



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXII - n. 38

Pubblicato sul sito *www.agcm.it*
il 8 ottobre 2012

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
I701 - VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI	
<i>Provvedimento n. 23911</i>	5
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	18
AS988 - PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL	
MERCATO E LA CONCORRENZA ANNO 2013	18
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	91
PS7976 - T-PLUS - SERVIZI NON RICHIESTI VIA SMS	
<i>Provvedimento n. 23912</i>	91

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

I701 - VENDITA AL DETTAGLIO DI PRODOTTI COSMETICI

Provvedimento n. 23911

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 12 settembre 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il proprio provvedimento n. 23792 del 2 agosto 2012 di rideterminazione delle sanzioni irrogate con il provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, di chiusura del procedimento 1701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*;

CONSIDERATO che nel testo del provvedimento n. 23792 del 2 agosto 2012, non si fa riferimento all'ulteriore riduzione della sanzione disposta dal Tar Lazio con la sentenza dell'11 aprile 2012, n. 3277 nei confronti della società Paglieri Profumi S.p.a.(di seguito anche Paglieri);

RITENUTO, pertanto, di dover procedere alla rettifica del provvedimento citato, apportando le seguenti modifiche:

a) dopo la seguente frase "*VISTE, in particolare, le motivazioni delle sentenze citate che, in parziale accoglimento dei ricorsi presentati, hanno disposto l'annullamento del provvedimento sopra individuato per la parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata alle ricorrenti, stabilendo, in particolare, che "la valutazione della gravità operata dall'Autorità in relazione alla sanzione base deve essere ridotta, in modo proporzionale, in ragione del 25% della percentuale del valore delle vendite applicata dall'atto impugnato"*", inserire "*VISTO che, con specifico riferimento alla società Paglieri Profumi S.p.a., il Tar Lazio nella sentenza dell'11 aprile 2012, n. 3277, ha, altresì, disposto l'annullamento del provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, di chiusura dell'istruttoria I701 - Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, per la parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata alla società citata, stabilendo, in particolare, che la durata della partecipazione all'intesa di Paglieri Profumi S.p.a., ritenuta dall'Autorità nel provvedimento citato di tre anni e mezzo, debba essere ragguagliata a due anni (2004-2005);"*

b) sostituire nel successivo "*VISTO che il Tar Lazio ha rimesso alla stessa Autorità il compito di...*" le parole "*il criterio sopra citato*" con le parole "*i criteri sopra citati*";

c) inserire dopo il punto 15 il seguente periodo "*Con specifico riferimento alla società Paglieri Profumi S.p.a., il Tar Lazio con la sentenza dell'11 aprile 2012 n.3277, ha ritenuto, per quanto attiene alla durata dell'infrazione, che la partecipazione della società Paglieri all'intesa, considerata dall'Autorità di tre anni e mezzo nel provvedimento 21924 del 15 dicembre 2010 di chiusura del procedimento I701- Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici, debba essere ragguagliata a due anni (2004-2005)."*

d) sostituire nel successivo punto 16 le parole "*il criterio ivi individuato*" con le parole "*i criteri ivi individuati*";

e) sostituire al punto 19 l'espressione "*L'importo così ottenuto, pari al [omissis]¹ del valore delle vendite del 2007, viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'intesa, così come imputati a ciascuna delle parti nel provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, paragrafo n.318...[]*" con i seguenti periodi "*L'importo così ottenuto, pari al [omissis] del valore delle vendite del 2007, viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'intesa, così come imputati a ciascuna delle parti, ad eccezione di Paglieri, nel provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, paragrafo n.318². Con riferimento specifico a Paglieri, la partecipazione all'intesa deve ritenersi pari ad un periodo di due anni (2004-2005), così come specificato nella sentenza del Tar Lazio dell'11 aprile 2012, n. 3277...[]*";

f) sostituire, nella **Tab. 3 – Percentuale del valore delle vendite ridotta del 25% e nuovo importo base**, in corrispondenza della riga relativa alla società Paglieri e della colonna della "*durata*", il dato "3,5" con "2,0" e, sempre nella stessa riga in corrispondenza della colonna "*Nuovo importo base*", sostituire l'importo "1.174.950" con l'importo di "671.400";

g) sostituire nella **Tab. 4 – Attenuanti/Aggravanti**, in corrispondenza della riga relativa alla società Paglieri e della colonna "*Nuovo importo base*", l'importo di "1.174.950" con l'importo di "671.400" e, in corrispondenza della colonna "*Aumento /Diminuzione per ruolo e dimensioni*", inserire al posto di "[omissis]" il seguente dato [omissis];

h) inserire nella **Tabella n. 5 – Sanzioni e Incidenza su Fatturato complessivo 2009**, in corrispondenza della riga relativa alla società Paglieri e della colonna "*% SU FATT. TOT.*", al posto di "[omissis]" il dato "[omissis]" e, in corrispondenza della colonna "*SANZIONE (EURO)*", invece dell'importo di "681.471" l'importo di "389.412" ;

i) sostituire nella **Tabella n. 6 – Sanzioni**, alla lettera l), in corrispondenza della colonna "*Sanzione (euro)*", l'importo di "681.471" con l'importo di "389.412".

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

di rettificare il provvedimento del 2 agosto 2012, n. 23792, nei termini di cui sopra, il cui testo consolidato è di seguito riportato:

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 2 agosto 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

² Paragrafo n.318 del provvedimento citato: "Ai sensi di quanto stabilito dal par. 6 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, la partecipazione all'intesa di Colgate-Palmolive e Procter&Gamble tenuta in considerazione ai fini della quantificazione della sanzione è, rispettivamente, corrispondente ad un periodo di sei anni e sei anni e mezzo. Coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per le altre parti del procedimento e, in particolare, per le società L'Oreal, Mirato e Sara Lee, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sette anni e mezzo. Per le società Beiersdorf, Johnson&Johnson, Reckitt e Unilever, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sette anni. Per la società Manetti&Roberts la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sei anni e mezzo. Per la società Glaxo la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di quattro anni. Per la società Paglieri la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di tre anni e mezzo. Per la società Weruska, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di tre anni. Per la società Martelli la partecipazione

VISTA la propria delibera del 15 febbraio 2007, n. 16472 e la relativa Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il proprio provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, di chiusura dell'istruttoria I701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, con il quale è stato deliberato che le condotte poste in essere dalle società Henkel Italia S.p.A., Unilever Italia Holdings S.r.l., Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l., Colgate-Palmolive S.p.A., Procter & Gamble S.r.l., Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A., L'Oreal Italia S.p.A., Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A., Beiersdorf S.p.A., Johnson&Johnson S.p.A., Mirato S.p.A., Paglieri Profumi S.p.A., Ludovico Martelli S.r.l., Weruska&Joel S.r.l., Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A., Sunstar Suisse SA e l'Associazione Italiana dell'Industria di Marca – Centromarca, hanno costituito un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, avente per oggetto la totale alterazione del confronto concorrenziale nel settore dei prodotti cosmetici commercializzati attraverso il canale della Grande Distribuzione Organizzata;

VISTO che, in ragione di quanto indicato nel provvedimento sopra citato, è stato riconosciuto alla società Henkel S.p.A. il beneficio della non imposizione della sanzione, di cui al paragrafo 2 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO che, come indicato nel provvedimento citato, è stato riconosciuto alle società Colgate-Palmolive S.p.A. e Procter&Gamble S.r.l., il beneficio della riduzione della sanzione, di cui ai paragrafi 4 e s.s. della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nella misura, rispettivamente, del 50% e del 40%, in considerazione del diverso grado di collaborazione prestata nel corso del procedimento;

VISTO che per le violazioni accertate, in ragione della loro gravità e durata, è stata disposta, a carico dell'Associazione Italiana dell'Industria di Marca – Centromarca e delle società Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l., Colgate-Palmolive S.p.A., Procter & Gamble S.r.l., Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A., L'Oreal Italia S.p.A., Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A., Beiersdorf S.p.A., Johnson&Johnson S.p.A., Mirato S.p.A., Paglieri Profumi S.p.A., Ludovico Martelli S.r.l., Weruska&Joel S.r.l., Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A., Sunstar Suisse SA l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nella misura indicata nella seguente tabella:

all'intesa è stata continuata per un periodo di due anni e mezzo. Per la società Sunstar, infine, la partecipazione deve essere riferita ad un periodo di sei mesi”.

Tab. 1 – Sanzioni irrogate nel provvedimento di chiusura del procedimento I701

a) Unilever Italia Holdings S.r.l.	18.766.440 euro
b) Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l.	2.457.840 euro
c) Colgate-Palmolive S.p.A.	2.467.080 euro
d) Procter & Gamble S.r.l.	6.227.021 euro
e) Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A.	4.029.300 euro
f) L'Oreal Italia S.p.A.	26.977.500 euro
g) Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A.	7.653.360 euro
h) Beiersdorf S.p.A.	3.483.480 euro
i) Johnson & Johnson S.p.A.	3.298.680 euro
l) Mirato S.p.A	2.244.375 euro
m) Paglieri Profumi S.p.A.,	908.628 euro
n) Ludovico Martelli S.r.l.	217.200 euro
o) Weruska&Joel S.r.l	147.571 euro
p) Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A.	2.275.680 euro
q) Sunstar Suisse SA	10.080 euro
r) Associazione Italiana dell'Industria di Marca - Centromarca	17.100 euro

VISTE le sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito Tar Lazio), sezione I, dell'11 aprile 2012, nn. 3268-3269-3270-3271-3272-3273-3274-3275-3276-3277-3278-3279-3280-3281, (di seguito anche "le sentenze"), con cui sono stati accolti in parte i ricorsi presentati, rispettivamente, dalle società Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l, Mirato S.p.A, Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A., Weruska&Joel S.r.l, Unilever Italia Holdings S.r.l., Johnson & Johnson S.p.A., Beiersdorf S.p.A., Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A., Associazione Italiana dell'Industria di Marca – Centromarca, Paglieri S.p.A., Ludovico Martelli S.r.l, Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A., L'Oreal Italia S.p.A. e Procter & Gamble S.r.l.;

VISTE, in particolare, le motivazioni delle sentenze citate che, in parziale accoglimento dei ricorsi presentati, hanno disposto l'annullamento del provvedimento sopra individuato per la parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata alle ricorrenti, stabilendo, in particolare, che *"la valutazione della gravità operata dall'Autorità in relazione alla sanzione base deve essere ridotta, in modo proporzionale, in ragione del 25% della percentuale del valore delle vendite applicata dall'atto impugnato"*³;

VISTO che, con specifico riferimento alla società Paglieri Profumi S.p.A., il Tar Lazio nella sentenza dell'11 aprile 2012, n. 3277, ha, altresì, disposto l'annullamento del provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010, di chiusura dell'istruttoria I701 - *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, per la parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata alla società citata, stabilendo, in particolare, che la durata della partecipazione all'intesa di Paglieri Profumi S.p.A., ritenuta dall'Autorità nel provvedimento citato di tre anni e mezzo, debba essere ragguagliata a due anni (2004-2005);

³ Cit. sentenze del Tar Lazio, sezione I, dell'11 aprile 2012, nn. 3274-3275-3276-3277-3278-3279-3280.

VISTO che il Tar Lazio ha rimesso alla stessa Autorità il compito di ricalcolare le sanzioni irrogate alle parti ricorrenti applicando i criteri sopra citati;

VISTO che, conformemente a quanto già osservato dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469 e da ultimo Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2011 n. 3013), il Tar ha ribadito l'auspicio che *“in futuro l'Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all'importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, con particolare riferimento alla percentuale della sanzione base come nuovamente determinata, alla percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati”*;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alle citate sentenze del TAR Lazio, alla rideterminazione delle sanzioni irrogate con il provvedimento n. 21924 /2010 nei confronti delle parti ricorrenti;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Associazione Italiana dell'Industria di Marca – Centromarca (di seguito anche Centromarca) è un'associazione senza scopo di lucro di aziende industriali che producono beni di consumo di marca. All'organizzazione aderiscono circa 200 imprese, tra le più importanti attive nei diversi settori dei beni di consumo immediato e durevole (alimentare, chimico per la casa e per la persona, tessile, elettrico, bricolage, giocattolo, *home entertainment*).

2. Procter & Gamble S.r.l. (di seguito, P&G), fa parte del gruppo multinazionale the Procter & Gamble Company, attivo nella produzione e distribuzione di alimenti e bevande, prodotti per la pulizia della casa, per la salute e la bellezza e prodotti per l'igiene personale.

3. Unilever Italia Holdings S.r.l. (di seguito anche Unilever) è una società riconducibile al gruppo Unilever, attiva nella produzione e vendita di prodotti di largo consumo attraverso quattro divisioni operative nei settori della produzione di generi alimentari, detersivi e dei prodotti per la cura della casa e della persona (Home and Personal Care).

4. Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A. fa parte del gruppo multinazionale farmaceutico GlaxoSmithKline (di seguito, Glaxo) operante nel settore farmaceutico e parafarmaceutico e dell'igiene orale.

5. Johnson&Johnson S.p.A. (di seguito anche J&J) è una società dell'omonimo gruppo farmaceutico multinazionale attivo nella produzione di farmaci, apparecchiature mediche e prodotti per la cura personale e l'automedicazione.

6. L'Oreal Italia S.p.A. (di seguito, L'Oreal) è una società del gruppo L'Oréal, attivo a livello mondiale nei settori dei prodotti cosmetici, della dermatologia, della farmacologia e dei prodotti di lusso.

7. Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l. (di seguito anche Reckitt) è una società attiva nella produzione e vendita di prodotti di largo consumo per uso domestico, per l'igiene personale, inclusi prodotti cosmetici e per la pulizia dei capi di abbigliamento. Reckitt è interamente

partecipata da società appartenenti allo stesso gruppo di matrice inglese facente capo alla società Reckitt Benckiser PLC, la cui attività prevalente consiste nella produzione e vendita di prodotti di largo consumo per la cura, la pulizia e l'igiene della casa e personale.

8. Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A. (di seguito anche Sara Lee) è una società del gruppo Sara Lee, attivo all'epoca dei fatti, nella produzione e commercializzazione di prodotti per l'intimo, l'abbigliamento, la cura e la pulizia della casa, della persona e delle calzature.⁴

9. Beiersdorf S.p.A. (di seguito anche BDF) è una società del gruppo tedesco Beiersdorf che opera nel settore del *personal & beauty care* nonché nel settore dei prodotti per l'automedicazione.

10. Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A. (di seguito, M&R) è una società del gruppo Multinazionale Manetti/Bolton attivo nella produzione e commercializzazione di prodotti alimentari, detergenti, colle, adesivi, prodotti per la cura e la pulizia della casa, della persona e di bellezza.

11. Mirato S.p.A. (di seguito anche Mirato) è una società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti per l'igiene personale e bellezza.

12. Paglieri Profumi S.p.A. (di seguito anche Paglieri) è una società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti per l'igiene personale e bellezza.

13. Ludovico Martelli S.r.l. (di seguito anche Martelli) è una società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti per l'igiene personale e bellezza.

14. Weruska&Joel S.r.l. (di seguito anche Weruska) è una società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti per l'igiene personale.

II. LE SENTENZE

15. Il Tar Lazio, nelle sentenze dell'11 aprile 2012, nn. 3268-3269-3270-3271-3272-3273-3274-3275-3276-3277-3278-3279-3280-3281, ha ritenuto, per quanto attiene ai profili di quantificazione della sanzione, con riferimento specifico alla gravità dell'infrazione, in considerazione del non concreto verificarsi dell'effettivo aumento dei prezzi per tutti gli anni dell'intesa, che *"..la valutazione della gravità operata dall'Autorità in relazione alla sanzione base deve essere ridotta, in modo proporzionale, in ragione del 25% della percentuale del valore delle vendite applicata dall'atto impugnato"*⁵. Il giudice ha riconosciuto, infatti, agli effetti concreti di alterazione dei prezzi un'incidenza del 25% nella valutazione complessiva della gravità dell'infrazione.

Con specifico riferimento alla società Paglieri Profumi S.p.A., il Tar Lazio con la sentenza dell'11 aprile 2012 n. 3277, ha ritenuto, per quanto attiene alla durata dell'infrazione, che la partecipazione della società Paglieri all'intesa, considerata dall'Autorità di tre anni e mezzo nel provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010 di chiusura del procedimento I701- *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, debba essere ragguagliata a due anni (2004-2005).

⁴ Con l'operazione di concentrazione Case Comp-M5658 *UNILEVER-SARE LEE BODY CARE*, del 26 novembre 2011, per quanto di interesse, Unilever ha acquisito il controllo esclusivo del ramo d'azienda di Sara Lee Corporation, attivo nella produzione e vendita di prodotti per la cura della persona.

⁵ Cit. sentenze del Tar Lazio, sezione I, dell'11 aprile 2012, nn. 3274-3275-3276-3277-3278-3279-3280.

16. In tal senso, con le sentenze in esame il Tar Lazio ha annullato, nei termini sopra specificati, il provvedimento impugnato per la parte relativa alla quantificazione della sanzione irrogata ai ricorrenti e demandato all'Autorità il compito di rideterminare le sanzioni comminate secondo i criteri ivi individuati.

III. RIDETERMINAZIONE

17. Alla luce delle indicazioni contenute nelle sentenze del Tar Lazio, le sanzioni irrogate con il provvedimento 21924 del 15 dicembre 2010 vengono rideterminate come segue.

18. Nel provvedimento citato, coerentemente con gli Orientamenti contenuti nella Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, al fine del calcolo dell'importo base per ciascuna delle parti del procedimento, era stata utilizzata una percentuale del *[omissis]*⁶ del valore delle vendite, realizzate nel 2007, dei beni ai quali l'infrazione si riferiva e successivamente adeguato il valore così ricavato in relazione alla durata della partecipazione all'intesa, come riportato nella tabella che segue:

⁶ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

Tabella n. 2 - Individuazione della percentuale del valore delle vendite e calcolo dell'importo-base in funzione della durata

	VALORE DELLE VENDITE 2007 (€)	Percentuale del valore delle vendite 2007 [omissis]	Durata	IMPORTO BASE
Unilever	[omissis]	[omissis]	7,0	17.060.400
Reckitt	[omissis]	[omissis]	7,0	2.352.000
Procter	[omissis]	[omissis]	6,5	10.483.200
Sara Lee	[omissis]	[omissis]	7,5	3.663.000
L'Oreal	[omissis]	[omissis]	7,5	24.525.000
M&R	[omissis]	[omissis]	6,5	6.957.600
BDF	[omissis]	[omissis]	7,0	3.166.800
J&J	[omissis]	[omissis]	7,0	2.998.800
Mirato	[omissis]	[omissis]	7,5	3.375.000
Paglieri	[omissis]	[omissis]	3,5	1.566.600
Martelli	[omissis]	[omissis]	2,5	543.000
Weruska	[omissis]	[omissis]	3,0	439.200
Glaxo	[omissis]	[omissis]	4,0	2.068.800
Centr.ca	[omissis]	[omissis]	7,5	18.000

19. In applicazione del criterio fornito dal giudice, si procede, dunque, per ciascuna parte a ridurre del 25% la percentuale del [omissis] del valore delle vendite del 2007 in precedenza applicata. L'importo così ottenuto, pari al [omissis] del valore delle vendite del 2007, viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'intesa, così come imputati a ciascuna delle parti, ad eccezione di Paglieri, nel provvedimento n. 21924 del 15 dicembre 2010 (paragrafo 318⁷). Con riferimento specifico a Paglieri, la partecipazione all'intesa deve ritenersi pari ad un periodo di due anni (2004-2005), così come specificato nella sentenza del Tar Lazio dell'11 aprile 2012, n. 3277. Il risultato conseguito costituisce il nuovo importo base, come evidenziato nella tabella che segue:

⁷ Paragrafo 318 del provvedimento citato: "Ai sensi di quanto stabilito dal par. 6 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, la partecipazione all'intesa di Colgate-Palmolive e Procter&Gamble tenuta in considerazione ai fini della quantificazione della sanzione è, rispettivamente, corrispondente ad un periodo di sei anni e sei anni e mezzo. Coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per le altre parti del procedimento e, in particolare, per le società L'Oreal, Mirato e Sara Lee, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sette anni e mezzo. Per le società Beiersdorf, Johnson&Johnson, Reckitt e Unilever, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sette anni. Per la società Manetti&Roberts la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di sei anni e mezzo. Per la società Glaxo la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di quattro anni. Per la società Paglieri la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di tre anni e mezzo. Per la società Weruska, la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di tre anni. Per la società Martelli la partecipazione all'intesa è stata continuata per un periodo di due anni e mezzo. Per la società Sunstar, infine, la partecipazione deve essere riferita ad un periodo di sei mesi".

Tab. 3 – Percentuale del valore delle vendite ridotta del 25% e nuovo importo base

	VALORE DELLE VENDITE 2007 (€)	Nuova % del valore delle vendite 2007 [omissis]	Durata	NUOVO IMPORTO BASE
Unilever	[omissis]	[omissis]	7,0	12.795.300
Reckitt	[omissis]	[omissis]	7,0	1.764.000
Procter	[omissis]	[omissis]	6,5	7.862.400
Sara Lee	[omissis]	[omissis]	7,5	2.747.250
L'Oreal	[omissis]	[omissis]	7,5	18.393.750
M&R	[omissis]	[omissis]	6,5	5.218.200
BDF	[omissis]	[omissis]	7,0	2.375.100
J&J	[omissis]	[omissis]	7,0	2.249.100
Mirato	[omissis]	[omissis]	7,5	2.531.250
Pagliari	[omissis]	[omissis]	2,0	671.400
Martelli	[omissis]	[omissis]	2,5	407.250
Weruska	[omissis]	[omissis]	3,0	329.400
Glaxo	[omissis]	[omissis]	4,0	1.551.600
Centr.ca	[omissis]	[omissis]	7,5	13.500

20. Come si evince dalla tabella n. 4 sotto riportata, in ottemperanza a quanto indicato dal giudice, i valori relativi all'importo base sono adeguati, coerentemente con quanto stabilito dalla Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende e sulla base di quanto contenuto nel provvedimento di chiusura citato, per tener conto di alcune circostanze che comportano un incremento o una riduzione dell'importo di base e, segnatamente, del ruolo svolto dalle imprese nel contesto dell'infrazione (incremento [omissis] per Reckitt, Beiersdorf, L'Oreal, Unilever, P&G e M&R), della dimensione economica complessiva delle imprese (incremento [omissis] per Sara Lee Household&Body Care Italy S.p.A., Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A., Johnson&Johnson S.p.A.), del diverso ruolo svolto nell'infrazione e delle ridotte dimensioni delle imprese (diminuzione [omissis] per Mirato S.p.A., [omissis] per Paglieri Profumi S.p.A., [omissis] per Weruska&Joel e [omissis] per Ludovico Martelli); delle particolari condizioni economiche (riduzione di un ulteriore [omissis] per Weruska&Joel); e del comportamento collaborativo tenuto nel corso del procedimento (riduzione [omissis] per Reckitt, Mirato S.p.A., Associazione Italiana dell'Industria di Marca – Centromarca e [omissis] per Procter & Gamble S.r.l.).

Tab. 4 – Attenuanti/Aggravanti

Società	NUOVO Importo- base	Aumento /Diminuzione per ruolo e dimensioni	Collaborazione	Riduzione perdite esercizio
Unilever	12.795.300	[omissis]		
Reckitt	1.764.000	[omissis]	[omissis]	

Società	NUOVO Importo- base	Aumento /Diminuzione per ruolo e dimensioni	Collaborazione	Riduzione perdite esercizio
Procter	7.862.400	[omissis]	[omissis]	
Sara L.	2.747.250	[omissis]		
L'Oreal	18.393.750	[omissis]		
M&R	5.218.200	[omissis]		
BDF	2.375.100	[omissis]		
J&J	2.249.100	[omissis]		
Mirato	2.531.250	[omissis]	[omissis]	
Pagliari	671.400	[omissis]		
Martelli	407.250	[omissis]		
Weru	329.400	[omissis]		[omissis]
Glaxo	1.551.600	[omissis]		
Centr.ca	13.500		[omissis]	

21. Per quanto concerne la società Procter&Gamble S.r.l., all'importo ottenuto, secondo quanto motivato nel provvedimento n. 21924/10, va applicata la riduzione del 40%, ai sensi dei par. 4 e s.s. della *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*.

22. Tenuto conto dei passaggi sopra individuati viene, infine, quantificato per ciascuna parte l'ammontare definitivo della sanzione che si attesta, in ogni caso, ben al di sotto del limite edittale (10% del fatturato totale realizzato da ciascuna società nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida), come indicato nella tabella che segue:

Tabella n. 5 – Sanzioni e Incidenza su Fatturato complessivo 2009

SOCIETÀ	FATTURATO TOTALE 2009	% SU FATT. TOT.	SANZIONE (EURO)
Unilever	[omissis]	[omissis]	14.074.830
Reckitt	[omissis]	[omissis]	1.843.380
Procter	[omissis]	[omissis]	4.670.266
Sara Lee	[omissis]	[omissis]	3.021.975
L'Oreal	[omissis]	[omissis]	20.233.125
M&R	[omissis]	[omissis]	5.740.020
BDF	[omissis]	[omissis]	2.612.610
J&J	[omissis]	[omissis]	2.474.010
Mirato	[omissis]	[omissis]	1.683.281
Pagliari	[omissis]	[omissis]	389.412
Martelli	[omissis]	[omissis]	162.900
Weruska	[omissis]	[omissis]	110.678
Glaxo	[omissis]	[omissis]	1.706.760
Centromarca	[omissis]	[omissis]	12.825
Tutto ciò premesso e considerato;			
DELIBERA			
che le sanzioni amministrative pecuniarie da applicare alle parti citate per i comportamenti alle stesse ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 21924 del 15 dicembre 2010 vengono rideterminate nella misura indicata nella seguente tabella:			

Tabella n. 6 - Sanzioni

Società	Sanzione (euro)
a) Unilever Italia Holdings S.r.l.	14.074.830
b) Reckitt-Benckiser Holdings (Italia) S.r.l.	1.843.380
c) Procter & Gamble S.r.l.	4.670.266
d) Sara Lee Household & Body Care Italy S.p.A.	3.021.975
e) L'Oreal Italia S.p.A.	20.233.125
f) Società Italo Britannica L.Manetti-H.Roberts & Co S.p.A.	5.740.020
g) Beiersdorf S.p.A.	2.612.610
h) Johnson & Johnson S.p.A.	2.474.010
i) Mirato S.p.A	1.683.281
l) Paglieri Profumi S.p.A.,	389.412
m) Ludovico Martelli S.r.l.	162.900
n) Weruska&Joel S.r.l	110.678
o) Glaxosmithkline Consumer Healthcare S.p.A.	1.706.760
p) Associazione Italiana dell'Industria di Marca - Centromarca	12.825

Le sanzioni amministrative sopra indicate devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto

del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS988 - PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA ANNO 2013

Roma, 2 ottobre 2012

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministro per lo Sviluppo Economico e
Infrastrutture e Trasporti

IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE IN ITALIA: COSA RESTA DA FARE

1. Il processo di liberalizzazione e la crescita economica.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in adempimento di quanto prescritto dall'articolo 47, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, invia la presente segnalazione al Governo ed al Parlamento, al fine della predisposizione del **disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza**.

Il nostro Paese, soprattutto per effetto delle direttive europee volte all'instaurazione del mercato unico, ha progressivamente liberalizzato mercati un tempo dominati da monopoli pubblici e privati. Il passaggio da un'economia caratterizzata dalla pervasiva presenza dei poteri pubblici, da monopoli legali, da privilegi attribuiti, sulla base di un'elevata discrezionalità politica e amministrativa, a pochi soggetti economici, ad un mercato concorrenziale, è un **processo** complesso che si è articolato in più tappe.

In alcune fasi - come è avvenuto con i decreti legge n. 223 del 2006 e n. 7 del 2007 e più recentemente con il decreto legge n. 1 del 2012 (c.d. *Cresci Italia*) del gennaio di quest'anno - il processo ha subito rapide accelerazioni. In questo modo, come riconosciuto dai rapporti sulla concorrenza in Italia annualmente redatti da osservatori indipendenti, il livello di apertura dei mercati, comparato a quello delle principali economie capitalistiche, è andato significativamente crescendo, specie in alcuni settori.

Ma ancora molto resta da fare. L'ampiezza dell'impegno necessario è stato riconosciuto dallo stesso legislatore, quando ha introdotto l'istituto della legge annuale sulla concorrenza.

Questo istituto è rimasto inattuato fino a tempi recenti. Nel gennaio del 2012 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inviato al Governo ed al Parlamento una segnalazione di carattere organico che riguardava orizzontalmente i principali settori della nostra economia con l'obiettivo di aprire i mercati e stimolare la crescita economica. Gran parte delle indicazioni allora formulate sono state accolte e integrate dal Governo e dal Parlamento con il già citato decreto *Cresci Italia*, che, com'è noto, ha riguardato i principali settori economici: energia, trasporti, professioni, carburanti, poste, banche, assicurazioni, e così via.

In quell'occasione il Governo ha utilizzato lo strumento del decreto legge, legittimato dalla gravità della crisi economica, che richiedeva di agire prima sul versante delle indispensabili misure di stabilizzazione finanziaria e di consolidamento dei conti pubblici e subito dopo su quello del rilancio della competitività del Paese.

Le liberalizzazioni restano comunque un processo, una sorta di *work in progress*, e pertanto l'Autorità ha accolto con estremo favore l'invito del Governo a trasmettere una nuova segnalazione contenente le misure ritenute prioritarie per assicurare la promozione della concorrenza e lo sviluppo dei mercati, al fine di anticipare la legge annuale sulla concorrenza relativa all'anno 2013.

Così si ritorna a formulare una segnalazione organica, naturalmente nel **pieno rispetto dell'autonomia del Governo e del Parlamento** che, in una democrazia rappresentativa come la nostra, sono le principali sedi attraverso cui la sovranità popolare esplica la sua influenza.

Se i vincoli finanziari europei - specie dopo il *Fiscal Compact* - e la necessità di recuperare la fiducia dei mercati finanziari imporranno nei prossimi anni bilanci con significativi avanzi primari, diventano sempre più importanti gli strumenti per stimolare la crescita che non costino. Le politiche per la concorrenza, in questo quadro, assumono il ruolo di uno dei principali motori della crescita. Com'è noto, tali politiche incentivano la corretta allocazione delle risorse sia nella singola impresa sia nel mercato ed hanno effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle. Ma soprattutto la concorrenza costituisce un **potente stimolo all'innovazione**, che è la principale forza dell'economia capitalista.

E, al riguardo, appare indispensabile accrescere il grado di innovatività del sistema economico nazionale. L'Italia sconta, infatti, ormai strutturalmente e da tempo, un *gap* di produttività e di competitività rispetto ai più agguerriti concorrenti su mercati globali. Il recentissimo Rapporto sul mercato del lavoro preparato dal CNEL evidenzia come il nostro Paese, che 40 anni fa era all'avanguardia tra tutte le nazioni più sviluppate quanto a crescita della produttività, oggi si colloca in fondo alla classifica. È necessario impostare subito un percorso di recupero del ritardo, agendo sulle variabili che possono consentire di conseguire lo scopo.

Tra queste le principali sono lo sviluppo e la crescita dell'innovazione. I notevoli sforzi già compiuti per aumentare il grado di concorrenza del sistema economico (liberalizzazioni, semplificazione amministrativa, ecc.) sono stati incentrati prevalentemente su misure il cui scopo era facilitare l'accesso al mercato di nuovi soggetti, accrescere la concorrenza di prezzo e la possibilità di pubblicità, ecc.: in sintesi, privilegiando i miglioramenti sui mercati esistenti e non puntando specificamente sul progresso tecnologico e sullo sviluppo di nuovi prodotti o processi produttivi. Ma la concorrenza dinamica nel lungo periodo si gioca proprio su questo, sulla capacità di rinnovarsi e di proporre soluzioni produttive sempre più efficienti e in grado di meglio soddisfare le esigenze della domanda.

È necessario dunque trovare soluzioni che incentivino e agevolino le imprese a perseguire la strategia della ricerca e dello sviluppo, anche consentendo loro di reperire le risorse necessarie.

In ordine al tema relativo al reperimento di risorse da destinare alla crescita, l'Autorità esprime vivo apprezzamento per l'azione del Governo volta a riordinare e razionalizzare l'insieme dei trasferimenti alle imprese nella prospettiva di renderli realmente efficaci per la promozione degli investimenti. In quest'ottica il Rapporto "*Analisi e raccomandazioni sui Contributi Pubblici alle Imprese*" ha suggerito di dirottare una parte consistente di contributi pubblici alle imprese, dimostratisi "inutili" per gli investimenti, alla riduzione delle imposte.

Al riguardo, poiché la domanda interna rappresenta uno dei momenti cruciali per la ripresa economica del Paese, dovrebbe essere presa in seria considerazione l'ipotesi di destinare parte delle risorse ottenute tramite la rivisitazione dell'attuale regime dei contributi pubblici alle imprese alla riduzione del carico fiscale e contributivo sul lavoro. Secondo recenti stime in Italia il livello del peso fiscale e contributivo è, in media, superiore dell'11% a quello degli altri paesi OCSE: ottenere la disponibilità di risorse e destinarle per ridurre questo divario consentirebbe al contempo di agevolare le politiche occupazionali delle imprese e di aumentare il reddito disponibile dei lavoratori dipendenti, con un evidente impatto diretto sulla domanda.

2. Il rapporto tra la concorrenza e le infrastrutture del mercato.

Nonostante le importanti misure di liberalizzazione introdotte negli ultimi tempi e nonostante il grande sforzo compiuto da Governo e Parlamento nell'attuale legislatura, per rimuovere vincoli e barriere che ancora, in alcuni mercati, ostacolano il gioco concorrenziale e frenano l'ingresso di nuovi attori, l'economia italiana resta stagnante e la crescita non parte. Questa situazione potrebbe alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, dubbi sull'efficacia delle politiche di liberalizzazione. Un simile atteggiamento può rafforzare il potere di interdizione delle *lobbies* e inceppare il processo di apertura dei mercati.

Questi dubbi possono essere superati considerando che la recessione italiana affonda le sue radici nella crisi dell'economia mondiale e soprattutto di quella europea e quindi risente fortemente di fattori esterni al nostro Paese e che, se i mercati non fossero stati sufficientemente aperti, probabilmente gli effetti della crisi sarebbero stati ancora più gravi.

Parimenti va sottolineato che semmai in molti campi il problema è proprio l'opposto, e cioè che la liberalizzazione è ancora incompleta. Infine, non va dimenticato che gli effetti delle misure pro-concorrenziali spesso non sono immediati e quindi occorre del tempo per apprezzarne appieno le conseguenze.

Ma l'arco temporale non breve nel quale è possibile vedere gli effetti di una politica improntata all'apertura dei mercati e i disagi, anche importanti, che il processo comporta, non devono frenare la spinta liberalizzatrice in atto, in quanto, al termine del processo, tutto il Paese godrà dei benefici delle riforme, come testimoniato dalle ultime stime del Fondo Monetario Internazionale secondo il quale l'approvazione di un "*pacchetto completo di riforme dei mercati dei prodotti e del lavoro potrebbe far crescere il Pil del 5,75% dopo cinque anni e del 10,5% nel lungo termine*".

Bisogna, peraltro, ammettere che l'apertura dei mercati e l'introduzione dei meccanismi concorrenziali per potere pienamente produrre le loro conseguenze in termini di stimolo alla crescita e di aumento del benessere del consumatore, richiedono il funzionamento di fondamentali **infrastrutture del mercato**.

Una pubblica amministrazione efficiente, un'architettura istituzionale in cui la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli territoriali di governo tenga conto delle dinamiche del mercato e non dissemini invece i poteri di veto, la certezza del diritto ed il pieno rispetto della legalità, sono le precondizioni indispensabili per rendere funzionanti i mercati, attrarre nuovi operatori e investimenti, rendere effettiva la concorrenza e, in conclusione, favorire la ripresa della crescita

economica. In Italia molte di queste condizioni sono realizzate in modo ancora largamente insoddisfacente.

