava il monopolio della telefonia vocale; l'Autorità opponeva due considerazioni: in primo luogo che la riserva della SIP era limitata alla telefonia di base, mentre il mercato interessato della restrizione era quello dei servizi caratterizzati da funzionalità aggiuntive (pagamento con carte di credito); in secondo luogo, che in ogni caso il servizio doveva ritenersi liberalizzato ai sensi della direttiva 388/90. Nonostante questo secondo punto non fosse particolarmente sviluppato, poiché la direttiva non era ancora stata recepita l'Autorità voleva evidentemente riferirsi alla possibilità di una sua applicazione diretta, in quanto sufficientemente precisa e dettagliata, alla luce della recente sentenza Costanzo della Corte di Giustizia. Una linea che in questo settore l'Autorità seguirà qualche anno dopo con la decisione Telsystem.

Ancora più dirompente fu tuttavia il caso GSM, dell'anno successivo. L'autorità aveva già inviato due segnalazioni al Governo e al Parlamento riguardo l'opportunità di aprire alla concorrenza la telefonia mobile cellulare. Di fronte all'avvio di un'attività di sperimentazione del nuovo servizio di telefonia mobile digitale (GSM) da parte di SIP, già monopolista del servizio analogico (TACS), l'Autorità contestava alla SIP una illegittima estensione del monopolio da un mercato esistente ad un nuovo mercato (quello del servizio digitale) per il quale esistevano linee guida comunitarie che auspicavano una gestione concorrenziale. In effetti nel corso del procedimento il Commissario Europeo della Concorrenza van Miert inviò una lettera di messa in mora al governo contestando che il servizio Gsm non fosse aperto alla concorrenza. L'istruttoria si concluse con la condanna di SIP, e la diffida ad avviare il servizio Gsm, fino a che non fosse conclusa la gara per il secondo gestore (?) che nel frattempo il Governo si era impegnato a bandire. L'azione dell'Autorità condusse quindi alla liberalizzazione di un settore che è stato in seguito assai dinamico.

In realtà, la decisione Gsm fu preceduta da un vasto dibattito interno all'Autorità circa la legittimità di un provvedimento diretto, in relazione a un comportamento che derivava da una misura statale. In particolare, Franco Romani sosteneva che il monopolio derivava da una misura statale, la concessione delle frequenze, sia pure a fini sperimentali, solo a SIP,

incompatibile con il Trattato, ma nei confronti della quale solo la Commissione aveva competenza ad agire. E quindi l'Autorità poteva solo sollecitare la procedura comunitaria di infrazione. Tanto più in quanto la direttiva 388/90, non recepita ma eventualmente direttamente applicabile, non si applicava alla telefonia mobile cellulare. Romani era probabilmente nel giusto, ma Saja decise di usare la normativa per mettere pressione sul Governo affinché accelerasse l'apertura alla concorrenza ed ebbe infine ragione.

Questi esempi mostrano comunque come, nei casi caratterizzati da misure statali restrittive della concorrenza, l'Autorità si preoccupasse di garantirsi la collaborazione della Commissione europea. L'Autorità ha in genere preliminarmente informato la Commissione della sua intenzione di intervenire, anche per evitare che un intervento successivo vanificasse la sua azione. D'altronde la Commissione fin da subito mostrò di apprezzare la richiesta di collaborazione: questo è anche alla base del rilievo che l'Autorità fin da subito assunse nel contesto comunitario, profittando anche del ruolo che la legge istitutiva le dava di "autorità nazionale della concorrenza".

In alcuni settori, e in particolare in quello aeroportuale, l'intervento dell'Autorità è stato invece inizialmente basato sulla previsione dell'art. 9, relativo all'autoproduzione. Una prima pronuncia relativamente alle implicazioni di questo articolo si era in realtà avuta in relazione al settore portuale. Di fronte a segnalazioni di utenti di servizi portuali, che denunciavano la situazione di monopolio delle Compagnie portuali, già nei primi mesi del 1991 l'Autorità dichiarò che la previsione dell'Art. 9, che consentiva l'autoproduzione anche nei mercati in monopolio legale, definiva un "diritto soggettivo perfetto" degli auto produttori, eventualmente accertabile dal giudice ordinario. La pronuncia, che anticipava di alcuni mesi quella della Corte di Giustizia nel caso *Merci Convenzionali*, pur di grande rilievo da un punto di vista sistemico, non aveva portata immediatamente operativa.

Tuttavia questa pronuncia rappresentò di lì a poco l'elemento in base al quale l'Autorità sanzionò gli operatori aeroportuali che, non mettendo a disposizione le necessarie infrastrutture aeroportuali, senza che potessero essere opposte inesistenti pretese "di ordine pubblico", impedivano alle compagnie aeree di esercitare in autoproduzione attività di handling. Pronunce, che oltre che all'art. 9, si ispiravano alla recente sentenza *Hofner* della Corte di Giustizia, e che anticipavano di alcuni anni le conclusioni a cui sarebbe giunta la Commissione nel caso *Aeroporto di Francoforte*. In altri casi, la limitazione nella riserva veniva direttamente tratta da

un'interpretazione restrittiva delle norme che ad essa sottostavano: nel 1993 la società aeroportuale romana veniva sanzionata perché pretendeva di esercitare il monopolio di servizi di sicurezza nell'aeroporto, che non rientravano nell'ambito della riserva legale relativa alla gestione. Era il primo di una serie di procedimenti attraverso i quali l'Autorità avviava un processo di liberalizzazione degli aeroporti addirittura in anticipo rispetto all'approvazione della direttiva comunitaria n. 67 del 1996.

#### *b) l'attività di segnalazione*

L'Autorità ha fin dall'inizio accompagnato gli interventi diretti nei settori caratterizzati da restrizioni normative alla concorrenza con una attività di segnalazione volta a dar luogo alla loro rimozione. Abbiamo osservato il rilievo che tale attività ha nell'impulso della legge 287/90, al fine di dare un ulteriore connotato liberalizzatore: connotato reso ancora più rilevante dalla specifica previsione nell'art. 24 di tre rapporti sulla situazione esistente nei settori della distribuzione commerciale, delle imprese concessionarie e degli appalti pubblici. Rapporti che, al termine di una accurata analisi, segnalano l'esigenza di profonde misure di apertura alla concorrenza e alla trasparenza dei mercati e delle procedure di assegnazione.

Quello che interessa in particolare rilevare è il carattere propositivo e di portata generale degli interventi dell'Autorità in questa fase: diretti ad affrontare alcune questioni cruciali relative all'assetto dei settori regolamentati e di servizio pubblico e a suggerire non solo un rapido recepimento delle tendenze europee alla liberalizzazione, ma addirittura di anticiparle, in modo da porre l'economia nazionale in una posizione di vantaggio in un contesto dell'economia mondiale in via di rapida internazionalizzazione.

In particolare, fin dai suoi primi interventi l'Autorità rimarcava l'esigenza di una revisione complessiva degli assetti dei mercati regolamentati, al fine di ridurre al minimo indispensabile l'area sottratta alla concorrenza, anche al fine di assicurare all'Italia un vantaggio competitivo nel cammino verso l'integrazione delle economie europee.

La questione era all'ordine del giorno, sia per le tendenze in atto a livello europeo, che per la impostazione a livello nazionale del Piano di privatizzazione da parte del governo Amato. La privatizzazione riguardava le principali imprese di servizio pubblico e poneva quindi cruciali questioni in relazione all'assetto dei settori, alla struttura della regolazione, alla *governance*

delle imprese. L'Autorità affrontò questi temi a varie riprese e più compiutamente in un parere riguardo il Programma di riordino delle partecipazioni statali predisposto dal Ministro del Tesoro su richiesta delle Commissioni riunite V, VI e X della Camera dei Deputati (Bilancio, Finanze e Attività Produttive).

