

## ***IX Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea***

### **La voce della concorrenza**

**Carla Bedogni Rabitti**

Ringrazio gli organizzatori per avermi dato l'opportunità di porgere il mio saluto introduttivo, in questo Convegno, che affronta, tra gli altri, un tema – a mio avviso cruciale: quale ruolo spetta alla politica della concorrenza, in Italia ed in Europa, per superare rapidamente ed efficacemente le conseguenze negative della crisi globale?

Il ripiegamento dell'economia mondiale occorso negli ultimi anni ha costituito un severo banco di prova per le autorità incaricate dell'applicazione della normativa concorrenziale. In numerose giurisdizioni, all'approfondirsi delle conseguenze della crisi si sono accresciute le pressioni per un "arretramento" del diritto antitrust, sfociate a volte nella sottrazione di alcune vicende economiche o, addirittura, di interi settori, allo scrutinio concorrenziale.

In linea generale, le autorità di concorrenza sono state chiamate ad identificare soluzioni applicative più innovative e flessibili, per scongiurare il rischio - ipoteticamente non escludibile – che una interpretazione dogmatica delle regole antitrust finisse per esacerbare le conseguenze negative della congiuntura e per deprimere il livello di concorrenza sul mercato, che si intendeva invece salvaguardare.

Nel corso del mio breve intervento, vorrei tratteggiare un bilancio dell'esperienza di questi ultimi anni - avanzando nel contempo qualche valutazione preliminare circa i passi che restano da compiere a fronte del mutare della natura stessa della crisi, che risulta dalla cronaca di questi giorni.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – in perfetta sintonia sul punto con la Commissione Europea - ha coerentemente rivendicato la compatibilità, e anzi la complementarità, tra un'applicazione rigorosa della normativa antitrust e le politiche governative intese a superare la fase recessiva. Per citare le parole dell'allora Commissario Kroes, divenute in questi anni un fortunato slogan per i fautori dell'*enforcement* antitrust, la concorrenza doveva essere considerata "parte della soluzione, non già del problema".

Pertanto, l'Autorità ha continuato a perseguire le violazioni più gravi del diritto antitrust con inalterata determinazione. In particolare, nel caso *Listino dei prezzi della pasta* l'Autorità ha ricusato di accedere alle tesi difensive delle parti, secondo le quali la

concertazione accertata avrebbe potuto beneficiare di una esenzione in deroga, in virtù della grave situazione di crisi registrata nel settore pastaio a seguito del repentino incremento dei prezzi delle materie prime. A tale riguardo, l'Autorità ha confermato che i c.d. "cartelli di crisi", grazie ai quali le imprese tentano di sostenere i propri margini di profitto attraverso una determinazione collusiva dei prezzi o delle quantità non hanno alcuna giustificazione in termini di efficienza, ostacolano l'uscita dal mercato delle imprese meno efficienti e si traducono in una perdita netta di benessere dei consumatori, con effetti negativi suscettibili di estendersi al di là degli stessi elementi congiunturali che ne sono stati la ragione.

L'applicazione delle regole di concorrenza, anche in una situazione di crisi, rimane importante per mantenere i prezzi bassi, premiare le condotte innovative e favorire la ripresa dello sviluppo<sup>1</sup>. Tuttavia, se la peculiarità della situazione concorrenziale non vale a giustificare alcuna forma di indebita concertazione delle politiche di prezzo, l'Autorità ne ha comunque tenuto conto in sede di quantificazione della sanzione.