Altra “infrastruttura” rilevante per il grado di competitività di un Paese è la giustizia; solo l'esistenza di meccanismi giudiziari efficienti, in grado di fornire rapide risposte alle controversie insorte, può dare sicurezza a chi investe in Italia; al contrario, ritardi e inefficienze allontanano gli investimenti per il timore che l'eventuale contenzioso possa paralizzare o comunque complicare i tempi delle scelte imprenditoriali.

Nella presente segnalazione, peraltro, non viene proposta alcuna misura specifica per questo delicato settore, non essendo la sede appropriata il disegno di legge sulla concorrenza, e ci si limita ad un invito a Governo e Parlamento a proseguire nell'attuale politica di riforma, efficacemente avviata negli ultimi mesi dal dicastero della Giustizia.

3. Tagliare i “nodi gordiani” che rendono l'amministrazione e l'assetto istituzionale troppo spesso incompatibili con le esigenze dei mercati e della crescita.

In alcuni dei campi tra quelli indicati sono state avviate, nella legislatura in corso, imponenti riforme che si innestano su processi di modernizzazione intrapresi fin dagli anni novanta del secolo scorso. Questo è il caso, in particolare, della pubblica amministrazione, oggetto di apprezzabili interventi da parte dell'attuale Governo.

Il Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione stima i costi burocratici gravanti sulle piccole e medie imprese (fino a 250 addetti), sino allo scorso anno, superiori ai 26,5 miliardi di euro l'anno, a fronte di un fatturato (dati ISTAT relativi al 2009) superiore a 1.830 miliardi ed un valore aggiunto di quasi 440 miliardi. L'analisi delle criticità proprie di alcuni mercati che viene condotta nel prosieguo della segnalazione attesta come alcuni caratteri della pubblica amministrazione e del complessivo apparato istituzionale ostacolano la concorrenza e creino barriere all'apertura dei mercati.

Se gli **oneri burocratici e le inefficienze amministrative**, secondo diversi studi internazionali, continuano a costituire uno dei principali ostacoli alla competitività del “Sistema-Italia”, vorrà dire che è necessario continuare il processo di cambiamento, intervenendo con misure particolari, ma avendo anche il coraggio di tagliare i “nodi gordiani” che bloccano le amministrazioni pubbliche.

Certamente, non è l'Autorità che deve proporre il disegno di una pubblica amministrazione al servizio dei cittadini e delle imprese. In questa sede, pertanto, ci si limiterà a indicare esclusivamente quegli aspetti che direttamente incidono sulle dinamiche concorrenziali.

In primo luogo, occorre impedire che la semplificazione amministrativa sia una sorta di **tela di Penelope**, per cui da una parte si semplifica mentre dall'altra si introducono regole che aggravano gli oneri burocratici.

In secondo luogo, va reso sempre effettivo il principio secondo cui ogni procedimento amministrativo va chiuso in **tempi certi**. Il tempo costituisce, infatti, una variabile fondamentale nel calcolo economico e nella scelta se avviare o meno un nuovo investimento. Per ovviare all'inerzia amministrativa, il legislatore ha sviluppato varie figure in cui il silenzio tiene il posto del provvedimento amministrativo. Si tratta di rimedi utili e che vanno resi ancora più semplici nel loro utilizzo, ma è indubbio che quando si tratta di effettuare investimenti di una certa importanza gli operatori economici richiedono un provvedimento espresso.

In terzo luogo, va semplificato il peculiare **“federalismo”** italiano (per usare un vocabolo tecnicamente impreciso ma evocativo dei processi di riforma istituzionale che hanno caratterizzato l'ultimo decennio), che è **confuso e irresponsabile**. Troppi attori istituzionali, con competenze sovrapposte e interferenti tra di loro, sostanzialmente dotati di poteri di veto, ma privi di responsabilità.

In quarto luogo, va contrastata la tendenza **all'espansione della sfera pubblica che si registra a livello regionale e locale e che avviene a scapito del mercato**. Se gli ultimi due decenni hanno visto una profonda trasformazione dello Stato, che ha dismesso le vesti dello Stato dirigista e dello Stato imprenditore, per assumere sempre di più quelle dello Stato regolatore, invece, a livello regionale e locale permangono tendenze all'intervento pubblico in economia, all'assunzione diretta di attività economiche, al rallentamento dei processi di apertura dei mercati.

Non è dubbio che il federalismo e il decentramento abbiano avuto senz'altro l'effetto di avvicinare le decisioni al cittadino in attuazione di quel principio di sussidiarietà, di derivazione comunitaria, entrato a far parte dei nostri principi costituzionali.

L'esperienza di questi anni ha, tuttavia, dimostrato come la preferenza per l'attribuzione delle funzioni all'ente più vicino al cittadino non sempre determina effetti positivi e talvolta esigenze di adeguatezza richiedono l'attribuzione a livello centrale di determinate funzioni, come riconosciuto più volte dalla Corte costituzionale.

In alcuni casi, appare preferibile privilegiare l'attuazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale, promuovendo l'iniziativa privata in settori finora dominati dall'intervento pubblico e limitando quest'ultimo ai casi in cui i privati, singolarmente o associati, non sono in grado di soddisfare interessi e esigenze meritevoli di tutela.

Pur rientrando la materia "trasversale" della tutela della concorrenza nelle competenze legislative esclusive dello Stato, l'articolato riparto tra competenze statali, regionali e locali può in alcuni casi costituire un freno alle politiche di sviluppo della concorrenza, attraverso il proliferare di sedi dove le forze che resistono al cambiamento possono esercitare poteri di veto.

Una semplificazione di tale quadro è necessaria e, pur proponendo nella presente segnalazione alcune misure ad ordinamento costituzionale vigente, quali il maggiore esercizio di poteri sostitutivi, l'Autorità ritiene che sia giunto il momento di riflettere a fondo sull'attuale struttura del titolo V della Costituzione, senza escludere (ed anzi prendendo in seria considerazione l'opportunità di) cambiamenti idonei a risolvere le criticità emerse in questi anni.

Non si tratta, ovviamente, né di restaurare un improbabile centralismo statale, né di disconoscere il ruolo che i territori, le loro peculiari vocazioni, le reti locali di cooperazione, di fiducia e di solidarietà hanno storicamente avuto e dovranno continuare ad avere nel promuovere lo sviluppo economico nel nostro Paese. **Esistono naturalmente Regioni ed Enti locali virtuosi, che costituiscono un'importante risorsa anche nell'ambito del processo di liberalizzazione.**

Tuttavia, sembra necessario lavorare per **semplificare** l'attuale pluralismo istituzionale esasperato, rafforzare la **responsabilità** di ciascun attore istituzionale e creare una sorta di **competizione** tra differenti amministrazioni e tra diversi livelli territoriali di Governo (Comuni, Regioni, Stato).

Sin da subito, peraltro, in armonia con la vigente formulazione del titolo V della Costituzione, potrebbero essere introdotti, come si illustrerà più avanti in dettaglio, **disincentivi economici** nei confronti dei comportamenti amministrativi che introducono nuovi oneri burocratici e di quelli che producono ritardi nella decisione amministrativa.

Parimenti, nei vari settori, va valorizzato il **potere sostitutivo** del livello territoriale di governo superiore rispetto all'inerzia di quello inferiore. Se il Comune non decide deve intervenire la Regione e se questa è inerte la decisione si sposta in capo allo Stato. In questo modo si riconosce il valore del principio di sussidiarietà, si crea una competizione virtuosa tra istituzioni e si rende operativo il principio di responsabilità, evidenziando la differenza tra chi non ha la capacità di decidere e chi invece assume il peso della decisione.

Infine, va valorizzata la concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali, naturalmente nel rispetto dell'esito referendario e della sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto

costituzionalmente illegittima una parte della disciplina introdotta a seguito dell'abrogazione avvenuta per effetto del citato referendum.

4. Alcune necessarie precisazioni.

Nell'ottica velocemente tratteggiata si muove la presente segnalazione, la quale ha cura di distinguere, settore per settore, le criticità concorrenziali la cui eliminazione abbisogna di modifiche legislative, da quelle in relazione alle quali si tratta piuttosto di dare applicazione alla norma di legge già esistente o di attuarla attraverso atti di normazione secondaria.

Evidenziando la **distinzione tra riforma della regolazione in senso pro-concorrenziale e effettiva applicazione di una regolazione inattuata**, si intende superare la tendenza a ritenere che la soluzione dei problemi di regolazione consista esclusivamente nella modificazione legislativa, sottovalutando così tutta la fase dell'implementazione amministrativa che invece resta di fondamentale importanza.

In particolare, il decreto *Cresci Italia*, come già precisato, ha introdotto assai importanti misure pro-concorrenziali, ma alcune di esse richiedono di essere coerentemente attuate per dispiegare i loro effetti benefici sul mercato e sulla crescita. La fase attuativa va curata con estrema attenzione, anche al fine di individuare i profili problematici che richiedono nuove correzioni legislative.

È stata mantenuta la scelta di procedere con interventi di ordine generale e trasversale che contestualmente sciolgano i nodi anticoncorrenziali sui diversi mercati e ciò al fine di implementare un processo virtuoso, non considerato vessatorio da alcune categorie e idoneo a superare i singoli poteri di veto. Si deve, infatti, ricordare che vi è una diversa distribuzione all'interno della società dei benefici e dei costi derivanti da una regolazione ingiustificatamente restrittiva: per i soggetti protetti il mantenimento dei vincoli può avere un rilevante impatto economico, mentre i soggetti danneggiati spesso subiscono costi complessivamente elevati ma individualmente assai modesti. In favore del mantenimento dei vincoli vengono invocate ragioni ampiamente percepite come di interesse generale, quali la qualità dei servizi, la garanzia del servizio pubblico, l'occupazione e la coesione sociale. Chi trae vantaggi dalla protezione si oppone con determinazione a qualsiasi progetto di liberalizzazione mentre i danneggiati (concorrenti potenziali, consumatori) raramente assumono un atteggiamento attivo per promuovere la concorrenza. Solo un processo unitario e di carattere generale consente di superare tali resistenze.

Prima di passare in rassegna le misure proposte, un'altra avvertenza è d'obbligo. Come già fatto nella segnalazione del cinque gennaio di quest'anno e nella Relazione annuale al Parlamento, occorre ribadire che nell'immediato gli interventi pro-concorrenziali - sia quelli che si sostanziano nella modifica delle regole, sia quelli che si concretizzano nei poteri tradizionali dell'Antitrust di repressione degli illeciti anticoncorrenziali - possono avere come conseguenza l'uscita delle imprese inefficienti dal mercato, con ovvie ripercussioni negative sul piano occupazionale e sociale. Questa consapevolezza non deve però portare a depotenziare le politiche della concorrenza, perché da esse ci si può attendere, nel medio termine, crescita economica e quindi maggiore occupazione e incremento di benessere per i consumatori.

Tuttavia la consapevolezza dei sacrifici che possono derivare dall'implementazione delle politiche per la concorrenza deve portare a richiamare l'attenzione del decisore politico sulla **pari rilevanza delle politiche dirette** - soprattutto in un momento di crisi - **a mantenere la coesione sociale**, a contenere le disuguaglianze, a sostenere i soggetti più deboli ed a facilitare il reinserimento nel mercato del lavoro di coloro che ne sono stati estromessi.

5. Sintesi delle misure pro-concorrenziali proposte.

Per rendere la **pubblica amministrazione** una vera e propria “infrastruttura per la concorrenza”, nel senso in precedenza indicato, è necessario rimuovere i vincoli di natura amministrativa e gli oneri burocratici che gravano su cittadino e imprese. Liberalizzare significa rimuovere (o quanto meno ridurre in una prima fase) tutti i vincoli di natura normativa/amministrativa posti alla libertà di iniziativa economica. In tale processo, la prima opzione da perseguire è l’opzione zero: l’eliminazione dei vincoli e delle restrizioni. Solo quando l’opzione zero non è possibile, si tratta di introdurre vincoli alla libera iniziativa economica limitatamente a quanto strettamente necessario per il perseguimento di esigenze di interesse pubblico e di assicurare che tali vincoli rispettino il principio di proporzionalità: deve essere impossibile conseguire i medesimi obiettivi con modalità meno restrittive e gli oneri che ne risultano non devono essere eccedenti rispetto allo scopo. A tal fine l’Autorità ha proposto di dare immediata attuazione alle disposizioni che già prevedono la possibilità di eliminare o, in subordine, semplificare regimi di autorizzazione non necessari e di prevedere nuove misure per ridurre gli oneri amministrativi e impedire l’introduzione di nuovi, quali la detraibilità per cittadino e imprese delle spese sostenute per l’adeguamento a nuove normative, che introducono nuovi oneri burocratici; la proposta di istituire una sorta di “*tutor di impresa*” è, invece, diretta ad individuare un punto di contatto tra imprese e amministrazione nel corso dei procedimenti amministrativi al fine di trasformare il ruolo della p.a. da mero controllore a “facilitatore” con compiti di assistenza delle imprese.

Altre misure proposte, quali l’ampliamento dei casi di esercizio del potere sostitutivo, l’introduzione di un indennizzo forfetario e automatico per i ritardi delle p.a. e la ricognizione delle ipotesi cui si applicano regimi semplificati, sono dirette a garantire la certezza del diritto e dei tempi dell’azione amministrativa.

Il tempo è un “bene della vita” e lo è sia per il cittadino che per le imprese. I ritardi delle pubbliche amministrazioni nel dare risposte alle richieste dei privati costituiscono elementi patologici, che aggravano il peso dell’apparato burocratico e frenano lo sviluppo del Paese, come sopra osservato. È necessario introdurre misure che disincentivino e sanzionino tali ritardi e consentano al cittadino ed alle imprese di sapere con certezza quali sono gli effettivi tempi dell’azione amministrativa. Deve essere, parimenti, garantita la certezza sulle regole da applicare e, al contrario, troppo spesso i già tortuosi procedimenti amministrativi sono resi ancor più complessi dalla difficoltà nell’individuare tali regole in un groviglio di norme statali e regionali, a volte anche in contrasto tra loro. L’incertezza è indice di non affidabilità di un sistema e rischia di compromettere l’efficacia dei tentativi di apertura di diversi settori alla concorrenza: uno dei requisiti fondamentali per il dispiegarsi dei possibili fattori di crescita è, infatti, la possibilità, per gli operatori, di conoscere chiaramente ed *ex ante* la disciplina applicabile alla varie attività economiche. In assenza di tali certezze (del diritto e dei tempi dell’azione amministrativa) risulta meno attraente investire nel Paese e ciò costituisce un elemento intollerabile nell’attuale quadro di crisi economica.

Sempre al fine di garantire un’amministrazione più efficiente viene proposto di introdurre una norma che preveda un sistema piramidale di incentivi basato sulla misurazione dell’output delle singole amministrazioni in modo da stimolare tutte le amministrazioni e i loro dipendenti a raggiungere un elevato livello di efficienza, in assenza del quale alcun premio verrà riconosciuto.

Un settore dove è particolarmente necessario implementare le possibilità di concorrenza è quello dei **servizi pubblici locali**, dove una parte significativa del mercato è ancora gestita in base ad affidamenti diretti in assenza di un confronto concorrenziale. Prendendo atto dell’esito del referendum e della successiva declaratoria di incostituzionalità dell’articolo 4 del d.l. n. 138/2011,

l'Autorità ha ritenuto di seguire la strada di un intervento normativo per i settori dei servizi pubblici locali, di più ampia diffusione e dove maggiormente sussistono spazi di apertura alla concorrenza (trasporti pubblici e rifiuti), senza reintrodurre una norma di carattere generale, i cui contenuti potrebbero nuovamente risultare di dubbia costituzionalità.

Nel settore dei **trasporti pubblici locali**, pur mantenendo inalterata l'autonomia degli Enti locali di scelta della gestione del servizio, l'Autorità propone di sottoporre al proprio parere preventivo e obbligatorio le decisioni degli Enti locali con cui viene escluso il ricorso al mercato e alla libera iniziativa economica e di consentire comunque l'entrata nel mercato quanto meno su quei segmenti di attività profittevoli con condizioni e modalità tali da non compromettere l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico.

Quest'ultima misura viene proposta anche per il settore dei **rifiuti**, unitamente ad ulteriori interventi diretti a rendere più efficiente la gestione del servizio, anche con l'individuazione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) su base sovraregionale e finalizzati a modificare il termine di durata dei contratti di servizio, trasformando il termine di durata minima di 15 anni attualmente previsto in un termine di durata massima, allo scopo di evitare che il mercato resti chiuso alla concorrenza per periodi eccessivamente lunghi e non giustificati in ragione delle caratteristiche del servizio.

Nel settore dell'energia **elettrica** e del **gas**, si avverte l'esigenza di ridurre la durata dei procedimenti di rilascio delle autorizzazioni per le infrastrutture energetiche prioritarie, prevedendo una fase di concertazione preventiva rispetto all'avvio del procedimento di autorizzazione ed introducendo una normativa che regoli in dettaglio i rapporti tra Governo centrale, amministrazioni locali, cittadini e loro associazioni in modo da garantire trasparenza e accessibilità alle informazioni relative all'opera e, dunque, una piena e consapevole partecipazione dei soggetti interessati alla fase di consultazione preliminare. In particolare si dovrebbe prevedere una regolamentazione delle forme e dei tempi per l'espressione di critiche ed osservazioni al progetto presentato.

Inoltre, al fine di dare avvio all'auspicato processo di concorrenza per il mercato nel settore della distribuzione gas, appare necessario introdurre una norma che preveda meccanismi di penalizzazione degli Enti locali che non procedono all'avvio delle procedure di gara nei tempi previsti, quali l'obbligo di versare allo Stato una quota progressivamente crescente dei canoni di concessione che percepiscono dal gestore in *prorogatio*.

Per la **distribuzione carburanti**, al fine di rimuovere ogni vincolo residuo frapposto da normative regionali all'apertura di nuovi impianti di distribuzione carburanti, dovrebbe essere introdotto il divieto di prevedere qualsiasi altro obbligo asimmetrico (dotazione di impianti fotovoltaici, di videosorveglianza, ecc); parimenti, andrebbe eliminata la limitazione alla localizzazione degli impianti completamente automatizzati (*ghost*).

Nel **settore delle telecomunicazioni** non può non rilevarsi come lo sviluppo delle nuove reti fisse a banda ultra-larga, così come delle reti mobili di quarta generazione, rappresenti una fase delicata nel processo concorrenziale dei mercati, atteso che si presentano opportunità di ingresso per nuovi operatori e si pongono le fondamenta strutturali che incideranno sullo sviluppo della concorrenza nel medio-lungo periodo; alla luce del grado di apertura del settore al mercato, i tempi appaiono maturi per una riflessione sulla separazione della rete di telefonia fissa.

In questo contesto e in considerazione dell'importanza strategica che l'Agenda digitale riveste per lo sviluppo economico e la competitività del Paese, l'Autorità segnala, in primo luogo, l'urgente necessità di rendere operativa l'Agenzia per l'Italia digitale. Infatti, dallo sviluppo delle "opportunità digitali" può derivare un importante contributo alla crescita economica e alla

creazione di nuovi mercati sia attraverso nuovi investimenti, sia grazie a nuovi impulsi nelle scelte di consumo orientate a servizi innovativi.

Inoltre, un impiego più efficiente delle risorse spettrali inutilizzate o sotto-utilizzate consente di recuperare significative risorse finanziarie aggiuntive da utilizzare in modo non distorsivo per sostenere la crescita. In quest'ottica l'Autorità propone la condivisione delle risorse spettrali pubbliche inutilizzate che potrebbe avvenire mediante l'attribuzione all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sentiti il Ministero della Difesa e dell'Interno, del compito di individuare le porzioni inutilizzate di spettro cui dare accesso, su base esclusiva, ad un numero limitato di operatori, previa la stipula di accordi sulla non-interferenza rispetto al servizio principale.

Al fine di favorire l'ingresso di nuovi operatori nel **settore postale** e di ampliare il mercato contendibile, l'Autorità ritiene opportuno ridefinire l'ambito del servizio universale, limitandolo esclusivamente a quei servizi essenziali che l'utente non sarebbe altrimenti in grado di acquistare a titolo individuale. L'individuazione dei servizi da escludere dal perimetro del servizio universale andrebbe effettuata dall'Autorità di regolazione preposta ed essere oggetto di una periodica revisione in funzione dell'evoluzione delle dinamiche competitive del mercato. Andrebbe altresì previsto un affidamento del servizio universale di più breve durata attraverso lo svolgimento di procedure trasparenti e non discriminatorie.

Per il **settore bancario** si ripropone di separare BancoPosta da Poste Italiane e si ribadiscono le preoccupazioni concorrenziali riguardanti l'abbinamento effettuato dagli intermediari finanziari delle polizze assicurative ai contratti di finanziamento. In tale prospettiva, al fine di garantire al consumatore la possibilità di compiere scelte economiche consapevoli, si propone di prevedere ulteriori e più stringenti obblighi informativi degli istituti finanziari in merito a: *i*) l'obbligatorietà o la non obbligatorietà *ex lege* della polizza assicurativa e i costi della stessa; *ii*) la possibilità di reperire sul mercato la polizza richiesta; *iii*) in caso di offerta di una polizza assicurativa emessa da una società appartenente al medesimo gruppo l'obbligo di specificare la provvigione percepita e l'ammontare della provvigione pagata dalla compagnia assicurativa all'intermediario in caso di polizza non abbinata ad un prodotto finanziario; *iv*) l'obbligo di far decorrere almeno 10 giorni tra il momento della stipula del finanziamento e quello della stipula della polizza.

Nel **settore assicurativo**, l'Autorità intende sottolineare l'importante effetto di incentivo alla mobilità della clientela derivante dallo sviluppo di reti in plurimandato e quindi dal divieto delle clausole di esclusiva nella distribuzione assicurativa. In tale ottica, si pone in evidenza la necessità di integrare la disciplina delle clausole anticoncorrenziali in tema di responsabilità civile auto, sancendo la nullità anche *i*) delle clausole che abbiano per effetto l'instaurarsi di rapporti di esclusiva di fatto tra compagnie ed agenti e *ii*) delle clausole di ostacolo alla collaborazione tra intermediari appartenenti a differenti reti distributive.

Per tutti i **settori del trasporto** e, in particolare, per quello del trasporto ferroviario, l'Autorità sollecita l'immediato avvio dell'operatività dell'Autorità di regolazione dei trasporti, in quanto lo svolgimento dei compiti ad essa attribuiti da parte di un soggetto terzo indipendente risulta essenziale per addivenire ad una piena apertura del settore dei trasporti e di quello ferroviario. In assenza di tale tempestivo avvio resta, peraltro, irrisolto il nodo della separazione proprietaria tra gestore dell'infrastruttura ed impresa erogatrice dei servizi di trasporto ferroviario.

Nella prospettiva di ampliare il più possibile i segmenti di attività aperti al confronto concorrenziale occorre risolvere normativamente la scarsa chiarezza in ordine alla disciplina da applicare in caso di affidamento del servizio (gara o affidamento diretto). In particolare, occorre procedere all'abrogazione dell'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, e modificare l'articolo 18 del d.lgs. n. 422/97 nel senso già indicato in relazione al trasporto pubblico locale.

Nel **settore autostradale**, l'Autorità ritiene necessario introdurre disposizioni che privilegino meccanismi di attribuzione delle concessioni secondo procedure di selezione competitiva, da porre in essere tempestivamente rispetto alle ordinarie scadenze ed evitando di ricorrere a proroghe; appare altresì necessario garantire che, fino alla costituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, l'attività svolta direttamente dal competente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sia indirizzata a incentivare la concorrenza e l'efficienza nel settore, attuando senza indugio la revisione del meccanismo di definizione tariffaria dei servizi basandolo su una formulazione di tipo "*price cap*".

Nel **settore aeroportuale**, l'Autorità ritiene opportuna l'effettiva implementazione del modello a gestione totale, dal momento che nella maggior parte dei casi il capitale sociale del concessionario risulta pressoché regolarmente ripartito tra una pluralità di soggetti riconducibili alla dimensione pubblica locale; al fine di ottenere un'effettiva apertura della gestione degli aeroporti a soggetti privati competitivi occorre, dunque, incidere sulla gestione del sistema aeroportuale nazionale, transitando un maggior numero di scali a gestioni totali competitivamente assegnate.

In linea più generale, inoltre, l'Autorità evidenzia la necessità di ridurre la durata delle concessioni, da definirsi rigorosamente per il periodo strettamente necessario a perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario; nonché di evitare illegittime deroghe all'immediata attuazione della nuova disciplina comunitaria di cui alla direttiva 2009/12/CE, concernente la definizione dei corrispettivi aeroportuali sulla base di un confronto fra gestori e utenti aeroportuali.

Per il **settore portuale**, è necessario: individuare una soluzione normativa maggiormente ispirata ai principi concorrenziali e idonea a garantire un chiaro riparto di competenze tra i vari soggetti di regolamentazione e controllo (nuova Autorità dei trasporti, Autorità portuali e Autorità marittime); addivenire alla totale separazione del ruolo di impresa portuale da quello di regolatore e controllore del porto, limitando esclusivamente a quest'ultima funzione l'operare delle Autorità portuali; ampliare il novero di soggetti in concorrenza nella fornitura di servizi portuali, prevedendo l'introduzione di un meccanismo consultivo dell'Autorità dei Trasporti in relazione al numero massimo di autorizzazioni da rilasciare per l'esercizio di tali servizi tenuto conto delle esigenze di funzionalità del porto e del traffico; al fine di ottenere un'effettiva apertura alla concorrenza della gestione delle aree e banchine in ambito portuale prevedere il ricorso a procedure di selezione degli operatori con evidenza pubblica e, al contempo, l'abrogazione di ogni eventuale disposizione incompatibile.

Anche in questo settore, la durata delle concessioni delle aree e banchine in ambito portuale deve rigorosamente definita in maniera da perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, senza però rinviare per tempi eccessivamente lunghi il confronto concorrenziale.

Nel **settore farmaceutico**, l'Autorità ritiene necessaria una modifica del sistema di remunerazione della filiera distributiva del farmaco, prevedendo che il nuovo sistema sia basato su una retribuzione "*a forfait*" per ogni servizio di vendita di ciascun medicinale, indipendentemente dal suo prezzo, piuttosto che sul valore dei prodotti venduti. L'Autorità ritiene opportuno concedere la possibilità ad un unico soggetto di assumere la titolarità di più licenze, al fine di garantire lo sviluppo di adeguate economie di scala e di rete e la nascita di nuovi modelli di business.

Al fine di eliminare ostacoli all'ingresso sul mercato dei farmaci generici, l'Autorità propone l'abrogazione della disposizione di legge che subordina l'inserimento dei medicinali equivalenti nel Prontuario farmaceutico nazionale alla data di scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare della specialità di riferimento, e che inserisce in tal modo una chiara

forma di “*patent linkage*”. Ciò, al fine di scongiurare l'introduzione di norme che, vincolando le procedure di concessione delle autorizzazioni per l'immissione in commercio di farmaci generici alla risoluzione di eventuali dispute inerenti a presunte violazioni della proprietà industriale e commerciale, determinino un ritardo all'ingresso nel mercato dei farmaci equivalenti, pregiudizievole per la concorrenza.

Per i **servizi professionali**, l'Autorità segnala che permangono ingiustificati ostacoli all'accesso alle professioni, già nella fase di ammissione ai corsi universitari formativi per il futuro svolgimento della professione, risultando necessario eliminare i criteri per l'individuazione del numero chiuso, che tengono conto del “fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo”; criteri non strettamente legati all'offerta formativa delle università e idonei a restringere ingiustificatamente l'accesso ai corsi di laurea prodromici all'esame di abilitazione professionale; parimenti da riformare sono i criteri per determinare la pianta organica dei notai fondati non già al corretto soddisfacimento della domanda, ma per garantire determinati livelli di attività e di reddito ai professionisti interessati

Nel **settore sanitario**, al fine di consentire una maggiore libertà di accesso degli operatori privati all'erogazione di prestazioni sanitarie che non gravano sull'erario pubblico, appare opportuno introdurre a livello nazionale una norma che consenta la realizzazione e l'esercizio di strutture sanitarie non convenzionate con il SSN a prescindere dalla verifica del fabbisogno di servizi sanitari, né tanto meno della compatibilità finanziaria. Inoltre, l'Autorità ritiene opportuno che il sistema di convenzionamento delle imprese private operi sulla base di selezioni non discriminatorie, periodiche, trasparenti e adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alle conseguenti eventuali razionalizzazioni della rete in convenzionamento.

Con riferimento alla **tutela del consumatore**, l'Autorità auspica un rapido recepimento nell'ordinamento nazionale, anche in anticipo rispetto alla scadenza del 13 dicembre 2013, della Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento e del Consiglio, sui diritti dei consumatori, che prevede l'introduzione in tutti gli Stati membri di una disciplina comune in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; ciò al fine di rafforzare le garanzie a favore dei consumatori in termini di scelte di acquisto pienamente consapevoli e recuperare il *deficit* di fiducia che contribuisce in misura non secondaria all'attuale processo di contrazione e di differimento dei consumi.

Un ultimo gruppo di misure è, infine, diretto a rendere più efficiente l'esercizio delle **competenze dell'Autorità**, in primo luogo potenziando l'istituto dei programmi di clemenza mediante l'introduzione di benefici penali e di altro genere per le imprese che accedono ai programmi di clemenza, consentendo di favorire l'emersione di cartelli segreti, che costituiscono le fattispecie antitrust maggiormente dannose per il benessere collettivo e più difficili da dimostrare.

Si propone, inoltre, di armonizzare la disciplina del controllo delle concentrazioni e delle intese con la normativa comunitaria, oltre ad ulteriori interventi in materia di aiuti di stato e obbligo di separazione societaria.

Per chiarezza espositiva, la seconda parte della presente segnalazione è costituita da schede, in cui, per ciascun settore, è indicato il grado attuale di apertura del mercato, le misure già previste ma ancora da attuare e “cosa resta da fare” con le specifiche proposte operative.

LE PROPOSTE SETTORE PER SETTORE

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E CONCORRENZA

Cosa è stato fatto

- Importanti passi avanti verso l'eliminazione degli ostacoli all'esercizio delle attività economiche, la riduzione degli oneri burocratici e la semplificazione dei procedimenti amministrativi sono stati compiuti con l'adozione del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*», convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e con il decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante «*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*», convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, improntati al principio, di matrice comunitaria, secondo cui l'individuazione delle attività sottratte al mercato e degli oneri da mantenere o introdurre deve essere effettuata nel rispetto del principio di proporzionalità. In entrambi i decreti è stato, inoltre, previsto un meccanismo in virtù del quale la libertà d'impresa rappresenta la regola e le limitazioni al suo esercizio delle deroghe, che devono essere espressamente previste e giustificate da esigenze di interesse generale non altrimenti perseguibili.
- Sotto il profilo delle semplificazioni, il d.l. n. 5/2012, tra le molte misure in esso contenute, ha previsto l'introduzione di poteri sostitutivi attivabili anche su richiesta dei privati in casi di inerzia della pubblica amministrazione, il coordinamento e la pianificazione dei controlli nonché proceduto ad una semplificazione sistematica delle procedure relative alle attività d'impresa anche con riferimento a settori molto importanti come quello degli appalti o come quello della tutela dell'ambiente (introduzione dell'autorizzazione unica in materia ambientale per le piccole e medie imprese).
- L'avvio di un'attività d'impresa è stato reso più agevole grazie alla cosiddetta Comunicazione unica e alla possibilità di iniziarne immediatamente l'esercizio nei casi in cui sia possibile il ricorso alla dichiarazione d'inizio attività, con rilascio da parte dello Sportello Unico di una ricevuta avente valore di titolo autorizzatorio (articolo 38, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*», convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133).
- Sul fronte della creazione di un contesto in grado di sfruttare a pieno le potenzialità delle tecnologie dell'informazione per migliorare i servizi resi ai cittadini e alle imprese meritano apprezzamento positivo anche le disposizioni del decreto legge n. 5 del 2012 sull'«*Agenda digitale italiana*» e sul ricorso ai canali telematici come modalità esclusiva di comunicazione e di erogazione dei servizi, oltre quelle relative all'eliminazione dei certificati e all'informatizzazione dei rapporti tra cittadino e p.a.
- Quanto allo sviluppo dei mercati dei servizi che riutilizzano dati pubblici, è stato fissato il principio di «*disponibilità dei dati pubblici*» (articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, «*Codice dell'amministrazione digitale*») ed è stata prevista la possibilità per le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico di consentire il riutilizzo delle informazioni che vengono raccolte, prodotte, e diffuse nell'ambito del perseguimento dei propri compiti istituzionali (articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36).

Misure già previste ma ancora da attuare

Le misure adottate dal Governo sono di estrema importanza, ma potranno produrre gli effetti attesi solo se si procederà senza indugio alla loro piena attuazione.

- Quanto alle misure di liberalizzazione e di riduzione degli oneri amministrativi di cui al d.l. n. 1/2012 e al d.l. n. 5/2012, l'Autorità, oltre ad evidenziare come sia importante l'adozione nel più breve termine possibile dei regolamenti attuativi, intende richiamare l'attenzione del Governo sulla necessità di procedere ad un'applicazione rigorosa del principio di proporzionalità, basata sull'individuazione puntuale dello specifico interesse generale che si intende in concreto tutelare e sulla valutazione circa il carattere necessario della restrizione, dovendosi accertare che non esistano soluzioni alternative meno restrittive della concorrenza e prendendo in considerazione in primo luogo l'“opzione zero”, costituita dalla soppressione dei regimi di autorizzazione o delle ulteriori restrizioni; andranno, di contro, evitati richiami a formulazioni generiche che si prestano ad illegittime interpretazioni estensive dell'area all'interno della quale sono ammesse le limitazioni al libero esercizio delle attività economiche. Una volta effettuata la ricognizione dei regimi di autorizzazione, anche impliciti, da mantenere, ciascuna pubblica amministrazione dovrà ridefinire (o verificare la coerenza con la nuova disciplina) i termini, i requisiti e i documenti necessari per ciascun procedimento (in modo da rendere chiaro ad ogni operatore ciò che è necessario e quali sono i tempi per l'inizio di una determinata attività).
- Il coinvolgimento in corso degli *stakeholder* in tutti gli stadi del processo di misurazione e riduzione degli oneri è senz'altro apprezzabile, ma deve essere necessariamente finalizzato con l'adozione dei conseguenti interventi di riduzione.
- Considerata l'importanza che la digitalizzazione dei rapporti dell'amministrazione con le imprese riveste nell'ottica della riduzione degli oneri burocratici su di esse gravanti e della semplificazione delle procedure, l'Autorità auspica che anche relativamente a questa materia si proceda ad una tempestiva adozione dei regolamenti di attuazione del d.l. n. 5/2012, onde garantire il concreto prodursi degli effetti e dei benefici che tale riforma comporta. La necessità di dare attuazione alle misure di semplificazione telematica e all'Agenda digitale italiana in tempi brevi appare ancora più rilevante se si tiene conto dei dati dell'ultima indagine ONU sull'*e-Government* che, nonostante il miglioramento dei risultati conseguiti in passato, vedono l'Italia collocarsi al 32° posto su base mondiale e al 12° sui 15 principali Paesi dell'Unione europea¹.

Cosa resta da fare

1) Riduzione degli oneri amministrativi

L'eccesso di oneri amministrativi è una delle principali cause dello svantaggio competitivo dell'Italia nel contesto europeo, come anche riconosciuto dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Una pubblica amministrazione efficiente, “leggera” e rapida nell'assumere le proprie decisioni costituisce una “infrastruttura” in grado di elevare il grado di competitività di un Paese; viceversa, l'esistenza per cittadini e imprese di vincoli e restrizioni non necessarie rende l'apparato burocratico un peso per lo sviluppo.