In primo luogo l'Autorità sollecitava Governo e Parlamento perché il processo di riordino desse luogo a un sostanziale rafforzamento dei meccanismi concorrenziali all'interno dell'economia nazionale. Esplicitamente osservava che in molti settori le condizioni che avevano suggerito in passato il ricorso alla regolamentazione avevano subito profonde modificazioni, prevalentemente a causa di un intenso processo di innovazione tecnologica. Ciò suggeriva l'opportunità di un'ampia liberalizzazione. In particolare l'Autorità sottolineava le tendenze in atto a livello comunitario in settori come le telecomunicazioni, i trasporti aerei, e la produzione e distribuzione di energia, caratterizzati ancora da situazioni di monopolio a norma di legge. Osservava l'Autorità che “laddove la concessione in esclusiva della gestione di determinati servizi non è più giustificata sotto il profilo tecnico-economico, l'apertura alla concorrenza può favorire l'efficienza e la competitività, con vantaggi non indifferenti per i consumatori e per l'intera economia nazionali”.

In secondo luogo, là dove la regolamentazione appariva ancora necessaria, per la presenza di rilevanti interessi pubblici, l'Autorità osservava la necessità di rivedere gli assetti regolamentativi. In particolare, l'Autorità rilevava l'esigenza di un superamento di un assetto basato sulle imprese pubbliche, in cui lo Stato si poneva come produttore del servizio e regolatore. In sostanza, si trattava di muovere verso un assetto della regolamentazione che consentisse che la privatizzazione si accompagnasse a un'effettiva liberalizzazione e di ridurre la possibilità che fra regolatore e regolamentato si stabilissero dei legami di collusione implicita ed esplicita a svantaggio dei consumatori o di gruppi di produttori. In tale contesto l'Autorità auspicava la creazione di agenzie con compiti di regolamentazione in ordine alle condizioni di accesso ai singoli settori di attività, alle modalità tecniche di svolgimento dei servizi, nonché alla fissazione e all'aggiornamento dei criteri di determinazione delle tariffe, funzionale alla definizione di assetti e strumenti di intervento più trasparenti e maggiormente compatibili con il perseguimento di un più elevato livello di efficienza a vantaggio degli utenti, favorendo, anche dal punto di vista organizzativo, una netta separazione tra responsabilità regolamentari e funzioni operative nella gestione dei singoli servizi pubblici.

Infine, l'Autorità si esprimeva anche sulla tematica degli assetti di governance delle imprese privatizzate, mettendo in relazione intrecci proprietari e assetto concorrenziale dei mercati. Dai suoi interventi emerge la convinzione che la contendibilità del controllo delle imprese sia salutare per lo stato della concorrenza nell'economia. In particolare, l'Autorità riteneva che “un libero mercato degli assetti proprietari, soprattutto se associato alla quotazione in borsa delle società, beninteso all'interno di un quadro normativo di tutela degli azionisti minori, contribuirà infatti a rafforzare strumenti e incentivi per una più efficiente gestione delle imprese”. Pertanto nella prospettiva delle privatizzazioni, doveva essere evitata l'introduzione di normative che vincolassero in maniera ingiustificata le possibilità di alienazione delle azioni delle società privatizzate e che impedissero, se non per un periodo strettamente limitato, qualsiasi modificazione del loro controllo.

Intanto, è chiara per l'Autorità l'opportunità di procedere attraverso la privatizzazione a una riarticolazione del sistema produttivo in senso pro-concorrenziale, “sia mediante l'apporto di capitali esteri, sia prevedendo, laddove opportuno, la possibilità di un preliminare frazionamento delle attività da collocare sul mercato”. In sostanza, l'Autorità si poneva in posizione critica rispetto alle prospettazioni di chi suggeriva di orientare le privatizzazioni verso la creazione di “campioni nazionali” in grado di meglio competere nei mercati internazionali e invece suggeriva di procedere alla creazione, ove possibile ed efficiente, di una pluralità di operatori, anche aprendone la partecipazione e il controllo al capitale estero. In questo contesto, l'Autorità sottolineava la stretta connessione esistente tra gli obiettivi di tutela della concorrenza e l'imparzialità delle procedure e dei meccanismi di alienazione, al fine di garantire l'assoluta parità di trattamento dei potenziali acquirenti e di evitare discriminazioni che, laddove dirette a favorire talune imprese nazionali, sarebbero oltretutto risultate in contrasto sia con i principi generali dell'ordinamento comunitario e le disposizioni del Trattato

Peraltro, è interessante rilevare che il suggerimento dell'Autorità non derivasse solo da considerazioni di carattere economico, ma fosse basato su una valutazione critica della concentrazione e degli intrecci del potere economico nel nostro Paese. Nel valutare il Programma di riordino infatti l'Autorità osservava “su un piano più generale, non necessariamente una struttura industriale basata su un numero limitato di grandi gruppi dovrebbe essere considerata come quella maggiormente corrispondente alle esigenze di rafforzamento della concorrenzialità e del grado di democrazia economica nel paese”.

Una ulteriore questione collegata alla governance era la opportunità, prospettata nel Programma di riordino, di favorire contestualmente alla privatizzazione delle imprese pubbliche la costituzione di nuclei stabili di controllo. Sulla base delle considerazioni prima esposte, l'Autorità manifestava perplessità, osservando che le esigenze di stabilità degli assetti proprietari non dovrebbero tradursi in una sostanziale rigidità degli assetti di controllo. Impedendo o limitando per periodi significativi il trasferimento del controllo delle imprese, si sarebbe rischiato di compromettere l'effetto positivo, in termini di stimolo all'efficienza gestionale, derivante dalla possibilità di un cambiamento degli assetti proprietari. Inoltre, la costituzione di nuclei stabili di controllo avrebbe potuto in alcuni casi favorire comportamenti collusivi da parte dei soggetti partecipanti, con eventuali riflessi anche su mercati distinti da quelli in cui opera l'impresa privatizzata.

In questo quadro generale l'Autorità non mancò di avanzare alcune proposte specifiche, la cui portata si rivelò subito assai rilevante, in particolare in settori quali in quello delle telecomunicazioni, e del settore elettrico nella prospettiva della sua privatizzazione. Nel settore delle telecomunicazioni l'Autorità fin da subito sollecitò l'avvio di un processo di liberalizzazione anche in anticipo rispetto alle indicazioni comunitarie, nella convinzione che questo avrebbe avvantaggiato i consumatori e posto in posizione di vantaggio le imprese nel mercato europeo in corso di integrazione. In questo contesto rientrano in particolare le due segnalazioni per l'apertura alla concorrenza del servizio di telefonia mobile effettuate nel 1991 e nel 1992.

Ancora più radicale l'intervento nel settore della produzione e distribuzione di energia elettrica. In vista delle proposte relative alla privatizzazione dell'Enel, la Autorità segnalava il rischio che questa potesse "risolversi nella semplice sostituzione di un monopolio pubblico con uno privato, compromettendo così seriamente le future possibilità di evoluzione concorrenziale del settore e aggravando in misura significativa i problemi e le difficoltà relativi alla regolamentazione del servizio elettrico, all'efficace disciplina dei comportamenti d'impresa e all'adeguata tutela degli interessi degli utenti."