Anche sotto questo profilo, la scelta dell'Autorità risulta conforme a – e anzi ha in certa misura precorso – gli orientamenti della Commissione Europea in materia di sanzioni applicabili alle imprese che violano le regole di concorrenza. Il nuovo Commissario UE alla concorrenza, Joaquim Almunia, intervenendo alla Giornata Europea della Concorrenza tenutasi a Madrid lo scorso 12 maggio 2010, ha infatti sottolineato la disponibilità della Commissione a valorizzare il progressivo deterioramento delle performance economiche delle imprese in un determinato settore economico, al fine di evitare che l'imposizione della sanzione – causando l'uscita delle imprese dal mercato – finisca per pregiudicarne l'assetto concorrenziale. Benché non sia agevole stimare sin d'ora l'impatto di tale dichiarazione sulla politica sanzionatoria effettivamente perseguita dalla Commissione, è presumibile - come hanno già rilevato operatori del settore - che essa preluda all'adozione di un approccio più conciliante nei confronti di società le cui difficoltà finanziarie discendano da crisi sistemiche (ad esempio, nel settore del trasporto aereo di passeggeri e merci).

In relazione alla disciplina delle condotte unilaterali delle imprese, l'Autorità è più volte intervenuta per evitare che – in un contesto di generale sofferenza – le imprese dominanti sfruttassero indebitamente il potere di mercato per rafforzare la propria posizione a scapito di concorrenti egualmente efficienti, che si sarebbe potuto tradurre in una contrazione dell'offerta suscettibile di amplificare le conseguenze avverse del ciclo recessivo.

---

<sup>1</sup> I 694 Listini dei prezzi della pasta provv. 19562 del 25 febbraio 2009, para. 321.

Così, nel caso *Energia Servizio di salvaguardia*, l'intervento dell'Autorità è stato inteso ad evitare che il gruppo ENEL, in forza della propria posizione di preminenza nella fornitura di una serie di servizi e di informazioni funzionali al passaggio di un punto di prelievo da un utente del dispacciamento ad un altro, avrebbe potuto degradare la qualità dei servizi, dei dati e delle informazioni fornite, al fine di peggiorare l'operatività dei *trader* concorrenti e marginalizzarli. Ciò avrebbe ridotto il livello di concorrenza nei mercati della vendita di energia elettrica al dettaglio ai clienti non residenziali.

Del pari, nel caso *NTV Accesso al nodo di Napoli*, l'Autorità ha assicurato il tempestivo accesso alle infrastrutture che potevano risultare indispensabili affinché l'operatore nuovo entrante svolgesse il servizio di trasporto ferroviario di passeggeri ad alta velocità, in base alla considerazione che gli ostacoli frapposti dall'operatore dominante attraverso le proprie controllate non apparivano giustificati e avrebbe potuto impedire, con pregiudizio del consumatore finale, l'ingresso di un nuovo concorrente in un mercato appena liberalizzato.

Entrambi i menzionati procedimenti si sono chiusi con l'adozione di decisioni con impegni. Questo istituto, al di là dell'articolato dibattito dottrinario suscitato in sede di prima applicazione – non privo a volte di spunti polemici – ha dimostrato nel tempo la sua duttilità, consentendo la definizione tempestiva e tendenzialmente non conflittuale di controversie la cui analisi tradizionale avrebbe comportato uno sproporzionato dispendio delle risorse amministrative dell'Autorità e una dilazione dell'intervento, tale da pregiudicare la stessa possibilità di un ripristino della situazione concorrenziale *qua ante*.

L'esperienza applicativa dell'Autorità dimostra, a mio avviso, che l'*enforcement* delle regole antitrust non è un lusso che ci si può permettere solo nei cicli espansivi – ma una esigenza tanto più pressante se si intende assicurare un sano sviluppo del sistema imprenditoriale nel contesto di congiunture meno favorevoli. La protezione delle imprese meno efficienti, non adeguatamente equipaggiate per competere efficacemente con i propri rivali sul mercato, comporta rilevanti perdite di benessere per la collettività, tanto nel breve periodo (in termini di prezzi più elevati e qualità inferiore), quanto nel lungo periodo, nella misura in cui deprime gli incentivi all'innovazione per i soggetti più dinamici.