¹ UN E-government Survey 2012 in www.unpan.org.

La capacità dello Stato di ridurre gli oneri amministrativi e la spesa pubblica per i servizi burocratici consente di liberare risorse utilizzabili per la crescita.

Alcune delle misure approvate e in corso di attuazione vanno in questa direzione, anche se molto resta ancora da fare, tenuto anche conto che, secondo alcuni dati, l'Italia si colloca al penultimo posto, solo davanti alla Grecia, nella graduatoria dell'indice di liberalizzazione per la p.a. riferito ai principali quindici Paesi dell'UE².

Per quanto riguarda gli oneri amministrativi, la regola del *"one in, one out"*, di cui all'articolo 8 della legge 11 novembre 2011, n. 180, così come modificato dal decreto legge n. 5 del 2012, muove, implicitamente, dal presupposto che l'attuale livello di oneri amministrativi contenuti nell'ordinamento sia soddisfacente, di talché sarebbe sufficiente la previsione della necessaria eliminazione di un numero di oneri pari a quelli che si ritenesse di dover introdurre per pervenire ad un assetto efficiente delle regole da osservare da parte degli operatori economici.

L'Autorità, al contrario, ritiene che così non sia e che risulti indispensabile identificare le modalità per diminuire l'ammontare complessivo degli oneri amministrativi attualmente previsti, in modo tale da contribuire a liberare le risorse necessarie a dare nuovo impulso alla competitività e alla produttività delle imprese, derivanti anche da nuovi investimenti, troppo spesso impediti o quantomeno fortemente rallentati dalla selva di previsioni di varia natura da dover osservare, senza che, spesso, sia peraltro chiaro il bene tutelato dalle diverse regole.

In questa prospettiva, nella segnalazione del 5 gennaio 2012 *"Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza"*, proprio al fine di evitare l'aggravamento dell'attività delle imprese con costi e adempimenti inutili, l'Autorità aveva segnalato la necessità di prevedere la detraibilità per cittadino e imprese delle spese sostenute per l'adeguamento a nuove normative, che introducono nuovi oneri burocratici.

La necessità di trovare la puntuale copertura finanziaria per ogni previsione costituirebbe, infatti, un formidabile ostacolo all'introduzione di nuovi oneri amministrativi e si tradurrebbe in un potente stimolo all'introduzione soltanto degli oneri effettivamente indispensabili.

Al riguardo, si ribadisce anche la necessità di individuare la migliore modalità per estendere il meccanismo alle Regioni, facendo ricadere sul loro bilancio il minor gettito derivante dalle eventuali detrazioni fiscali, generate da norme regionali "aggravanti" i procedimenti.

L'Autorità, oltre a ribadire l'importanza dell'introduzione della previsione appena sopra esposta (tendente comunque a rendere effettivo il divieto di introduzione di nuovi oneri), ritiene, in ogni caso, necessario modificare l'articolo 8, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180, pervenendo ad una formulazione che imponga la riduzione degli oneri attualmente vigenti, rafforzando in tal modo l'azione in corso da parte del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione di consultazione degli operatori al fine di misurare gli oneri per poi procedere alla loro riduzione.

Solo così appare possibile raggiungere un risultato caratterizzato da un'effettiva diminuzione dell'attuale livello degli oneri amministrativi che rappresenta un ostacolo importante per l'attrazione di nuovi investimenti e per il dispiegarsi delle potenzialità derivanti dall'apertura e dall'esercizio di nuove attività economiche.

2) Istituzione del tutor di impresa

Accanto alle già menzionate iniziative di semplificazione amministrativa e normativa realizzate o avviate dal Governo, è necessario puntare anche sugli aspetti comportamentali per facilitare gli adempimenti cui sono tenuti cittadini e imprese.

² IBL, *Indice delle liberalizzazioni 2012*, figura pag. 269.

In alcuni Paesi europei sono state sviluppate buone pratiche relativamente ai rapporti tra uffici pubblici e imprese nell'ambito degli *iter* autorizzatori. Il riferimento è a quegli istituti procedurali che prevedono le figure del *Project Manager* e del *Permit Pilot*, deputati ad assistere le imprese nelle fasi di avvio e di svolgimento delle procedure, risolvere situazioni di impasse, formulare proposte per accelerare la decisione delle amministrazioni.

Queste buone pratiche potrebbero essere importate nel nostro Paese, declinandole nella figura del *tutor* d'impresa. L'obiettivo è di invertire l'approccio della p.a. ai procedimenti riguardanti le attività produttive: la p.a. da controllore deve diventare facilitatore.

Questo obiettivo appare raggiungibile se si considera il patrimonio di esperienze e competenze dei funzionari pubblici italiani, che, al pari di quelli di altri Paesi europei, potrebbero dare un contributo concreto agli investimenti privati in attività produttive in modo da stimolare la crescita.

Il *tutor* d'impresa andrebbe quindi considerato come un vero e proprio catalizzatore nei processi decisionali. La funzione di *tutor* dovrebbe essere collocata presso gli Sportelli Unici per le Attività Produttive, ossia le strutture che rappresentano i "terminali" della p.a. per tutte le vicende amministrative riguardanti le imprese. Sul piano strutturale e organizzativo, il *tutor* dovrebbe essere identificato con il responsabile dello sportello unico o con un suo incaricato. In questo secondo caso, il *tutor* supporterebbe il responsabile dello sportello.

I compiti del *tutor* dovrebbero riguardare i procedimenti più complessi che, per legge, si concludono con provvedimento espresso, ossia quelli di maggiore interesse per le imprese e che presentano maggiori criticità dal punto di vista della lunghezza e farraginosità dei relativi iter. Nel merito, il *tutor* potrebbe assicurare un *set* di servizi alle imprese. Non si tratterebbe di creare una nuova funzione amministrativa, ma di specificare e regolare meglio alcuni compiti che già oggi la legge assegna agli sportelli unici per le attività produttive.

In particolare, il *tutor* dovrebbe rappresentare il punto di contatto diretto per l'impresa e per l'Agenzia per le imprese per il rilascio di titoli autorizzatori, a partire dalle fasi che precedono l'avvio di procedimenti (es. informazioni sui titoli abilitativi, documenti da allegare). Una volta avviato il procedimento, il *tutor* andrebbe considerato come una sorta di "mediatore amministrativo", col compito, da un lato, di supportare le amministrazioni, far funzionare i meccanismi procedurali, curare il rispetto dei tempi e le comunicazioni, anche in conferenza di servizi e, dall'altro, di assistere e tenere costantemente informate le imprese nel corso di tutta la procedura.

Parallelamente all'istituzione della figura del *tutor* andrebbe potenziato il ruolo di assistenza alle imprese da parte delle Regioni, che potrebbero, attraverso i *tutor* d'impresa, curare il coordinamento e il miglioramento dei servizi amministrativi riguardanti le attività produttive. Si potrebbe inoltre prevedere la creazione di un *help desk* presso le Regioni per le ipotesi in cui i Comuni non assicurino la funzione del *tutor* d'impresa. In questi casi, l'impresa potrebbe rivolgersi alla Regione competente affinché quest'ultima, anche con il supporto di *tutor* di altri sportelli unici ubicati nel proprio territorio, assicuri i servizi minimi di assistenza e consulenza.

3) Certezza del diritto e dei tempi dell'azione amministrativa

Il tempo è un "bene della vita" e lo è sia per il cittadino che per le imprese.

I ritardi delle pubbliche amministrazioni nel dare risposte alle richieste dei privati costituiscono elementi patologici, che aggravano il peso dell'apparato burocratico e frenano lo sviluppo del Paese, secondo quanto detto in precedenza.

E' necessario introdurre misure che disincentivino e sanzionino tali ritardi e consentano che cittadini e imprese sappiano con certezza quali sono gli effettivi tempi dell'azione amministrativa.

Parimenti, deve essere garantita la certezza sulle regole da applicare e troppo spesso i già tortuosi procedimenti amministrativi sono resi ancor più complessi dalla difficoltà nell'individuare tali regole in un groviglio di norme statali e regionali, a volte anche in contrasto tra loro.

L'incertezza è indice di non affidabilità di un sistema e rischia di compromettere l'efficacia dei tentativi di apertura di diversi settori alla concorrenza: uno dei requisiti fondamentali per il dispiegarsi dei possibili fattori di crescita è, infatti, la possibilità, per gli operatori, di conoscere chiaramente ed *ex ante* la disciplina applicabile alle varie attività economiche.

In assenza di tali certezze (del diritto e dei tempi dell'azione amministrativa) risulta meno attraente investire nel Paese e ciò costituisce un elemento intollerabile nell'attuale quadro di crisi economica.

a) Ampliamento dei casi di esercizio del potere sostitutivo

Al fine di garantire, conformemente alla giurisprudenza della Corte costituzionale, l'unità giuridica e di salvaguardare la certezza dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo è necessario procedere ad una ricognizione degli ambiti in cui prevedere nuove ipotesi di potere sostitutivo dello Stato e delle Regioni in caso di inerzia dell'ente competente nel compimento degli atti o delle attività necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti. Il carattere non esaustivo del secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione lascia, infatti, impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi da parte di organi dello Stato o delle Regioni o di altri Enti territoriali rispetto a quelli in esso previsti (si cfr., *ex multis*, C. cost., sentenza 11 maggio 2011, n. 165).

L'ampliamento dei casi di esercizio del potere sostitutivo dovrà, ovviamente, avvenire nel rispetto degli ambiti di competenza tra Stato e Regioni così come definiti dalla giurisprudenza costituzionale ed essere conforme ai requisiti prescritti dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, «*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*».

Laddove il quadro costituzionale lo consenta, e nel pieno rispetto della ripartizione di competenze in esso delineato, sarebbe, dunque, auspicabile prevedere un potere sostitutivo che, in caso di inerzia dell'ente locale, si muova a ritroso coinvolgendo *in primis* la Regione e, in caso di inerzia di quest'ultima, il Governo. In questo modo, si potrebbe ridurre il numero, purtroppo ancora elevato, di casi in cui misure di rilievo ai fini dell'apertura dei mercati alla concorrenza finiscono per restare mere affermazioni di principio a causa dell'atteggiamento inerte delle amministrazioni locali e delle Regioni.

Nel rispetto del principio di leale collaborazione che richiede la previsione di adeguati e plurimi meccanismi volti a superare in via concordata il dissenso con la Regione, si potrebbe altresì prevedere che, in caso di esito negativo di tali procedure concordate, con le modalità di cui all'articolo 8 della legge n. 131 del 2003, anche nei casi in cui vi sia uno spostamento di competenze amministrative, a seguito di attrazione in sussidiarietà, si possa pervenire ad una decisione finale attraverso un primo invito a provvedere all'ente inadempiente e la successiva rimessione della questione alla Presidenza del Consiglio dei ministri al fine di provvedere con la partecipazione della Regione interessata (meccanismo già previsto dall'articolo 38 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 «*Misure urgenti per la crescita del Paese*», convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, in materia di energia, conformemente a quanto rilevato dalla citata giurisprudenza costituzionale).

b) Introduzione di un indennizzo forfetario e automatico per i ritardi delle pubbliche amministrazioni

Pur essendo stati numerosi i recenti interventi del legislatore per contrastare i ritardi dell'azione amministrativa, l'incapacità delle pubbliche amministrazioni di concludere i propri procedimenti nei tempi normativamente previsti continua ad essere un problema, che rappresenta in diversi casi un ostacolo al pieno dispiegarsi della libera concorrenza.

Il rilascio di autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso all'esercizio di attività imprenditoriali costituisce il presupposto per l'ingresso di operatori nei diversi mercati e se le modalità per ottenere tali provvedimenti amministrativi risultano eccessivamente gravose, tale elemento finisce per tradursi in un ostacolo per la concorrenza, specie per i nuovi entranti in determinati settori.

La previsione di procedimenti semplificati e accelerati spesso non risulta sufficiente se poi le p.a. tardano nell'adottare i provvedimenti spettanti alle imprese e allora, in aggiunta alle già esistenti possibilità di contrastare il silenzio della p.a. in via amministrativa (attivando i poteri sostitutivi, come di recente previsto dall'articolo 2, commi 9-bis e 9-ter, della legge n. 241/1990), si propone di introdurre uno strumento più volte ipotizzato nel passato, ma mai previsto a livello nazionale: il ricorso a forme di indennizzo automatico e forfetario che colpiscano i ritardi della p.a. (previsione già contenuta in un criterio di delega, poi non attuato, contenuto nell'articolo 17, comma 1, lettera f), della legge 15 marzo 1997, n. 59, «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed Enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa* »).

Tale forma di indennizzo, prevista ad esempio dall'articolo 16 della legge regionale della Toscana 23 luglio 2009 n. 40, non fa venire meno l'eventuale risarcimento del maggior danno, da provare secondo i criteri ordinari, ma costituisce una sorta di sanzione che disincentiva fortemente le amministrazioni e i propri dipendenti a non rispettare i termini dei procedimenti.

c) Sostituzione dell'interruzione del termine con la sospensione

L'attuale formulazione dell'articolo 10-bis della legge 8 agosto 1990, n. 241 prevede che nei procedimenti ad istanza di parte la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione.

Al fine di evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi di conclusione del procedimento ed un uso strumentale della norma stessa da parte delle amministrazioni, l'interruzione del termine andrebbe trasformata in una sospensione. Le imprese (e i cittadini) potrebbero così beneficiare di tempi più brevi per la conclusione dei procedimenti.

d) Maggiore certezza sui casi di applicabilità della segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA)

Nell'ottica di aumentare la certezza e la conoscibilità del diritto, sarebbe necessario procedere ad una ricognizione delle ipotesi, attualmente previste in diversi testi normativi, in cui gli operatori possono fare ricorso alla segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA), che rappresenta senza dubbio uno strumento efficace e molto utile di semplificazione delle procedure amministrative. Tale ricognizione dovrebbe essere prodromica all'elencazione in un unico atto normativo di tutte le fattispecie in cui è consentito all'impresa di poter dare inizio ad un'attività mediante l'istituto della SCIA. In tal modo, le imprese vedrebbero ridotti gli oneri informativi su di esse attualmente

gravanti e aumentato il grado di certezza e chiarezza circa la possibilità di ricorrere alla segnalazione di inizio d'attività.

Va, infatti, considerato che la generalizzazione di istituti quali silenzio assenso, DIA e SCIA non sempre costituisce la migliore risposta al problema dei costi e dei ritardi delle pubbliche amministrazioni, le cui difficoltà organizzative vengono aggirate dalla previsione di un esito del procedimento anche quando l'amministrazione non riesce a concluderlo.

Non si deve dimenticare, inoltre, che la sostituzione del provvedimento autorizzatorio con una denuncia carica sul privato il rischio della valutazione della situazione e dell'interpretazione normativa e non sempre tale responsabilità semplifica l'attività del privato e delle imprese, come dimostra il fatto che spesso nel settore edilizio si fa uso della possibilità di richiedere per maggiore certezza il permesso di costruire anche in ipotesi assoggettate a DIA (possibilità prevista dall'articolo 22, comma 7 del d.P.R. n. 380/2001, T.U. edilizia). Ciò in quanto l'assenza del provvedimento può mettere a rischio la sicurezza giuridica e la sicurezza dell'investimento finanziario compiuto.

4) Efficienza e crescita

Seguendo un'indicazione emersa recentemente nel dibattito culturale sulle soluzioni da adottare per garantire un'amministrazione più efficiente - e, per tale via, favorire la crescita complessiva del Paese - è necessario introdurre una norma che preveda un sistema piramidale di incentivi basato sulla misurazione dell'output delle singole amministrazioni. In base a tale sistema, i premi dovranno essere erogati solo alle amministrazioni che hanno raggiunto gli obiettivi e che si collocheranno al livello più alto della piramide. Sarà poi la singola amministrazione a distribuire i premi tra i suoi dipendenti. In questo modo si evita che i premi possano essere distribuiti indistintamente a tutti i dipendenti, anche a quelli delle amministrazioni meno efficienti, e si introduce una sorta di concorrenza comparativa tra amministrazioni, stimolando tutti i dipendenti di ogni amministrazione - ed in primo luogo i dirigenti - a raggiungere un elevato livello di efficienza, in assenza del quale alcun premio sarà riconosciuto.

5) Sviluppo dei mercati dei servizi legati al riutilizzo dei dati pubblici

I dati raccolti, prodotti e detenuti dal settore pubblico costituiscono una rilevante risorsa ancora solo marginalmente sfruttata. Al fine di incentivare lo sviluppo dei mercati legati all'utilizzo di dati nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni risultano necessari alcuni interventi.

a) Pubblicazione dei dati in possesso delle amministrazioni pubbliche

È necessario assicurare la più ampia trasparenza con riferimento ai dati in possesso delle amministrazioni, attraverso la pubblicazione delle liste dei dati riutilizzabili, cui i privati potrebbero accedere ai fini del loro sfruttamento commerciale. Tale pubblicazione dovrebbe avvenire su un idoneo sito internet, quale, ad esempio, il portale nazionale dei dati aperti www.dati.gov.it.

b) Obbligo di consentire il riutilizzo a condizioni eque e non discriminatorie

Per evitare comportamenti ostruzionistici da parte delle pubbliche amministrazioni si propone di trasformare in un obbligo l'attuale facoltà delle amministrazioni di consentire il riutilizzo delle informazioni in loro possesso. Deve essere, altresì, previsto che l'accesso avvenga in base a condizioni non discriminatorie, oggettive e trasparenti, soprattutto nei casi in cui le stesse amministrazioni offrano nei mercati a valle del riutilizzo, in concorrenza con altri operatori, prodotti informativi basati sull'elaborazione dei dati di cui dispongono.

c) Meccanismi idonei ad assicurare l'efficacia degli obblighi di trasparenza e di messa a disposizione dei dati

Sia l'obbligo di rendere pubbliche le liste dei dati riutilizzabili nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, sia l'obbligo di consentire il riutilizzo di tali dati devono essere assistiti da meccanismi che ne garantiscano l'effettività. Al riguardo, il testo del d.lgs. n. 36/2006 potrebbe essere integrato con una norma che preveda che, a fronte della richiesta di un soggetto privato di conoscere le banche dati delle quali un'amministrazione disponga e/o di accedere ai dati per il loro riutilizzo, l'amministrazione debba, entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, mettere a disposizione tali dati e contestualmente procedere alla pubblicazione della notizia della loro esistenza sul sito internet.

d) Ampliamento del novero dei dati per i quali è previsto il riutilizzo

L'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, esclude dalla possibilità di riutilizzo i dati detenuti da istituti d'istruzione e di ricerca e da Enti culturali, per i quali, tuttavia, non appaiono sussistere esigenze tali da escluderne la messa a disposizione ai fini del riutilizzo.

e) Previsione di un soggetto con compiti di regolazione e di vigilanza

È opportuno prevedere l'attribuzione di specifici compiti di regolazione e vigilanza ad un soggetto (preferibilmente già esistente) cui attribuire anche poteri di natura consultiva, per coadiuvare le amministrazioni nell'individuazione dei documenti da assoggettare alla disciplina del riutilizzo di cui al d.lgs. n. 36/2006. A tale soggetto potrebbero attribuirsi anche competenze in materia di composizione delle controversie relative all'esercizio del diritto di riutilizzo.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Per procedere ad una riduzione effettiva degli oneri amministrativi, si propone di:

- a) adottare una norma che preveda la detraibilità per cittadino e imprese delle spese sostenute per l'adeguamento a nuove normative, che introducono nuovi oneri burocratici, allo scopo di "costringere" il legislatore a reperire le risorse in caso di approvazione di nuove leggi che comportano aggravamenti, che devono avere, sotto tale profilo, copertura finanziaria;*
- b) modificare l'articolo 8 della legge 11 novembre 2011, n. 180, introducendo nello stesso una previsione che imponga l'attivazione di un meccanismo di riduzione degli oneri amministrativi.*

2) Istituzione del tutor di impresa al fine di creare un punto di contatto tra imprese e amministrazione nel corso dei procedimenti amministrativi e di trasformare il ruolo della p.a. da mero controllore a "facilitatore" con compiti di assistenza delle imprese.

3) Al fine di garantire l'unità giuridica e di salvaguardare la certezza dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo disincentivando ogni ritardo, si propone di:

- a) ampliare le ipotesi in cui in caso di inerzia dell'ente competente è possibile fare ricorso al potere sostitutivo dello Stato e delle Regioni, applicando ai casi di "intesa forte" con le Regioni la procedura prevista nell'articolo 38 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83;*
- b) inserire all'articolo 2-bis della legge n. 241/90 un comma 3, che preveda che «In caso di inosservanza dei termini per la conclusione dei procedimenti, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui al comma 1-ter sono tenuti a corrispondere agli interessati che ne facciano richiesta una somma di denaro a titolo di indennizzo per il mero ritardo, stabilita in misura fissa di 100,00 euro per ogni dieci giorni di ritardo, fino a un massimo di 1.000,00 euro. L'istanza va proposta entro un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento. Resta salvo l'eventuale diritto al risarcimento del danno.» Per evitare dubbi interpretativi, si propone di*

chiarire che le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, inserendo all'articolo 133, comma 1, del Codice del processo amministrativo la lettera a-ter) "le controversie relative all'applicazione dell'articolo 2-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241";

c) trasformare l'interruzione del termine prevista nell'articolo 10-bis della l. n. 241/1990 in una sospensione;

d) nell'ottica di aumentare la certezza e la conoscibilità del diritto, è opportuna una norma che deleghi il Governo ad effettuare una ricognizione delle ipotesi, attualmente previste in diversi testi normativi, in cui gli operatori possono fare ricorso alla segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) per procedere all'elencazione delle stesse in un unico testo.

4) Per garantire un'amministrazione più efficiente e favorire la crescita complessiva del Paese, è necessario introdurre una norma che preveda un sistema piramidale di incentivi basato sulla misurazione dell'output delle singole amministrazioni.

5) Al fine di assicurare che gli operatori privati siano messi in condizione di fornire in concorrenza i servizi legati al riutilizzo dei dati pubblici è necessario:

a) prevedere, nel testo del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni e per gli organismi di diritto pubblico di predisporre le liste dei dati riutilizzabili e di trasmetterle ai fini della pubblicazione su un idoneo sito internet;

b) modificare l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, introducendo l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di consentire il riutilizzo dei dati non espressamente esclusi dal d.lgs. n. 36/2006, nonché di assicurare un'effettiva parità di trattamento tra gli operatori che intendono riutilizzare i dati pubblici;

c) inserire nel d.lgs. n. 36/2006 una norma che, a fronte della richiesta di un soggetto privato di sapere di quali banche dati disponga un'amministrazione e/o di accedere ai dati per il loro riutilizzo, preveda che l'amministrazione debba, entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, mettere a disposizione tali dati e contestualmente procedere alla pubblicazione della notizia della loro esistenza sul sito internet;

d) abrogare le disposizioni di cui alle lettere c) e d) dell'articolo 3 del d.lgs. n. 36/2006, comprendendo, pertanto, tra i dati oggetto dell'applicazione del citato decreto legislativo, anche quelli nella disponibilità di istituti d'istruzione e di ricerca e di Enti culturali, per i quali non appaiono sussistere ragioni valide ad escluderne la messa a disposizione da parte dei soggetti che li detengono;

e) attribuire ad uno specifico soggetto, competenze di regolazione e vigilanza in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico, con poteri anche di natura consultiva in relazione ai documenti da assoggettare al regime del riutilizzo. Al soggetto citato potrebbero attribuirsi anche competenze in materia di risoluzione delle controversie relative all'esercizio del diritto di riutilizzo.

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Dopo l'abrogazione, per effetto del referendum del giugno 2011, dell'articolo 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*», convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, una disciplina dei servizi pubblici locali era stata introdotta dall'articolo 4 del

decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, «*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*», convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 e dalla successiva legge 12 novembre 2011, n. 183, dichiarato costituzionalmente illegittimo, anche con riferimento alle successive modifiche, dalla sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012 n. 199.

- Il grado di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici è ancora insufficiente: l'affidamento diretto, prevalentemente nella forma dell'*in house providing*, rimane la soluzione generalmente prescelta dagli Enti locali per la gestione dei servizi. Solo il 40% dei servizi di gestione dei rifiuti (raccolta e trasporto) e il 51% dei servizi di trasporto pubblico locale risultano affidati ad esito di una procedura ad evidenza pubblica³. Una parte significativa delle società *in house* attive nei servizi pubblici locali risulta in perdita⁴. I mercati sono caratterizzati da una significativa frammentazione dell'offerta⁵. Ad essa si accompagna la scarsa presenza di soggetti privati nella gestione dei servizi, presenza che, invece, potrebbe favorire i necessari investimenti infrastrutturali e l'innovazione tecnologica. Le cause di questa situazione vanno rinvenute primariamente nell'incertezza normativa prodotta dal proliferare e sovrapporsi di norme generali e settoriali, nonché nella frammentazione delle competenze tra i diversi livelli di governo locale, cui non ha corrisposto un esercizio puntuale e programmato delle competenze che le singole normative di settore attribuiscono allo Stato. Infine, la concorrenza nel mercato risulta quasi assente, pur in settori dove quanto meno segmenti di attività appaiono profittevoli.

Misure già previste ma ancora da attuare

Trasporto pubblico locale

- Nella segnalazione del 5 gennaio 2012 “*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*” l'Autorità aveva evidenziato l'importanza dell'istituzione di un'autorità indipendente di regolazione del settore dei trasporti ai fini della creazione di un assetto istituzionale e regolatorio, affidato ad un soggetto terzo, che garantisca una maggiore concorrenzialità nell'accesso alle infrastrutture, prefigurando modalità di tariffazione non discriminatorie, orientate ai costi e all'efficienza e, soprattutto, idonee a incentivare gli investimenti. Proprio per consentire il passaggio ad una regolazione pro-concorrenziale del settore, cruciale per l'apertura dello stesso alla concorrenza, l'Autorità intende richiamare l'attenzione del Governo sull'urgenza di rendere operativa la già istituita Autorità di regolamentazione dei trasporti.

³ Come risulta, per i rifiuti, da un'indagine condotta nel 2009 dall'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici e, per il TPL, dalla pubblicazione *Radiografia del TPL*, ASSTRA Associazione nazionale delle imprese pubbliche di trasporto, 2012 (Dati aggiornati al 31 dicembre 2011 relativi alle autolinee urbane ed extraurbane, tram e metropolitana).

⁴ La percentuale di società in perdita risulta pari al 38,69% nel 2005, al 36,95% nel 2006 e al 37,63% nel 2007. Cfr. Corte dei Conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province*, Deliberazione n. 14/ AUT/2010/FRG del 30 giugno 2010.

⁵ Il mercato dei servizi di TPL su gomma è suddiviso tra una minoranza di aziende private, che svolgono principalmente servizi di trasporto extraurbano e aziende con una forte connotazione pubblica che rappresentano circa il 95% del trasporto urbano e il 75% circa del trasporto extraurbano. Il frazionamento del mercato è particolarmente accentuato nel settore del trasporto extraurbano. L'88% delle aziende ha un numero di addetti inferiore a 100 unità e la maggior parte di queste

Gestione dei rifiuti

- Per garantire maggiore concorrenza *nel e per* il mercato è necessario che il Governo dia attuazione all'articolo 195, comma 1, lett. n) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, «*Norme in materia ambientale*», procedendo all'adozione, d'intesa con la Conferenza unificata, delle linee guida per la definizione delle gare d'appalto per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti, anche al fine di definire: *i)* i criteri di ripartizione dei lotti di gara affinché siano conseguite economie di scala e di densità; *ii)* le attività oggetto dell'esclusiva, nell'ottica di ridimensionare l'ampiezza ingiustificata dei diritti di esclusiva e i fenomeni di "assimilazione" dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani.
- Al fine di evitare l'arbitraria estensione delle aree soggette ad esclusiva, è opportuno che il Governo proceda all'adozione dell'atto per la determinazione dei criteri qualitativi e quali-quantitativi per l'assimilazione, ai fini della raccolta e dello smaltimento, dei rifiuti speciali e dei rifiuti urbani, di cui all'articolo 195 comma 2, lettera e) del d.lgs. n. 152/2006.
- Occorre, altresì, dare concreta applicazione all'articolo 206-bis del d.lgs. n. 152/2006, rendendo attivo e funzionante l'Osservatorio nazionale dei rifiuti, presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, istituendo presso detto osservatorio una banca dati nazionale necessaria per una corretta ed efficiente gestione dei rifiuti su tutto il territorio ed una piattaforma organizzata (Borsa dei Rifiuti), per la gestione delle offerte di acquisto e vendita di rifiuti da avviare a recupero (materiale o energetico) che possa eventualmente fungere da controparte centrale per gli scambi.
- Per garantire l'effettivo rispetto dei tempi previsti nell'articolo 208, comma 8, del d.lgs. n. 152/2006 per la realizzazione e gestione di nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, si ritiene necessario il monitoraggio da parte del Governo dell'attività delle Regioni ai fini dell'esercizio del potere sostitutivo, di cui all'articolo 208, comma 10, d.lgs. n. 152/2006.

Cosa resta da fare

Dopo la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, si pone l'esigenza di individuare meccanismi di gestione dei servizi pubblici locali, che siano chiari, di semplice attuazione e idonei a assicurare un maggior grado di concorrenza, ovviamente nel rispetto dei criteri definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012.

La disciplina abrogata per effetto del referendum e quella oggetto della declaratoria di incostituzionalità dettavano una normativa generale, inerente a quasi tutti i servizi pubblici locali, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e a introdurre alcuni principi in favore della prestazione dei servizi in regime di libera iniziativa economica.

La Corte costituzionale, nel rilevare la violazione dell'articolo 75 della Costituzione, ha posto in risalto soprattutto la prima finalità della norma tendente ad escludere la possibilità di affidamenti diretti, in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando

l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (articolo 106 TFUE).

I dati riportati in precedenza dimostrano come l'utilizzo dello strumento dell'affidamento diretto sia andato in concreto oltre i presupposti delineati dall'ordinamento comunitario e, per evitare tale inconveniente nel diverso settore delle società strumentali che prestano servizi in favore della p.a., è stato di recente introdotto, con finalità di contenimento della spesa, l'articolo 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 135, che ha stabilito i limiti per l'operatività di tali società, anche *in house* e per gli affidamenti diretti.

Senza intervenire nuovamente con una norma di carattere generale, appare preferibile seguire la strada di un intervento normativo che riguardi i settori dei servizi pubblici locali, di più ampia diffusione e dove maggiormente sussistono spazi di apertura alla concorrenza. Tale soluzione ha il vantaggio di calibrare la disciplina sulla specificità dei singoli settori, evitando di reintrodurre un'ulteriore norma generale, i cui contenuti potrebbero nuovamente risultare di dubbia costituzionalità.

Gli interventi proposti riguardano il settore del trasporto pubblico locale e quello della gestione dei rifiuti. Gli altri settori sono, infatti, già oggetto di discipline speciali di liberalizzazione (si pensi, in tal senso, al settore dell'energia elettrica e del gas) o sono stati al momento di fatto in gran parte esclusi dalla gestione da parte di privati (è il caso del servizio idrico).

Per ciascuno di questi due settori si procederà di seguito ad indicare le specifiche misure necessarie a creare contesti in cui alle regole della concorrenza e ai suoi meccanismi sia riconosciuto un ruolo di maggior rilievo, data la presenza ancora molto estesa delle gestioni in esclusiva.

Trasporto pubblico locale

1) Modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale

Il trasporto pubblico locale è un settore dove le potenzialità di apertura ad una concorrenza effettiva sono ampie.

In considerazione di ciò, si propone di prevedere che l'ente locale mantenga la propria autonomia di scegliere le diverse modalità di gestione del servizio, che sono: *a)* lo svolgimento del servizio in regime di libera iniziativa economica; *b)* l'affidamento in esclusiva con gara; *c)* l'affidamento ad una società mista, il cui socio privato è scelto con gara.

Per gli affidamenti *in house* è sufficiente rinviare ai limiti derivanti dalla normativa comunitaria.

Al fine di garantire una maggiore efficienza nella gestione del servizio e l'ampio dispiegarsi della libera iniziativa economica, può essere introdotto l'obbligo per l'ente locale di richiedere un parere preventivo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel caso in cui non intenda fare ricorso al mercato e, dunque, alla libera concorrenza per la gestione del servizio (richiesta di parere limitata agli Enti locali con popolazione superiore ai 50.000 abitanti, fermo restando che anche per gli altri Enti locali la valutazione deve essere comunque fatta, risultando solo facoltativa la richiesta di parere). Nella richiesta di parere l'ente dovrà indicare le specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in "deroga" alla concorrenza non svantaggiosa per i cittadini, rispetto alla modalità in concorrenza.

Il parere dell'Autorità è funzionale nel caso di specie a garantire che l'assetto delineato sia, oltre che puntualmente definito nei suoi contenuti, anche improntato al perseguimento dell'efficienza nella gestione del servizio pubblico, facendo entrare anche le ragioni della concorrenza nell'iter decisionale dell'ente locale.

L'intervento proposto richiede l'abrogazione dell'articolo 61 della legge n. 99 del 2009, misura da adottare anche nel settore del trasporto ferroviario passeggeri.

2) Estensione dei segmenti di attività aperti alla concorrenza

In un settore in cui prevalgono ancora i diritti speciali ed esclusivi e alla libera iniziativa economica è riconosciuto uno spazio molto residuale, è necessaria l'adozione di una misura di forte impatto pro-concorrenziale che, avendo come parametro di riferimento il rispetto dell'equilibrio economico finanziario del gestore del servizio pubblico, consenta anche a soggetti terzi di entrare nei segmenti profittevoli dell'attività di trasporto pubblico locale, introducendo adeguati meccanismi di compensazione. Una simile misura avrebbe il vantaggio di evitare il prodursi di effetti di *cream skimming* (ingresso da parte dei nuovi entranti esclusivamente nei segmenti profittevoli del mercato) a danno del gestore del servizio pubblico e, al contempo, di accrescere il grado di concorrenza possibile nella gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. Di tale misura potrebbero beneficiare anche gli utenti che si troverebbero a godere di un ventaglio più ampio di servizi, forniti a prezzi più competitivi.

Nei casi di comprovata alterazione dell'equilibrio economico del gestore del servizio andrebbe adottato il meccanismo di compensazione proposto per il servizio di trasporto ferroviario, basato sulla possibilità di chiedere al nuovo operatore il pagamento di diritti di esercizio o di *royalties* all'ente pubblico sussidiante.

Qualora l'ente locale intenda negare l'autorizzazione allo svolgimento da parte dei terzi di servizi anche in sovrapposizione a quelli gestiti dal concessionario del servizio pubblico è necessario prevedere l'obbligo di chiedere il parere preventivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

Gestione dei rifiuti

1) Individuazione e riorganizzazione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO)

Per rendere più agevole l'accesso sul mercato di nuovi operatori e massimizzare le economie di scala e l'efficienza del servizio si propone di eliminare le disomogeneità sul territorio indotte dalla presenza solo in alcune Regioni degli Ambiti Territoriali Ottimali (in seguito anche ATO) procedendo all'individuazione da parte del Governo, previa intesa forte con le Regioni, di ATO anche su base sovraregionale. Tale misura deve essere attuata mediante una modifica degli articoli 195 e 200 del d.lgs. n. 152/2006. Si dovrebbero inoltre introdurre meccanismi idonei ad evitare l'insorgere di conflitti di interessi tra chi stabilisce tariffe e regole e svolge le procedure di gara e chi prende parte alle stesse tramite una società partecipata.

2) Concorrenza ed equilibrio economico finanziario del gestore del servizio pubblico

Per conciliare la concorrenza con l'esigenza di garantire l'equilibrio economico finanziario del gestore del servizio pubblico locale (e proposto anche per il trasporto ferroviario), si suggerisce l'adozione anche in questo settore di un meccanismo di compensazione sul modello di quello già indicato per i servizi del trasporto ferroviario e del trasporto pubblico locale.