Pertanto, anticipando anche orientamenti fino ad allora in discussione anche a livello comunitario, l'Autorità segnalava l'esigenza di una complessiva riconsiderazione dell'assetto delineato dalla legge di nazionalizzazione. In particolare, in un allegato alla segnalazione l'Autorità prospettava un vasto disegno di ristrutturazione proprietaria e gestionale delle diverse

attività del monopolista integrato. In particolare, l'Autorità suggeriva “la netta separazione, proprietaria e gestionale, delle singole fasi di produzione, trasmissione e distribuzione, volta ad evitare che il potere di mercato esercitabile dalle imprese responsabili della gestione delle infrastrutture di rete possa dar luogo a rilevanti distorsioni nel funzionamento dei mercati aperti alla concorrenza; la cessione separata degli impianti di generazione dell'Enel, al fine di favorire in tempi ragionevolmente brevi la formazione di una pluralità di soggetti imprenditoriali indipendenti in concorrenza tra loro nella produzione di energia elettrica; il mantenimento della gestione unitaria e centralizzata delle attività di trasmissione e dispacciamento, in modo da non pregiudicare i vantaggi derivanti dal funzionamento coordinato degli impianti produttivi e garantire il controllo costante dei flussi di elettricità sulla rete nazionale; la riorganizzazione complessiva dell'attuale sistema di distribuzione dell'energia elettrica attraverso la creazione di una pluralità di operatori locali ai quali conferire la proprietà delle reti di distribuzione situate all'interno del rispettivo ambito territoriale di attività.”

Contestualmente veniva proposta la modifica del sistema di regolazione, attraverso l'affidamento a uno specifico organismo di vigilanza e di controllo, in posizione di autonomia e di indipendenza dal Governo e dalle imprese, delle competenze in materia di regolamentazione delle modalità tecniche di svolgimento dei servizi, di fissazione e aggiornamento dei criteri di determinazione delle tariffe e di sorveglianza circa il rispetto degli obblighi relativi al servizio universale.

Al lettore di oggi, queste proposte possono apparire come una semplice anticipazione programmatica degli sviluppi avvenuti nel corso del successivo decennio. Al lettore di allora, tuttavia apparvero di assoluta novità, visto che la tendenza prevalente nel governo e nelle forze politiche era quella di mantenere sostanzialmente intatta la posizione di dominanza di ENEL, sia al fine di massimizzare il ricavo dalla vendita della partecipazione statale, sia al fine di garantire le dimensioni necessarie per giocare un ruolo di rilievo nel mercato europeo dell'energia.

### **3. L'attività dell'Autorità: b) i settori di mercato**

Se l'intervento nei settori regolamentati ha rappresentato l'elemento caratterizzante dell'attività dell'Autorità nei primi quattro anni di attività, tuttavia alcuni punti di rilievo sono stati fissati

dall'attività negli altri settori, in particolare per quel che riguarda l'atteggiamento nei confronti delle intese.

*a) l'autorizzazione delle intese*

E' al riguardo opportuno ricordare che l'introduzione della normativa italiana è avvenuta quando ancora a livello comunitario la normativa era amministrata sulla base dello storico regolamento 17/62, basato su un criterio autorizzativo, che quindi subordinava la esenzione prevista dall'articolo 81.3 alla comunicazione preventiva delle intese. Come noto, le modalità applicative del Reg. 17 avevano condotto ad una valutazione delle intese sulla base di criteri formalistici, attraverso l'emanazione di regolamenti di esenzione di categoria basati sulla liceità di specifiche clausole contrattuali, e a un profluvio di comunicazioni alla Commissione, al fine di ottenere l'esenzione dalle ammende prevista in tal caso dal Regolamento. Non si era neanche lontanamente avviata, né se ne avevano segnali, la discussione che avrebbe condotto dapprima al regolamento di esenzione sulle intese verticali, e quindi al regolamento 1/2003, con il passaggio ad un sistema di valutazione ex-post delle intese, basata sul criterio dell'eccezione legale.

La normativa italiana sulle intese prevedeva e tuttora prevede sia il divieto delle intese restrittive (nell'Art. 2 della legge) che una possibilità di esenzione (nell'Art. 4) basato sugli stessi criteri di effetti benefici sulla distribuzione, il progresso tecnico e tecnologico, purché abbiano effetti positivi per il consumatore, che caratterizzano il terzo paragrafo dell'art. 101. Inoltre prevede all'Art. 13 la possibilità di comunicare volontariamente le intese all'Autorità. Queste ultime previsioni avrebbero consentito all'Autorità di orientare i suoi criteri di valutazione delle intese su quelli formalistici propri dell'esperienza comunitaria, incentivando quindi la comunicazione delle intese da parte delle imprese.

In effetti, fin dai primi mesi di attività, giunsero alla Autorità le comunicazioni di intese, prevalentemente accordi di distribuzione e di cooperazione, da parte di imprese e studi legali abituati ai criteri comunitari, volte a ottenere un'autorizzazione in caso di una valutazione di restrittività in base ai criteri comunitari. Tuttavia, fin dall'inizio l'Autorità si è distaccata da questi criteri, privilegiando invece un'interpretazione del divieto di intese contenuto nell'art. 2 sulla base di una valutazione dell'impatto attuale o potenziale dell'intesa sulla concorrenza sul mercato rilevante, sulla base quindi di un approccio "economico". E ciò anche sulla base dei

criteri suggeriti in alcune (allora) recenti sentenze della Corte di Giustizia secondo le quali la restrittività delle intese ai sensi dell'allora art. 85.1 doveva essere valutata "alla luce del contesto giuridico ed economico" rilevante. Corrispondentemente, l'Autorità ha evitato di emanare esenzioni di categoria, come pure secondo certa dottrina sarebbe stato possibile, e ha limitato l'autorizzazione a casi assai limitati. Peraltro, in questi casi l'Autorità verificava che gli effetti restrittivi delle intese fossero effettivamente necessari a ottenere sostanziali effetti di efficienza, con ricadute positive sui consumatori. Così, furono subito rigettate le richieste volte a ottenere la esenzione per pratiche di coordinamento di dubbia efficacia per il benessere degli utenti.

Questa impostazione condusse l'Autorità ad assumere un atteggiamento assai diverso dalla Commissione per quel che riguarda le intese verticali. Mentre queste ultime rappresentavano all'epoca un punto focale dell'interesse della Commissione, l'impostazione "economica" dell'Autorità, anticipando gli sviluppi in materia che con il reg. 2790/99 si sarebbero verificati solo alla fine del decennio, ha teso a dare loro rilievo solo in presenza di situazioni importanti di potere di mercato, ovvero qualora l'esistenza di "fasci" di intese favorisse la ripartizione del mercato, anche in considerazione del loro effetto cumulato. Così in quegli anni l'Autorità iniziò a dedicare una particolare attenzione a intese verticali di distribuzione di prodotti assicurativi da parte di banche, al fine di esaminare se esse dessero luogo al blocco all'entrata di nuovi concorrenti nel canale bancario, attraverso un "effetto rete".

#### *b) le intese orizzontali*

Questo atteggiamento iniziale dell'Autorità appare fondamentale per gli sviluppi successivi della prassi dell'Autorità in materia di intese, la quale è stata quasi immediatamente indirizzata verso il perseguimento di intese orizzontali, sotto forma di accordo esplicito, ovvero attuate attraverso associazioni o altre organizzazioni di mercato, quali consorzi o raggruppamenti di impresa, ovvero tramite pratiche concertate.