La nuova fase della crisi, che si è aperta in queste settimane – dopo il problema Grecia e della tenuta della finanza pubblica - comporta delle sfide per tutti i Paesi coinvolti. Le politiche di contenimento della spesa pubblica, adottate per rassicurare i mercati sulla capacità degli Stati di far fronte ai propri impegni, si riveleranno utili e sostenibili solo qualora si coniughino con un nuovo ciclo di crescita economica.

E' per questa ragione che considero con grande preoccupazione le tentazioni protezionistiche – che vedo riemergere da più parti in Europa – intese a salvaguardare gli interessi particolari di questa o quella categoria: tentazioni tanto più gravi e pericolose in Italia, che già prima della crisi scontava una crescita asfittica, dovuta proprio alla insufficiente competitività del nostro sistema-Paese, che discende (almeno in parte) da una regolazione non sempre orientata in senso genuinamente pro-concorrenziale.

Certamente, la causa prossima delle turbolenze delle ultime settimane – con effetti sulle monete e in molte borse - va ricercata negli squilibri delle finanze pubbliche creati in alcuni paesi dalla reazione dei Governi alle sofferenze propagatesi dal sistema bancario all'economia reale nel corso del 2009. Ma se si considerano le radici ultime di tali squilibri, una di esse – come ha di recente scritto il Professor Monti nel rapporto “Una nuova strategia per il mercato interno”, presentato alla Commissione Europea lo scorso 10 maggio 2010.

*“è certamente l'inadeguata competitività dell'economia reale. A sua volta, essa è dovuta principalmente al fatto che i corporativismi e la ricerca di rendite economiche, tanto nel settore pubblico che in quello privato, continuano a proteggere almeno in parte l'economia nazionale dalla piena operatività del mercato unico e della concorrenza, impedendo pertanto che si producano i necessari miglioramenti in termini di produttività generale”.*

Alle autorità di concorrenza incombe la responsabilità di contrastare i gruppi di interesse che, a vario titolo, propugnano la difesa di ingiustificate posizioni di privilegio, suscettibili di comportare rigidità nell'esercizio dell'impresa non proporzionate al perseguimento di obiettivi di interesse generale; e di pungolare il legislatore all'adozione di iniziative che, attraverso la promozione della concorrenza, stimolino la competitività e la crescita.

In Italia, il sedimentato contributo fornito in tal senso dall'Autorità nel corso degli anni si è tradotto in una breve stagione di radicali innovazioni legislative (le c.d. “lenzuolate” introdotte dai “Decreti Bersani”) che, superando le prevedibili resistenze delle categorie interessate, ha avuto significativi effetti di semplificazione e liberalizzazione in diversi settori dell'economia nazionale.

Le riforme in questione furono rese possibili da particolari condizioni politiche ed economiche e dal forte sostegno dell'opinione pubblica all'operato del Governo. Il successivo peggioramento della congiuntura ha depotenziato il processo di liberalizzazione, fino a rendere il tema della revisione della regolazione in senso pro-concorrenziale marginale rispetto all'agenda politica. I soggetti che traevano vantaggio

dai previgenti vincoli regolamentari ne hanno approfittato per lanciare una strisciante campagna di “restaurazione” che, senza rinnegare *in toto* i principi ispiratori delle riforme del 2006 e del 2007, ne affievolisce di volta in volta il portato in relazione a specifici temi.

Questo processo, che chiamerei di erosione delle liberalizzazioni, presenta diversi aspetti, a cominciare dalla discussa reintroduzione delle tariffe minime per i servizi professionali<sup>2</sup>.

Nella materia delle assicurazioni, il secondo Decreto Bersani (DL 7/2007), convertito in legge n. 40 del 2 aprile 2007), interveniva sull’articolo 1899 del Codice Civile, per rimuovere il pre-esistente vincolo di durata decennale in relazione alle polizze assicurative pluriennali per i rami danni, disponendo che – qualora il contratto abbia durata poliennale – l’assicurato abbia facoltà di recedere annualmente senza oneri e con preavviso di sessanta giorni. Questa norma, favorendo la mobilità degli assicurati, stimolava il confronto concorrenziale tra le compagnie assicuratrici, in quanto rendeva contendibile una clientela altrimenti vincolata ad un medesimo prestatore per un lasso temporale assai prolungato.