3) Misure per aumentare la concorrenza per il mercato

Poiché nel settore dei rifiuti la presenza delle gestioni in esclusiva rende possibile il confronto competitivo tra gli operatori solo nella fase di partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio, l'Autorità propone di modificare il termine di durata dei contratti di servizio di cui all'articolo 203, comma 2, trasformando il termine di durata minima di 15 anni attualmente previsto in un termine di durata massima. Ciò consentirà di evitare che il mercato resti chiuso alla concorrenza per periodi eccessivamente lunghi e non giustificati in ragione delle caratteristiche del servizio.

PROPOSTE OPERATIVE**Trasporto pubblico locale**

1) Al fine di garantire una gestione più efficiente del servizio di trasporto pubblico locale improntata alle regole della concorrenza, si propone di:

a) modificare l'articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997, sostituendo il comma 2 con i seguenti commi:

“2. Nell'ambito della propria autonomia gli Enti locali individuano una delle seguenti modalità di svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale: a) regime di libera iniziativa economica; b) affidamento in esclusiva mediante procedura di evidenza pubblica, previa definizione degli eventuali obblighi di servizio pubblico; c) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con gara con le modalità previste dall'ordinamento comunitario e previa definizione degli eventuali obblighi di servizio pubblico.

2-bis. Resta ferma la possibilità per l'ente locale di procedere all'affidamento in house, nei limiti fissati dall'ordinamento comunitario.

2-ter. Al fine di garantire che la gestione del servizio risponda ad esigenze di efficienza, l'ente, qualora non intenda far ricorso alla libera iniziativa economica, procedendo ai sensi del comma 2, lett. b) e c) o del comma 2-bis, deve indicare le ragioni di carattere economico che giustificano tale scelta e, in caso di Enti locali con popolazione superiore a 50.000 abitanti, chiedere il parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Ai fini del parere, l'ente deve inviare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato una relazione da cui emergano le valutazioni di convenienza economica e finanziaria della forma di gestione prescelta, tenendo conto degli obblighi di servizio pubblico, della qualità e del grado di efficienza ed economicità del servizio. Decorso il termine di sessanta giorni, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

2-quater. La durata dell'affidamento è fissata dall'ente in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti, e comunque in misura non superiore all'ammortamento delle opere che devono essere realizzate dal soggetto affidatario. E' esclusa qualsiasi possibilità di rinnovo automatico e di proroga degli affidamenti di cui al presente articolo.

2-quinquies. Le procedure competitive di cui alle lettere b) e c) del comma 2 sono svolte nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'unione europea e dei principi generali in materia di contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità”;

b) modificare le restanti parti dell'articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997 rendendole coerenti con la proposta di cui alla lettera a).

2) Per ampliare le possibilità di concorrenza nell'offerta di servizi di trasporto pubblico locale modificare l'articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997 nel senso di prevedere la possibilità, per le imprese diverse dal concessionario del servizio pubblico di fornire servizi di trasporto locale di passeggeri anche in sovrapposizione alle linee gestite in regime di esclusiva, a condizione che non sia compromesso l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico in termini di redditività. In caso di comprovata compromissione dell'equilibrio economico, prevedere che le imprese che intendono avviare un nuovo servizio di trasporto pubblico locale abbiano comunque diritto all'accesso al mercato, previa corresponsione di diritti sull'esercizio del servizio. Il versamento di tali diritti deve compensare l'aumento dei corrispettivi per gli obblighi di servizio pubblico conseguenti all'ingresso nel mercato dei nuovi operatori.

Gli Enti di governo locale, individuati ai sensi dell'articolo 3-bis del d.l. n. 138/2011, autorizzano i servizi richiesti e, se del caso, dispongono le eventuali limitazioni agli stessi, in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti. Qualora l'ente locale intenda negare l'autorizzazione allo svolgimento da parte dei terzi di servizi anche in sovrapposizione a quelli gestiti dal concessionario del servizio pubblico, deve chiedere il parere preventivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti che si esprime entro sessanta giorni.

Gestione dei rifiuti

1) Al fine di superare la disomogenea definizione degli ambiti sul territorio nazionale, dovuta anche all'inerzia di alcune Regioni, si propone di modificare gli articoli 195 e 200 del d.lgs. n. 152/2006 nel senso di attribuire allo Stato, previa intesa forte con le Regioni il compito di individuare gli Ambiti Territoriali Ottimali (di seguito ATO) eventualmente anche su base sovraregionale, superando il riferimento ai criteri di ripartizione giuridico amministrativa in favore di criteri di efficienza orientati al conseguimento di economie di scala e differenziazione.

Introdurre meccanismi idonei a evitare conflitti di interessi tra chi stabilisce tariffe e regole e svolge le procedure di gara e chi prende parte alle stesse tramite una società partecipata.

2) Al fine di garantire la piena e più ampia operatività dei meccanismi concorrenziali si propone di:

a) modificare l'articolo 202 del d.lgs. n. 152/2006 nel senso di prevedere la possibilità per imprese diverse dal titolare del contratto di servizio pubblico di fornire servizi anche in sovrapposizione a quelli gestiti in regime di esclusiva, a condizione che non sia compromesso l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico in termini di redditività, secondo le modalità indicate per il trasporto locale. Gli Enti di governo locale, individuati ai sensi dell'articolo 3-bis del d.l. n. 138/2011, autorizzano i servizi richiesti e, se del caso, dispongono le eventuali limitazioni agli stessi, in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti. Qualora l'ente locale intenda negare l'autorizzazione allo svolgimento da parte dei terzi di servizi anche in sovrapposizione a quelli gestiti dal concessionario del servizio pubblico, deve chiedere il parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza del mercato, che si esprime entro sessanta giorni.

b) ridurre il termine di durata dei contratti di servizio di cui all'articolo 203, comma 2, d.lgs. n. 152/2006, trasformando il termine di durata minima di 15 anni in termine di durata massima.

ENERGIA ELETTRICA E GAS

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

I settori dell'energia elettrica e del gas sono stati interessati negli ultimi anni, su impulso di norme comunitarie, da un importante processo di apertura dei mercati, i cui elementi caratterizzanti sono rappresentati da:

- liberalizzazione delle fasi potenzialmente concorrenziali (generazione, approvvigionamento, vendita);
- separazione proprietaria delle fasi in monopolio naturale del trasporto (dello stoccaggio per il gas) da quelle in concorrenza;
- apertura totale della domanda al mercato;
- creazione di mercati organizzati all'ingrosso liquidi e trasparenti.

Nonostante una significativa crescita in termini quantitativi di operatori nuovi entranti (accompagnata nel settore elettrico da un notevole incremento della capacità produttiva installata),

permangono le seguenti criticità, che determinano oggettivi svantaggi per il sistema produttivo italiano:

- prezzi all'ingrosso del gas naturale e dell'energia elettrica mediamente più alti rispetto alla media europea;
- ritardi nella realizzazione di infrastrutture di interesse nazionale (per il gas, carenza nella capacità di importazione e di stoccaggio, per l'energia elettrica, inadeguatezza della rete di trasmissione nazionale);
- scarsa mobilità (tasso di *switching*) dei consumatori domestici.

Misure già previste ma ancora da attuare

Con riferimento alla necessità di individuare prima e, realizzare poi, le opere che si ritengono fondamentali al fine di garantire la sicurezza e lo sviluppo di una maggiore concorrenza (e, dunque, una riduzione dei prezzi dell'energia elettrica e del gas) del sistema nazionale dell'energia, l'attuale quadro normativo appare sufficientemente definito. In particolare è previsto che: *i)* il Governo individui, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 57-bis, comma 1, del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, le infrastrutture energetiche ritenute prioritarie; *ii)* siano previsti meccanismi di incentivazione economica alla realizzazione delle infrastrutture energetiche prioritarie (ad esempio una percentuale elevata - o totale - di copertura dei costi di investimento a fronte di un accesso regolato).

Al riguardo appare necessario che il Governo proceda all'individuazione delle infrastrutture essenziali:

- ad esito di una rigorosa analisi dell'effettivo fabbisogno di nuovi investimenti per il nostro paese (al fine di evitare che gravi sulle tariffe pagate dai consumatori finali una quantità eccessiva di investimenti);
- in stretta coerenza con il processo di individuazione delle cd infrastrutture di interesse comune europeo ai sensi dell'emanando Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulle infrastrutture energetiche (cd *energy infrastructure package*)⁶; ciò in particolare al fine di evitare ritardi o ostacoli alla realizzazione di investimenti ritenuti prioritari nel contesto nazionale ma di scarso interesse per altri paesi membri interessati;
- ipotizzando forme di penalizzazione per i soggetti realizzatori di infrastrutture ritenute essenziali in caso di ritardo nella realizzazione loro imputabile.

Cosa resta da fare

1) Durata dei procedimenti di autorizzazione

Al di là della loro individuazione come prioritarie, una delle principali cause del ritardo nella realizzazione delle infrastrutture energetiche nel nostro Paese è il complesso sistema di *governance* multilivello che interessa il settore dell'energia, che ha determinato un'elevata conflittualità istituzionale tra poteri centrali e locali. Tale dialettica istituzionale tende a rendere incerta

⁶ Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli "*orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee che abroga la decisione n. 1364/2006 CE, 2011/0300(COD)*". La proposta di regolamento è stata pubblicata dalla Commissione nell'ottobre 2011. Il 24 novembre è stata presentata in Consiglio europeo. Nel mese di maggio si è completato l'*iter* di presentazione degli emendamenti e la proposta è attualmente al Parlamento Europeo, in attesa di una prima lettura.

l'effettiva durata dei procedimenti di autorizzazione oltre che ben superiore a quella prevista dalle normative vigenti⁷.

Attualmente la normativa nazionale in materia di poteri sostitutivi dello Stato rispetto alle Regioni inadempienti nel rendere i pareri dovuti all'interno del processo autorizzativo di infrastrutture energetiche è contenuta all'articolo 38 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83. La norma prevede che, nel caso di mancata espressione da parte delle amministrazioni regionali degli atti di assenso o di intesa, il Ministero dello sviluppo economico invita le medesime a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni. In caso di ulteriore inerzia da parte delle amministrazioni regionali interessate, lo stesso Ministero rimette gli atti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale, entro sessanta giorni, provvede in merito con la partecipazione della Regione interessata. Si tratta di una procedura che appare idonea ad accelerare, data l'attuale *governance* multilivello nei processi autorizzativi, i processi di rilascio delle autorizzazioni, come peraltro auspicato anche dall'emanando Regolamento del Parlamento e del Consiglio sulle infrastrutture energetiche.

Importante, ai fini della accelerazione dei processi di realizzazione delle infrastrutture, è tuttavia anche la fase di concertazione preventiva rispetto all'avvio del procedimento di autorizzazione. Sotto questo profilo si ritiene particolarmente opportuno quanto previsto dalla proposta di Regolamento in tema di trasparenza e partecipazione del pubblico alle decisioni: una autorità competente a coordinare il processo autorizzativo dovrebbe infatti provvedere a pubblicare un manuale delle procedure autorizzative il più possibile completo ed accessibile; tutti i soggetti coinvolti nel processo di realizzazione dell'opera (soggetto realizzatore, autorità, imprese e cittadini interessati dalla infrastruttura, organizzazioni rappresentative, ecc.) possono partecipare ad una fase di consultazione pubblica i cui risultati sono riuniti in un fascicolo dal promotore dell'opera e presentati all'autorità competente insieme alla richiesta di autorizzazione affinché siano tenuti in adeguata considerazione al momento della decisione.

Una fase concertativa pre-autorizzazione particolarmente efficace minimizza (se non elimina) i rischi, al contrario fortissimi nel nostro sistema attuale, che opere autorizzate (o in corso di autorizzazione) vengano ritardate per l'opposizione delle popolazioni locali (spesso a seguito di cambi di maggioranze politiche in organi locali) e/o di centri di interesse contrari all'investimento. In particolare, concentrare in una unica fase di consultazione pubblica le osservazioni critiche al progetto - prevedendo espressamente che osservazioni pervenute successivamente a tale termine non siano considerate - potrebbe rappresentare uno strumento di particolare efficacia nel garantire tempi certi al processo di rilascio dell'autorizzazione. Si auspica pertanto, che - anche in anticipo rispetto alla tempistica di approvazione del citato regolamento comunitario - venga introdotta una norma nazionale finalizzata ad una regolamentazione della fase di concertazione precedente alla presentazione della domanda di autorizzazione.

2) Gare per l'assegnazione delle concessioni di distribuzione del gas

Sebbene l'articolo 24, comma 4, del d.lgs. n. 93/11 inibisca l'ulteriore effettuazione delle gare comunali per le concessioni della distribuzione del gas, le procedure di assegnazione a mezzo gara delle nuove concessioni relative agli ambiti territoriali ottimali di distribuzione del gas risultano in

⁷ Quello della effettiva durata dei procedimenti di rilascio delle autorizzazioni per le infrastrutture energetiche prioritarie è un tema molto sentito anche a livello comunitario come dimostra il fatto che il citato regolamento del Parlamento e del Consiglio è tra l'altro mirato proprio ad individuare e agevolare, tramite tra l'altro meccanismi di semplificazione dei procedimenti amministrativi, la realizzazione di una serie di investimenti di interesse comune europeo ritenuti prioritari nei settori del gas e dell'energia elettrica.

evidente ritardo rispetto a quanto prescritto dalla normativa vigente⁸. Al riguardo, la norma⁹ prevede un potere sostitutivo delle Regioni qualora entro un termine di sette mesi dalla data prevista gli Enti locali costituenti un ambito territoriale non abbiano identificato la stazione appaltante della gara.

Data questa situazione, appare comunque necessario, al fine di dare avvio all'auspicato processo di concorrenza *per* il mercato nel settore della distribuzione gas, ipotizzare qualche forma di penalizzazione per gli Enti locali che non procedono all'avvio delle procedure di gara nei tempi previsti. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare che i comuni inadempienti siano obbligati a versare allo Stato una quota progressivamente crescente dei canoni di concessione che percepiscono dal gestore *in prorogatio*.

3) Attestazione della quota di mercato di gas immessa nella rete nazionale

L'articolo 3 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 130, impone, a qualsiasi soggetto che immette gas naturale nella rete nazionale di gasdotti in un dato anno, di attestare la propria quota di mercato all'ingrosso, comunicandola annualmente al Ministero dello Sviluppo Economico, all'AEEG e all'Autorità. Tale previsione risulta eccessivamente gravosa per le imprese e non utile per monitorare l'effettivo stato della concorrenza nel settore.

Appare dunque coerente con l'obiettivo di ridurre gli oneri amministrativi ingiustificati a carico delle imprese una modifica di tale norma nel senso di limitare l'obbligo di attestazione della quota di mercato all'ingrosso solo a quei soggetti con dimensione di un certo rilievo (ad esempio uguale o superiore al 15%).

4) Rafforzare la consapevolezza dei consumatori

Uno degli aspetti di insoddisfazione rispetto al processo di apertura dei mercati dell'energia elettrica e del gas è da rinvenire nello scarso tasso di partecipazione al mercato della domanda finale domestica. Al di là delle misure già assunte, un elemento in grado, tra gli altri, di rafforzare la consapevolezza dei consumatori verso le offerte del mercato libero è rappresentato dalla qualità nella messa a disposizione dei dati di misura dei consumi¹⁰. Sotto un profilo concorrenziale, ricevere bollette stabilmente basate su consumi reali (e non presunti) è la pre-condizione necessaria per indurre i consumatori finali a una maggiore sensibilità verso offerte concorrenziali. Si propone pertanto di reiterare la proposta di modificare l'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, prevedendo che tra le misure di qualità del servizio di distribuzione e misura dell'energia elettrica siano introdotti anche indicatori di prestazione del sistema di gestione delle letture.

PROPOSTE OPERATIVE

Facendo rinvio alla segnalazione dell'Autorità per l'energia e elettrica e il gas sullo stato dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale per i profili di natura regolatoria, l'Autorità formula le seguenti proposte operative:

⁸ Cfr. allegato 1 del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, 12 novembre 2011, n. 226.

⁹ Cfr. articolo 3 del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, 12 novembre 2011, n. 226.

¹⁰ Già nella segnalazione AS901 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza" del 5 gennaio 2012 in Boll. n. 51/2011, l'Autorità aveva auspicato di modificare la normativa in materia di obblighi di qualità nella messa a disposizione delle misure dei consumi di energia elettrica e gas da parte dei distributori.

- 1) Al fine di facilitare la fase concertativa tra i vari soggetti coinvolti nella realizzazione di un'infrastruttura energetica, precedente alla presentazione della domanda per il rilascio dell'autorizzazione, appare necessario, anche in anticipo rispetto alle proposte di regolamentazione comunitaria attualmente in discussione (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee che abroga la decisione n. 1364/2006 CE, 2011/0300(COD)), approvare una normativa che regoli in dettaglio i rapporti tra Governo centrale, amministrazioni locali, cittadini e loro associazioni in modo da garantire trasparenza e accessibilità alle informazioni relative all'opera e, dunque, una piena e consapevole partecipazione dei soggetti interessati alla fase di consultazione preliminare. In particolare, si dovrebbe prevedere una regolamentazione delle forme e dei tempi per l'espressione di critiche ed osservazioni al progetto presentato.
- 2) Al fine di dare avvio all'auspicato processo di concorrenza per il mercato nel settore della distribuzione gas, appare necessario introdurre una norma che preveda meccanismi di penalizzazione degli Enti locali che non procedono all'avvio delle procedure di gara nei tempi previsti, quali l'obbligo di versare allo Stato una quota progressivamente crescente dei canoni di concessione che percepiscono dal gestore in prorogatio.
- 3) Al fine di ridurre gli oneri amministrativi ingiustificati a carico delle imprese, si auspica una modifica dell'articolo 3 del d.lgs. n. 130/2010 che limiti l'obbligo di attestazione della quota di mercato all'ingrosso solo a quei soggetti con dimensione di un certo rilievo (ad esempio uguale o superiore al 15%).
- 4) Al fine di rafforzare la consapevolezza dei consumatori retail di energia elettrica e gas si propone di modificare l'articolo 35, comma 3, del d.lgs. n. 93/2011, prevedendo che tra le misure di qualità del servizio di distribuzione e misura dell'energia elettrica e del gas siano introdotti standard minimi di prestazione.

DISTRIBUZIONE CARBURANTI

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

Le misure di liberalizzazione del settore hanno riguardato sia l'accesso, sia l'esercizio dell'attività di distribuzione carburanti. Con riferimento all'accesso al mercato:

- l'articolo 83-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, ha eliminato i vincoli esistenti all'apertura di nuovi impianti (distanze e superfici minime);
- l'articolo 17, comma 5, del d.l. n. 1/2012, ha previsto che l'apertura di un impianto non può essere subordinata alla presenza obbligatoria contestuale di più tipologie di carburanti.

In relazione all'esercizio dell'attività, il d.l. n. 1/2012 ha liberalizzato:

- le forme contrattuali relative ai rapporti tra proprietari e gestori degli impianti (articolo 17, comma 2);
- gli impianti totalmente automatizzati (*ghost*), ma solo al di fuori dei centri abitati (articolo 18);
- la vendita presso le stazioni di servizio di ogni bene e servizio, inclusi i tabacchi (articolo 17, comma 4)¹¹.

¹¹ Tuttavia, l'articolo 8, comma 22-bis, del decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, ha reintrodotto alcune restrizioni.

Altro obiettivo delle norme di riforma del settore è stata la chiusura di impianti piccoli, inefficienti e spesso in contrasto con le normative urbanistiche (c.d. impianti incompatibili). A fronte dell'inerzia sia delle Regioni sia dei Comuni in materia, l'articolo 28, comma 4, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, ha imposto in capo ai Comuni l'obbligo di individuazione e chiusura degli impianti incompatibili entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione dello stesso decreto. Questo termine è tuttavia trascorso senza risultati apprezzabili. Sono stati, infine, stabiliti i criteri per la costituzione di un mercato all'ingrosso dei carburanti (articolo 17, comma 2, d.l. n. 1/2012).

L'apertura del mercato generata dalle misure fin qui adottate ha indotto l'ingresso di nuovi operatori (pompe bianche e GDO). Il livello di ristrutturazione della rete è tuttavia ancora insoddisfacente (in termini di numero di operatori, oltre 24.000, e di erogato medio).

Misure già previste ma ancora da attuare

- Per incentivare le chiusure di impianti inefficienti il d.l. n. 1/2012 ha previsto un nuovo finanziamento del Fondo per la razionalizzazione della rete (istituito dal decreto legge 11 febbraio 1998, n. 32). Il Ministero dello Sviluppo Economico deve stabilire, con un decreto non ancora adottato, criteri e modalità di funzionamento del Fondo. Si auspica che tale decreto sia prontamente emanato e contenga sia una penalizzazione (sotto forma di contribuzione al fondo progressivamente crescente) per chi non chiuda gli impianti dichiarati incompatibili, sia un premio (maggiori contributi alla chiusura) per i gestori che autocertifichino l'incompatibilità del loro impianto.
- Nei prossimi mesi, il Ministero dello Sviluppo Economico dovrà definire le forme contrattuali per i rapporti tra compagnie petrolifere e gestori. Al riguardo, si auspica che il Ministero si limiti a prevedere, in negativo, le forme contrattuali eventualmente da escludere, lasciando alla libera negoziazione tra ogni società e ciascun gestore la definizione delle concrete modalità di contrattualizzazione.
- In merito alla conoscibilità dei prezzi praticati dal singolo impianto, l'articolo 51 della legge 23 luglio 2009, n. 99, prevedeva che il Ministero per lo Sviluppo Economico istituisse una banca dati pubblica di tutti i prezzi praticati (senza ulteriori oneri per il bilancio pubblico). Si reitera al riguardo l'auspicio di un tempestivo adempimento di questo obbligo di legge¹². Il vincolo di spesa contenuto nella norma potrebbe essere facilmente superato sfruttando opportunamente la presenza sul mercato di numerosi soggetti privati interessati alla fornitura di tali informazioni.

Cosa resta da fare

1) Chiusura degli impianti incompatibili

Al fine di indurre i Comuni a individuare e chiudere gli impianti incompatibili, si auspica l'adozione di una norma volta ad attivare i poteri sostitutivi delle Regioni e dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131, nei confronti dei Comuni che non provvedessero autonomamente entro un termine congruo (e perentorio) alla individuazione e alla chiusura degli impianti incompatibili. L'attivazione di tale potere sostitutivo deriverebbe dal

¹² Cfr. AS 943 "Misure per la conoscibilità dei prezzi dei carburanti" del 1 giugno 2012 in Boll. n. 21/2012, nella quale l'Autorità aveva segnalato al Ministero dello Sviluppo Economico la necessità di applicare quanto previsto dalla norma.

mancato rispetto, da parte degli Enti locali, delle norme in tema di sicurezza ed incolumità pubblica, essendo gli impianti incompatibili non conformi alle norme del codice della strada.¹³

2) Eliminazione di restrizioni all'esercizio dell'attività di distribuzione carburanti

In materia di restrizioni all'accesso, l'articolo 17, comma 5, del d.l. n. 1/2012 ha vietato l'imposizione dell'obbligo asimmetrico di distribuire diverse tipologie di carburanti laddove tale obbligo comporti ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell'obbligo. Tale norma deve essere, ad avviso dell'Autorità, emendata al fine di:

- da un lato, impedire l'imposizione ai nuovi entranti di vincoli di altro tipo (ad esempio la dotazione di impianti fotovoltaici, di videosorveglianza), che permangono in molte normative regionali;
- dall'altro, eliminare ogni condizione al divieto di obblighi asimmetrici, che potrebbe essere interpretata in maniera strumentale e restrittiva.

Parimenti, andrebbe eliminata la limitazione alla localizzazione degli impianti completamente automatizzati (*ghost*), introdotta dall'articolo 18 del d.l. n. 1/2012, che appare del tutto ingiustificata.

Infine, appaiono ingiustificate le restrizioni all'esercizio della rivendita di tabacchi presso gli impianti di distribuzione carburanti introdotte dall'articolo 8, comma 22-*bis*, del d.l. n. 16/2012, così come convertito dalla l. n. 44/2012, consistenti nell'imposizione di: *i*) un regime di dipendenza, nelle forniture delle rivendite di tabacchi presso gli impianti di distribuzione carburanti, dalle rivendite di tabacchi ordinarie; *ii*) un obbligo di predisporre uno spazio chiuso dedicato, avente una superficie non inferiore a 30 metri quadrati.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di incentivare la chiusura di impianti di distribuzione carburanti incompatibili, si auspica l'adozione di una norma primaria volta ad attivare i poteri sostitutivi, in primis della Regione e, in caso di inerzia di quest'ultima, del Governo, conformemente a quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, l. n. 131/2003, nei confronti dei Comuni che non provvedessero autonomamente entro un termine congruo (e perentorio) alla individuazione e alla chiusura degli impianti incompatibili.

2) Al fine di rimuovere ogni vincolo residuo frapposto da normative regionali all'apertura di nuovi impianti di distribuzione carburanti, all'articolo 17, comma 5, del d.l. n. 1/2012, dovrebbe essere introdotto il divieto di prevedere qualsiasi altro obbligo asimmetrico (dotazione di impianti fotovoltaici, di videosorveglianza, ecc), nonché eliminata l'ultima parte del comma 5 ("se tale ultimo obbligo comporta ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell'obbligo").

3) Al fine di liberalizzare pienamente l'attività di impianti completamente automatizzati, all'articolo 18 del d.l. n. 1/2012 andrebbe eliminato il vincolo alla localizzazione ("posti al di fuori dei centri abitati").

4) Al fine di liberalizzare l'attività di vendita di tabacchi presso gli impianti di distribuzione carburanti, andrebbe abrogato il comma 22-*bis*, dell'articolo 8, del d.l. n. 16/2012, così come convertito dalla l. n. 44/2012.

¹³ Cfr. Corte cost., sentenza del 4 luglio 2012, n. 183, ove si afferma che interventi di ammodernamento e razionalizzazione della rete dei distributori di carburante rientrano nella sfera di competenza del legislatore nazionale in quanto attinenti alla tutela di interessi legati all'assetto del territorio, alla viabilità, alla sicurezza e all'incolumità della circolazione stradale.

COMUNICAZIONI

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Il settore delle telecomunicazioni, grazie al processo di liberalizzazione avviato dalla Commissione Europea fin dagli anni '90, è passato da un regime monopolistico rigido ad un contesto industriale dinamico e competitivo. Nel complesso sono stati rimossi tutti i limiti all'accesso al mercato, fatta eccezione per quanto attiene allo spettro di frequenze, che si caratterizza per essere una risorsa scarsa, la cui gestione basata sui principi di neutralità tecnologica e di servizi è volta a garantirne un uso flessibile ed efficiente, nonché ad ampliare la contendibilità del mercato.
- Per quanto riguarda i servizi di telecomunicazione su rete fissa, la concorrenza nel settore si è sviluppata principalmente attraverso l'accesso all'ingrosso da parte degli operatori alternativi alle risorse infrastrutturali di Telecom Italia e in particolare grazie allo strumento dell'accesso disaggregato alla rete fissa.
- Sul fronte dei servizi internet, la penetrazione della banda larga in Italia è tuttora limitata e inferiore alla media dei Paesi europei e OCSE a causa di un basso livello di alfabetizzazione informatica nonché della scarsa dotazione infrastrutturale.
- Per quanto riguarda la telefonia mobile, la notevole crescita della diffusione di tali servizi in Italia pone il nostro Paese ben oltre la media OCSE in termini di peso relativo della telefonia mobile nell'intero settore delle telecomunicazioni. Il mercato della telefonia mobile virtuale ha ad oggi un impatto complessivo sul mercato piuttosto limitato.
- Lo sviluppo della domanda di connessione a internet in mobilità ha fatto emergere problemi di congestione delle reti mobili esistenti. L'assegnazione a operatori di telecomunicazione di una parte delle frequenze originariamente destinate ai servizi televisivi analogici (che si sono liberate con il passaggio al digitale terrestre - il c.d. *digital dividend* esterno) è chiamata a risolvere parte dei problemi di congestione grazie allo sviluppo delle nuove reti di telefonia mobile in standard LTE.
- Rilevanti problemi allo sviluppo di servizi innovativi permangono a causa della scarsità delle risorse frequenziali. Non può non rilevarsi come lo sviluppo delle nuove reti fisse a banda ultra-larga, così come delle reti mobili di quarta generazione rappresenti una fase delicata nel processo concorrenziale dei mercati interessati, atteso che si presentano opportunità di ingresso per nuovi operatori e si pongono le fondamentali strutturali che incideranno sullo sviluppo della concorrenza nel medio-lungo periodo.
- Ad oggi, alla luce di un contesto economico-giuridico favorevole, appare opportuno valutare con attenzione la possibilità di procedere alla separazione proprietaria tra gestore della rete e l'impresa erogatrice dei servizi di telecomunicazione.

Misure già previste ma ancora da attuare

- Negli interventi di liberalizzazione, sviluppo e semplificazione introdotti nel corso del 2012 sono contenute misure che interessano diversi comparti di attività del settore delle comunicazioni, alcune delle quali di particolare rilievo, ma che ancora necessitano di essere attuate.
- In considerazione dell'importanza strategica che l'Agenda digitale riveste per lo sviluppo economico e la competitività del Paese, si segnala l'urgente necessità di

rendere operativa l'Agenzia per l'Italia digitale di cui all'articolo 20 del decreto legge 22 giugno 2012, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

- Quanto al sistema distributivo della stampa, i giusti correttivi introdotti dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 vanno ora accompagnati dall'eliminazione dei vincoli che non risultano più adeguati a salvaguardare il pluralismo e che, nel contempo, limitano o impediscono il libero esplicarsi di dinamiche concorrenziali, primo fra tutti - come già più volte rilevato - il regime autorizzatorio¹⁴. A tale riguardo, l'Autorità auspica che il Governo, nell'attività di riordino che è chiamato ad effettuare ai sensi dell'articolo 1, comma 3 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 non includa la vendita della stampa quotidiana e periodica tra le attività per le quali permane un atto preventivo di assenso all'esercizio da parte dell'Amministrazione.
- Per quanto attiene ai diritti connessi al diritto d'autore, si rileva che il contesto di mercato è profondamente mutato nel corso di questi anni: se in passato non erano presenti società o Enti attivi nella gestione dei diritti connessi diversi ed alternativi all'Istituto Mutualistico Interpreti ed Esecutori (IMAIE), oggi invece sono presenti nel mercato società e associazioni di artisti ed interpreti intenzionate a svolgere attività di *collecting*. Al fine di consentire a tali soggetti di avere effettivo accesso al mercato appare necessaria l'adozione in tempi brevi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 24 aprile 2001, n. 170, così come modificato dall'articolo 39 del d.l. n. 1/2012, con cui devono essere individuati i requisiti minimi necessari ad un razionale e corretto sviluppo del mercato in questione.

Cosa resta da fare

Innovazione

1) Condivisione delle risorse spettrali pubbliche

L'accesso condiviso a risorse aggiuntive di rete è un tema strategico per lo sviluppo di reti di nuova generazione a banda ultra-larga, sia fisse che mobili e, in generale, per l'avvio di molti processi innovativi collegati, a vario titolo, con l'Agenda digitale europea e italiana. Dallo sviluppo delle "opportunità digitali" può derivare un importante contributo alla crescita economica e alla creazione di nuovi mercati sia attraverso nuovi investimenti, sia grazie a nuovi impulsi nelle scelte di consumo orientate a servizi innovativi. Un impiego più efficiente delle risorse spettrali inutilizzate o sotto-utilizzate consente anche di recuperare significative risorse finanziarie aggiuntive da utilizzare in modo non distorsivo per sostenere la crescita, ad esempio, attraverso forme di incentivazione fiscale.

Molte nuove applicazioni digitali vedono, tuttavia, ritardata la fase di sperimentazione e di sbocco sul mercato proprio in ragione della scarsità di accesso all'input frequenziale. Si tratta di un problema particolarmente rilevante che, usando le parole del Vice Presidente della Commissione Europea Neelie Kroes, potrebbe tradursi in uno '*spectrum crunch*'.

Le più recenti politiche in materia di risorse frequenziali, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, sono orientate a promuovere forme più flessibili sia con riguardo alla riallocazione degli usi frequenziali nel tempo che con riferimento alla fruibilità degli stessi da parte di un numero ampio di soggetti interessati, basate sulla condivisione delle risorse frequenziali pubbliche.

¹⁴ Cfr. segnalazione AS654 "Editoria quotidiana, periodica e multimediale", del 13 gennaio 2010.

L'amministrazione Obama, nel recente rapporto del *President's Council of Advisors on Science and Technology*¹⁵ di luglio 2012, ha individuato nella condivisione di nuove risorse spettrali pubbliche un meccanismo dirompente per sostenere la crescita del P.I.L. e recuperare risorse finanziarie aggiuntive di qui al 2020. Analoghe raccomandazioni sono state formulate, in Europa, dal *Radio Policy Spectrum Group*¹⁶ e, da ultimo, dalla Commissione Europea nella Comunicazione "*Promoting the shared use of radio spectrum resources in the internal market*"¹⁷.

Il paradigma della condivisione delle risorse spettrali (*shared access*), che non comporta una rinuncia dello Stato alla titolarità delle risorse e al loro controllo, può essere di due tipi: "non-licenziatario" (*unlicensed*)¹⁸, in base al quale tutti i soggetti dotati di un'autorizzazione generale possono fruire della medesima risorsa, (come nel caso del *wi-fi*); e "licenziatario"¹⁹ (*licensed*), in base al quale è prevista una fruizione esclusiva della risorsa in un certo ambito spaziale (ad esempio, il territorio subnazionale o locale), temporale (ad esempio, in periodi nelle quali lo spettro è sottoutilizzato - periodi di pace per autorità militari) e frequenziale (blocchi di frequenze inutilizzate per motivi di segretezza da parte di autorità militari).

Per sfruttare del tutto gli effetti positivi della condivisione delle risorse spettrali pubbliche, si propone l'adozione di una norma che attribuisca all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), sentiti il Ministero della Difesa e dell'Interno il compito di individuare le porzioni inutilizzate di spettro cui dare accesso, su base esclusiva, ad un numero limitato di operatori, previa la stipula di accordi sulla non-interferenza rispetto al servizio principale.

2) Valorizzazione della "banda L" per i servizi di telefonia mobile

Per garantire lo sviluppo di nuovi servizi a banda larga e favorire l'ingresso sul mercato della telefonia mobile di altri operatori, quali gli operatori virtuali, è importante liberare risorse occupate in modo non efficiente. Il riferimento è alla banda di frequenze 1452-1492 MHz, detta anche *banda L*, che è attualmente non utilizzata in Europa, mentre le caratteristiche fisiche che la contraddistinguono possono fornire risorse preziose alla telefonia mobile.

Il principale ostacolo all'uso delle frequenze 1452-1492 per la banda larga mobile è che finora sono state allocate per la TV su piattaforma mobile, senza tuttavia che gli operatori le utilizzino per la fornitura di tale servizio.

Per liberare tali frequenze e garantirne un uso più efficiente si suggerisce di prevedere una norma che riconosca all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) il potere di avviare le procedure per l'assegnazione delle frequenze 1452-1492 MHz individuando tempi, modalità e misura delle eventuali compensazioni. Il modello da seguire potrebbe essere quello di cui all'articolo 1, commi da 8 a 13, legge 13 dicembre 2010 n. 220, utilizzato in relazione alla gara per la banda 790-862 Mhz.

¹⁵ http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/pcast_spectrum_report_final_july_20_2012.pdf

¹⁶ http://circa.europa.eu/Public/irc/info/rspg/library?l=/public_documents/rspg_february_2012/rspg12-408_reviewpdf_EN_1.0_&a=d, in particolare pag. 16.