Tra i settori interessati da indagini in relazione ad intese anticoncorrenziali furono quelli della distribuzione del Gpl, dei trasporti marittimi, dei servizi portuali, delle spedizioni terrestri, delle assicurazioni rami danni e rischi di massa e dei rischi agricoli. In alcuni di questi casi furono identificati accordi espliciti (assicurazioni rischi di massa, trasporti marittimi, servizi portuali) con finalità collusiva e/o escludente. In altri casi la valutazione dell'Autorità fu basata sulla identificazione come pratica concertata di condotte diffuse che non apparivano avere altra

spiegazione se non consentire la collusione, quali la diffusione di informazioni circa i tassi di premio puro o le franchigie, o schemi di contratto tipo o di condizioni generali di polizza

Un'area in cui l'attività dell'Autorità mostrò fin da subito l'esistenza di pervasive situazioni di collusione fu quella dei prodotti di base, in particolare dei materiali di costruzione: cemento, calce e calcestruzzo. Nel mercato del calcestruzzo furono identificati oltre venti accordi che avevano l'effetto di eliminare ogni concorrenza nei mercati locali interessati. Nel settore del cemento e della calce, imprese anche importanti, ed una anche a partecipazione statale, utilizzavano lo strumento della joint venture cooperativa per ripartirsi mercati e commesse. Nel corso delle sue indagini, frutto anche di un'indagine conoscitiva di settore avviata ai sensi dell'art.12, emerse peraltro come specie in certe aree del paese l'attività di cartellizzazione fosse favorita dalla criminalità organizzata, e dalla opacità delle procedure di assegnazione delle commesse pubbliche e delle procedure di acquisto: un tema familiare anche quasi venti anni dopo.

La relazione tra collusione e opacità nell'assegnazione delle commesse è peraltro al centro dell'attività dell'Autorità anche rispetto ad indagini in altri settori, e in particolare riguardo la fornitura di materiale ferroviario. L'istruttoria ai sensi dell'Art. 2, relativa al consorzio Capri, che includeva le Ferrovie dello Stato e tutti i produttori di materiale rotabile italiani condusse alla conclusione che si trattava di un meccanismo per la ripartizione del mercato sulla base delle quote storiche. Si stima che il successivo scioglimento del consorzio condusse a una riduzione del trenta per cento nel costo degli acquisti delle Ferrovie. Altri consorzi furono invece ritenuti come giustificati dato il loro carattere "aperto" all'ingresso di nuove imprese e la complessità del prodotto, che giustificava la collaborazione. Attraverso queste decisioni cominciava peraltro a delinearsi l'impostazione dell'Autorità rispetto a forme di collaborazione di impresa quali raggruppamenti temporanei o ATI, che sarebbe stata sviluppata in casi successivi.

Gli appena ricordati interventi dell'Autorità rivelavano peraltro la stretta connessione tra condotte restrittive di impresa e trasparenza e apertura delle procedure di acquisto pubblico, tema approfondito dall'Autorità nel rapporto predisposto ai sensi dell'Art. 24. "In molti casi, infatti, gli effetti restrittivi conseguono non solo da pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese in violazione della legge n. 287/90, ma anche, in larga parte, dalla estrema discrezionalità delle procedure e dalla diffusa inosservanza delle norme, che frequentemente caratterizzano i comportamenti delle amministrazioni, degli enti pubblici, nonché delle imprese

operanti in regime di monopolio a norma di legge nella assegnazione delle rispettive commesse.”

*c) gli abusi di posizione dominante*

A differenza che nei settori regolamentati, limitati furono nei primi anni dell’Autorità i casi di applicazione della previsione dell’Art. 3, relativa agli abusi di posizione dominante, nei settori di mercato. Tuttavia, i casi conclusi nel periodo appaiono indicativi tanto di interesse verso certi settori (trasporti marittimi, trasporti aerei), quanto verso gli effetti restrittivi di pratiche quali gli sconti fedeltà e l’occupazione di capacità produttiva (nello specifico, slots), quando praticate da imprese in posizione dominante. In un caso relativo alla commercializzazione delle sementi, poi, l’Autorità si cimenta per la prima volta con il concetto di posizione dominante collettiva, introdotta per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Vetro Piano.

#### **4. Le concentrazioni**

Come noto, il controllo preventivo delle concentrazioni rappresentò uno dei temi di maggiore dibattito prima e durante la discussione parlamentare che condusse all’approvazione della legge 287/90. Tuttavia, durante il primo periodo di funzionamento della Autorità si fa fatica a individuare decisioni di rilievo. Piuttosto, in questo campo l’attività dell’Autorità fu caratterizzata da un formalismo che non si riscontra in altre aree. Dal formalismo furono infatti guidate alcune scelte interpretative che l’Autorità si trovò immediatamente a compiere in questo settore.

In primo luogo, l’Autorità si trovò a dover definire carattere cumulativo o alternativo delle soglie relative all’insieme delle imprese interessate e dell’impresa acquisita, previste nell’art 16 della legge. E’ ben noto, infatti, che tale previsione è modellata sulla previsione comunitaria relativa contenuta nell’originario reg. 4064/89, che prevede soglie cumulative, ma è formulata in maniera tale da suggerire una interpretazione alternativa: questa fu in effetti la scelta compiuta dall’Autorità, che però in questo modo ampliò l’obbligo di comunicazione di concentrazioni a operazioni chiaramente di nessun rilievo introducendo quindi un inutile gravame all’attività di impresa: una situazione tuttora perdurante, e resa ulteriormente gravosa dalla introduzione del contributo alla notifica delle operazioni di concentrazione previsto dall’articolo 1.69 della legge 23 dicembre 2005 n. 266.

In secondo luogo si trovò a dover chiarire la stessa definizione di concentrazione: se cioè riguardasse o meno organismi giuridicamente distinti, ma soggetti allo stesso controllo. Il dubbio nasceva dalla difficoltà di trasporre nella tradizione giuridica nazionale, basata sulla soggettività giuridica, il concetto comunitario e sostanzialistico di impresa, sulla base del quale era definito il controllo nel regolamento comunitario, e inoltre dal fatto che la stessa definizione di controllo contenuta nel regolamento comunitario, da cui derivava quella nella legge italiana, faceva riferimento a operazioni tra imprese e però anche a fattispecie definite dal punto di vista formale, quali le fusioni. L'adozione dell'impostazione comunitaria, codificata nelle decisioni della Corte di Giustizia, avrebbe in effetti consentito fin da subito di non considerare come concentrazioni le operazioni infragruppo. Tuttavia la scelta fu diversa, e la comunicazione delle operazioni infragruppo caratterizzò il sistema italiano fino all'aprile del 1995.

Il risultato di queste due decisioni fu quindi di estendere il perimetro dell'obbligo di notifica di concentrazioni ad operazioni di nessun rilievo concorrenziale, con il solo risultato di accrescere gli oneri per le imprese. Ci si può chiedere il perché di questo approccio formalistico: la ragione è in parte da trovare nella tradizione giuridica nazionale e nell'ambiguità delle norme, ma la risposta sarebbe solo parziale. In realtà Saja, che originariamente si era mosso secondo l'impostazione formalistica aveva rapidamente cambiato opinione, almeno riguardo le concentrazioni infragruppo. Tuttavia pesava sulla decisione la diffidenza riguardo le operazioni di concentrazione e la volontà di capire, se non controllare, attraverso la comunicazione delle operazioni, le modifiche nella struttura dei gruppi imprenditoriali italiani. Una sorta di conseguenza perversa delle finalità che avevano condotto all'introduzione del controllo preventivo.