Anche in questo caso, tuttavia, il nuovo articolo 1899 del Codice Civile ha subito una ulteriore modifica ad opera dell’articolo 21 della legge n. 99 del 23 luglio 2009, in esito alla quale, attualmente, dispone che “l’assicuratore, in alternativa ad una copertura di durata annuale, può proporre una copertura di durata poliennale a fronte di una riduzione del premio rispetto a quello previsto per la stessa copertura dal contratto annuale. In questo caso, se il contratto supera i cinque anni, l’assicurato, trascorso il quinquennio, ha facoltà di recedere dal contratto con preavviso di sessanta giorni e con effetto dalla fine dell’annualità nel corso della quale la facoltà di recesso è stata esercitata”. La nuova normativa reintroduce di fatto la rigidità del contratto assicurativo per almeno sei anni, considerato che non sarà difficile per le compagnie eludere la ben fragile difesa dell’interesse dei consumatori, costituita dalla necessità di prevedere una riduzione del premio a fronte della durata poliennale del contratto.

Nel settore della distribuzione dei farmaci, la legge n. 248/2006 consentiva lo sviluppo di canali distributivi alternativi a quello tradizionale, costituito dalle farmacie, per i prodotti senza obbligo di prescrizione medica. In particolare, le specialità farmaceutiche in questione avrebbero potuto essere vendute presso altri esercizi (quali parafarmacie e

---

<sup>2</sup> In tema di servizi professionali, l’articolo 12 comma 5 del Disegno di Legge recante la “Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense”, in discussione al Senato, prevede infatti l’obbligatorietà e l’inderogabilità degli onorari minimi per gli avvocati, già abolite dal Decreto Bersani (DL 223/2006, convertito in legge n. 248 del 4 agosto 2006 – articolo 2, comma 1, lettera a). L’Autorità ha già avuto modo di esprimere più volte la propria posizione in relazione alla fissazione delle tariffe minime per i servizi professionali.

punti vendita della grande distribuzione) purché fossero rispettate alcune condizioni, prima fra tutte la presenza di un farmacista. Allo stato, le parafarmacie sono circa 2.500 mentre i corner della GDO (gli unici in grado di esercitare una apprezzabile pressione concorrenziale sui prezzi praticati nel canale distributivo tradizionale) sono rimasti solo 160 in tutta Italia. Inoltre, è attualmente in discussione al Senato un disegno di legge, recante disposizioni normative in materia di medicinali ad uso umano e di riordino dell'esercizio farmaceutico, suscettibile di pregiudicare il pur modesto esito del descritto processo di liberalizzazione, comportando una significativa decurtazione del numero delle specialità farmaceutiche accessibili al di fuori delle farmacie.

Infine, potrei citare il caso dei servizi locali, per cui certamente il generale principio dell'affidamento tramite gara rimane lo strumento ordinario, ma che prevede possibilità di deroga sempre più ampie ed incisive. Ma preferisco giungere alle mie conclusioni.

In contesti di crisi economica, riemerge periodicamente il tentativo dei portatori di interessi facilmente coagulabili di salvaguardare, riaffermare e consolidare le proprie posizioni di rendita, a scapito dell'interesse generale. In queste situazioni, è improbabile una mobilitazione spontanea dei consumatori (che si trovano a fronteggiare sul piano individuale problemi ben più gravi) in favore di un assetto regolamentare pro-competitivo in quanto - anche qualora le posizioni soggettive incise negativamente dalle evoluzioni del quadro regolamentare non fossero atomizzate - le conseguenze della recessione in termini salariali e occupazionali eclissano nel breve periodo le ricadute di restrizioni sproporzionate della concorrenza.