¹⁷ http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/radio_spectrum/_document_storage/com/com-ssa.pdf

¹⁸ Il modello non licenziatario appare meglio utilizzabile per la fornitura di servizi *wireless* che richiedono una minore qualità di trasmissione per poter funzionare correttamente (ad esempio servizi *wi-fi*).

¹⁹ Il modello licenziatario appare più adatto per operatori che decidano di offrire servizi che necessitano di alta qualità della banda e continuità del servizio fruito anche in mobilità (ad esempio per connessioni che coinvolgano servizi sanitari, connettività *wireless* in caso di terremoti o calamità naturali, modelli di *smart cities* ecc.).

Infrastrutture

1) Realizzazione delle reti

La realizzazione di reti di comunicazione - elemento cruciale per lo sviluppo della concorrenza e per la crescita economica - ha incontrato nel passato notevoli difficoltà dovute a misure di aggravamento del procedimento introdotte da Comuni e Regioni ed è stata oggetto di un rilevante contenzioso, davanti al giudice costituzionale, civile e amministrativo.

In settori come quello delle comunicazioni elettroniche, i profili di concorrenza si sono spostati dal rilascio delle concessioni (ora autorizzazioni) per lo svolgimento delle attività all'effettiva possibilità per le nuove imprese di essere nel più breve tempo competitive sul mercato. Tale possibilità, che dipende certamente dai mezzi finanziari a disposizione e dalle capacità imprenditoriali degli operatori, può essere ostacolata dalla presenza di normative poco chiare e dall'esistenza di procedimenti per il rilascio dei titoli abilitativi eccessivamente lunghi e complessi. Proprio per evitare tali problematiche si propongono una serie di misure volte a rendere più agevole la realizzazione delle reti.

a) Sotto un primo profilo si suggerisce di applicare la procedura semplificata di cui all'articolo 87-bis del d.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche) anche all'ipotesi di interventi privi di rilevanza edilizia (si ricorda che per pacifica giurisprudenza costituzionale e amministrativa il procedimento unico riguarda anche gli aspetti edilizi).

b) Per superare il rilevante contenzioso discendente dall'attuale formulazione dell'articolo 8, comma 6²⁰, della legge 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni ai campi elettromagnetici) in merito al contenuto del potere regolamentare attribuito ai Comuni, sarebbe necessaria una modifica di tale norma volta a stabilire che il regolamento dei Comuni è finalizzato ad assicurare unicamente il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, e non anche a *“minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici”*; ciò in quanto la competenza relativa alla minimizzazione dell'esposizione ai campi magnetici, come riconosciuto dalla Corte costituzionale (*Corte Cost.*, sentenza 7 ottobre 2003, n. 307 e 7 novembre 2003 n. 331) rientra nei poteri attribuiti allo Stato.

Altre misure

1) Eliminazione del tetto agli sconti sul prezzo dei libri

Con particolare riguardo alla disciplina in materia di prezzi dei libri, l'articolo 2 della legge 27 luglio 2011, n. 128, fissa alcuni limiti agli sconti massimi applicabili al prezzo dei libri nella vendita ai consumatori finali, pari, nello specifico, al 15% del prezzo fissato dall'editore o dall'importatore²¹ e, in determinati casi²², al 20% del medesimo prezzo. La normativa non

²⁰ L'articolo 8, comma 6, assegna ai Comuni il potere di *“adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici”*

²¹ È poi previsto che, ad esclusione del mese di dicembre, gli editori possano realizzare campagne promozionali di durata non superiore a un mese, offrendo sconti che eccedano il limite indicato purché non superiori ad un quarto del prezzo fissato. È comunque fatta salva la facoltà dei venditori al dettaglio di non aderire a tali campagne promozionali.

²² Vale a dire: a) in occasione di manifestazioni di particolare rilevanza internazionale, nazionale, regionale e locale, ai sensi degli articoli 40 e 41 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112; b) in favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociali, centri di formazione legalmente riconosciuti, istituzioni o centri con finalità scientifiche o di ricerca, biblioteche, archivi e musei pubblici, istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, educative e università (articolo 2, comma 4, legge n. 128/2011).

esclude dal suo campo di applicazione la vendita di libri attraverso internet, cui pertanto si applicano le medesime disposizioni.

L'Autorità ritiene che la previsione di tetti massimi agli sconti sul prezzo dei libri possa limitare la libertà di concorrenza dei rivenditori finali, senza produrre sostanziali benefici per i consumatori in termini di servizi offerti o di ampliamento del numero di libri immessi sul mercato²³. Un sistema di imposizione di tetti agli sconti sui prezzi di rivendita rischia infatti di tradursi in un aumento dei prezzi dei prodotti editoriali che, in un contesto di grave crisi economica quale quello attuale, non può che comportare una riduzione delle quantità vendute, almeno per quella consistente fascia di lettori i cui acquisti sono influenzati dal prezzo. Tale sistema può inoltre consolidare l'esistenza di strutture distributive inefficienti.

Peraltro, l'esperienza di altri Paesi europei (quali Regno Unito, Irlanda, Danimarca, Belgio, Finlandia, Svezia ed altri) non consente di concludere che l'assenza di una disciplina di contenimento degli sconti comprometta la sopravvivenza di editori minori e di piccole librerie.

In virtù di quanto sopra, poiché le disposizioni che prevedono tetti agli sconti massimi applicabili al prezzo dei libri nella vendita ai consumatori finali, anche *on-line*, non sono né necessarie a salvaguardare le finalità di tutela del pluralismo e dell'informazione, né tali da produrre benefici per i consumatori, risultando unicamente di ostacolo all'introduzione di servizi innovativi che il mercato dovrebbe essere lasciato libero di promuovere, se ne auspica l'abrogazione.

Nonostante la norma sul tetto agli sconti ricada in una delle ipotesi di cui, ai sensi dell'articolo 3, comma 9, lett. h) del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, è stata già prevista l'abrogazione in termini generali, l'Autorità ritiene, in ogni caso, necessario disporre l'abrogazione espressa al fine di garantire maggiore certezza giuridica agli operatori.

2) Eliminazione dei vincoli alla possibilità del rivenditore di rifornirsi presso qualunque distributore

In materia di distribuzione di stampa quotidiana e periodica, l'Autorità reputa altresì necessaria la previsione di misure che assicurino l'effettivo accesso alla fornitura dei prodotti editoriali da parte dei rivenditori, al fine di evitare che eventuali rifiuti di fornitura vanifichino l'intervenuta piena liberalizzazione del sistema di vendita della stampa quotidiana e periodica. In tal senso, dovrebbe essere espressamente riconosciuta al rivenditore, in caso di rifiuto di fornitura da parte del distributore locale, la facoltà di rifornirsi presso, o di farsi rifornire da, qualunque impresa di distribuzione locale o nazionale a ciò disposta, nonché essere prevista la nullità della clausola contrattuale che, nei rapporti tra editori e distributori, preveda il divieto di vendite passive da parte dei distributori nei confronti dei rivenditori finali che ne facciano richiesta. Tali misure potrebbe essere introdotte procedendo ad una modifica dell'articolo 5 del decreto legislativo 24 aprile 2001, n. 170.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Per garantire un uso più ampio ed efficiente delle risorse frequenziali pubbliche tale da favorire lo sviluppo di nuovi servizi, adottare una norma che attribuisca all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), sentiti il Ministero della Difesa e dell'Interno, il compito di: a) individuare le risorse frequenziali pubbliche destinabili ad usi condivisi (licenziatari e non licenziatari), definendo opportunamente le condizioni di condivisibilità (temporali, spaziali e

²³ Con riferimento alla disciplina in vigore prima dell'emanazione della legge n. 128/2011, cfr. segnalazioni AS143 "Prezzo fisso dei libri" del 18 giugno 1998 e AS210 "Disciplina del prezzo fisso dei libri" del 28 novembre 2000.

frequenziali); b) disciplinare il riconoscimento dei diritti connessi all'uso condiviso, individuando, nell'ipotesi licenziataria, le condizioni di accesso concorrenziale alle risorse frequenziali disponibili; c) formulare un piano operativo (dalla sperimentazione all'avvio delle attività di condivisione nel mercato), in stretto coordinamento con le attività delle omologhe amministrazioni europee.

2) Al fine di permettere un uso più efficiente della banda di frequenze 1452-1492, anche detta banda L, introdurre una previsione che attribuisca all'Agcom il compito di avviare procedure competitive per la selezione dei nuovi assegnatari, individuando tempi, modalità e misura delle eventuali compensazioni da corrispondere gli attuali assegnatari.

3) Al fine di rimuovere non giustificati ostacoli di carattere amministrativo alla realizzazione delle reti da parte degli operatori del settore e, in particolare, dei nuovi entranti e di ridurre possibili fonti di contenzioso si propone di:

a) applicare la procedura semplificata di cui all'articolo 87-bis del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) anche ai casi di interventi privi di rilevanza edilizia;

b) modificare l'articolo 8, comma 6, della legge 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni ai campi elettromagnetici) nel senso di stabilire che il regolamento del Comune è finalizzato ad assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, sopprimendo le parole "e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici".

4) Per garantire una maggiore apertura alla concorrenza dei mercati della distribuzione della stampa quotidiana e periodica, si propone di riconoscere espressamente al rivenditore di stampa quotidiana e periodica, in caso di rifiuto di fornitura da parte del distributore locale, la facoltà di rifornirsi presso, o di farsi rifornire da, qualunque impresa di distribuzione locale o nazionale a ciò disposta, nonché sanzionare con nullità ogni clausola contrattuale, nei rapporti tra editori e distributori, che preveda il divieto di vendite passive da parte dei distributori nei confronti dei rivenditori finali che ne facciano richiesta.

5) Al fine di eliminare restrizioni ingiustificate alla libera iniziativa economica delle imprese dell'editoria è necessario abrogare le disposizioni che prevedono tetti agli sconti massimi applicabili al prezzo dei libri nella vendita ai consumatori finali, anche on-line, contenute nell'articolo 2 della legge del 27 luglio 2011, n. 128, "Nuova disciplina sul prezzo dei libri".

IL SETTORE POSTALE

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Con l'avvenuto recepimento, ad opera del decreto legislativo n. 58/2011, della terza direttiva postale (direttiva 2008/6/CE), il quadro normativo nazionale è quasi interamente allineato ai principi europei. È stato, infatti, ridotto l'ambito della riserva, è stato ridotto l'ambito del servizio universale e, sulla base di quanto disposto dall'articolo 21 del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 214, convertito in legge 6 dicembre 2011, n. 201, le funzioni di autorità di regolazione del settore postale sono state affidate all'Autorità di garanzia delle comunicazioni.

Cosa resta da fare

Il settore postale non può dirsi, allo stato, totalmente liberalizzato e sarebbero necessari interventi normativi ulteriori per garantire uno sviluppo concorrenziale del mercato e l'affermarsi di operatori realmente competitivi rispetto all'incumbent, su tutti i livelli della filiera.

1) L'accesso all'infrastruttura di Poste Italiane

Dal punto di vista dell'utilizzo dell'infrastruttura di Poste Italiane, costituita principalmente dalla rete di recapito, si richiama l'attenzione del legislatore sulla necessità di prevedere la regolazione di particolari modalità e condizioni di accesso alla rete dell'operatore dominante da parte degli operatori attivi solo su alcune fasi della filiera. L'utilizzo di tale infrastruttura appare indispensabile per la fornitura in concorrenza dei servizi al consumatore finale. In particolare, occorre prevedere l'obbligo per Poste Italiane di predisporre tariffe *wholesale* per l'accesso ai vari segmenti dei servizi ora integrati nella sua infrastruttura.

2) La riserva postale ed il servizio universale

Al fine di ampliare il mercato contendibile e consentire l'ingresso di nuovi operatori occorre, in primo luogo, rimuovere la riserva per gli invii raccomandati attinenti alle procedure giudiziarie e per i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada). Tale riserva, infatti, non appare fondata su motivazioni di carattere pubblicistico o di sicurezza delle notifiche stesse. La disposizione nazionale, tra l'altro, si pone in contrasto con la fonte comunitaria che espressamente prevede, all'articolo 7 della direttiva 97/67 CE così come modificata dalla direttiva 2008/6/ CE, il divieto di mantenere «*in vigore diritti esclusivi o speciali per l'instaurazione di servizi postali*».

In secondo luogo, l'Autorità ritiene opportuno ridefinire l'ambito del servizio universale, limitandolo esclusivamente a quei servizi essenziali che l'utente non sarebbe altrimenti in grado di acquistare a titolo individuale. In tal senso, dovrebbero escludersi dall'ambito del servizio universale i servizi rivolti ad una clientela commerciale che prevedono gli invii di corrispondenza in grandi quantità (c.d. *bulk mail*). Nello stesso senso, occorrerebbe limitare il servizio universale all'invio di pacchi di peso inferiore ai 10 kg, riducendo l'attuale limite dei 20 kg. La scelta di mantenere il limite massimo previsto dalla fonte comunitaria comporta un onere addizionale per il fornitore del servizio universale, che inevitabilmente si riflette sulla sua efficienza e sul suo conto economico, oltre a ricadere sugli operatori concorrenti attraverso il previsto meccanismo di compensazione finanziaria. Il tutto con impedimento allo sviluppo di servizi alternativi, per soddisfare le stesse esigenze, da parte di concorrenti²⁴.

L'Autorità ribadisce, inoltre, la necessità di lasciare aperta la possibilità che il servizio universale sia modulato in maniera flessibile, prevedendo un obbligo di valutazione, secondo criteri di efficienza e qualità del servizio.

E' altresì opportuno prevedere un affidamento del servizio universale di più breve durata attraverso lo svolgimento di procedure trasparenti e non discriminatorie che consentano di attivare meccanismi concorrenziali per lo svolgimento di tutto o parte del servizio universale per tutto o parte del territorio nazionale.

²⁴ In particolare, cfr. la Comunicazione della Commissione su «*l'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*» del 20 dicembre 2011. La Commissione europea ritiene non opportuno «attribuire obblighi specifici di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita in modo soddisfacente e a condizioni, quali prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità e accesso al servizio, coerenti con il pubblico interesse, quale definito dallo Stato, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato».

PROPOSTE OPERATIVE

Al fine di favorire l'ingresso di nuovi operatori nel settore postale e ampliare il mercato contendibile, si propongono i seguenti interventi normativi.

1) Attribuire all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, esplicite competenze in materia di fissazione di condizioni di accesso alla rete postale dell'operatore dominante da parte dei soggetti concorrenti. Segnatamente, l'articolo 13, comma 3-bis, del d.lgs n. 261/1999, dovrebbe prevedere l'obbligo per Poste Italiane in funzione del grado di sviluppo del mercato, di predisporre offerte wholesale per operatori attivi nei mercati a monte del recapito, a condizioni economiche connesse all'utilizzo delle singole fasi del servizio reso. L'Autorità di regolazione verificherà le condizioni di mercato e le offerte di Poste Italiane.

2) Eliminare la residua riserva postale, prevista dall'articolo 4 del d.lgs. n. 261/99, relativa ai servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni, ed ai servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

3) Nell'ambito dell'articolo 3 del d.lgs. n. 58/2011, escludere dal perimetro del servizio universale, i servizi rivolti ad una clientela commerciale che prevedono invii in grandi quantità. L'individuazione di tali servizi andrebbe effettuata dalla Autorità di regolazione preposta e oggetto di una periodica revisione in funzione dell'evoluzione delle dinamiche competitive del mercato.

4) Nell'articolo 3, lett. b) del d.lgs. n. 261/99, ridefinire il limite del servizio universale con riguardo al peso dei pacchi, passando dagli attuali 20 kg a 10 kg, così come consentito dalla direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997.

5) Modificare l'articolo 23 del d.lgs. n. 261/99 che affida direttamente a Poste Italiane l'erogazione del servizio universale per un periodo di quindici anni, prevedendo un processo di selezione ad evidenza pubblica ed una durata significativamente inferiore, parametrata al medesimo arco temporale di cinque anni, attualmente individuato dalla stessa norma come periodo necessario per la verifica dei miglioramenti di efficienza registrati. In un'ottica concorrenziale sarebbe, infine, opportuno lasciare aperta la possibilità che il servizio universale sia modulato in maniera flessibile, prevedendo un obbligo di valutazione, secondo criteri di efficienza e qualità del servizio, anche in aree geografiche disagiate, in sede regolatoria.

IL SETTORE BANCARIO E ASSICURATIVO***Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati***

- Gli interventi effettuati nel settore bancario sono stati molteplici e hanno riguardato sia gli assetti di *governance* degli operatori, sia l'incremento del numero e della qualità delle informazioni da fornire al cliente.
- In merito al governo societario delle imprese bancarie e assicurative, l'articolo 36 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha introdotto il divieto per i titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo in imprese del settore del credito, assicurativo e finanziario, di esercitare analoghe cariche in imprese concorrenti.

- Sempre sotto il profilo degli operatori di mercato, l'articolo 27-*quater* d.l. 24/1/2012 n. 1, convertito con modificazioni in l. 24/3/2012 n. 27 ha inserito l'obbligo di richiamo ai principi di onorabilità e professionalità per le nomine degli organi di *governance* delle Fondazioni, nonché la previsione, tra le ipotesi di incompatibilità, dell'assunzione o dell'esercizio di cariche in organi di società concorrenti della società bancaria conferita. Tale norma presenta dei limiti in quanto non individua un organo deputato alla sua applicazione né una sanzione in caso di violazione.
- In merito all'attività bancaria, sono stati effettuati specifici interventi normativi nel settore dei servizi di pagamento. L'articolo 6-*ter* decreto legge 9/2/2012 n. 5, convertito con modificazioni in legge 4/4/2012 n. 35, ha previsto l'obbligo per le p.a. di rendere noto, attraverso i siti istituzionali e nelle richieste di pagamento, il codice identificativo della propria utenza bancaria (IBAN) così da consentire ai privati i pagamenti mediante bonifico²⁵.
- L'articolo 12 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha previsto che per i pagamenti della p.a. sia adottato il ricorso a strumenti telematici.
- Il legislatore è intervenuto anche per impedire che in taluni casi fosse imposto ai consumatori l'abbinamento fra servizi diversi. In particolare rileva l'articolo 36-bis del d.l. 201/2011, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, che definisce scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa, ovvero di un conto corrente, presso la medesima banca, istituto o intermediario. Tali previsioni sono state rafforzate da obblighi volti a implementare la concorrenza generata dal miglioramento del *set* informativo a disposizione del consumatore garantendo la completezza delle informazioni veicolate dall'operatore bancario. In particolare, l'articolo 28 d.l. 24/1/2012 n. 1, convertito con modificazioni in l. 24/3/2012 n. 27, ha stabilito l'obbligo di sottoporre al cliente due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche erogatrici il finanziamento.

Cosa resta da fare

1) La separazione di BancoPosta

Dal punto di vista degli assetti azionari e di *governance* degli operatori del mercato, occorre rilevare le problematiche inerenti lo *status* giuridico ed economico di BancoPosta. Al fine di aumentare il grado di concorrenza nel settore bancario e di garantire maggior trasparenza nel settore postale tradizionale, l'Autorità ritiene necessaria la separazione societaria dell'attività di BancoPosta dalle attività postali tradizionali.

La separazione societaria di BancoPosta da Poste Italiane, con la conseguente acquisizione di tutti i necessari requisiti di un operatore bancario, consentirebbe due rilevanti effetti pro-concorrenziali:

- la nascita di una vera e propria banca in condizioni di competere come nuovo operatore sui mercati bancari tradizionali, assoggettato alle stesse regole di vigilanza e pienamente integrato a livello di sistema di pagamenti e interoperabilità delle reti;

²⁵ L'Autorità si era già occupata della necessità di rendere disponibile l'IBAN dei conti correnti per agevolare le forme di pagamento dei crediti della Pubblica Amministrazione, da ultimo nella segnalazione AS848 "*Modalità di pagamento delle somme dovute alla Pubblica Amministrazione*" dell'8 giugno 2011, in Boll. n. 23/2011.

- la presenza di un operatore postale che, in quanto separato dall'attività bancaria, compete in modo più trasparente sul mercato dei servizi postali, con minori rischi di distorsione in termini di imputazione dei costi e uso della rete.

Attraverso una chiara collocazione delle risorse tra le due attività si eviterebbero i rischi di sussidi incrociati e di offerte economiche non replicabili perchè basate su non chiare attribuzioni di costi comuni, creando altresì un contesto concorrenziale più ampio e meno esposto a condotte potenzialmente in violazione della legge n. 287/90²⁶.

2) La governance e la struttura delle banche popolari quotate

Un ulteriore profilo relativo agli operatori del settore bancario è la *governance* e la struttura delle banche popolari, con particolare riferimento al nucleo circoscritto delle popolari quotate²⁷.

Mentre lo *status* giuridico (il voto per testa, la clausola di gradimento, il limite alle deleghe e il limite al possesso azionario) dovrebbe essere funzionale ad assicurare lo scopo mutualistico, che la banca "rimanga in mano ai soci" e un forte legame di appartenenza con il territorio di riferimento, la realtà appare diversa. Le banche popolari quotate appaiono sempre più operatori di dimensione nazionale articolati in complessi gruppi societari con al vertice la banca popolare/*holding* finanziaria che controlla numerose società per azioni e beneficia degli utili delle controllate. Il perseguimento dello scopo degli utili appare prevalente rispetto allo spirito mutualistico. Inoltre, la disciplina legale agevola assetti societari che favoriscono la gestione, di fatto, da parte di un ristretto numero di soci che sostanzialmente controlla la *holding* popolare, senza però rappresentare in alcun modo la maggioranza del capitale sociale. Vi è dunque per le popolari, in particolare quelle quotate, una separazione tra potere di controllo di una società e rischio assunto mediante investimento del capitale. Nel contempo, quello stesso regime legale (voto per testa/limite possesso azionario) rende tali banche sostanzialmente non contendibili, pregiudicando gli incentivi ai guadagni di efficienza che normalmente conseguono ad un mercato del controllo aperto.

Il regime legale delle banche popolari, ci si riferisce in particolare alle quotate, consente, pertanto, assetti societari che ne limitano la contendibilità senza che sia garantito il rispetto dello spirito mutualistico. Al riguardo, appare necessaria una riforma normativa, con specifico riferimento alle banche popolari quotate, che le renda sempre più assimilabili alle società per azioni come nei fatti già sono. Si potrebbe quindi ipotizzare l'eliminazione della clausola di gradimento nonché l'abolizione del limite all'uso delle deleghe. Infine, sarebbe necessario una maggiore simmetria tra partecipazione alla vita sociale e quote di capitale detenute attraverso un ripensamento del voto per testa e dei limiti alla partecipazione azionaria.

3) L'abbinamento dei contratti di finanziamento e delle polizze assicurative

Nell'ambito dell'attività bancaria, vengono in rilievo le preoccupazioni concorrenziali che l'Autorità ha già segnalato²⁸ derivanti dall'abbinamento effettuato dagli intermediari finanziari delle polizze assicurative ai contratti di finanziamento. L'articolo 28 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, nel

²⁶ Cfr. segnalazione AS901 "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza" del 4 gennaio 2012, in Boll. n. 51/2011, ove l'AGCM ha già rilevato la necessità di tale separazione societaria.

²⁷ L'Autorità ha già evidenziato le peculiarità delle banche popolari e alcuni profili di criticità in un'ottica concorrenziale. Cfr. L'indagine conoscitiva (IC36) avente ad oggetto la *corporate governance* di banche e assicurazioni, conclusasi il 23 dicembre 2008 e la conseguente segnalazione AS496 "Interventi di regolazione sulla governance di banche e assicurazioni" del 29 gennaio 2009, in Boll. n. 3/2009.

²⁸ Cfr. segnalazione AS901 cit.

far riferimento al condizionamento dell'erogazione del finanziamento alla stipula di una polizza sulla vita, può ingenerare, il convincimento, errato, che tale tipo di polizza sia indispensabile per accedere al credito. Andrebbe, dunque, chiarito che, salvo particolari eccezioni (come ad esempio nel caso delle cessioni del quinto dello stipendio) nessuna norma impone agli istituti di credito di "condizionare" l'erogazione di un finanziamento all'acquisto di una polizza assicurativa. Allo stesso tempo, l'obbligo di presentare due preventivi nel caso di offerta di polizze sulla vita potrebbe non essere pienamente efficace nell'ottica di consentire al consumatore l'accesso rapido ed efficiente al prodotto assicurativo più conveniente sul mercato.

L'Autorità ritiene opportuno prevedere specifici obblighi informativi volti a rendere edotto il beneficiario del finanziamento delle caratteristiche principali del prodotto offerto. In particolare, occorrerebbe prevedere l'obbligo di indicare, al momento dell'offerta di una polizza assicurativa, la non obbligatorietà della stessa, oppure la previsione normativa che ne impone la stipula ai fini dell'erogazione del finanziamento. In caso di polizza assicurativa non obbligatoria, l'istituto di credito dovrà indicare il costo complessivo del finanziamento con e senza polizza assicurativa. Inoltre, l'istituto di credito dovrà espressamente informare il beneficiario del finanziamento della possibilità di ricercare sul mercato, entro un periodo non inferiore a 10 giorni, una polizza assicurativa della tipologia richiesta che sarà accettata dalla banca o dall'intermediario finanziario senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo.

Qualora il beneficiario del finanziamento decida di acquistare la polizza proposta dall'erogatore del finanziamento, dovranno essere espressamente indicate le provvigioni percepite in caso di polizza abbinata al finanziamento e le provvigioni che vengono usualmente pagate all'intermediario in caso di collocamento di una polizza non in abbinamento con un prodotto finanziario.

Gli obblighi informativi di cui sopra dovranno essere forniti in ogni caso di offerta di una polizza assicurativa contestualmente ad un prodotto finanziario, e non solo, come prevede l'attuale normativa, in caso di assicurazione sulla vita. Risulta infatti riduttivo circoscrivere gli obblighi informativi pro competitivi ai soli casi di assicurazione vita e occorrerebbe, invece, prevederli per tutti i tipi di polizze, tra le quali si evidenzia quella scoppio incendio, ben più diffusa soprattutto nel settore dei mutui.

4) Il plurimandato nel settore assicurativo

Nel settore assicurativo, l'Autorità intende sottolineare l'importante effetto di incentivo alla mobilità della clientela derivante dallo sviluppo di reti in plurimandato e quindi dal divieto delle clausole di esclusiva nella distribuzione assicurativa²⁹. Tale divieto persegue l'obiettivo di innescare la concorrenza tra le compagnie attraverso le reti agenziali, incentivando l'apertura delle reti distributive. La medesima *ratio* sembra sottesa anche alle nuove disposizioni in tema di obblighi di confronto delle tariffe RC auto di cui all'articolo 34 d.l. n. 1/2012. Tali disposizioni, tuttavia, possono essere efficacemente attuate solo rimuovendo le difficoltà derivanti dai vari divieti di collaborazione tra reti distributive, diretti e indiretti, che ancora risultano presenti nei contratti di agenzia. L'Autorità, infatti, ha constatato che in vari casi, il divieto di plurimandato è aggirato attraverso clausole che, di fatto, rendono quasi impossibile (o comunque estremamente oneroso) per l'agente assumere altri incarichi.

²⁹ Cfr. da ultimo la Segnalazione AS497 "Clausole di esclusiva nel rapporto di distribuzione tra compagnie di assicurazione e agenti" del 5 febbraio 2009, in Boll. n. 3/2009.

Nell'ottica di favorire l'efficace applicazione dell'articolo 34 del d.l. n. 1/2012 dovrebbero essere vietate le clausole che ostacolano i rapporti con compagnie/reti distributive concorrenti al fine di consentire all'agente di fornire al proprio cliente non solo tre preventivi, ma anche più alternative contrattuali alla polizza della compagnia rappresentata.

Tali forme di collaborazione potrebbero essere favorite anche dall'estensione a tutti i tipi di rami della possibilità, prevista nel regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006 solo per il ramo RC auto, di iscrizione contemporanea nelle sezioni A ed E del Registro Unico Intermediari.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di stimolare la concorrenza e di garantire maggiore trasparenza nel settore bancario tradizionale, si propone l'introduzione di una disposizione normativa che preveda la costituzione di una società separata da Poste Italiane S.p.A., che abbia quale oggetto sociale lo svolgimento dell'attività bancaria a pieno titolo e che risponda ai requisiti della normativa settoriale contenuta nel T.U.B.

2) Al fine di rendere omogeneo il regime giuridico dei diversi operatori bancari, si propone di modificare la disciplina delle banche popolari attraverso: l'eliminazione i) della clausola di gradimento di cui all'articolo 30, comma 5 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e ii) dell'esclusione dal divieto di inserire limiti all'uso delle deleghe di voto prevista dall'articolo 137, comma 4, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Infine, sarebbe necessaria una maggiore simmetria tra partecipazione alla vita sociale e quote di capitale detenute attraverso un ripensamento del voto per testa e dei limiti alla partecipazione azionaria di cui all'articolo 30 d.lgs. n. 385/1993.

3) Al fine di garantire al consumatore la possibilità di compiere scelte economiche consapevoli, si propone di modificare l'articolo 28 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27, prevedendo ulteriori e più stringenti obblighi informativi degli istituti finanziari. In particolare, occorre inserire l'obbligo, per l'istituto di credito che offre un prodotto finanziario, di informare il beneficiario del finanziamento in merito a: i) l'obbligatorietà o la non obbligatorietà ex lege della polizza assicurativa e i costi della stessa; ii) la possibilità di reperire sul mercato la polizza richiesta; iii) in caso di offerta di una polizza assicurativa emessa da una società appartenente al medesimo gruppo l'obbligo di specificare la provvigione percepita e l'ammontare della provvigione pagata dalla compagnia assicurativa all'intermediario in caso di polizza non abbinata ad un prodotto finanziario; iv) l'obbligo di far decorrere almeno 10 giorni tra il momento della stipula del finanziamento e quello della stipula della polizza.

4) Al fine di incentivare la mobilità della clientela, si propone di integrare la disciplina delle clausole anticoncorrenziali in tema di responsabilità civile auto, di cui all'articolo 8 d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, sancendo la nullità anche: i) alle clausole che abbiano per effetto l'instaurarsi di rapporti di esclusiva di fatto tra compagnie ed agenti; ii) alle clausole di ostacolo alla collaborazione tra intermediari appartenenti a differenti reti distributive.

IL TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- La principale novità che ha interessato il settore dei trasporti è stata l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, con l'attribuzione a tale organismo di un ampio novero di competenze che comprendono, tra le altre i) la definizione delle condizioni di accesso alla rete ferroviaria, ii) la definizione degli ambiti e delle modalità

di finanziamento del servizio pubblico nel trasporto ferroviario, *iii*) la definizione degli schemi dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto in esclusiva, *iv*) la determinazione dei pedaggi autostradali con il meccanismo del *price cap* per le nuove concessioni autostradali (cfr. articolo 37 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e s.m.i.); *v*) il rilascio di un parere alle Autorità locali sul numero delle licenze dei taxi.

Misure già previste ma ancora da attuare

- Richiamando quanto già evidenziato nella segnalazione del 5 gennaio del 2012, “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2012”, l’Autorità ritiene che l’avvio dell’operatività dell’Autorità di regolazione dei trasporti non possa essere oggetto di ulteriori rinvii, affinché la stessa possa vigilare sulla “terzietà” della gestione di tutte le infrastrutture ritenute essenziali per lo svolgimento di un corretto confronto concorrenziale nei servizi di trasporto ferroviario merci e passeggeri.
- L’istituzione di un’autorità effettivamente indipendente agevolerà l’accesso alla rete a condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie e, dunque, un più corretto confronto concorrenziale nei servizi di trasporto passeggeri e merci.
- L’istituzione di tale Autorità consentirà, poi, una migliore definizione dei bandi di gara al fine di garantire un più adeguato confronto competitivo tra gli operatori del settore.
- Di assoluta preminenza, infine, le competenze attribuite alla costituenda Autorità in merito alla definizione “*degli ambiti del servizio pubblico sulle tratte e le [sue] modalità di finanziamento*” e all’analisi sull’efficienza “*dei diversi gradi di separazione tra l’impresa che gestisce l’infrastruttura e l’impresa ferroviaria*”.
- L’avvio dell’operatività dell’Autorità di regolazione dei trasporti rappresenta, pertanto, il primo, imprescindibile passaggio per addivenire ad una piena apertura del settore del trasporto ferroviario alla concorrenza. In assenza di tale tempestivo avvio resta, peraltro, irrisolto il nodo della separazione proprietaria tra gestore dell’infrastruttura ed impresa erogatrice dei servizi di trasporto ferroviario.

Cosa resta da fare

L’Autorità rileva la perdurante necessità di intervenire su talune disposizioni normative in materia di trasporto ferroviario nazionale al fine di favorirne una più ampia e completa liberalizzazione.

1) Semplificazione del quadro normativo e modalità di gestione del servizio di trasporto ferroviario

Nella prospettiva di ampliare il più possibile i segmenti di attività aperti al confronto concorrenziale occorre risolvere normativamente la scarsa chiarezza in ordine alla disciplina da applicare in caso di affidamento del servizio (gara o affidamento diretto).

In particolare, occorre procedere all’abrogazione dell’articolo 61 della legge 23 luglio 2009 n. 99, che, mediante il rinvio al regolamento (CE) n. 1370/2007 (articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e articolo 8, paragrafo 2), ha indotto gli operatori del settore a ritenere prevalente: *i*) la possibilità di affidare *in house* i servizi, salvo che tale modalità di gestione non sia vietata dalla legislazione nazionale; *ii*) la possibilità di affidare direttamente a terzi i servizi di trasporto regionale ferroviario e su gomma, in quest’ultimo caso quando il valore è inferiore a determinate soglie. Ciò laddove la disciplina nazionale anteriore, nel rispetto dei principi comunitari, prevedeva, al contrario, che fosse necessario “*il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio*” (articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997).

Si propone, inoltre, di modificare l'articolo 18, analogamente a quanto suggerito in tema di trasporto pubblico locale, prevedendo che l'ente locale mantenga la propria autonomia nello scegliere le diverse modalità di gestione del servizio, segnatamente: a) lo svolgimento del servizio in regime di libera iniziativa economica; b) l'affidamento in esclusiva con gara; c) l'affidamento ad una società mista, il cui socio privato è scelto con gara.

Al fine di garantire una maggiore efficienza nella gestione del servizio e l'ampio dispiegarsi della libera iniziativa economica, potrebbe essere introdotto l'obbligo per l'ente locale di richiedere un parere preventivo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel caso in cui non intenda fare ricorso al mercato e, dunque, alla libera concorrenza per la gestione del servizio. Nella richiesta di parere l'ente dovrà indicare le specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in "deroga" alla concorrenza non svantaggiosa per i cittadini, rispetto alla modalità in concorrenza.

Il parere dell'Autorità è funzionale, nel caso di specie, a garantire che l'assetto delineato sia, oltre che puntualmente definito nei suoi contenuti, anche improntato al perseguimento dell'efficienza nella gestione del servizio pubblico, facendo entrare anche le ragioni della concorrenza nell'iter decisionale dell'ente locale.

L'abrogazione dell'articolo 61 della legge 23 luglio 2009 n. 99 e la modifica dell'articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997 produrranno, come detto, effetti anche sulla disciplina del trasporto pubblico locale. Per indicazioni puntuali in merito alla modifica dell'articolo 18 del d.lgs. n. 422/1997 si rimanda alla parte relativa ai servizi pubblici locali della presente segnalazione.

2) Metodo di analisi di compromissione dell'equilibrio economico di un contratto di servizio

Occorre osservare come il disposto di cui all'articolo 59, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, rubricato "*Limitazioni ai servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale*" - norma che ha la finalità di contemperare due interessi contrapposti e parimenti degni di tutela, quali l'esigenza di garantire l'apertura dei mercati e l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio economico di un contratto di servizio - abbia recepito in modo non coerente e solo parziale le previsioni contenute nella direttiva 2007/58/CE, nella misura in cui la normativa comunitaria contemplava anche l'introduzione di una compensazione economica sotto forma di diritti di esercizio, o *royalty*, a beneficio dell'ente pubblico sussidiante.