Come conseguenza, a partire dal 1991 si ebbe un notevole flusso di comunicazioni di operazioni, per fortuna facilitato dalla immediata adozione di un formulario per la comunicazione delle concentrazioni. Tuttavia, fino al 1994 pochissime di queste avevano una qualche rilevanza. E quindi furono molto limitate le aperture di istruttoria. Inoltre, le due istruttorie che si conclusero con divieto in quegli anni appaiono, ad un'analisi retrospettiva, di dubbia rilevanza concorrenziale. Si trattava infatti di operazioni attraverso le quali Italtel, impresa appartenente al gruppo STET a cui faceva capo l'operatore di telecomunicazioni SIP, di cui Italtel era importante fornitore, acquisiva il controllo di due piccole società produttrici di apparati di comunicazione. L'Autorità non si soffermava sul profilo orizzontale, ma su quello

verticale dell'operazione: sosteneva cioè che le operazioni erano suscettibili di trasferire la posizione dominante detenuta nella telefonia da SIP, acquirente principale in Italia di apparati, nella produzione di apparati. Era una conclusione del tutto innovativa, e sorprese molti commentatori il fatto che la prima applicazione della normativa sulle concentrazioni avvenisse in relazione a una fattispecie così peculiare, probabilmente influenzata più che da una accurata analisi della fattispecie, dalle preoccupazioni dell'Autorità rispetto all'assetto del settore delle telecomunicazioni, all'epoca verticalmente integrato nel gruppo STET che controllava il gestore monopolistico del servizio.

Forse il caso più rilevante in materia di controllo delle concentrazioni in questo periodo fu il caso che non ci fu, cioè la partecipazione di Mediobanca all'aumento di capitale di Assicurazioni Generali, deliberato nel 1991 e attuato attraverso l'emissione di azioni e di warrants con diritto di voto. Mediobanca, che deteneva circa il 6 per cento del capitale di Generali, partecipava infatti al consorzio di collocamento, ed era quindi suscettibile di aumentare la propria partecipazione. Da molte parti si sostenne che in effetti l'operazione era strutturata in maniera tale da dar luogo a un'acquisizione di controllo di Mediobanca sulle Generali, sia pure tramite un controllo di diritti di voto di poco superiore al 10 per cento, data la situazione di azionariato diffuso della società di assicurazioni, e gli stretti rapporti tra Mediobanca e altri azionisti di Generali. La questione, molto spinosa, riguardava i criteri per la definizione di una situazione di controllo in una situazione di azionariato diffuso. Sulla base dei criteri comunitari non pareva che la situazione desse luogo a controllo. L'Autorità, e in particolare il suo Presidente, argomentarono che l'operazione doveva essere notificata, affinché l'Autorità potesse compiere un esame al riguardo. Mediobanca si rifiutava di comunicare l'operazione, argomentando che essa non dava luogo a controllo, e che se questo vi era l'operazione sarebbe stata di competenza comunitaria. La Commissione, da parte sua, non sollecitava una notifica. Il contrasto tra Mediobanca e l'Autorità divenne pubblico, anche a seguito dell'audizione di Saja davanti alla Commissione Finanze del Senato. Alla fine Mediobanca si risolse a comunicare l'operazione all'Autorità, che dovette prendere atto che in ogni caso la competenza era comunitaria, e trasmettere la notifica alla Commissione. Quest'ultima rilevò che l'operazione non dava luogo a concentrazione e dichiarò il “non luogo a provvedere”. Successivi ricorsi di parti interessate al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia non condussero a modificare questa conclusione.

Fin dall'inizio, insomma, l'Autorità individuava nel rapporto Mediobanca/Generali un aspetto problematico dell'assetto del mercato finanziario italiano. Questo rapporto sarà più volte messo in discussione in seguito, con esiti che, sul piano formale, continuano ad essere incerti. Il primo round si concludeva con un importante riconoscimento del ruolo dell'Autorità: nonostante Mediobanca non ritenesse esistente un obbligo di comunicazione, aderiva alla richiesta di comunicarla. Dal punto di vista sostanziale, però, i criteri comunitari davano ragione a Mediobanca: la concentrazione doveva essere esaminata dalla Commissione, e secondo la Commissione non si trattava di concentrazione. Una conclusione che in parte richiama quella adottata vent'anni dopo dal Consiglio di Stato.

## **5. Il settore bancario e i rapporti con la Banca d'Italia**

Uno dei temi di maggior discussione durante la fase di elaborazione della legge 287/90, come noto, fu rappresentato dall'applicazione della normativa nel settore bancario. Veniva sostenuto che la valutazione di condotte concorrenziali e concentrazioni doveva tenere conto dei loro effetti sulla stabilità del sistema, e pertanto era opportuno che la normativa fosse applicata dalla Banca d'Italia, che già svolgeva un penetrante controllo di stabilità nel contesto della sua attività di vigilanza, previo parere dell'Autorità della Concorrenza. Come noto questa previsione fu incorporata nell'Art 20 comma 2 della legge 287/90.

La interpretazione del secondo comma dell'Art. 20 poneva tuttavia importanti problemi di raccordo: in particolare, data la grande articolazione dei soggetti bancari, e la varietà di operazioni da essi svolte, si poneva la questione di quale fosse l'ampiezza della deroga alla competenza dell'Autorità. In particolare, se sussistesse una competenza residua dell'Autorità, là dove si verificassero condotte o concentrazioni che coinvolgevano soggetti bancari e operanti in altri settori (per esempio, compagnie di assicurazione). Inoltre, in particolare per le operazioni di concentrazione, se il parere dovesse essere dato solo in presenza apertura di istruttoria, come sosteneva la Banca d'Italia, o su ogni comunicazione. La questione era per l'Autorità centrale, poiché riguardava le sue prerogative, ma aveva anche ripercussioni pratiche: le imprese coinvolte in operazioni di questo tipo non sapevano a chi indirizzare, per esempio, la comunicazione di una concentrazione; ovvero ricevevano da un'autorità una richiesta di informazioni su un'operazione comunicata già ad un'altra.

La posizione delle due istituzioni su questi temi era assai diversa: in particolare la Direzione Legale della Banca d'Italia suggerì un'interpretazione assai vasta delle competenze della banca centrale, e limitativa dell'ambito dei poteri dell'Autorità.

L'Autorità riteneva invece che i primi due commi dell'art. 20 della legge n. 287/90, che introducevano la competenza del Garante per la radiodiffusione e l'editoria e della Banca d'Italia in materia di tutela della concorrenza, avessero natura di norma speciale rispetto alla generale competenza che la stessa legge affida all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e che pertanto fossero di stretta interpretazione. Alla luce di questa considerazione, l'Autorità osservava che l'art. 20 appare limitare l'attribuzione alla Banca d'Italia e al Garante del potere di applicare le disposizioni a tutela della concorrenza a *soggetti* nei confronti dei quali esse già esercitano poteri di vigilanza o addirittura di applicazione di normative *antitrust* settoriali. Pertanto, nel caso della Banca d'Italia, tale competenza era limitata alle Aziende e agli istituti di credito, come definiti nella legge bancaria allora in vigore, e in relazione alle attività tipiche da loro svolte: raccolta di depositi e erogazione di credito.

Su questa base l'Autorità riteneva che operazioni che coinvolgessero soggetti che svolgevano altre attività dovessero essere soggette alla propria competenza, salvi gli effetti sui mercati creditizi, da valutare da parte della Banca d'Italia. Riteneva inoltre che il proprio parere dovesse essere richiesto nei confronti di tutte le operazioni, poiché spettava comunque all'Autorità una valutazione preliminare dei loro aspetti concorrenziali.

Nonostante la riluttanza delle strutture tecniche della Banca ad accettare queste valutazioni, l'autorevolezza di Saja e la sua grande capacità di convincere, nonché i suoi ottimi rapporti con il Governatore Ciampi, le fecero prevalere. Era segno della statura che l'Autorità stava acquisendo nel contesto delle istituzioni.