Spetta dunque alle autorità di concorrenza il compito – non semplice eppure essenziale – di richiamare l'attenzione di un legislatore spesso distratto da necessità contingenti sulla esigenza di sviluppare e promuovere, anche in periodi di crisi, una regolazione per quanto possibile pro-concorrenziale, che possa servire da volano per una più rapida e più sostenibile ripresa economica, comportando, quindi, in ultima analisi, un vantaggio per il consumatore.

Sotto tale profilo, la nostra Autorità parte certamente con un grande vantaggio iniziale. La legge n. 99 del 23 luglio 2009, infatti, ha previsto all'articolo 47 la “legge annuale per il mercato e la concorrenza”, allo scopo di “rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori”. In quella sede, il Governo dovrà annualmente tradurre in iniziative legislative le indicazioni rese dell'Autorità nell'esercizio delle proprie funzioni di *competition advocacy*, esplicitando – se del caso – le ragioni che lo inducano a discostarsene. Le proposte di matrice governativa saranno

dunque affrontate e discusse dal Parlamento, cui spetterà il compito di dare la veste definitiva al previsto intervento normativo.

La legge annuale per il mercato e la concorrenza rappresenta un *unicum* nel contesto europeo e pone – a mio avviso - le basi per proseguire nella modernizzazione degli assetti economici del Paese, superando i vincoli regolamentari ingiustificati o sproporzionati tanto a livello nazionale che locale, ancora troppo diffusi in Italia.

Il 9 febbraio 2010, l'Autorità ha trasmesso al Governo e al Parlamento la prima segnalazione recante proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, delineando gli ambiti nei quali maggiori sono i problemi concorrenziali e più urgenti gli interventi di riforma.

In particolare, l'Autorità ha segnalato le perduranti carenze del processo di liberalizzazione con riferimento ad alcuni servizi pubblici - segnatamente nel settore postale e dei trasporti - che, determinando la permanenza di assetti sostanzialmente monopolistici, ne ostacola la gestione efficiente. Anche con riguardo al settore energetico, l'Autorità ha auspicato una riforma mirata in senso pro-concorrenziale della disciplina in materia di distribuzione dei carburanti e di gas naturale.

Nei mercati bancari ed assicurativi, l'intervento dell'Autorità è inteso a fornire alla clientela gli strumenti per orientare più efficacemente le proprie scelte economiche, rivolgendosi all'operatore che formula l'offerta più conveniente in termini di prezzo e di qualità. L'amplificazione della mobilità della domanda, conseguente alla maggiore trasparenza e comparabilità delle opzioni disponibili sul mercato, stimolerebbe ulteriormente la dinamica concorrenziale sui mercati interessati, spingendo le imprese a commercializzare prodotti innovativi, migliori e più economici.

Tuttavia, l'Autorità ha altresì segnalato che questo processo di *empowerment* dei consumatori può risultare indebitamente frenato dagli attuali assetti di *governance* delle banche e delle assicurazioni, che presentano a volte una conformazione insoddisfacente sotto il profilo concorrenziale: l'ampia diffusione di legami azionari e personali fra operatori concorrenti sono infatti suscettibili di ostacolare l'instaurarsi di una vivace concorrenza nei mercati in questione.

Come ha detto il Commissario Almunia in occasione della recente conferenza plenaria dell'International Competition Network lo scorso 27 aprile 2010, *“in questi tempi di crisi è più che mai importante avere una voce che ricordi ai Governi, alle imprese e ai cittadini il ruolo determinante che la politica della concorrenza è in grado di svolgere nel contesto di una strategia che consenta di emergere con successo dalla crisi”*.

L'Italia, prima di altri Paesi, si è dotata di questa voce forte. Speriamo che sia intesa nel suo pieno significato.