Si propone, pertanto, di modificare l'articolo 59, comma 2, prevedendo espressamente la possibilità di richiedere prelievi compensativi ai soggetti nuovi entranti, nei casi di comprovata alterazione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio oggetto di compensazioni pubbliche, in conformità con quanto previsto dalla direttiva 2007/58/CE.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di garantire l'ampliamento dei segmenti di attività dei servizi pubblici di trasporto regionale e locale aperti al confronto concorrenziale, abrogare la previsione di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009 n. 99 così da eliminare le incertezze interpretative sui modelli di affidamento vigenti e da ridurre il ricorso all'affidamento diretto.

2) Al fine di evitare un'ingiustificata restrizione delle possibilità di concorrenza nell'offerta dei servizi pubblici di trasporto ferroviario passeggeri, modificare l'articolo 59, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, prevedendo che, in caso di comprovata compromissione dell'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico a fronte dell'ingresso di un nuovo operatore, quest'ultimo possa avere comunque accesso al mercato, previa corresponsione di diritti sull'esercizio di collegamenti effettuati fra due stazioni all'interno del territorio nazionale. Tali

diritti dovranno essere precipuamente finalizzati a compensare il necessario aumento dei corrispettivi per gli obblighi di servizio pubblico previsti nel quadro di contratti di servizio pubblico.

IL SETTORE AUTOSTRADALE

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Le più recenti modifiche normative intervenute nel settore, segnatamente le disposizioni di cui all'articolo 36 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, hanno previsto un piano di riordino dell'ANAS S.p.A., che assume la funzione di organo *in house* dell'amministrazione.
- Venuta meno l'istituzione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali, i compiti ad essa affidati che comprendono, oltre alle attività di programmazione di nuove strade ed autostrade, anche compiti di amministrazione concedente, sono ora attribuiti al Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti.
- Nell'ambito dell'attività di organo concedente, la norma attribuisce al Ministero l'attività di vigilanza sull'operato dei concessionari autostradali, nonché quella di selezione di questi ultimi (articolo 36, comma 2, lettera b) punto 1)). In alternativa, tuttavia, il Ministero può concedere la gestione di autostrade in affidamento diretto ad ANAS S.p.A. nei casi di scadenza o revoca delle precedenti concessioni, ovvero garantirle le concessioni per la costruzione e gestione di nuove autostrade, con convenzione da approvarsi con decreto ministeriale (articolo 36, comma 2, lettera b) punto 2)).
- Il Ministero è chiamato a formulare, altresì, proposte in ordine alla regolazione e alle variazioni tariffarie per le concessioni autostradali secondo i criteri e le metodologie stabiliti dalla costituenda Autorità di regolazione dei trasporti, alla quale, si ricorda, sono attribuite in materia autostradale specifiche competenze in ordine alla definizione del metodo tariffario dei pedaggi secondo una metodologia di *price cap*, alla definizione degli schemi di concessione e dei bandi di gara e a quella degli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali.

Cosa resta da fare

1) Modalità di gestione delle concessioni autostradali

In materia di gestioni delle infrastrutture autostradali e di offerta di servizi autostradali oggetto di concessioni, l'attuazione dei principi di concorrenza richiede di procedere a selezioni ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, limitando la durata delle concessioni e il loro ambito oggettivo. In siffatti mercati, dove non risulta praticabile una competizione nell'offerta dei servizi, appare infatti necessario che la selezione concorrenziale avvenga a monte, nella fase di individuazione del soggetto concessionario, definendo altresì una durata degli affidamenti adeguata a contemperare i pur necessari incentivi agli investimenti con la tempestività dell'adeguamento delle condizioni di offerta.

Occorre anche evitare di utilizzare l'istituto della proroga per le concessioni scadute, per le quali è necessario un tempestivo avvio di un procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni.

2) Modalità di determinazione delle tariffe autostradali

Appare, altresì, necessaria una regolamentazione tariffaria dei relativi servizi offerti alla clientela che contempli adeguamenti basati sulla crescita della produttività. Come l'Autorità ha già avuto modo di sottolineare, viceversa, la metodologia di revisione delle tariffe autostradali applicabile al principale concessionario, diversamente dai criteri precedentemente applicati, basati su una formulazione di tipo 'price cap', si basa sull'adeguamento al tasso di inflazione rilevato dall'ISTAT per i prezzi al consumo, non consentendo di rivedere periodicamente le tariffe né di verificare gli incrementi di produttività ottenuti dal gestore nel periodo regolatorio, che possono quindi trasformarsi in rendite monopolistiche.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di privilegiare meccanismi di attribuzione delle concessioni secondo procedure di selezione competitiva, appare opportuno intervenire sull'articolo 36 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, come convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 e successive modifiche, modificando le previsioni di cui al comma 2, lettera a) e abrogando le previsioni di cui al comma 2, lettera b) punto 3, nel senso di eliminare la possibilità di affidamento diretto ad ANAS della concessione di autostrade per le quali la concessione sia in scadenza ovvero revocata.

2) Al fine di garantire una gestione più efficiente delle autostrade, modificare il comma 2) lettera g) dell'articolo 36 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, nel senso di prevedere che, in sede di prima applicazione e solo fino alla effettiva costituzione dell'Autorità di Trasporti, l'attività di ridefinizione dei sistemi tariffari per i pedaggi basati sul metodo del price cap venga svolta direttamente dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti avvalendosi del NARS, e la nuova metodologia venga applicata a tutte le concessioni già in essere, oltre che alle nuove concessioni.

IL SISTEMA AEROPORTUALE

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Un buon funzionamento del settore aeroportuale risulta di fondamentale importanza per lo sviluppo economico del Paese. Le più recenti indagini sul settore svolte in ambito parlamentare hanno posto in evidenza come, a fronte della progressiva liberalizzazione del trasporto aereo, vi sia stata nel nostro Paese una crescita incontrollata del numero di scali in mancanza di una adeguata e necessaria programmazione nazionale, con la conseguenza di un ingente impegno di risorse pubbliche nella realizzazione di aeroporti con volumi di traffico ridotti e contestualmente difficoltà di sviluppare aeroporti in grado di concentrare il traffico a medio e lungo raggio³⁰.
- La normativa di settore, segnatamente il decreto legislativo 9 maggio 2005 n. 96, modificativo della parte aeronautica del Codice della navigazione, individua nell'affidamento in concessione della gestione totale il modello di gestione preferenziale in quanto funzionale a una privatizzazione del settore da cui possano ottenersi maggiore funzionalità ed economicità delle attività. Tale modello gestionale risulta oggi adottato nei maggiori scali nazionali.
- Per ciò che riguarda, inoltre, la definizione dei corrispettivi aeroportuali, con il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27, si è finalmente data attuazione alla direttiva 2009/12/CE che ha fissato al 15 marzo 2011 il termine per

³⁰ Cfr. Indagine conoscitiva sul sistema aeroportuale italiano, dicembre 2009, Camera dei Deputati, XVI legislatura.

l'entrata in vigore delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi, da parte dei diversi, Stati Membri alle disposizioni che stabiliscono un sistema di diritti aeroportuali basato sul confronto fra gestori e utenti aeroportuali in un quadro di libera concorrenza.

Cosa resta da fare

1) Applicazione universale del modello a gestione totale e riduzione della durata delle concessioni

Con riguardo all'effettiva implementazione del modello a gestione totale, si deve, tuttavia, osservare che questo non è sufficientemente diffuso in un contesto in cui non si è realizzata la necessaria privatizzazione del settore, dal momento che nella maggior parte dei casi il capitale sociale del concessionario risulta pressoché regolarmente ripartito tra una pluralità di soggetti riconducibili alla dimensione pubblica locale (amministrazioni regionali, provinciali, comunali, società finanziarie o di servizi delle stesse, camere di commercio); al fine di ottenere un'effettiva apertura della gestione degli aeroporti a soggetti privati competitivi occorre, dunque, incidere sulla gestione del sistema aeroportuale nazionale, transitando un maggior numero di scali a gestioni totali competitivamente assegnate.

In linea più generale, inoltre, la durata delle concessioni dovrebbe essere rigorosamente definita in maniera da perseguire l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, senza però rinviare per tempi eccessivamente lunghi il confronto concorrenziale.

2) Disciplina concernente la definizione dei corrispettivi

Quanto alla nuova disciplina concernente la definizione dei corrispettivi aeroportuali, l'articolo 22, commi 2 e 3, del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con legge 4 aprile 2012 n. 35, ha disposto che il recepimento della direttiva 2009/12/CE faccia comunque salvo il completamento delle procedure in corso, che devono concludersi entro e non oltre il 31 dicembre 2012, volte alla stipula dei contratti di programma con le società di gestione aeroportuali, contratti la cui durata è fissata nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia e dei rispettivi modelli tariffari e che la misura dei diritti aeroportuali stabilita nei contratti di programma stipulati anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge n. 1/2012 può essere determinata secondo le modalità di cui al Capo II del decreto medesimo alla scadenza dei contratti stessi³¹.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di garantire il passaggio ad un modello di gestione totale da parte di privati, modificare l'articolo 704 del Codice della navigazione, nel senso di: i) definire la durata massima del provvedimento concessorio a venti anni; ii) introdurre meccanismi di decadenza anticipata delle concessioni in essere nei casi di modelli di gestione differenti dalla gestione totale; iii) prevedere, nei casi di modelli a gestione totale, la possibilità di mantenimento della durata prevista delle concessioni solo nel caso di progressiva privatizzazione - con socio privato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica - delle società di gestione a controllo pubblico.

2) Al fine di evitare illegittime deroghe all'immediata attuazione della nuova disciplina comunitaria di cui alla direttiva 2009/12/CE, concernente la definizione dei corrispettivi aeroportuali sulla base di un confronto fra gestori e utenti aeroportuali, abrogare i commi 2 e 3

³¹ In base a tale norma, le deroghe all'applicazione immediata della vigente disciplina comunitaria si applicherebbero, secondo le informazioni disponibili, ad un numero non irrilevante di importanti scali nazionali tra i quali almeno quelli di Roma, Milano, Catania, Palermo, Pisa, Napoli, Bari, Brindisi e Bologna.

dell'articolo 22 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, in materia di modalità applicative delle nuove disposizioni in materia di diritti aeroportuali.

IL SISTEMA PORTUALE

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- L'analisi delle problematiche di sviluppo concorrenziale del settore portuale può essere ricondotta alle condizioni di offerta di servizi portuali (operazioni portuali e altre attività commerciali e servizi tecnico-nautici), con specifico riferimento alle disposizioni vigenti in materia e al ruolo delle Autorità portuali a fronte di quello della costituenda Autorità di regolazione dei trasporti.

Cosa resta da fare

1) Chiara ripartizione tra le Autorità di regolamentazione e controllo

Con l'istituzione della nuova Autorità dei trasporti, le Autorità portuali saranno tenute a svolgere le proprie funzioni (individuate all'articolo 6 della legge 28 gennaio 1994, n. 84) avendo conto delle competenze attribuite al nuovo organismo. Se si considerano anche le funzioni e competenze riservate *ex lege* alle Autorità marittime ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 84/94, appare evidente la necessità di individuare una soluzione normativa maggiormente idonea a garantire un chiaro riparto di competenze tra i vari soggetti di regolamentazione e controllo, più chiaramente ispirata a principi concorrenziali.

2) Modalità di gestione dei servizi portuali

La commistione fra regolazione e gestione delle operazioni portuali costituisce, ancora oggi, nonostante la modifica del quadro normativa operata dalla legge n. 84/94, uno dei principali problemi in grado di originare non solo conflitti di interessi, ma anche e soprattutto ostacoli alla concorrenza, laddove nuove imprese intendano entrare sul mercato dei servizi portuali. Il permanere del doppio ruolo (regolatore/impresa) da parte dell'Autorità portuale, favorito dalla possibilità per la stessa di costituire o partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidatele, ha frenato lo sviluppo della concorrenza. Appare, pertanto, necessario addivenire alla totale separazione del ruolo di impresa portuale da quello di regolatore e controllore del porto, limitando esclusivamente a quest'ultima funzione l'operare delle Autorità portuali.

Nell'ottica di ampliare il novero di soggetti in concorrenza nella fornitura di servizi portuali, appare inoltre opportuno modificare il comma 7 dell'articolo 16 della legge n. 84/94 prevedendo l'introduzione di un meccanismo consultivo dell'Autorità dei Trasporti in relazione al numero massimo di autorizzazioni da rilasciare per l'esercizio di tali servizi tenuto conto delle esigenze di funzionalità del porto e del traffico.

3) Modalità e durata delle concessioni delle aree e banchine in ambito portuale

Al fine di ottenere un'effettiva apertura alla concorrenza della gestione delle aree e banchine in ambito portuale occorre incidere sulle modalità di affidamento delle concessioni delle stesse con la modifica dell'articolo 18 della legge n. 84/94, prevedendo in particolare il ricorso a procedure di selezione degli operatori con evidenza pubblica e, al contempo, l'abrogazione di ogni eventuale disposizione incompatibile.

In linea più generale, inoltre, la durata delle concessioni delle aree e banchine in ambito portuale dovrebbe essere rigorosamente definita in maniera da perseguire l'equilibrio economico-

finanziario degli investimenti del concessionario, senza però rinviare per tempi eccessivamente lunghi il confronto concorrenziale.

4) Modalità di gestione dei servizi tecnico-nautici

In ordine ai servizi tecnico-nautici, fermo restando le competenze delle Autorità marittime e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in relazione all'obbligatorietà prevista in alcuni ambiti portuali, appare opportuno segnalare che le motivazioni inerenti a garantire la sicurezza dello svolgimento delle operazioni portuali non dovrebbero costituire pretesto per mantenere rendite di posizione a favore di soggetti che prestano tali servizi in ambiti di riserva legale.

In questa prospettiva, appare necessario modificare l'articolo 14 della legge n. 84/94, delimitando gli ambiti della riserva legale agli specifici casi nei quali essa risulta assolutamente indispensabile e lasciando che in tutti gli altri operi la concorrenza. Una volta effettuato questo esame, per le situazioni che comportano la necessità di gestire il servizio in regime di riserva legale, appare opportuno che, non potendosi svolgere la concorrenza all'interno del mercato, ci si affidi comunque alla concorrenza per il mercato. L'affidamento delle attività riservate dovrebbe avvenire con procedura pubblica, volta a massimizzare l'efficienza ed a minimizzare le tariffe, dati i requisiti di sicurezza necessari. Solo laddove le due modalità citate, concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato, non siano realizzabili, dovrà intervenire una regolazione di dettaglio del livello delle tariffe.

In questo contesto appare, peraltro, auspicabile che il meccanismo di determinazione delle tariffe sia individuato, in luogo del sistema basato sui costi storici delle imprese attive nel mercato (*rate of return*), nel cosiddetto *price cap*, sistema maggiormente idoneo a indurre le imprese monopoliste a incrementare i propri guadagni di produttività e, conseguentemente, a trasferirli a vantaggio degli utenti finali.

PROPOSTE OPERATIVE

Si propone di modificare legge 28 gennaio 1994, n. 84, nel senso di:

- 1) modificare gli articoli 6 e 14 in modo da garantire un chiaro riparto di competenze tra le Autorità marittime e le Autorità portuali, più chiaramente ispirato a principi concorrenziali;*
- 2) modificare il comma 6 dell'articolo 6 introducendo un divieto per le Autorità portuali di svolgere, direttamente o attraverso società partecipate, oltre alle operazioni portuali, anche ogni altra attività industriale e commerciale nei porti;*
- 3) modificare l'articolo 16 prevedendo un meccanismo consultivo dell'Autorità dei Trasporti in relazione al numero massimo di autorizzazioni per l'esercizio dei servizi portuali;*
- 4) con riguardo all'attività concessoria di aree e banchine in ambito portuale, modificare l'articolo 18 introducendo una norma espressa che preveda il ricorso a procedure di selezione degli operatori (assegnatari delle aree appartenenti all'ambito portuale) ad evidenza pubblica, con la contestuale abrogazione di ogni disposizione incompatibile;*
- 5) modificare l'articolo 18 limitando la durata delle concessioni, che non dovrebbe eccedere quella coerente con l'entità degli investimenti previsti;*
- 6) modificare il comma 1-bis dell'articolo 14 prevedendo modalità pro-concorrenziali di gestione dei servizi tecnico-nautici, limitando il ricorso alla gestione in riserva legale solo alle ipotesi in cui essa risulti assolutamente indispensabile; in tali circostanze, prevedere meccanismi di concorrenza per il mercato ai fini dell'individuazione del gestore ovvero, in ultima analisi, meccanismi di determinazione della tariffe dei basate sul principio del 'price cap'.*

IL SETTORE FARMACEUTICO

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- La più recente attività legislativa del Governo con riferimento al settore della distribuzione farmaceutica, e in particolare le disposizioni che incrementano il rapporto fra il numero di farmacie autorizzabili e il numero degli abitanti, che introducono la possibilità per le farmacie di vendere i farmaci monodose (con conseguente riduzione degli sprechi) e per le parafarmacie di vendere un sottoinsieme dei cosiddetti farmaci di fascia C e di farmaci veterinari (cfr. articoli 11, commi 15 e 16, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), nonché, da ultimo, le disposizioni che circoscrivono la possibilità per il medico di prescrivere specialità medicinali, ove esista il prodotto generico, richiedendo specifica motivazione (articolo 15, comma 11-*bis* del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, come convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135) sono da considerarsi importanti passi avanti per l'auspicata introduzione di principi di concorrenza nel settore in esame.

Misure già previste ma ancora da attuare

- Con riguardo alla modifica del sistema di remunerazione della filiera distributiva del farmaco, contenuta all'articolo 15, comma 2, del citato d.l. 95/2012, prevedere che il nuovo sistema sia basato su una retribuzione 'a forfait' per ogni servizio di vendita di ciascun medicinale, indipendentemente dal suo prezzo, piuttosto che sul valore dei prodotti venduti. Un siffatto sistema introdurrebbe un elemento di forte regressività del margine di guadagno rispetto al prezzo del prodotto, contribuendo, insieme alle altre disposizioni già previste in tal senso, ad incentivare la vendita dei farmaci a minor prezzo (in particolare, i farmaci generici), con rilevanti benefici per le dinamiche concorrenziali nel settore della produzione farmaceutica.

Cosa resta da fare

1) Multi-titolarità delle farmacie

Non è detto che l'aumento del numero delle farmacie si traduca direttamente in un incremento della concorrenza di prezzo e/o di qualità. Tale esito potrebbe infatti pienamente realizzarsi solo laddove, superando i limiti normativi attualmente esistenti, si contempra la possibilità che un unico soggetto possa assumere la titolarità di più licenze, il che garantirebbe lo sviluppo di adeguate economie di scala e di rete e la nascita di nuovi modelli di *business*, che potranno riverberarsi in una riduzione dei costi della distribuzione, analoghi a quelli sperimentati in altri Paesi europei, a beneficio dell'utenza.

2) Divieto di patent linkage

Con riguardo all'auspicato sviluppo dei farmaci generici, appare fondamentale scongiurare l'introduzione di norme che, vincolando le procedure di concessione delle autorizzazioni per l'immissione in commercio di farmaci generici alla risoluzione di eventuali dispute inerenti a presunte violazioni della proprietà industriale e commerciale, determinino un ritardo all'ingresso nel mercato pregiudizievole per la concorrenza. In particolare, l'articolo 11, comma 1, del d.l. 158/2012 lega l'efficacia dei provvedimenti necessari all'inserimento dei farmaci generici nella c.d. "Lista di Trasparenza" ai fini del rimborso a carico del SSN, alle date di scadenza brevettuale indicate dal Ministero dello Sviluppo Economico, configurando nuovamente una chiara ipotesi di *patent linkage*.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Al fine di ampliare la possibilità di una multititolarità delle farmacie, modificare l'articolo 5, comma 6-ter, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248, che integra l'articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, eliminando il limite di titolarità di 4 farmacie in capo ad un unico soggetto, così da poter cogliere appieno i benefici derivanti dalle economie di scala.

2) Al fine di eliminare un ostacolo all'ingresso sul mercato dei farmaci generici, abrogare l'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 11 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, che subordina l'inserimento dei medicinali equivalenti nel Prontuario farmaceutico nazionale alla data di scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare della specialità di riferimento, e che inserisce in tal modo una chiara forma di "patent linkage".

I SERVIZI PROFESSIONALI

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

Le disposizioni normative introdotte negli ultimi anni (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) e la loro attuazione regolamentare (DPR 7 agosto 2012, n. 137) hanno contribuito ad aprire il mercato dei servizi professionali regolamentati, attraverso un insieme di misure che hanno condotto a:

- abolire l'obbligatorietà delle tariffe professionali;
- abolire il divieto di pubblicità da parte dei professionisti;
- garantire il libero accesso alle professioni non regolamentate;
- ampliare la pianta organica e la dimensione geografica dei distretti dei notai;
- ridurre il periodo di tirocinio professionale a 18 mesi;
- introdurre il principio dell'eccezionalità delle limitazioni quantitative e territoriali alla professione;
- consentire la fornitura di servizi professionali anche attraverso società di capitali.

Misure già previste ma ancora da attuare

E' necessario monitorare l'effettiva attuazione della riforma della disciplina degli ordinamenti professionali ed evitare di fare passi indietro in tale settore; l'Autorità ha già segnalato (parere del 9 agosto 2012, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*) alcuni profili di problematicità della proposta di legge recante "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*", che appare reintrodurre misure limitative della concorrenza tra i professionisti, che risultano già superate dai più recenti interventi legislativi di riforma. L'auspicio è che tali misure non vengano reintrodotte.

Cosa resta da fare

1) Decoro professionale e adeguatezza del compenso del professionista

La piena efficacia delle norme che hanno recentemente liberalizzato il settore delle libere professioni risulta ancora ostacolata dalla permanenza di riferimenti normativi alla "*adeguatezza*" del compenso del professionista rispetto al "*decoro professionale*" e alla "*importanza dell'opera*". In particolare:

- l'articolo 9, comma 4, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, stabilisce che *“in ogni caso la misura del compenso [...] deve essere adeguata all'importanza dell'opera”*.
- l'articolo 2233, comma 2, del Codice Civile, relativo alle professioni intellettuali, prevede che *“in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”*.

Deve rilevarsi, in merito, che condotte dei professionisti o degli Ordini professionali, che si richiamino alle suddette norme, possono condurre di fatto ad una reintroduzione surrettizia delle tariffe di riferimento per le prestazioni professionali, vanificando la portata liberalizzatrice delle succitate misure normative. Inoltre, il riferimento all'“*adeguatezza*” della tariffa, oltre che estremamente generico, non è affatto necessario per garantire la qualità delle prestazioni, a fronte, peraltro, del potere in capo agli ordini professionali di indagare sulla corretta esecuzione della prestazione professionale nel suo complesso, secondo parametri qualitativi.

2) Le forme di “illecita” concorrenza tra notai

L'articolo 147, comma 1, lett. c) della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (inserito nel Capo II, Titolo VI “*Delle sanzioni disciplinari e dei provvedimenti cautelari*”) qualifica come “*illecita concorrenza*” tra notai, perseguibile con sanzioni disciplinari, la possibilità di effettuare “*riduzioni di onorari, diritti o compensi*”, di servirsi dell'opera di procacciatori di clienti, di far uso di forme pubblicitarie “*non consentite dalle norme deontologiche*”, o, più in generale, di servirsi “*di qualunque altro mezzo non confacente al decoro e al prestigio della classe notarile*”. Si tratta di una previsione che mantiene ingiustificate forme di controllo, da parte dell'Ordine, sulla libertà dei professionisti di organizzare la propria attività, con esplicito riferimento, peraltro, alla determinazione dei compensi richiesti per le proprie prestazioni e ciò a fronte della liberalizzazione dell'esercizio dell'attività professionale e della determinazione delle relative tariffe, intervenuta a partire dal d.l. n. 223/06 e da ultimo ribadita nel d.l. n. 1/2012.

3) La determinazione della pianta organica dei notai

I criteri per la distribuzione geografica delle sedi dei notai sono tuttora orientati non già al corretto soddisfacimento dell'effettiva domanda di servizi professionali, bensì a garantire determinati livelli di attività e di reddito ai professionisti interessati. Ci si riferisce, in particolare, al criterio distributivo delle sedi notarili basato su un livello minimo di domanda, di cui all'articolo 4, comma 1, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, che stabilisce che la distribuzione delle sedi notarili tra i Comuni dei vari distretti sia basata sulla garanzia, per ogni singolo notaio, di un livello minimo di domanda (popolazione di almeno 7.000 abitanti) e di un livello minimo di reddito annuo (almeno 50.000 euro di onorari professionali repertoriali). Pertanto i criteri per la determinazione del numero e della residenza dei notai per ciascun distretto, oltre a non tener conto di parametri idonei a conseguire l'obiettivo di una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale dei professionisti stessi, prevedono una garanzia di reddito minimo, determinando ingiustificate posizioni di rendita in favore dei professionisti.

4) Accesso ai corsi universitari

Permangono ingiustificati ostacoli all'accesso alle professioni, già nella fase di ammissione ai corsi universitari formativi per il futuro svolgimento della professione. Infatti, in fase di individuazione del numero chiuso per l'accesso ai corsi di laurea, l'articolo 3, comma 1, della legge 2 agosto 1999, n. 264, prevede, tra i criteri, che si debba tenere conto del “*fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo*”, criterio non strettamente legato all'offerta

formativa delle università e idoneo a restringere ingiustificatamente l'accesso ai corsi di laurea prodromici all'esame di abilitazione professionale.

PROPOSTE OPERATIVE

- 1) Al fine di garantire la piena efficacia delle norme che hanno introdotto la liberalizzazione delle tariffe professionali, è necessario eliminare il riferimento all'adeguatezza del compenso all'importanza dell'opera, contenuto nell'articolo 9, comma 4, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché abrogare il comma 2 dell'articolo 2233 del Codice Civile, che prevede che "in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione".*
- 2) Al fine di garantire la piena efficacia delle norme che hanno introdotto la liberalizzazione dell'esercizio delle professioni e delle tariffe professionali, è necessario abrogare la lettera c) dell'articolo 147, comma 1, della legge 16 febbraio 1913 n. 89, in quanto prevede ingiustificate forme di controllo dell'ordine sulla libertà dei notai di organizzare la propria attività.*
- 3) Al fine di garantire che la distribuzione delle sedi dei notai sia orientata al corretto soddisfacimento della domanda, è necessario modificare l'articolo 4, comma 1, della legge 16 febbraio 1913 n. 89, sopprimendo il riferimento, ai fini della definizione del numero e della residenza dei notai per ciascun distretto, alla "quantità degli affari" ed alla garanzia di "un reddito annuo, determinato sulla media degli ultimi tre anni, di almeno 50.000 euro di onorari professionali repertoriali"; allo stesso fine, è necessario modificare il riferimento ad "una popolazione di almeno 7.000 abitanti" con quello ad "una popolazione di al massimo 7.000 abitanti", in modo da garantire un livello minimo di servizio, senza limitare la possibilità, per ogni distretto, di una maggiore offerta di servizi notarili.*
- 4) Al fine di rimuovere gli ostacoli ingiustificati all'accesso alle professioni, già nella fase di ammissione ai corsi universitari formativi, è opportuno modificare l'articolo 3, comma 1, lettera a), della legge 2 agosto 1999 n. 264, sopprimendo il riferimento, in sede di determinazione annuale del numero dei posti per i corsi universitari, al "fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo".*

LA SANITA'

Cosa è stato fatto e grado attuale di apertura dei mercati

- Si sono realizzati importanti interventi tesi a razionalizzare il SSN (attribuzione alle aziende sanitarie della personalità giuridica pubblica, con le conseguenti sfere di autonomia; prefigurazione di un sistema di concorrenza tra strutture pubbliche e private, fondato sull'accreditamento e il finanziamento a tariffa delle strutture stesse).
- In tale settore non possono registrarsi interventi di *liberalizzazione*, intesa nella sua accezione di piena ed incondizionata apertura all'operare dei meccanismi di mercato.

Cosa resta da fare

Pur nella consapevolezza che i servizi sanitari si configurano a tutti gli effetti come un bene pubblico, la cui gestione coinvolge, tra l'altro, delicati aspetti di contabilità pubblica ed esigenze di protezione sociale, si possono individuare spazi per l'introduzione di stimoli concorrenziali.

1) Maggiore libertà di accesso per gli operatori privati

Gli operatori privati che erogano prestazioni non a carico del SSN possono svolgere un ruolo importante nella realizzazione di strutture e nell'esercizio di attività sanitarie; consentire una

maggior libertà di accesso agli operatori privati nell'erogazione di prestazioni sanitarie che non gravano sull'erario pubblico può contribuire a migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi, con riflessi positivi sulla produttività dell'intera offerta. In questo senso, non trova alcuna giustificazione la previsione, di cui all'articolo 8-ter del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, in base alla quale, anche per le imprese private che operano nella fornitura di servizi sanitari non a carico dell'erario pubblico, l'autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie è subordinata alla verifica di compatibilità del progetto da parte delle Regioni, da effettuarsi *"in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione delle strutture presenti in ambito regionale"* (comma 3).

2) Eliminazione del regime di accreditamento provvisorio

L'attuale configurazione del sistema di accreditamento delle imprese private che intendono fornire servizi sanitari per conto del SSN presenta aspetti discriminatori, in ragione del regime dell'accreditamento provvisorio, previsto dall'articolo 8-quater, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502. In particolare, vari operatori privati si trovano in una situazione di accreditamento provvisorio, e non istituzionale, in attesa delle verifiche *"del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati"*, per le quali, peraltro, la norma non detta alcun termine. Appare quindi necessario superare il regime dell'accreditamento provvisorio, prevedendo una norma generale che disponga l'obbligo di accreditamento definitivo da parte delle Regioni per le nuove strutture sanitarie o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti.

3) Trasparenza nella selezione delle imprese convenzionate

Appare opportuno che il sistema di convenzionamento delle imprese private operi su base selettiva, non discriminatoria, periodica e trasparente. A garanzia di un accesso equo e non discriminatorio degli operatori privati al circuito del SSN, dovrebbe essere inserita nell'articolo 8-quinquies del d.lgs. n. 502/92 una norma che preveda selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, che facciano seguito a verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati ed alla conseguente eventuale razionalizzazione della rete in convenzionamento.

4) Meccanismi di valutazione della performance delle strutture sanitarie

Onde favorire la scelta del luogo di cura da parte degli utenti, si rende necessario incrementare l'informazione disponibile sulle *performance* delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio, procedendo a rendere ampiamente disponibili i bilanci delle ASL e delle strutture private e i dati sugli aspetti qualitativi del servizio (es. lunghezza delle liste di attesa per le prestazioni presso le diverse strutture pubbliche dello stesso territorio), nonché sugli aspetti relativi all'attività medica svolta. Tali informazioni potrebbero orientare la domanda verso le strutture più efficienti, creando di fatto una concorrenza fra strutture pubbliche ovvero fra strutture pubbliche e private convenzionate.

5) Contenimento della spesa pubblica sanitaria

Con riguardo alla spesa sanitaria e, più specificamente, a quella relativa all'acquisto di beni e servizi, l'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 (come modificato dall'articolo 15, comma 13, lettera b), del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) prevede che le ASL siano tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che prevedano prezzi unitari di fornitura che eccedono di almeno il 20% i corrispondenti prezzi di riferimento, potendo eventualmente recedere dai medesimi contratti, senza alcun onere, laddove non venga raggiunto l'accordo per la rideterminazione del prezzo al livello di riferimento. Tale previsione, se, da un lato, appare volta a rendere più vincolante l'impegno delle ASL al contenimento dei costi di

acquisto di beni e servizi; dall'altro, crea le condizioni affinché nella prassi il fabbisogno di beni e servizi delle ASL venga soddisfatto a prezzi che eccedono il prezzo di riferimento di tale misura. In tal modo, essa introduce un'ingiustificata distorsione idonea a sovrastimare il livello del costo *standard*, ossia il parametro che dovrebbe guidare la convergenza dei costi di approvvigionamento del servizio sanitario a livelli di efficienza.

PROPOSTE OPERATIVE

- 1) Al fine di consentire una maggiore libertà di accesso degli operatori privati all'erogazione di prestazioni sanitarie che non gravano sull'erario pubblico, appare opportuno introdurre a livello nazionale una norma di principio che consenta la realizzazione e l'esercizio di strutture sanitarie non convenzionate con il SSN a prescindere dalla verifica del fabbisogno di servizi sanitari, come attualmente previsto dall'articolo 8-ter del d.lgs. n. 502/92, né tanto meno della compatibilità finanziaria.*
- 2) Al fine di far venir meno gli aspetti discriminatori a danno delle imprese private che discendono dall'attuale configurazione del sistema di accreditamento, si ritiene necessario abrogare il comma 7 dell'articolo 8-quater, del d.lgs. n. 502/92, che prevede il regime dell'accREDITAMENTO "in via provvisoria", per il tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati.*
- 3) Al fine di garantire che il sistema di convenzionamento delle imprese private operi su base selettiva, non discriminatoria, periodica e trasparente, sarebbe necessario inserire nel testo inserire nell'articolo 8-quinquies la previsione di selezioni periodiche regionali, adeguatamente pubblicizzate, delle strutture da convenzionare, nonché meccanismi di verifiche sistematiche degli operatori già convenzionati.*
- 4) Onde favorire la scelta del luogo di cura da parte degli utenti, si rende necessario introdurre nel d. lgs. n. 502/92 un obbligo di pubblicazione, sui siti istituzionali, dei bilanci economici, dei dati relativi agli aspetti qualitativi del servizio e dell'attività medica svolta dalle strutture sanitarie pubbliche e private.*
- 5) Al fine di evitare distorsioni idonee a sovrastimare il livello del costo standard, ossia il parametro che dovrebbe guidare la convergenza dei costi di approvvigionamento del servizio sanitario a livelli di efficienza, si rende necessaria una modifica dell'articolo 17, comma 1, lettera a), del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 (come modificato dall'articolo 15, comma 13, lettera b), del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) nella parte in cui prevede l'obbligo di rinegoziazione dei contratti di fornitura riguardanti il settore sanitario, rimuovendo la limitazione di tale obbligo ai soli contratti che eccedono il 20% del prezzo di riferimento.*

IL CONSUMATORE

Cosa resta da fare

Le misure connesse al risanamento dei conti pubblici incidono significativamente sul potere d'acquisto e i consumi delle famiglie e segnalano la necessità di strategie di crescita prevalentemente orientate - dal lato della domanda - a contenere o invertire il negativo andamento della spesa privata in beni e servizi tramite strumenti diversi dai tradizionali incentivi di natura fiscale. Prioritari, in tal senso, devono ritenersi gli interventi diretti a favorire l'accesso dei consumatori a un insieme più ampio e diversificato di opportunità, garantendo loro più elevati

livelli di sicurezza, migliori informazioni, maggiore chiarezza nei rapporti contrattuali e più efficaci e tempestivi strumenti di tutela.