Non si trattava peraltro di un puro esercizio di potere. Benché infatti in genere le valutazioni delle due istituzioni coincidessero, a volte si verificavano significative divergenze. Un caso particolare fu rappresentato dalla acquisizione da parte del Banco di Sardegna della Banca Popolare di Sassari, unico altro istituto sardo di una certa dimensione. La Banca d'Italia sembrava propensa a autorizzare l'operazione senza istruttoria, ma l'Autorità espresse un parere assai critico, rilevando che l'operazione avrebbe grandemente accresciuto la posizione dominante del Banco nelle provincie sarde. Questo indusse la Banca d'Italia a aprire un procedimento istruttorio, concluso però con un'autorizzazione dell'operazione con condizioni di carattere tutto sommato marginali: l'Autorità emise un parere assai critico, che corrispondeva ad

una bocciatura dell'operazione. Anni dopo la banca d'Italia dovette accedere all'opinione dell'Autorità, aprendo un'istruttoria per abuso nei confronti del banco di Sardegna. Le ragioni della concorrenza stavano acquisendo un rilievo sempre maggiore anche nel settore bancario.

## **6. L'attività sanzionatoria e i ricorsi**

Dovrebbe apparire chiaro da quanto precede che la normativa della concorrenza italiana, per le sue previsioni e per i suoi obiettivi, rappresentava al momento della sua introduzione un elemento di rottura rispetto ai modi di funzionamento di gran parte dell'economia e alle concezioni culturali che li ispiravano. Questa situazione minoritaria era ben chiara all'Autorità: ne derivava la convinzione che l'istituzione dovesse compiere ogni azione necessaria per rafforzare il proprio ruolo, e diventare autorevole; e d'altra parte che dovesse usare l'arma della persuasione, piuttosto che quella della repressione. Era cioè necessario creare consenso intorno alla cultura della concorrenza, ed evitare che azioni troppo muscolari finissero per generare anticorpi. L'esempio al riguardo era l'azione nei confronti dei settori regolamentati: la creazione di opportunità per le imprese private escluse dai mercati aiutava a creare una coalizione di interessi che rafforzavano l'azione dell'Autorità.

Si è a volte commentato questo atteggiamento "realista" dell'Autorità nei primi anni, come se esso avesse in sostanza condotto ad una rinuncia, certo temporanea, allo strumento sanzionatorio, che sarebbe quindi stato effettivamente scoperto solo successivamente. In realtà, se nei primi anni l'Autorità cercò di persuadere, non rinunciò affatto allo strumento della sanzione la cui irrogazione, nei casi più gravi, considerò un dovere. Piuttosto, nel valutare l'attività sanzionatoria di quegli anni non può farsi a meno di considerare una serie di elementi. In primo luogo che non esistevano all'epoca linee guida comunitarie in materia, e quindi il riferimento non poteva essere che quello alla legge 689 del 1981 in materia di sanzioni amministrative, come peraltro previsto dall'art. 15 della legge antitrust. In secondo luogo che lo stesso art. 15 fissava un limite minimo e uno massimo alla sanzione, in misura rispettivamente all'uno e al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa relativamente ai prodotti oggetto dell'infrazione. Mentre il limite minimo rischiava di vanificare ogni azione deterrente, quello massimo rischiava di rendere la sanzione del tutto sproporzionata, in caso di infrazioni limitate territorialmente o temporalmente. E ciò tanto più in considerazione del fatto che la legge non poteva applicarsi alle condotte poste in essere anteriormente alla sua entrata in vigore.

In ogni caso, già nel 1991 l'Autorità impose una sanzione in relazione alla mancata notifica di una concentrazione (quindi ai sensi dell'art. 19 della legge), in relazione alla mancata notifica dell'acquisizione di Enimont da parte di ENI. L'operazione era stata completata poche settimane dopo l'entrata in vigore della legge: l'Autorità, avviando l'istruttoria per inottemperanza e poi sanzionando l'ENI per 500 milioni di lire voleva chiaramente indicare che le imprese dovevano tenere conto delle sue prerogative, e che in particolare esse non potevano essere ignorate dalle imprese più grandi e attrezzate, come l'ENI.

Nel 1992 l'Autorità impose sanzioni nei casi di cartello relativi ai settori del cemento e del calcestruzzo: le sanzioni irrogate nei tre casi Pro.cal e Cedic (consorzi del calcestruzzo) e Cementir/sacci (cemento) ammontarono complessivamente alla ragguardevole cifra, per allora, di 11,5 miliardi di lire. Nel periodo successivo fino all'estate 1994, la Autorità impose sanzioni in ulteriori tre casi di abuso, tutti relativi a condotte abusive di gestori aeroportuali (per circa tre miliardi di lire) e in un caso di intese tra compagnie assicurative nel mercato dei rischi di massa, con una sanzione complessiva di oltre venti miliardi. In altri casi, invece, l'Autorità ritenne che la irrogazione della sanzione non fosse richiesta o per la durata limitata della condotta, o per la disponibilità delle parti a rivedere immediatamente le condotte contestate, o infine per la collaborazione prestata nel corso dell'istruttoria.

Tenuto conto, oltre che della intervenuta svalutazione monetaria, della ben diversa situazione per quel che riguarda la consapevolezza delle previsioni normative, l'attività dell'Autorità di allora può ben essere considerata una indicazione circa una appropriata politica sanzionatoria delle condotte restrittive più gravi.

Tuttavia, va riconosciuto che la irrogazione di sanzioni si è rivelata un punto critico al momento della revisione delle decisioni dell'Autorità da parte del giudice amministrativo.

Dalla sommaria ricostruzione effettuata in precedenza, appare che nei suoi primi anni l'Autorità ha affrontato complessi problemi di carattere definitorio delle sue competenze, nei settori caratterizzati da previsioni di legge limitative della concorrenza, e delle condotte, quando queste non avessero un riscontro documentale, ma fossero inferite da comportamenti paralleli, qualificati come pratiche concordate.

Nel primo caso, l'Autorità provvede a delimitare l'area protetta attraverso l'applicazione del test di necessità e proporzionalità previsto dall'art.8, ovvero attraverso una lettura restrittiva dei provvedimenti di riserva, a volte anche con l'ausilio della previsione dell'art. 9. Nonostante in questi casi le pronunce dell'Autorità riguardassero questioni giuridiche di confine e estremamente complesse, i giudici amministrativi hanno in genere sostenuto le sue decisioni.

Diversamente è avvenuto per quanto riguarda le condotte rilevate nei settori di mercato: nonostante queste ponessero problemi di raccordo normativo assai minori di quelli che si ponevano nei settori caratterizzati da riserva legale, in questo primo periodo i giudici amministrativi sono spesso intervenuti, in particolare quando le pratiche riguardavano pratiche concordate, supportate da analisi economiche complesse, che evidentemente i giudici non condividevano. E ciò in particolare nel caso di provvedimenti che prevedevano sanzioni, che evidentemente i giudici hanno esaminato più criticamente.

## **7. I fattori di successo**

L'esposizione sopra svolta mostra che nei primi anni di attività l'Autorità ha svolto un'intensa attività nell'esercizio di tutti i poteri ad essa conferiti. E' riuscita a organizzarsi rapidamente e a rispettare le tempistiche degli adempimenti previsti dalle leggi, ponendo le basi per gli sviluppi successivi. Ha avanzato proposte di riforma di assetti di mercato e di istituzioni di regolamentazione che sono stati successivamente al centro del dibattito relativo a questi temi. Ha iniziato una vigorosa azione di repressione dei comportamenti anticoncorrenziali più tipici anche ricorrendo allo strumento sanzionatorio, in maniera gradualmente sempre più mordente. Nei confronti delle imprese regolamentate ha dimostrato di essere in grado di interpretare rigorosamente ma creativamente la normativa, anche con ricorso alle strade aperte dalle Corti comunitarie. Ha saputo porsi rapidamente quale punto di riferimento delle forze intellettuali e politiche interessate alla liberalizzazione e modernizzazione dell'economia italiana. Il giudizio su questa azione non può che essere positivo, anche se connotato da una stupefatta meraviglia circa l'esito fortunato dell'esercizio nel contesto di crisi italiana dei primi anni '90.