Queste esigenze sono particolarmente avvertite alla luce dei cambiamenti, nelle modalità di interazione tra impresa e consumatore, determinati sia dall'evoluzione dei sistemi di comunicazione commerciale, sia dai processi di esternalizzazione che in misura crescente caratterizzano le scelte organizzative dell'attività d'impresa. Il costante sviluppo del commercio elettronico offre ai consumatori opportunità sempre più ampie di scelta e di raffronto tra le diverse offerte commerciali. Tali benefici, riconosciuti e promossi anche a livello comunitario, sono tuttavia in parte attenuati dalla naturale perdita del contatto diretto consumatore-venditore e dall'impossibilità di visionare il bene prima dell'acquisto; fattori, entrambi, che espongono il consumatore al rischio di scelte basate su informazioni spesso incomplete, ambigue e non trasparenti in merito all'identità e affidabilità del professionista, all'effettiva natura delle iniziative promozionali, alle caratteristiche e alle reali condizioni di offerta dei beni e servizi proposti, nonché ai contenuti e alle modalità di esercizio dei propri diritti. Fenomeni analoghi, d'altra parte, si riscontrano anche in settori più tradizionali, nei quali il rapporto tra professionista e consumatore risulta sempre più diffusamente intermediato da agenti, promotori e operatori di *call center*, ai quali le imprese affidano l'attività promozionale e di acquisizione del cliente, così come la successiva gestione dei contatti nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

1) Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori

In questo specifico ambito, nel 2011 è intervenuta la direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento e del Consiglio, sui diritti dei consumatori, che prevede, a partire dal giugno 2014, l'introduzione in tutti gli Stati membri di una disciplina comune in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Nell'intento di favorire lo sviluppo del commercio transfrontaliero, la direttiva precisa e rafforza le garanzie a favore dei consumatori in termini di informativa pre-contrattuale, modalità di espressione del consenso, condizioni e modalità di esercizio del diritto di recesso, oneri connessi all'esecuzione della prestazione o alla gestione del rapporto contrattuale. Una rapida trasposizione della citata direttiva nell'ordinamento nazionale, in anticipo rispetto alla scadenza del 13 dicembre 2013, oltre a rappresentare un esempio concreto e virtuoso di osservanza degli impegni connessi alla nostra appartenenza all'Unione europea, consentirebbe di accelerare il processo di adattamento interno alle nuove regole e di recuperare più velocemente il deficit di fiducia che contribuisce in misura non secondaria all'attuale processo di contrazione e di differimento dei consumi.

2) Specifica informativa ai consumatori nei contratti per adesione

Il perseguimento di questo stesso obiettivo potrebbe essere facilitato anche da una più stringente disciplina normativa in materia di trasparenza e chiarezza delle condizioni generali di contratto. In un'ottica di miglioramento del livello di informazione ai consumatori sarebbe utile prevedere - anche mediante opportune modifiche al Codice del Consumo - l'introduzione obbligatoria, nei contratti di massa, di un foglio di sintesi che riassume, con adeguata evidenza grafica e in modo sintetico, semplice e chiaro, le clausole principali (es. relative a prestazioni principali, prezzo finale, onnicomprensivo di oneri accessori, durata, recesso, penali, garanzie e foro competente), imponendo al tempo stesso che tali clausole non possano essere limitate o contraddette da altre clausole in altre parti del contratto o in altro documento contrattuale. Ciò consentirebbe al consumatore un'immediata, corretta e affidabile percezione dei contenuti principali del contratto, così da poter determinare le proprie scelte di consumo in modo pienamente consapevole e, per quanto possibile, non distorto da artificiali asimmetrie informative.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Rapida trasposizione, nell'ordinamento nazionale, della Direttiva 2011/83/UE del Parlamento e del Consiglio, sui diritti dei consumatori.

2) Al fine di rafforzare le garanzie a favore dei consumatori in termini di scelte di acquisto pienamente consapevoli, si auspica l'inserimento, all'articolo 35 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo), della seguente previsione: "Nei contratti tra imprese e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto, o con la sottoscrizione di moduli, modelli e formulari, le clausole relative all'oggetto del contratto, al corrispettivo, alla durata ed eventuale rinnovo, alle condizioni e alle modalità di esercizio del recesso, all'esistenza e all'importo di eventuali penali, al contenuto e alle modalità di fruizione delle garanzie di legge e convenzionali e al foro competente, devono essere sempre indicate, sinteticamente e in modo chiaro e comprensibile, in un foglio informativo da sottoporre alla firma del consumatore a cui ne è rilasciata contestualmente copia. La portata e il significato delle predette clausole indicate nel foglio informativo non possono essere limitati o contraddetti da altre clausole in altre parti del contratto o in altro documento contrattuale".

LE COMPETENZE DELL'AUTORITA'***Misure per migliorare l'efficacia del programma di clemenza***

L'Autorità intende dare nuovo impulso al programma di clemenza introdotto nell'ordinamento italiano nel 2007 sulla base di quanto previsto dall'articolo 15, comma 2-bis, della legge n. 287/90³². Il programma nazionale, ispirato al corrispondente programma comunitario³³, consente alle imprese che sono parte di intese orizzontali segrete di beneficiare dell'immunità o della riduzione della sanzione amministrativa antitrust ove decidano di fornire una collaborazione qualificata all'attività di indagine dell'Autorità. Esso è volto a favorire l'emersione dei cartelli segreti, ossia delle fattispecie antitrust maggiormente dannose per il benessere collettivo, la cui prova difficilmente può essere acquisita dall'Autorità autonomamente.

Dall'esperienza sinora maturata dall'Autorità nell'applicazione del programma di clemenza, specie se comparata con i risultati ottenuti all'estero, emerge un ridotto ricorso allo strumento della *leniency* da parte delle imprese. Perché tale istituto sia potenziato, è dunque necessario incentivare la scelta degli operatori di collaborare, all'uopo incrementando la prevedibilità dei benefici traibili e l'appetibilità del trattamento favorevole. In tale ottica, l'Autorità ritiene opportuno segnalare la necessità che vengano posti dei correttivi ai disincentivi al ricorso al programma nazionale di clemenza derivanti da altri settori dell'ordinamento, concentrandosi in particolare sulle conseguenze negative cui la collaborazione qualificata delle imprese può condurre sul piano penale e civile.

1) Immunità penale per le persone fisiche appartenenti all'impresa che collabora

La cooperazione qualificata di un'impresa con l'Autorità di concorrenza nell'ambito del programma di clemenza può comportare l'ammissione di responsabilità personali rispetto a fatti

³² Il comma 2-bis è stato inserito nell'articolo 15 dall'articolo 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

³³ Comunicazione della Commissione relativa a "l'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese", 2006/C 298/11.

che possono costituire ipotesi di reato, esponendo quindi le persone fisiche che li abbiano posti in essere al rischio di sanzioni penali.

Il menzionato rischio assume viepiù concretezza ove si consideri da un lato l'obbligo dei funzionari Antitrust di denunciare alle Procure penali i fatti suscettibili di integrare un'ipotesi di reato di cui sia emersa l'esistenza nell'ambito di un'istruttoria, e dall'altro la possibilità che le stesse Procure emettano ordini di esibizione di documenti acquisiti dall'Autorità nell'ambito delle proprie investigazioni laddove essi abbiano rilievo per l'indagine penale.

L'esposizione al rischio di accertamento di eventuali responsabilità penali può costituire un rilevante disincentivo per le imprese ad avvalersi del programma di clemenza, traducendosi in un ostacolo al funzionamento pieno ed efficiente del relativo istituto, strumento essenziale di lotta ai cartelli.

Al fine di preservare l'appetibilità del programma di clemenza si rende dunque necessario istituzionalizzare un raccordo tra l'applicazione dello stesso da parte dell'Autorità e l'attività di indagine penale³⁴. Si ritiene pertanto di dover introdurre nel nostro ordinamento un'apposita disciplina alla stregua della quale, laddove l'Autorità, con proprio provvedimento conclusivo di istruttoria, conceda ad un'impresa l'immunità dalle sanzioni amministrative ai sensi del programma di clemenza, tale immunità amministrativa costituisca causa di non punibilità delle persone fisiche, facenti parte dell'impresa stessa, alle quali sia contestato un illecito penale riguardante i medesimi fatti che hanno condotto l'Autorità all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale.

Quanto all'ambito di applicazione soggettivo di tale disciplina, nell'ottica di temperare gli opposti interessi in gioco, appare necessario limitare la relativa previsione normativa alle imprese che abbiano ottenuto l'immunità, lasciando fuori quelle che abbiano ottenuto la sola riduzione della sanzione amministrativa, atteso che solo per ottenere la prima la collaborazione deve essere "decisiva", mentre per la seconda è sufficiente che "rafforzi in misura significativa" l'impianto probatorio di cui l'Autorità già disponga (cfr. punti 2 e 4 del programma di clemenza). Inoltre, la limitazione dell'immunità penale alle ipotesi in cui l'impresa, formulando la domanda di clemenza per prima, abbia conseguito l'immunità dalle sanzioni antitrust avrebbe il pregio di stimolare la tempestività della collaborazione qualificata delle imprese con l'Autorità.

Nei riguardi di coloro che facciano parte dell'impresa che ha ottenuto dall'Autorità la sola riduzione della sanzione antitrust si potrebbe prevedere, anziché una specifica causa di non punibilità, una circostanza attenuante penale.

Inoltre, sempre quanto all'ambito soggettivo, il riferimento contenuto nella norma dovrebbe essere a tutti coloro ai quali, all'interno dell'impresa che ha ottenuto l'immunità amministrativa, venga contestato in sede penale l'aver commesso un reato i cui estremi siano integrati dai medesimi fatti costituenti l'intesa confessata.

³⁴ La medesima esigenza è avvertita in numerose giurisdizioni ed in alcune di esse sono stati all'uopo adottati appositi meccanismi. Alcuni Paesi - tra cui, ad esempio, la Norvegia e la Germania - fanno ricorso a forme di cooperazione sistematica con le autorità investigative penali, eventualmente tramite norme di raccordo, onde evitare, nei limiti consentiti da ciascun ordinamento, che lo svolgimento delle indagini in materia penale possa pregiudicare l'applicazione dei programmi di clemenza antitrust. Quest'ultima soluzione appare di particolare efficacia nei sistemi in cui l'autorità penale ha poteri discrezionali nella decisione di avvio dell'azione penale, giacché consente di pervenire a veri e propri accordi di "non attivazione" dell'azione penale nei confronti dei dipendenti di imprese ammesse al programma di clemenza dall'autorità di concorrenza. Nel Regno Unito, invece, è stata introdotta l'immunità per tutti i dipendenti e direttori attuali e passati di un'impresa che collaborino con l'*Office of Fair Trading*, laddove non vi sia già un'indagine penale in corso.

Non è possibile infatti individuare a priori chi possa beneficiare dell'immunità penale, atteso che la domanda di clemenza ai sensi dell'articolo 15, comma 2-*bis*, è presentata dall'impresa e sempre all'impresa è pertanto concessa l'immunità dall'Autorità³⁵. L'individuazione delle persone fisiche che, all'interno dell'impresa che fa richiesta di immunità, abbiano posto in essere le condotte, non spetta d'altronde all'Autorità - bensì al giudice penale che ne accerta le relative responsabilità in relazione alle ipotesi di reato³⁶.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo della norma proposta, atteso che i fenomeni collusivi in relazione ai quali è possibile formulare una richiesta di *leniency* comprendono tutte le intese orizzontali segrete, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati (cfr. punto 1 del programma di clemenza), tra le ipotesi di reato che potrebbero essere contestate sono annoverabili anzitutto quelle di cui agli articoli nn. 353, 353-*bis*, 354, nonché 501-*bis* c.p., senza poter però escludere altre e diverse ipotesi. Pertanto, onde non limitare ingiustificatamente il campo di applicazione della proposta causa di non punibilità, si ritiene opportuna una formulazione della relativa disciplina in termini generali, che eviti elenchi tassativi di norme penali in ipotesi violate, ma faccia più ampio riferimento a tutti i reati i cui estremi possano ritenersi integrati in presenza dei fatti oggetto di accertamento da parte dell'Autorità (ed in relazione ai quali l'Autorità ha concesso l'immunità all'impresa *leniency applicant*).

Presupposto per l'estensione dell'immunità amministrativa anche in sede penale dovrà essere una stretta connessione/coincidenza del fatto penalmente rilevante con il fatto illecito sotto il profilo antitrust (con l'esclusione dell'immunità penale, quindi, per reati commessi meramente "in occasione" della collusione).

Inoltre, non potendosi escludere che tra le fattispecie penali che vengano in questione possano figurare anche alcune di quelle in dipendenza dalle quali il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede la responsabilità amministrativa degli Enti (ad esempio alcuni dei reati societari previsti nel c.c.), si potrebbe altresì sancire un'estensione dell'immunità concessa in base al programma di clemenza sul piano della responsabilità amministrativa degli Enti sancita in tale decreto.

Condizione che appare indefettibile per l'accesso all'immunità penale dovrebbe essere l'assenza di indagini penali in corso nel momento della presentazione da parte dell'impresa della domanda di immunità all'Autorità, cioè l'assenza di iscrizione di una *notitia criminis* negli appositi registri ai sensi dell'articolo 330 c.p.p. Tale requisito si rende necessario per garantire che la causa di non punibilità proposta assolva appieno la propria funzione di incentivo a denunciare quanto prima all'Autorità antitrust la partecipazione al cartello, evitando un ricorso strumentale alla collaborazione con la medesima Autorità, unicamente finalizzato al precipuo scopo di evitare la condanna in sede penale.

³⁵ Nella prassi, infatti, le dichiarazioni confessorie sono rese dai legali delle imprese, che hanno procura a rappresentare, per l'appunto, l'impresa nel suo complesso, e non una o più persone fisiche individuate all'interno di essa. La giurisprudenza ha avallato questa prassi e ha ritenuto sufficiente che lo *statement* sia reso "sulla base" delle testimonianze di chi è stato materialmente coinvolto nei fatti, e non personalmente dai responsabili commerciali dell'impresa (Tar Lazio 17.11.2011, nn. 8946-8954, *Cosmetici*).

³⁶ Si può pensare pertanto a un meccanismo per cui l'imputato in sede penale eccepisca di avere promosso o partecipato alla decisione dell'impresa di chiedere la clemenza antitrust, producendo ad esempio copie delle delibere degli organi sociali ovvero copia della procura conferita dall'impresa al legale per la presentazione della richiesta di clemenza, laddove essa risulti firmata dall'imputato stesso.

2) Esclusione della responsabilità solidale dell'impresa che ottiene l'immunità

Sebbene il *private enforcement antitrust* e i programmi di clemenza contribuiscano sostanzialmente al medesimo obiettivo di repressione delle infrazioni anticoncorrenziali, l'interazione tra i due istituti può rivelarsi problematica.

La collaborazione qualificata dell'impresa ai sensi dell'articolo 15, comma 2-*bis* della legge n. 287/90, infatti, consentendo l'emersione del cartello, conduce al suo accertamento ad opera dell'Autorità. Essendo, allo stato, la quasi totalità dei giudizi per il risarcimento dei danni antitrust di tipo c.d. *follow-on*, e cioè basati sull'accertamento dell'illecito contenuto nel provvedimento dell'Autorità, ne deriva che il *leniency applicant*, mediante la propria autodenuncia, rende indirettamente più agevole, per i terzi pregiudicati dal cartello confessato, intentare azioni risarcitorie.

Al pari del rischio di accertamenti penali, dunque, l'esposizione dell'impresa delatrice ai costi derivanti da azioni civili di danno contro di essa intentate può rappresentare un deterrente alla partecipazione ai programmi di clemenza. Si rende pertanto necessaria l'adozione di una misura volta a evitare che tale rischio pregiudichi irrimediabilmente l'attrattività dei programmi di clemenza.

Diversamente da quanto proposto in tema di responsabilità penale, non è però ipotizzabile un'immunità incondizionata anche in sede civile dell'impresa che abbia ottenuto il trattamento favorevole. Ciò confliggerebbe infatti con l'esplicita previsione contenuta nella Comunicazione della Commissione 2006/C 298/11, punto 39, secondo cui “*La concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo 81 del trattato CE*”, e si tradurrebbe in un'ingiustificata compressione del diritto ad ottenere un giusto ristoro dai danni subiti in conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale³⁷.

Si propone dunque l'adozione di un meccanismo tale soltanto da attenuare la responsabilità per danni antitrust, e che operi limitatamente a chi, fra i richiedenti il trattamento favorevole ai sensi dell'articolo 15, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90, abbia ottenuto l'immunità.

In linea con quanto già ipotizzato nel *Libro Verde* della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno (opzione n. 30), e poi ripreso nel *Libro Bianco* (punto 2.9.; v. anche *Staff Working Paper*, punti 304-305)³⁸, una tale misura potrebbe essere la soppressione della responsabilità solidale per l'impresa che abbia beneficiato dell'immunità.

Nell'ambito dei giudizi di risarcimento, infatti, il giudice può condannare (*ex* articolo 2055 c.c.) l'impresa convenuta al risarcimento del danno derivante dal cartello in solido con le altre imprese accertate come responsabili dal provvedimento dell'Autorità. Il fatto illecito dannoso, infatti, costituito dall'intesa, è fattispecie necessariamente plurisoggettiva, onde esso è imputabile a più imprese, e anche l'impresa che non sia stata partner contrattuale (ad es. fornitore) del terzo pregiudicato che agisce in giudizio può essere in ipotesi condannata per l'intero danno, salvo azione di rivalsa nei confronti dei coautori del cartello.

Come previsto dal Libro Bianco, il meccanismo proposto implica che l'impresa che abbia ottenuto l'immunità rimanga responsabile solo nei confronti dei propri diretti partner contrattuali e solo per la porzione di danno che sia specificamente cagionato dai beni/servizi da esso forniti.

³⁷ In tal senso Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*; *idem*, 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfeiderer*; Tribunale di primo grado, 22 maggio 2012, T-344/08, *EnBW Energie Baden Württemberg AG*.

³⁸ Su cui, in entrambe le relative consultazioni, lo Stato italiano si era espresso favorevolmente.

3) Accesso alla dichiarazione confessoria e ai documenti allegati

L'Autorità ha compiutamente disciplinato il regime di accesso valevole in caso di applicazione del programmi di clemenza mediante l'inserimento, con delibera del 6 maggio 2010, dell'articolo 10-*bis* nel programma di *leniency*, ivi articolando la relativa disciplina non solo a seconda dell'oggetto dell'istanza di ostensione (dichiarazione confessoria o documentazione allegata) ma anche a seconda dell'identità del soggetto richiedente l'accesso (sia esso co-autore del cartello ovvero soggetto terzo rispetto al procedimento).

La Comunicazione della Commissione 2006/C 298/11, punti 33-34, accorda l'accesso alle dichiarazioni confessorie solo ai coautori del cartello e solo successivamente alla comunicazione degli addebiti, purché questi si impegnino: *i)* a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione contenuta nella dichiarazione ufficiale; *ii)* a utilizzare le informazioni ottenute mediante la dichiarazione ufficiale unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo³⁹.

Parallelamente, in sede comunitaria si è escluso l'accesso alla dichiarazione confessoria da parte dei *terzi* (v. *Libro Bianco* in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008 e relativo *Staff Working Paper*, punti 118 e 299-300, secondo cui va garantita una tutela adeguata contro la divulgazione - sia prima che dopo l'adozione di una decisione da parte dell'autorità competente - delle richieste di trattamento favorevole rispetto alle istanze dei privati che intraprendono azioni di risarcimento del danno, onde evitare di porre i *leniency applicants* in una "posizione di svantaggio" rispetto ai coautori dell'infrazione: cfr. punto 2.9 del Libro Bianco e punto 47 del *ECN Model Leniency Programme*).

Si rende dunque necessaria, da un lato, l'adozione di una disciplina normativa dell'accesso che regoli espressamente l'ostensione della dichiarazione confessoria, declinata a seconda che la relativa istanza sia formulata dai coautori del cartello ovvero da soggetti terzi. Una tale norma dovrebbe essere riproduttiva della disciplina contenuta nell'attuale articolo 10-*bis* del programma di clemenza, in quanto a sua volta pienamente in linea con l'impostazione comunitaria. A tale disciplina verrebbe così conferito rango di norma primaria.

D'altro lato, quanto al regime di accesso alla *documentazione* allegata alla *leniency*, sempre distinto a seconda che l'istanza pervenga dai coautori del cartello ovvero da terzi, la proposta previsione normativa potrebbe invece fare rinvio al potere regolamentare dell'Autorità, da un lato attribuendo così a tale potere una base normativa e, d'altro lato, assicurando la flessibilità necessaria per disciplinare un profilo problematico su cui si attendono nuovi interventi della Corte di Giustizia⁴⁰.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Integrare l'articolo 15 della legge 287/90 con il comma 2-ter, con la seguente formulazione:
"La concessione, con provvedimento dell'Autorità conclusivo dell'istruttoria, del beneficio dell'immunità dalla sanzione amministrativa ad un'impresa costituisce causa di non punibilità di

³⁹ In tal senso v. pure punto 300 dello *Staff Working Paper* allegato al Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno del 2 aprile 2008. Un rinvio alle regole speciali vigenti in materia di accesso ai c.d. *corporate statements* è contenuto anche nelle *Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 81 and 82 (Draft)* della Commissione, punto 81.

⁴⁰ Cfr. causa pregiudiziale C-536/11, instaurata dinanzi alla Corte di Giustizia e avente ad oggetto la medesima problematica.

chi, all'interno dell'impresa, abbia posto in essere un illecito penale riguardante i medesimi fatti che hanno condotto all'accertamento dell'intesa. Tale causa di non punibilità opera esclusivamente se al momento della presentazione all'Autorità della richiesta di immunità non fossero già in corso indagini penali ai sensi dell'articolo 330 c.p.p.".

"La concessione, con provvedimento dell'Autorità conclusivo dell'istruttoria, del beneficio della riduzione della sanzione amministrativa ad un'impresa costituisce circostanza attenuante a vantaggio di chi, all'interno dell'impresa, abbia posto in essere un illecito penale riguardante i medesimi fatti che hanno condotto all'accertamento dell'intesa. Tale circostanza attenuante opera esclusivamente se al momento della presentazione all'Autorità della richiesta di immunità non fossero già in corso indagini penali ai sensi dell'articolo 330 c.p.p.".

"La concessione dell'immunità da parte dell'Autorità ad un'impresa costituisce causa di non applicazione delle sanzioni previste dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, a carico dell'impresa stessa laddove la relativa responsabilità amministrativa riguardi i medesimi fatti che hanno condotto all'accertamento dell'intesa. In tali casi, la concessione dell'immunità da parte dell'Autorità costituisce altresì causa di non punibilità di chi, all'interno dell'impresa, abbia posto in essere l'illecito penale da cui dipende la responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231".

2) Integrare l'articolo 15, della legge 287/90, con il comma 2-quater, con la seguente formulazione:

"L'impresa cui, con provvedimento dell'Autorità conclusivo di istruttoria, sia concessa l'immunità dalla sanzione amministrativa non è obbligata in solido agli altri autori dell'illecito al risarcimento del danno cagionato dall'illecito stesso oggetto della sua qualificata collaborazione e risponde solo in relazione alla parte del danno ad essa direttamente addebitabile".

3) Integrare l'articolo 15, comma 2-bis, della legge 287/90, con la seguente formulazione:

"Nei confronti dei soggetti ai quali è contestata una violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90 o dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea con provvedimento di avvio dell'istruttoria, l'accesso alle dichiarazioni confessorie rese oralmente o per iscritto dai rappresentanti dell'impresa richiedente il trattamento favorevole è differito ai sensi dell'articolo 13, comma 10, del D.P.R. del 30 aprile 1998, n. 217 fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Ricevuta la comunicazione delle risultanze istruttorie, i destinatari della medesima possono accedere alle dichiarazioni confessorie purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico od elettronico nessuna informazione ivi contenuta e ad utilizzare le informazioni contenute nella dichiarazione confessoria unicamente ai fini di procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle norme di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento amministrativo.

Ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso alle dichiarazioni confessorie.

L'Autorità definisce con proprio provvedimento generale i limiti e le modalità di accesso alla documentazione presentata dall'impresa richiedente in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria sia da parte dei soggetti ai quali è contestata una violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90 o dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea con provvedimento di avvio dell'istruttoria, sia da parte dei terzi".

Misure di armonizzazione con la normativa comunitaria: il controllo delle concentrazioni

Le norme nazionali in materia di controllo delle operazioni di concentrazione che ricadono nella competenza dell'Autorità differiscono sotto vari profili di rilievo dalle previsioni del regolamento n. 139/2004 applicate dalla Commissione Europea per la valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria.

Tali divergenze riguardano in particolare: *a)* il test di valutazione sostanziale, di cui all'articolo 6 della legge n. 287/90 e il trattamento dei vantaggi di efficienza; *b)* il trattamento delle imprese comuni, di cui all'articolo 5 della legge 287/90; *c)* il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari, di cui all'articolo 16, comma 2, della legge 287/90.

Nella convinzione che la convergenza fra i sistemi europeo e nazionale contribuisca all'efficienza nel controllo delle operazioni di concentrazione, in particolare evitando la possibile insorgenza di valutazioni difformi, l'Autorità ritiene opportuno che il quadro normativo nazionale sia quanto più possibile coerente con quello adottato dalla Commissione e dalla prevalenza dei Paesi dell'Unione Europea.

1) Il test di valutazione sostanziale e il trattamento dei vantaggi di efficienza

Avuto riguardo al test di valutazione sostanziale, si ricorda che la norma nazionale prevede che l'eventuale divieto di un'operazione di concentrazione presupponga l'accertamento *“della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza”*.

Tale previsione ricalca il test di dominanza del pre-vigente regolamento comunitario⁴¹, che è stato modificato a seguito dell'introduzione del regolamento n. 139/2004. Infatti, la Commissione - ad esito di un nutrito dibattito circa l'adeguatezza della normativa pre-vigente ad assicurare il controllo efficace delle operazioni di concentrazione in tutti i possibili scenari di mercato⁴² - ha raggiunto la definizione di un nuovo test che richiede ai fini della valutazione di compatibilità di una concentrazione, che l'operazione *“non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”*⁴³. Esso pone al centro della valutazione l'impatto della concentrazione sulla concorrenza effettiva, rendendo non più necessario il preventivo accertamento della dominanza per il divieto dell'operazione di concentrazione, sebbene tale situazione continui ad essere ritenuta la forma principale di ostacolo alla concorrenza⁴⁴.

Il test impiegato dalla Commissione consente di esaminare anche gli effetti delle operazioni che vengono a realizzarsi in mercati oligopolistici non collusivi o in presenza di relazioni verticali particolarmente complesse. In tali contesti, infatti, la creazione di una nuova entità potrebbe essere in grado di produrre un peggioramento delle condizioni concorrenziali anche in assenza di una posizione dominante, singola o collettiva. Tale innovazione si è rivelata particolarmente utile in

⁴¹ Cfr. regolamento n. 4064/89.

⁴² Finghelton, Noland, 2003, *“Mind the gap. La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni,”* in MCR.

⁴³ Cfr. articolo 2, par. 2 e 3 del regolamento n. 139/2004.

⁴⁴ Cfr., al riguardo, par. 2 e 4 della comunicazione della Commissione sugli *“Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese”*, GU C 031 del 5 febbraio 2004.

ambito europeo⁴⁵, tanto che attualmente ben 20 Stati Membri su 27 dispongono di un test di valutazione delle operazioni di concentrazione nazionali coerente con quello Europeo⁴⁶.

La divergenza tra il test adottato dalla Commissione e quello applicato dall'Autorità espone le imprese che devono notificare in Italia al rischio che insorgano incoerenze nella valutazione della compatibilità dell'operazione non solo riguardo ai precedenti della Commissione relativi ai medesimi mercati, ma anche rispetto ad altri Stati Membri, allorché si esaminano operazioni di concentrazione multi-giusdizionali. Ciò si rivela particolarmente grave allorché l'operazione risulti problematica sì da rendere possibile il divieto o l'esame di misure correttive. L'Autorità auspica, quindi, che il dettato dell'articolo 6, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sia modificato in modo da armonizzarlo con la norma comunitaria.

In tema di valutazione sostanziale delle operazioni di concentrazione, rileva inoltre la possibilità, esplicitamente prevista dalla normativa comunitaria, di bilanciare gli effetti restrittivi della concorrenza, attesi dal realizzarsi di una concentrazione, con i vantaggi di efficienza che si produrrebbero solo con il realizzarsi della stessa. Tali vantaggi, considerati dalla Commissione solo laddove siano significativamente riversati anche ai consumatori, non trovano nella norma nazionale un esplicito riferimento. Sarebbe auspicabile, pertanto, che il comma 1 dell'articolo 6 della legge n. 287/90, al secondo periodo (*"Tale situazione deve essere valutata tenendo conto..."*) fosse integrato dalla frase: *"nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza"*.

2) Il trattamento delle imprese comuni

La disciplina nazionale relativa alle imprese comuni distingue tra imprese comuni di natura concentrativa e imprese comuni aventi natura cooperativa, sottoponendo solo le prime alla disciplina sulle concentrazioni. Infatti, l'articolo 5, comma 1 della legge n. 287/90 prevede che l'operazione di concentrazione si realizza *"c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune"*. Mentre l'articolo 5, comma 3 afferma *"Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione"*.

Ne discende che nell'attuale quadro normativo nazionale i requisiti per configurare come concentrazione la costituzione di una *joint venture* sono: 1) l'autonomia funzionale, ossia la natura di impresa a pieno titolo (*full-function*); 2) l'assenza di rischi di coordinamento. Tale disciplina riflette l'impostazione originaria del pre-vigente regolamento n. 4064/89. Il legislatore europeo ha successivamente ampliato la categoria delle imprese comuni soggette al controllo sulle concentrazioni fino a ricomprendervi le imprese comuni a carattere cooperativo idonee a generare effetti strutturali. Tale modifica è stata introdotta al fine di evitare situazioni di disparità di trattamento sulla base anche della considerazione che il regime applicabile alle concentrazioni offre alle imprese una maggiore speditezza e certezza dei tempi di valutazione. A seguito di tale

⁴⁵ Cfr. in tal senso *"The impact of the new substantive test in european merger control"* di Lars-Hendrik Roller and Miguel de la Mano, *European Competition Journal*, April 2006 e *"Recent developments in EU merger control"* di Nadia Calvino, *International Forum on Eu Competition Law*, Brussels, 10 march 2010.

⁴⁶ In particolare, si tratta di Belgio, Danimarca, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Alcuni Stati Membri, come la Francia, hanno adeguato il loro test a quello comunitario mentre altri, come il Regno Unito e dell'Irlanda, disponevano già di test completamente incentrati sull'analisi degli effetti. Infine, la normativa del Lussemburgo non contiene alcuna previsione specifica al riguardo. Pertanto, il test di dominanza in vigore in Italia risulta ad oggi applicato oltre che in Germania, dove è tuttavia in corso di discussione parlamentare una proposta di riforma, solo in Austria, Bulgaria, Finlandia, Slovacchia e Cipro.

modifica sono configurate come concentrazioni ed assoggettate al regolamento n. 139/2004 tutte le imprese comuni *full-function*⁴⁷. La distinzione tra imprese comuni concentrative e cooperative, quindi, non influenza più la configurazione della natura dell'operazione, ma si riflette esclusivamente sulla scelta della disciplina sostanziale da adottarsi, che per le seconde sarà quella delle intese⁴⁸, ma sempre nel contesto delle regole procedurali fissate dal regolamento n. 139/2004.

Ciò implica che, allo stato attuale, la costituzione della medesima impresa comune *full-function*, configurabile come concentrazione secondo i parametri adottati dalla Commissione, potrebbe essere, viceversa, qualificata come una joint venture cooperativa e non darebbe luogo ad una operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 3, della legge 287/90.

Questa situazione risulta idonea a ostacolare l'efficienza del sistema di valutazione delle operazioni di concentrazione perlomeno sotto due profili.

In primo luogo, tale discrasia ostacola il regolare funzionamento dei "meccanismi di rinvio" previsti dal regolamento n. 139/2004 che, in deroga alla regola del fatturato, permettono di riallocare la competenza sulla valutazione di un'operazione di concentrazione individuando l'organo più idoneo a trattare il caso⁴⁹.

In secondo luogo, la descritta incoerenza nel trattamento delle *joint ventures* potrebbe generare situazioni di disparità di trattamento tra imprese comuni di dimensione nazionale o comunitaria. Infatti, a fronte di decisioni di impresa che determinano modifiche strutturali di lungo periodo, potrebbe non essere adottato il regime delle concentrazioni che risulta idoneo a fornire una maggiore certezza sotto il profilo dei termini per la valutazione di compatibilità.

Inoltre l'incoerenza in parola espone l'Autorità al rischio di giungere a valutazioni difformi rispetto a quelle della prevalenza degli Stati Membri nelle operazioni multi-giurisdizionali. L'Autorità osserva, inoltre, che attualmente la prevalenza degli Stati Membri (20 su 27)⁵⁰ dispone di un quadro normativo che consente la valutazione di una impresa comune alla stregua di una concentrazione, indipendentemente dalla sua natura concentrativa o cooperativa⁵¹.

⁴⁷ Cfr. al riguardo la "Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese" del 2008 (par 94).

⁴⁸ Ai sensi dell'art 2, comma 4 del regolamento n. 139/2004 "Se e in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'articolo 81, paragrafi 1 e 3, del trattato, al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune".

⁴⁹ Ad esempio, risulterebbe particolarmente problematica la possibilità di richiamare ai sensi dell'articolo 9 del regolamento n. 139/2004 la valutazione della costituzione di una *joint venture* cooperativa di competenza comunitaria suscettibile di produrre effetti restrittivi della concorrenza in Italia.

⁵⁰ Sono attualmente assoggettate al regime delle concentrazioni tutte le imprese comuni *full-function*, indipendentemente dalla loro natura concentrativa e cooperativa in Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Estonia, Francia, Finlandia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Infine, la normativa del Lussemburgo non contiene alcuna previsione specifica al riguardo.

⁵¹ Sono attualmente assoggettate al regime delle concentrazioni tutte le imprese comuni *full-function*, indipendentemente dalla loro natura concentrativa e cooperativa in Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Estonia, Francia, Finlandia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Infine, la normativa del Lussemburgo non contiene alcuna previsione specifica al riguardo. Infatti, solo un numero ristretto di Stati Membri non ha provveduto ad adeguare il proprio quadro normativo a quello applicato a livello europeo, ovvero, oltre che l'Italia, Cipro, Malta, Repubblica Ceca, Romania e Slovacchia.

Al fine di superare le sopradescritte divergenze, si propone pertanto la modifica dell'articolo 5 della legge n. 287/90.

3) *Il calcolo del fatturato rilevante per l'obbligo di comunicazione per le banche e gli istituti finanziari*

L'esigenza di convergenza della normativa nazionale verso quella comunitaria in materia di calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'obbligo di notifica delle operazioni di contrazione che coinvolgano banche o istituti finanziari si pone a causa delle modifiche introdotte a livello comunitario nel 2004, con l'adozione del citato regolamento n. 139. Fino ad allora, anche a livello comunitario il fatturato rilevante per le banche e gli istituti finanziari era considerato il valore di un decimo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale, esclusi i conti d'ordine. La considerazione che tale variabile non rappresenta correttamente la dimensione delle imprese coinvolte ha condotto quindi il legislatore comunitario a scegliere nel regolamento 139/2004 come variabile rilevante l'ammontare dei proventi derivanti dalla gestione, ovvero a focalizzarsi su elementi che - come per le imprese industriali - rilevino le dimensioni dell'attività economica svolta, piuttosto che le dimensioni patrimoniali. Ciò, peraltro, anche con vantaggi in termini applicativi.

Appare opportuno, pertanto, prevedere anche per questo aspetto una piena convergenza del criterio nazionale di calcolo del fatturato con quello comunitario, al fine anche di facilitare gli operatori, stabilendo la modifica dell'attuale formulazione del comma 2 dell'articolo 16 della legge n. 287/90.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Modifica del dettato dell'articolo 6, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in modo da subordinare l'autorizzazione al preventivo accertamento che l'operazione "non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato nazionale, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante".

2) Modifica del secondo periodo dell'articolo 6, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 al fine di integrarlo con la seguente frase: "nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza".

3) Modifica dell'articolo 5 della legge n. 287/90 mediante l'abrogazione del comma 3 e l'integrazione del comma 1, lettera c), di modo che esso reciti "c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità autonoma, indipendentemente dalla sua natura concentrativa o cooperativa. Qualora un'impresa comune abbia per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti detto coordinamento verrà valutato secondo i parametri adottati per la valutazione delle intese".