Può allora chiedersi quali siano i fattori di questo successo.

Una prima serie di fattori sono di origine esterna all'Autorità, e sono rappresentati dai venti di cambiamento che a partire dalla fine degli anni '80 cominciavano a spirare sull'economia

italiana. Si trattava in parte di venti comunitari, poiché l'accelerazione del processo di integrazione poneva in crisi le modalità di organizzazione dell'economia mista come si era configurata nei decenni precedenti; e in parte il riflesso di tempeste di origini domestiche, derivanti dalla crisi dei grandi gruppi a partecipazione statale delineatasi nel corso degli anni '80, e dalle esigenze di contenimento del deficit pubblico e del debito, dopo la crisi che aveva condotto all'uscita della lira dal Sistema Monetario Europeo, nel settembre 1992. Questi fenomeni erano alla base della ripresa dei progetti di privatizzazione delle imprese pubbliche con l'elaborazione del Piano di riordino delle partecipazioni statali del Tesoro, il relativo Libro verde e il successivo grande processo di vendita delle partecipazioni pubbliche. In questo contesto, le ragioni della concorrenza, rappresentate dall'Autorità, apparivano attraenti e convincenti e la sua azione incontro' quindi una condivisione più ampia di quanto ci si potesse forse aspettare.

Altri fattori sono di origine interna, e riguardano la capacità dell'Autorità di porsi come punto di riferimento per i cambiamenti che stavano verificandosi. Da questo punto di vista non si possono allora trascurare gli elementi fondanti dell'Autorità nel suo primo periodo. Che appaiono in primo luogo essere stati la sua capacità di proporsi come effettivamente indipendente da interessi economici e pressioni politiche e come organismo efficiente e reattivo rispetto alle domande che le venivano proposte.

Al riguardo è chiaro che da entrambi i punti di vista la figura chiave dell'Autorità in questo periodo fu Francesco Saja.

In primo luogo per quanto riguarda l'indipendenza. Come abbiamo osservato, una delle preoccupazioni chiave degli estensori della legge era l'indipendenza dell'Autorità, e per questo la normativa prevedeva (e tuttora prevede) requisiti e meccanismi di nomina particolari, proprio al fine di garantire la indipendenza di Presidente e componenti. Molto si è detto della figura di Saja e della sua visione della concorrenza, ispirata piuttosto dalle opportunità che un regime concorrenziale offre allo sviluppo della persona umana che non da una concezione basata sull'analisi economica. Ciò che tuttavia interessa rimarcare qui fu che la sua scelta quale Presidente dell'Autorità fu soprattutto dettata dall'esigenza di individuare una persona assolutamente al di sopra delle parti in un momento in cui le scelte del personale pubblico sembravano piuttosto dettate dall'appartenenza o dal riferimento a questo o quel partito. Saja era da questo punto di vista l'archetipo dell'indipendenza: altissimo magistrato, e a suo tempo

Capo-Gabinetto di Moro al Ministero della Giustizia, era stato eletto alla Corte Costituzionale come membro togato, ed era il primo magistrato ad essere divenuto Presidente della Corte: quindi al di fuori di ogni schieramento, ed evidentemente circondato da un'aura di estrema autorevolezza.

La percezione di indipendenza dell'istituzione era poi rafforzata dalle caratteristiche degli altri componenti del Collegio, persone che, pur avendo naturalmente ciascuno una connotazione di area culturale, non rappresentavano se non le proprie idee. Ciò è certamente vero nel caso di Franco Romani, che aveva dedicato lunghi anni allo studio della normativa e aveva un'indiscussa reputazione di indipendenza da influenze economiche e politiche, la cui candidatura fu proposta dal Ministro Battaglia; ma è vero anche per Fabio Gobbo, un giovane economista specializzato in economia industriale che aveva studiato a Londra con Basil Yamey, uno dei maggiori economisti antitrust della sua generazione; e Luciano Cafagna, che era un ben conosciuto storico dell'economia. Giacinto Militello, che pure aveva un passato di militanza politica e sindacale, aveva ricoperto importanti cariche nel settore economico e aveva presieduto alla riforma dell'INPS degli anni ottanta: era anche assai convinto del compito che all'Autorità era affidato e della necessità di una sua indipendenza.

Dal punto di vista dell'efficienza, Saja riteneva che la giustizia o era tempestiva o non era. La sua Presidenza della Corte Costituzionale è rimasta famosa per lo zelo da lui dimostrato nell'eliminare un arretrato di dieci anni. Lo stesso zelo pose nel rendere operativa l'Autorità e in grado di rispondere ai compiti che la legge le affidava. La tempistica serrata con cui furono introdotti i regolamenti di funzionamento dell'Autorità ne è testimonianza. La relazione del 1991, relativa ai primi quattro mesi di attività (e sembra già un miracolo che ci fosse la relazione) riporta notizia dell'approvazione dei regolamenti di organizzazione, del personale e delle procedure.

L'indipendenza e l'efficienza di un'istituzione, tuttavia, non dipendono solo dalla qualità e dalle intenzioni dei componenti il vertice, ma dalla sua capacità di prendere tempestivamente decisioni informate sulla base di una competente analisi tecnica e giuridica. Da questo punto di vista furono fondamentali le scelte che l'Autorità fece nella organizzazione della struttura e nella selezione del personale, in particolare della sua classe dirigente.

L'organizzazione degli uffici, delineata già all'inizio del 1991, assunse una più definitiva configurazione nel 1992, con la definizione del ruolo di Segretario Generale e la ripartizione di compiti tra Uffici Istruttori e gli Uffici di staff, Ufficio Giuridico e Ufficio Problemi della Concorrenza: una configurazione che, salvo la trasformazione di alcuni Uffici in Direzioni, per adeguarsi al graduale rafforzamento numerico dell'Autorità, fu mantenuta per quasi dieci anni.

Ma al di là dell'organizzazione, la vera scelta felice di quell'Autorità fu il criterio di reclutamento del personale e della sua classe dirigente, pur con tutti i vincoli che il contesto di una nuova istituzione pubblica poteva porre. L'Autorità interpretò il riferimento nella legge al "trattamento economico e giuridico dei dipendenti della Banca d'Italia" non solo in senso contrattuale, ma in termini di indirizzo all'istituzione di allineare i criteri di scelta del personale a quelli della Banca centrale, allora considerata come l'istituzione pubblica di eccellenza. Da questo *benchmark* derivò la scelta iniziale di non alimentare la struttura con comandi o distacchi da altri organismi pubblici, e invece avviare un processo di assunzione attraverso i contratti a tempo determinato che l'Autorità consentiva alla legge di utilizzare; e la definizione di stringenti requisiti richiesti per la selezione, con privilegio dei criteri della competenza giuridica ed economica, della formazione internazionale, dell'attenzione agli approfondimenti analitici. Questi criteri furono in particolare applicati nella scelta dei dirigenti, scegliendo esperti giuridici e specialmente economici, in genere giovani in relazione alle responsabilità affidate, con esperienza di studio o di lavoro internazionali. I quali arricchirono l'istituzione di competenze tecniche che consentirono all'Autorità di sentirsi all'avanguardia tra le pubbliche amministrazioni italiane.

Soprattutto, la qualità di questi giovani dirigenti, molti dei quali già noti nel loro settore, ha rappresentato un elemento di grande attrazione per talenti più giovani, consentendo quindi all'Autorità di disporre di una struttura operativa competente ed efficiente e motivata. Il risultato fu quello di una struttura giovane di radici assai differenti dalla pubblica amministrazione tradizionale: l'appendice alla Relazione Annuale del 2003 esamina la provenienza dei funzionari e dirigenti dell'Autorità per istituzione di provenienza e mostra che la maggioranza proveniva da università ed istituti di ricerca, poi da imprese private e solo il 20% proveniva dalla pubblica amministrazione, con riferimento peraltro ad alcune istituzioni di eccellenza come la CONSOB e la stessa Banca d'Italia.

Infine, questa giovane struttura tecnica era caratterizzata da una forte motivazione. Era diffusa la percezione di stare collaborando ad un progetto importante, e una forte condivisione dell'obiettivo che questo progetto si proponeva, cioè lo stabilimento su basi più solide di un'economia di mercato concorrenziale. E ovviamente questa percezione era alimentata dal fatto che l'Autorità stesse giocando un ruolo importante nel processo di trasformazione dell'economia italiana in atto in quegli anni.

Alla motivazione della struttura e della stessa Autorità giovava anche la percezione di essere interprete del deciso cambiamento del ruolo della concorrenza e del mercato nella costituzione economica italiana a cui abbiamo fatto cenno all'inizio. L'Autorità, e Saja in particolare, si fecero portavoce e interpreti di questa visione; peraltro sottolineando il rilievo della concorrenza, come fenomeno non solo economico ma sociale: poiché attraverso la tutela della libertà di iniziativa si tutelava il diritto di ognuno a sviluppare la propria personalità e a affermare la propria dignità. Nella sua prima relazione letta, Saja sosteneva che “un'organizzazione economica decentrata nella quale siano rispettate le regole del libero mercato garantisce agli individui una piena libertà di iniziativa economica e consente alle imprese più efficienti di emergere e quindi di rispondere alle esigenze dei consumatori. Un regime di concorrenza implica inoltre che gli operatori economici siano pienamente responsabili delle proprie azioni, senza dipendere da interventi esterni, e assicura che i loro comportamenti siano valutati in maniera trasparente e impersonale. Esso pertanto contribuisce a mantenere viva la fiducia dei cittadini a che i loro sforzi di miglioramento e di progresso possano essere equamente compensati nel mercato, garantendo per questo aspetto pari opportunità a tutti i membri della società.” In questo modo indicava che la tutela della concorrenza non era un semplice insieme di norme volte a far funzionar meglio i mercati o tutelare qualche classe di operatori, ma un principio ispiratore il funzionamento della economia e della società.

## **8. Conclusioni: l'eredità del primo periodo**

A conclusione di questa ricostruzione dell'attività del primo periodo di attività della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si può quindi esaminare il lascito che questo primo periodo di funzionamento dell'Autorità lasciava.

Dopo quattro anni l'Autorità era divenuta un'istituzione autorevole, in grado di dialogare e confrontarsi con le più qualificate istituzioni economiche italiane e con la Commissione

europea. Essa aveva una organizzazione ancora incompleta, ma competente e con modi di funzionamento efficienti e procedure trasparenti.

Dal punto di vista dell'applicazione della normativa, aveva iniziato a muoversi in piena coerenza con i principi dell'ordinamento comunitario, sia per con riferimento alle nozioni di carattere sostanziale (impresa, intesa, posizione dominante) che procedurale, agendo nell'ambito di procedure improntate alla partecipazione ed al contraddittorio.

Soprattutto, aveva delineato alcuni indirizzi che ne avrebbero segnato l'azione per un tempo a venire, consistenti tra l'altro nell'adozione di un approccio economico all'applicazione della normativa, specie sulle intese; nella limitazione dell'area di riserva sottratta all'applicazione della legge attraverso una interpretazione restrittiva dell'art.8 in funzione del controllo delle condotte di imprese titolari di diritti speciali o esclusivi; nella limitazione rigorosa dei settori economici sottratti alla sua competenza. Nello stesso tempo, l'Autorità aveva iniziato a dialogare attivamente con Parlamento, governo e pubbliche amministrazioni, nell'ottica di una rimozione dei vincoli normativi ingiustificatamente restrittivi ed invocando, nei settori dei servizi di interesse economico generale, un corretto assetto dei rapporti fra concorrenza e regolazione.

Il complesso degli interventi del periodo fa peraltro emergere come sin da subito l'Autorità abbia percepito con estrema chiarezza il senso della propria missione istituzionale: la tutela della concorrenza intesa come garanzia della libertà di iniziativa economica e protezione della struttura competitiva del mercato.

Su questo punto vale allora spendere due considerazioni conclusive.

La prima, riguardo il modo in cui l'Autorità ha interpretato la sua missione. Nonostante l'applicazione della nuova disciplina avvenisse in un contesto istituzionale, normativo ed economico tutt'altro che recettivo rispetto ai principi della concorrenza, l'Autorità ha immediatamente rifiutato di svolgere un ruolo di "mediazione" e contemperamento fra i principi di tutela della concorrenza ed altri obbiettivi (potenzialmente confliggenti) di carattere meta-concorrenziale, che ha sempre ritenuto estranei alla propria competenza. Un simile approccio è chiaramente visibile, ad esempio, in sede di applicazione dell'art. 4 della legge, dove la discrezionalità normativamente accordata ai fini della autorizzazione in deroga di intese

restrittive si è risolta in un giudizio di bilanciamento fra restrizioni concorrenziali ed efficienza tecnica, senza prendere in considerazione altri valori ed obbiettivi (ad esempio, la tutela dell'occupazione o dell'ambiente); o, ancora, nella diffidenza verso l'attuazione dell'Art. 25, strumento connotato da un'intrinseca ambiguità e destinato ad autorizzare in via eccezionale operazioni di concentrazione restrittive giustificate dal perseguimento di non meglio precisati "interessi generali".

Si tratta di un approccio che, combinato con una rigorosa indipendenza nei confronti dei poteri pubblici e privati, costituisce il primo, fondamentale, e forse più importante, lascito della prima Autorità.

La seconda considerazione riguarda la attualità dell'obiettivo perseguito dall'Autorità. L'interrogativo è lecito perché, nell'ultimo decennio si è da più parti sostenuto che la tutela della concorrenza debba rivolgersi non tanto a tutelare il "processo concorrenziale", quanto ai suoi effetti sul consumatore, il quale diverrebbe allora il vero soggetto tutelato dalla normativa.

In realtà credo che si possa dire che queste interpretazioni rappresentano la conseguenza involontaria del tentativo di individuare criteri appropriati per valutare quando una restrizione della concorrenza abbia luogo: la concorrenza è un concetto teoricamente chiaro, ma concretamente etereo, e la individuazione degli effetti attuali o potenziali di condotte o concentrazioni richiede allora di concentrarsi su aspetti come la struttura del mercato o gli effetti sul consumatore. Ma il processo concorrenziale rimane al centro delle regole che tutelano, appunto, la concorrenza, poiché è quello che garantisce il dinamismo dell'economia e in ultimo, per questa via, il benessere dei consumatori. Come peraltro ha sempre rimarcato la Corte di Giustizia della UE che, anche nella recentissima sentenza *Deutsche Telekom* ha riaffermato ciò che peraltro aveva sostenuto in passato, cioè che le regole relative alla concorrenza nel Trattato sono finalizzate a *"proteggere la struttura del mercato e così la concorrenza in quanto tale (come "un'istituzione")....In questo modo i consumatori sono protetti indirettamente"*.

Può apparire una disputa dottrinale, ma acquista rilievo quando i suoi termini finiscono per ispirare l'indirizzo dell'azione dell'Autorità: e questo specie in un momento come quello attuale, in cui il deficit di concorrenza nell'economia nazionale è chiaramente percepito come uno dei principali vincoli, se non il principale, alle sua capacità di crescere e di creare benessere.