4) Sostituire il comma 2 dell'articolo 16 della legge n. 287/90 come segue:

"2. Per gli Enti creditizi e gli altri istituti finanziari il fatturato è sostituito dalla somma delle seguenti voci di provento al netto, se del caso, dell'imposta sul valore aggiunto e di altre imposte direttamente associate ai suddetti proventi:

a) interessi e proventi assimilati;

b) proventi su titoli (proventi di azioni, quote ed altri titoli a reddito variabile, proventi di partecipazioni, proventi di partecipazioni in imprese collegate);

c) proventi per commissioni; profitti da operazioni finanziarie;

d) altri proventi di gestione.

Per le imprese di assicurazioni il fatturato è sostituito dal valore di premi lordi emessi, che comprendono tutti gli importi incassati o da incassare a titolo di contratti d'assicurazione stipulati direttamente da dette imprese o per loro conto, inclusi i premi ceduti ai riassicuratori, previa detrazione delle imposte o tasse parafiscali riscosse sull'importo dei premi o sul relativo volume complessivo.”

Misure di armonizzazione con la normativa comunitaria: le intese

Con il regolamento 1/2003⁵² il sistema comunitario ha abolito la possibilità di notifica delle intese e ha modificato il trattamento dei vantaggi di efficienza che possono eventualmente derivare da intese restrittive della concorrenza, incorporando l'apprezzamento di tali situazioni nella complessiva valutazione dell'intesa. Nelle situazioni di applicazione diretta della legislazione comunitaria, che sono le più frequenti, l'Autorità adotta, su questo profilo, la prassi comunitaria. Diversamente, nei casi di applicazione della norma nazionale, la mancata modifica della legislazione vigente comporta la possibilità di un diverso e più complesso *iter* procedurale, con ricadute anche sostanziali. Appare opportuno, pertanto, che la legge n. 287/90 sia aggiornata e allineata alla norma comunitaria anche sotto questo profilo, prevedendo l'abrogazione degli articoli 4 e 13 e l'aggiunta all'articolo 2 di un comma 4 riportato nelle proposte operative.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Abrogazione degli articoli 4 e 13 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed introduzione del comma 4 all'articolo 2 della medesima legge nei termini che seguono: “4. Le disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo possono essere dichiarate inapplicabili a qualsiasi accordo fra imprese, decisione di associazione di imprese e a qualsiasi pratica concordata che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;*
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi, in modo da subordinare l'autorizzazione al preventivo accertamento che l'operazione non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato nazionale, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”.*

Misure per migliorare l'efficacia dell'applicazione dell'articolo 8, commi 2-bis e seguenti, della n. 287/90 in materia di separazione societaria

Alla luce dell'esperienza maturata dall'Autorità nell'applicazione delle disposizioni in materia di separazione societaria, le criticità emerse suggeriscono l'opportunità di apportare alcune modifiche al testo dell'articolo 8, commi 2-bis e seguenti.

Tali modifiche sono finalizzate a circoscrivere l'ambito di applicazione soggettiva della norma e, sotto un ulteriore aspetto, ad adottare una soluzione meno rigorosa ed onerosa per le imprese rispetto all'attuale previsione dell'obbligo di separazione societaria. Ulteriori modifiche della norma sono tese, da un lato, a superare l'attuale meccanismo dell'obbligo di comunicazione

⁵² Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente “l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato”.

preventiva, dall'altro, a rafforzare il ruolo dell'Autorità, che, nella vigente formulazione della norma, è sostanzialmente limitato ad un'attività di controllo e di successivo accertamento, in funzione sanzionatoria, della sola violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva (anche ove conseguenza della violazione dell'obbligo di separazione).

1) Modifica dell'ambito di applicazione soggettiva

L'obiettivo della modifica di legge è quello di garantire alla norma maggiore efficacia ed evitare che essa trovi applicazione anche nei casi in cui non appaiono sussistere - a fronte dell'ingresso di imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale in mercati diversi - rischi di alterazione del normale dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali. Nell'esperienza maturata dall'Autorità nei primi dieci anni di applicazione della norma, infatti, l'ambito di applicazione soggettiva di cui all'articolo 8, comma 2-bis, che richiama integralmente "*le imprese di cui al comma 2*" del medesimo articolo, si è rivelato, per alcuni versi, troppo ampio, imponendo l'onere della separazione societaria anche nei casi in cui esista il rischio di sussidi incrociati e di esportazione dei privilegi nei mercati aperti alla concorrenza non appare sussistere.

Appare quindi opportuno superare l'impostazione originaria, prevedendo che, sotto il profilo soggettivo, l'obbligo di separazione gravi esclusivamente sulle imprese che "*esercitano la gestione di servizi di interesse economico in regime di riserva*", ed escludendo dall'ambito di applicazione della norma le imprese che esercitano la gestione di tali servizi ad esito di una procedura ad evidenza pubblica, di cui sono risultate aggiudicatarie.

2) Dalla separazione societaria alla costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare

La separazione societaria appare - rispetto ad altre soluzioni tese a garantire la sterilizzazione dei vantaggi conseguibili in altri mercati a fronte dell'operare nei settori dei servizi di interesse economico generale - particolarmente rigida e foriera di ingenti oneri per le imprese che vi sono assoggettate. Sembra quindi opportuno adottare una soluzione meno vincolante per far fronte alle esigenze concorrenziali e nel contempo contenere spese ed oneri gestionali in capo alle imprese: tale soluzione consisterebbe nel consentire alle imprese di optare tra la separazione societaria e la possibilità di far ricorso, per operare in mercati diversi, a "*patrimoni destinati ad uno specifico affare*", ai sensi degli articoli da 2447-bis a 2447-decies c.c.

3) Eliminazione dell'obbligo di comunicazione preventiva

Nei primi dieci anni di applicazione, l'Autorità ha avuto modo di chiarire i non pochi dubbi interpretativi suscitati dalla norma (individuazione dei "*mercati diversi*", regole procedurali applicabili), potendo, ad oggi, gli operatori nel mercato contare su un quadro sufficientemente chiaro delle ipotesi in cui grava su di loro l'obbligo di procedere a separazione societaria.

Il passaggio da un sistema di comunicazione preventiva ad uno di c.d. *eccezione legale* lascerebbe quindi alle imprese l'autovalutazione sulla ricorrenza delle condizioni e dei presupposti che fanno scattare tale obbligo.

Ciò, da un lato, permetterebbe di sgravare le imprese da un onere (la comunicazione preventiva), che si risolve sostanzialmente in una presa d'atto, da parte dell'Autorità, del corretto adempimento agli obblighi di legge; dall'altro, consentirebbe di liberare risorse dell'Autorità da dedicare all'accertamento delle violazioni di maggiore rilievo, di cui al comma 2-bis, e degli eventuali comportamenti di discriminazione verso i concorrenti, di cui al comma 2-ter.

Si propone, pertanto di modificare il testo della norma abrogando l'attuale comma 2-ter (obbligo di comunicazione) e, conseguentemente, il comma 2-sexies, che prevede la sanzione per l'inottemperanza a tale obbligo.

4) Poteri istruttori e sanzionatori

L'attuale sistema sanzionatorio, oltre che riguardare esclusivamente l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva e non l'obbligo stesso di separazione societaria, si caratterizza per la previsione di una sanzione di importo particolarmente ridotto (*"sanzione amministrativa pecuniaria fino a 100 milioni di lire"*).

Al fine di rendere maggiormente efficaci le disposizioni in materia di cui all'articolo 8, è necessario che, nei casi di rilievo che eventualmente emergessero d'ufficio o su denuncia, il ruolo dell'Autorità sia più penetrante ed assistito da un più incisivo potere sanzionatorio, sia con riguardo alle violazioni dell'obbligo di cui al comma 2-bis, sia con riferimento agli eventuali comportamenti di discriminazione verso i concorrenti, di cui al comma 2-quater, e ciò a prescindere dalla circostanza - come attualmente previsto dalla norma (articolo 8, comma 2-quinquies) - che da tali violazioni possa discendere una violazione degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/90. Tale ultima previsione, infatti, appare ridondante, laddove resta in ogni caso salvo il potere dell'Autorità di accertare e sanzionare le violazioni agli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90, a prescindere dalla circostanza che esse discendano dalla violazione dell'obbligo di separazione o dal rifiuto di mettere a disposizione a terzi le risorse di cui dispongono, ai sensi del comma 2-quater. A ciò si aggiunga, quanto alla disposizione di cui al comma 2-quater, che la fattispecie prevista non presuppone necessariamente l'esistenza di una posizione dominante in capo all'impresa che pone in essere il rifiuto, e pertanto, allo stato, la violazione di tale disposizione non risulta autonomamente assistita da sanzione.

Appare quindi opportuno prevedere, per i casi di violazione dell'obbligo di separazione e di comportamenti discriminatori, i medesimi poteri istruttori, di cui all'articolo 14 della legge n. 287/90, nonché prevedere, in capo all'Autorità, il potere di diffida e di irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie fino a 500.000 euro. In questo contesto, appare necessario introdurre una specifica disposizione che preveda la sanzione per le imprese in caso di inottemperanza alla diffida dell'Autorità, così come previsto in materia di infrazione alla disciplina in materia di intese e abusi di posizione dominante.

PROPOSTE OPERATIVE

- 1) Sostituire il comma 2-bis, dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con il seguente: *"Le imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale in regime di riserva, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi, operano mediante società separate ovvero mediante costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, ai sensi degli articoli da 2447-bis a 2447-decies c.c."*
- 2) Aggiungere un ulteriore comma (2-ter) che preveda che: *"L'obbligo di cui al comma 2-bis non si applica alle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale in regime di riserva ad esito di una procedura ad evidenza pubblica, di cui sono risultate aggiudicatarie"*.
- 3) Abrogare i vigenti commi 2-ter e 2-sexies dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.
- 4) Modificare il comma 2-quater, della legge n. 287/90, al fine di tener conto delle modifiche apportate al comma 2-bis, nei seguenti termini: *"Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2-bis rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi ovvero utilizzino al fine delle attività svolte mediante costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma*

2-bis, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti”.

5) Sostituire il comma 2-quinquies, dell'articolo 8 della legge n. 287/90 con il seguente: “L'Autorità, d'ufficio o su denuncia, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai commi 2-bis e 2-quater. All'istruttoria si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14”.

6) Aggiungere un comma all'articolo 8 della legge 287/90, che preveda che “1. Nei casi di accertate infrazioni ai commi 2-bis e 2-quater, l'Autorità fissa alle imprese il termine per l'eliminazione delle infrazioni e applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino a 500.000 euro. In caso di inottemperanza alla diffida, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato”.

Misure sugli aiuti di stato

Il sistema degli aiuti di Stato è attualmente oggetto di un profondo ripensamento a livello Europeo. In particolare, la Commissione mediante la recente Comunicazione “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*”⁵³, ha individuato tre obiettivi fondamentali: i) promuovere un impiego adeguato delle risorse pubbliche adottando una valutazione di compatibilità degli aiuti incentrata su una più precisa definizione dei fallimenti del mercato e un maggior controllo dell'effetto incentivante degli aiuti stessi; ii) concentrare il controllo *ex ante* della Commissione sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno rafforzando allo stesso tempo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato; iii) razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione⁵⁴.

Nell'ambito di tale processo di modernizzazione, la Commissione contempla anche un ruolo più ampio per gli Stati Membri nel garantire la corretta applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato.

L'Autorità condivide gli orientamenti della Commissione in quanto funzionali alla promozione della crescita in un mercato interno dinamico e competitivo. Nella misura in cui la razionalizzazione del sistema di valutazione si accompagnerà ad un aumento dell'entità e della portata delle misure di aiuto esentate dall'obbligo di notifica, si potrà porre un problema di rafforzamento dei meccanismi di controllo della corretta applicazione della normativa. Peraltro, già oggi, a regolazione invariata, la Commissione denuncia rilevanti difficoltà nell'attività di monitoraggio⁵⁵.

In questo contesto, è ragionevole immaginare un ampliamento del ruolo delle autorità nazionali di concorrenza. E a tal fine, questa Autorità, nel proporsi di cooperare attivamente con la Commissione, auspica un rafforzamento dei propri poteri di segnalazione.

Sotto un diverso ed ulteriore aspetto, appare opportuno prevedere uno specifico ruolo che l'Autorità può svolgere, su richiesta delle amministrazioni interessate, nella delicata fase del recupero degli aiuti di Stato dichiarati illegali ed incompatibili dalla Commissione. In tale fase, infatti, possono sorgere complesse questioni in sede di concreta verifica, in ciascun caso individuale, dell'impatto dell'aiuto di Stato sul dispiegarsi dei meccanismi concorrenziali e sul

⁵³ Comunicazione sulla “*Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*” adottata l'8 maggio 2012 [COM (2012) 209].

⁵⁴ La Commissione intende perseguire tale obiettivo mediante la revisione del “regolamento *de minimis*” (mediante l'innalzamento delle soglie di esenzione dall'obbligo di notifica); la modernizzazione delle procedure di controllo e l'eventuale ampliamento del campo di applicazione del regolamento di esenzione a categorie di aiuti.

commercio intracomunitario; ossia su aspetti in relazione ai quali l'Autorità - in ragione delle sue competenze istituzionali - potrebbe fornire alle amministrazioni coinvolte nelle procedure di recupero un importante ausilio tecnico.

PROPOSTE OPERATIVE

1) Integrazione dell'articolo 21 della legge n. 287/90 mediante la previsione che: "laddove l'Autorità, nell'ambito dell'esercizio delle sue competenze, anche ai sensi dell'articolo 21-bis, rilevi la sussistenza di sussidi concessi in violazione dell'obbligo di previa notifica in materia di aiuti di Stato, effettua una segnalazione al Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai fini del successivo inoltro alla Commissione Europea".

2) Introduzione nella legge n. 287/90, dell'articolo 22-bis: "1. Nell'ambito delle procedure di recupero di aiuti di Stato dichiarati illegali e incompatibili con decisione della Commissione, l'Autorità, su richiesta delle amministrazioni e degli Enti pubblici interessati, può esprimere pareri riguardanti l'incidenza degli aiuti sugli scambi tra Stati membri e la loro idoneità a falsare la concorrenza. 2. L'Autorità si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione completa posta a fondamento della richiesta.

* * * * *

L'Autorità confida che le osservazioni sopra esposte possano costituire un utile contributo alla stesura della legge annuale per la concorrenza per il 2013.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

⁵⁵ Cfr. intervento di Gert-Jan Koopman, Deputy Director-General for state aid, Competition DG, European Commission al panel "State Aid control at a cross-road: Reform initiatives to strengthen the single market", European Competition Forum, 2 febbraio 2012.

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS7976 - T-PLUS - SERVIZI NON RICHIESTI VIA SMS

Provvedimento n. 23912

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 17 settembre 2012;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 15 novembre 2007;

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*", adottato dall'Autorità con delibera dell'8 agosto 2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 agosto 2012;

VISTO il proprio provvedimento del 22 febbraio 2012, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso le sedi della società T.Plus S.r.l. e della società Vodafone Omnitel N.V.;

VISTO il proprio provvedimento del 4 aprile 2012, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso la sede della società Telecom Italia S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento del 30 maggio 2012, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. La società T.Plus S.r.l. (di seguito anche "TPlus") in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società fornisce servizi interattivi per la telefonia mobile. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2011, presenta ricavi per 23.600 euro.

2. Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. (di seguito anche "Eng") in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società svolge attività di interconnessione tecnologica con gli operatori di telefonia mobile. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2011, presenta ricavi per circa 477 milioni di euro.

3. Pure Bros Mobile S.r.l. (di seguito anche "Pure Bros") in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società svolge attività di interconnessione tecnologica con tutti gli operatori di telefonia mobile. Il bilancio della società, relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010, presenta ricavi per 1.629.423 euro.

4. La società Vodafone Omnitel N.V. (di seguito anche “Vodafone”) in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è attiva nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 31 marzo 2011, presenta ricavi per 8.196.452.701 euro.

5. La società Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche “Telecom”) in qualità di professionista, ai sensi dell’art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società è attiva nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili. Il bilancio della società, relativo all’esercizio chiuso al 31 dicembre 2011, presenta ricavi per 29.957milioni euro.

II. LA PRATICA COMMERCIALE

6. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dalla società TPlus, consistente nell’aver decurtato automaticamente, dal credito telefonico dei consumatori, e senza il consenso pienamente consapevole degli stessi il costo di un servizio in abbonamento, attivato tramite l’invio di un messaggio di risposta al seguente *sms*: “*Puoi vincere 1000 euro se rispondi ora, chi presenta la prova del cuoco: Clerici o Conti? Invia subito 1 sms a 4883887 in ABBIESMS www.quizon.tv*”. L’*sms* è stato inviato nei mesi di dicembre 2011 e gennaio 2012 dalle numerazioni 4883887 e 4864862.

7. L’invio del messaggio di risposta avrebbe attivato un servizio in abbonamento dal costo di 1 euro ad *sms*, senza che siano stati ulteriormente specificati contenuti e frequenza dei messaggi e, quindi, il costo complessivo dell’abbonamento settimanale di €5.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L’iter del procedimento*

8. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 22 febbraio 2012 è stato disposto l’avvio del procedimento istruttorio n. PS7976 per possibile violazione degli artt. 20, 24, 25 e 26, lettera *f*), del Codice del Consumo in quanto contrari alla diligenza professionale e idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

9. Contestualmente alla comunicazione di avvio, in data 1° marzo 2012 si è svolto un accertamento ispettivo presso le sedi delle società T.Plus S.r.l. e della società Vodafone Omnitel N.V.;

10. In data 4 aprile 2012, è stata disposta l’integrazione soggettiva del procedimento nei confronti della società Pure Bros S.r.l. e della società Telecom Italia S.p.A.;

11. In data 12 aprile 2012, si è svolto un accertamento ispettivo presso la sede della società Telecom Italia S.p.A.;

12. In data 26 aprile 2012, Vodafone ha presentato parte della risposta alla richiesta di informazioni trasmessa contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento;

13. In data 2 maggio 2012, Pure Bros ha depositato la memoria difensiva;

14. In data 4 maggio 2012 è stata disposta un’ulteriore integrazione soggettiva del procedimento nei confronti della società Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.;

15. In data 24 maggio 2012, la società Engineering ha depositato la risposta alla richiesta di informazioni trasmessa contestualmente all’integrazione soggettiva del procedimento;

16. In data 29 maggio 2012, Vodafone ha depositato la memoria difensiva;

17. In data 9 e 13 luglio 2012, Telecom ha depositato le risposte alla richiesta di informazioni trasmessa contestualmente all’estensione soggettiva del procedimento;

18. In data 11 luglio 2012, TPlus ha depositato la risposta alla richiesta di informazioni trasmessa contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento;

19. In data 16 luglio 2012 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

20. In data 30 luglio 2012, TPlus ha depositato al memoria conclusiva;

21. In data 31 luglio 2012, Telecom ha depositato la memoria conclusiva.

22. In data 31 luglio 2012 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

2) Le evidenze acquisite

23. TPlus, in qualità di *Content Service Provider* (di seguito anche "CSP"), offre servizi c.d. *premium* a pagamento che consentono, inviando un *sms* alle numerazioni 4883887 e 4864862, di ricevere in abbonamento sul proprio cellulare una serie di prodotti digitali (suonerie, sfondi, wallpaper, ecc.) nonché di partecipare ad un concorso a premi.

24. Tale concorso a premi è denominato "*Il Vincente*" ed è subordinato all'acquisto – in regime di abbonamento – dei servizi premium del Content provider TPlus. tali servizi consentono agli utenti registrati di richiedere i contenuti digitali tra quelli di volta in volta disponibili e di ricevere settimanalmente il "quiz" della settimana incluso nell'abbonamento, ad un costo di 1 euro ad *sms* e con un tetto massimo di 5 *sms* a settimana¹.

25. La modalità di attivazione del servizio in abbonamento è la seguente²:

- Il cliente riceveva un *sms* con il seguente testo: "*Puoi vincere 1000 euro se rispondi ora, chi presenta la prova del cuoco: Clerici o Conti? Invia subito 1 sms a 4883887*" (o al 4864862) "*in ABBIESMS www.quizon.tv*";

- il cliente aderiva al servizio semplicemente rispondendo alle numerazioni 4883887 o 4864862 con un *sms* alla domanda riportata nel testo ricevuto;

- Se l'iscrizione andava a buon fine, l'utente riceveva un *sms* di notifica di attivazione del seguente tenore: "*Il Vincente: abbonamento attivato-Costo: max 1€ x sms ric max 5 a sett. X disattivare STOP al 4864862 Info e costi : 02896340007*".

26. L'invio del contenuto da parte di TPlus verso gli utenti degli operatori di telefonia mobile è avvenuto tramite l'utilizzo di due piattaforme: la prima fornita da Pure Bros per l'erogazione dei contenuti a Vodafone in qualità di SP (Service Provider) attraverso la numerazione 4883887 di cui Vodafone è assegnataria³; la seconda fornita da Engineering per l'erogazione del servizio all'SP Telecom Italia attraverso la numerazione 4864862 di cui Telecom è assegnataria⁴;

27. Gli *sms* complessivamente inviati dalla numerazione 4883887 (Vodafone) a singole utenze sono stati [100.000-500.000]⁵ nel periodo dal 18 dicembre 2011 al 30 gennaio 2012, corrispondente alla durata del concorso. Di questi, il totale degli iscritti è di circa [5.000 – 10.000]⁶.

¹ Cfr. doc. n. 19, all. n. 1, del fascicolo istruttorio

² La modalità di attivazione del servizio è descritta nel documento n. 60 del fascicolo istruttorio

³ Cfr. doc. n. 54 del fascicolo istruttorio.

⁴ Cfr. doc. n. 60 del fascicolo istruttorio. Per la fornitura dei servizi premium in questione, la società Engineering si serve a sua volta della piattaforma tecnologica messa a disposizione dalla società Italia Explorer S.r.l. interamente controllata dalla società Jet Multimedia Italia S.p.A.

⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁶ Cfr. doc. n. 69 del fascicolo istruttorio.

28. Gli *sms* complessivamente inviati dalla numerazione 4864862 (Telecom) a singole utenze sono stati [10.000-50.000] nel periodo dal 16 gennaio 2012 all'8 febbraio 2012, corrispondente alla durata del concorso. Le disattivazioni sono state [10.000-30.000]⁷.

29. TPlus ha dichiarato di aver ricevuto direttamente [0-100] reclami in relazione a tutti i servizi erogati attraverso la numerazione 4883887⁸.

30. Dagli accertamenti ispettivi è emerso che in data 26 gennaio e 20 febbraio 2012, rispettivamente Vodafone⁹ e Telecom¹⁰ provvedevano a bloccare, in via cautelativa, qualsiasi nuova attivazione del servizio "Il Vincente" attraverso le numerazioni di cui erano assegnatari.

3) Le argomentazioni difensive dei professionisti

a) T.Plus S.r.l.

31. In via preliminare, T.Plus ha contestato la competenza dell'Autorità a intervenire sulla fattispecie oggetto di esame, menzionando alcune delibere dell'Agcom, e in particolare la delibera n. 664/06/CONS, sulla fornitura a distanza di servizi di comunicazione elettronica (che, all'art. 3, regola la fornitura a distanza di servizi di comunicazione non richiesti o non richiesti in modo pienamente consapevole dall'utente), evocando pertanto l'esistenza di una regolazione settoriale specifica e la conseguente inapplicabilità del Codice del Consumo al caso di specie.

32. Secondo TPlus, la modalità di attivazione del servizio oggetto del procedimento dovrebbe escludere l'iscrizione involontaria, richiedendo l'espressione da parte dell'utente di un consenso informato.

33. Dopo l'invio dell'*sms* che deve contenere la risposta giusta, sostiene TPlus, l'utente riceverebbe un primo *sms* contenente il messaggio promozionale relativo al concorso e all'abbonamento. Successivamente riceverebbe un ulteriore *sms* gratuito contenente l'indicazione delle caratteristiche del servizio, dei costi e delle modalità di disattivazione.

34. La società sostiene che il messaggio in contestazione sarebbe stato predisposto in osservanza delle prescrizioni contenute nel "Codice di Condotta per servizi a sovrapprezzo offerti su numerazioni in decade 4" (CASP) al fine di evitare l'adesione involontaria ai servizi.

35. Infine, il numero irrisorio dei reclami ricevuti direttamente da TPlus (circa [0-100]) sembra testimoniare, secondo il CSP, la consapevolezza degli utenti nel richiedere il servizio e, pertanto, la bontà dell'operato di T.Plus.

b) Pure Bros Mobile S.r.l.

36. Pure Bros non partecipa in alcun modo alla preparazione della campagna pubblicitaria dei servizi in abbonamento.

37. Pure Bros si trova nella impossibilità materiale di poter controllare, disporre, modificare o manipolare il contenuto di un messaggio.

38. Pure Bros si è impegnata a fornire al Content Provider T-Plus servizi di connettività di rete, provvedendo esclusivamente al trasporto del contenuto verso gli operatori di telefonia mobile.

39. Pure Bros ha fatto tutto quanto possibile perchè la fornitura dei suoi servizi tecnologici a favore di T-Plus e di Vodafone potesse essere adoperata senza ledere i giusti diritti dei consumatori, interrompendo tempestivamente il servizio reso.

⁷ Cfr. doc. n. 60 del fascicolo istruttorio.

⁸ Cfr. doc. n. 79 del fascicolo istruttorio.

⁹ Cfr. doc. n. 20 del fascicolo istruttorio.

¹⁰ Cfr. doc. n. 45, all. n. 3, del fascicolo istruttorio.

c) Telecom Italia S.p.A.

40. In via preliminare, Telecom ha contestato la competenza dell'Autorità a intervenire sulla fattispecie oggetto di esame, menzionando alcune delibere dell'Agcom, e in particolare la delibera n. 664/06/CONS, sulla fornitura a distanza di servizi di comunicazione elettronica (che, all'art. 3, regola la fornitura a distanza di servizi di comunicazione non richiesti o non richiesti in modo pienamente consapevole dall'utente), evocando pertanto l'esistenza di una regolazione settoriale specifica e la conseguente inapplicabilità del Codice del Consumo al caso di specie.

41. Nel merito, Telecom dichiara la propria estraneità alla pratica commerciale in contestazione avendo tempestivamente provveduto a chiedere anche agli altri operatori la chiusura delle numerazioni interessate dal procedimento.

42. L'estraneità di Telecom sarebbe confermata, secondo la Società, dal fatto che i suddetti *sms* non contenevano né il logo né alcun segno distintivo di Telecom.

43. Telecom ha ripetutamente e in diverse forme richiamato l'attenzione di tutti i suoi clienti sull'esistenza di attività di *spamming sms*, rimborsando, nel caso di specie, i segnalanti che avessero erroneamente attivato il servizio in contestazione.

d) Vodafone

44. In via preliminare, Vodafone ha contestato la competenza dell'Autorità a intervenire sulla fattispecie oggetto di esame, menzionando alcune delibere dell'Agcom, e in particolare la delibera n. 664/06/CONS, sulla fornitura a distanza di servizi di comunicazione elettronica (che, all'art. 3, regola la fornitura a distanza di servizi di comunicazione non richiesti o non richiesti in modo pienamente consapevole dall'utente), evocando pertanto l'esistenza di una regolazione settoriale specifica e la conseguente inapplicabilità del Codice del Consumo al caso di specie.

45. Nel merito, Vodafone dichiara la propria estraneità alla pratica commerciale in contestazione avendo tempestivamente provveduto a chiedere anche agli altri operatori la chiusura delle numerazioni interessate dal procedimento.

46. Vodafone non ha partecipato in alcun modo, né direttamente né indirettamente, all'ideazione e alla diffusione del concorso in esame e all'invio dei messaggi *sms* in cui esso si articola.

47. Vodafone non vede né può altrimenti conoscere il contenuto dei messaggi che viaggiano sulla propria rete. Inoltre, Vodafone ha predisposto un apparato aziendale che, a mezzo di appositi controlli, vigila sulla correttezza e sulla legittimità di servizi altrui, raggiungibili dai propri clienti.

e) Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.

48. Engineering si configura come mero integratore tecnologico interconnesso ai quattro operatori di telefonia mobile

49. Eng non ha alcun ruolo nello svolgimento delle attività di acquisizione delle numerazioni destinarie del *sms* oggetto del procedimento né, quindi, è in grado di indicare quale sia la fonte delle numerazioni oggetto del presente procedimento.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

50. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa via *sms*, in data 31 luglio 2012 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

51. In data 7 agosto 2012, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, richiamando le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito all'actio *finium regundorum* tra AGCOM e Antitrust, ha ravvisato l'impossibilità di rendere il parere richiesto.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

52. Preliminarmente, in relazione a quanto eccepito da Tplus, Telecom e Vodafone in merito alla presunta inapplicabilità del Codice del Consumo e alla competenza dell'Autorità ad intervenire nel caso di specie, si rappresenta che il presente procedimento ha preso le mosse da segnalazioni di consumatori e ha ad oggetto messaggi pubblicitari inviati tramite *sms* sulle utenze dei segnalanti.

53. Si tratta di messaggi volti ad "agganciare" il consumatore e a stabilire con lo stesso un "primo contatto" al fine di indurlo a compiere una scelta commerciale. Tale fattispecie configura una forma di pubblicità, ricompresa nella definizione di pratica commerciale di cui all'art. 18, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo, di derivazione comunitaria ed in attuazione della Direttiva n. 29/2005/CE di armonizzazione massima.

54. Detti messaggi pubblicitari riguardano la promozione di contenuti digitali (quali, suonerie, video, sfondi, giochi, ecc), in relazione ai quali risulta inconferente il richiamo alla regolamentazione settoriale, anche nazionale e di rango secondario, alla quale i professionisti hanno fatto riferimento nelle citate memorie del 29 maggio, 30 e 31 luglio 2012. Detta regolamentazione richiamata dai professionisti, infatti, appare riguardare fattispecie diverse da quelle oggetto del presente procedimento, ed in particolare la contrattazione a distanza di servizi di comunicazione elettronica e non servizi del tutto accessori quali i contenuti digitali in questione, per i quali non esiste alcuna specifica ed esaustiva regolamentazione settoriale.

55. In particolare, con riguardo ai beni oggetto dei messaggi pubblicitari esaminati nel presente provvedimento, si ribadisce che trattasi di prodotti digitali (peraltro analoghi a quelli talvolta disponibili a titolo gratuito sul web) che potrebbero essere commercializzati e remunerati anche in maniera autonoma rispetto ai servizi di comunicazione mobile evitando gli stessi problemi e le anomalie derivanti dalla pervasività dei meccanismi di pagamento basati sull'automatica decurtazione del credito telefonico.

56. Ciò detto, si evidenzia che la pratica commerciale in esame riguarda messaggi pubblicitari, veicolati tramite invii massivi di *sms* che, nel promuovere concorsi a premio, non informano correttamente sui meccanismi di attivazione dei servizi del tutto accessori rispetto ai predetti servizi premium stessi in regime di abbonamento i quali sono stati precedentemente richiesti dai consumatori destinatari degli stessi *sms*.

57. In particolare, il messaggio pubblicitario di aggancio inviato con l'*sms*, attraverso la dicitura "*Puoi vincere 1000 euro se rispondi ora*", appare finalizzato a spingere il consumatore ad un'attivazione del servizio in abbonamento non pienamente consapevole ed informata. L'invio di un semplice *sms* di risposta alla numerazione indicata nel messaggio di aggancio, infatti, ha l'effetto immediato di attivare un servizio in abbonamento sull'utenza del consumatore, il quale subisce l'automatica decurtazione del proprio credito telefonico ad ogni successivo messaggio ricevuto.

58. Né valgono a sanare gli effetti prodotti, ed in particolare il vulnus arrecato alla libertà del consumatore di assumere una decisione commerciale consapevole, le informazioni sulla natura del servizio e sui costi applicati dall'operatore indicate nel secondo messaggio (quello di benvenuto) atteso che all'atto della ricezione di tale messaggio l'abbonamento risulta già attivato, essendo sufficiente a tal fine il mero invio della risposta al quiz, cui il consumatore era stato precedentemente indotto a ritenere di partecipare.

59. Inoltre, se il consumatore inconsapevole non si attiva a richiedere la tempestiva disattivazione del servizio continuerà a ricevere *sms* contenenti domande a facili quiz la cui semplice ricezione comporterà l'automatica decurtazione di 1 euro per ciascun successivo *sms*.

60. Peraltro, le predette modalità aggressive utilizzate da Tplus appaiono riguardare la fornitura di prodotti digitali quali suonerie, sfondi, video, giochi, oroscopi, ai quali i consumatori potrebbero non essere interessati in alcun modo (anche alla luce della libera disponibilità sulla rete di analoghi prodotti).

61. In relazione alle responsabilità degli operatori di interconnessione tecnologica, Pure Bros e Engineering, si evidenzia che, dalle risultanze istruttorie, non risulta che i professionisti in questione dispongano di alcun potere di ideazione, nonché autorizzatorio o di controllo sui contenuti del messaggio in contestazione, essendo limitata la loro attività alla mera fornitura della piattaforma tecnologica necessaria per veicolare la messaggistica su telefonia mobile.

62. In relazione alle responsabilità dei gestori di telefonia mobile alla realizzazione della pratica commerciale, si evidenzia che, dalle risultanze istruttorie, è emerso che nessuno degli operatori di telefonia mobile risulta avere rapporti contrattuali con TPlus. In particolare, non risulta che le suddette società abbiano poteri di controllo e autorizzativi sull'operato di TPlus, in relazione all'ideazione e alla realizzazione dei messaggi, nonché alla loro diffusione via internet. Dagli atti non risulta, altresì, esservi alcun rapporto tra i suddetti operatori e la società TPlus, non essendovi alcun contratto tra dette parti, né alcun rapporto commerciale diretto. Inoltre, i messaggi oggetto di contestazione non riportano alcun logo o marchio degli operatori di telefonia mobile. Infine, dalle memorie difensive di Vodafone e Telecom risulta che gli stessi si sono attivati per bloccare, rispettivamente in data 26 gennaio e 20 febbraio 2012 (ovvero prima dell'avvio del procedimento istruttorio da parte dell'Autorità), l'iniziativa di TPlus e per cercare di mettere in guardia i propri clienti.

63. Alla luce delle predette considerazioni, la descritta pratica risulta in violazione dell'articolo 20, comma 2, del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento del consumatore medio cui essa è destinata. In particolare, quanto alla contrarietà alla diligenza professionale, non si riscontra nel caso di specie da parte del professionista TPlus coinvolto nella pratica il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente i consumatori si potrebbero attendere.

64. Si ritiene, altresì, che l'ambiguità e il carattere fuorviante della pratica commerciale risulti amplificata se si prendono in considerazione i consumatori appartenenti ad una fascia di età più giovane, particolarmente attratti dalla tipologia di contenuti digitali oggetto della promozione ingannevole. Infatti, proprio in relazione a tale categoria di consumatori, l'art. 20, comma 3, del Codice del Consumo evidenzia un'esigenza di tutela più specifica e rafforzata, con particolare riferimento all'idoneità della pratica ad alterare il relativo comportamento economico anche se la stessa è suscettibile di raggiungere gruppi più ampi di consumatori.

65. La pratica commerciale risulta, in conclusione, aggressiva ai sensi degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo nella misura in cui, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, è idonea a limitare considerevolmente, se non escludere, la libertà di scelta degli utenti mediante l'indebito condizionamento determinato dall'apparente partecipazione ad un presunto concorso a premi che cela la fornitura di contenuti multimediali, inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.

66. Più specificamente, la fornitura di un servizio basato sui predetti contenuti digitali che viene automaticamente attivato attraverso la semplice risposta ad un *sms* che non è stato in alcun modo preventivamente richiesto dai consumatori e la conseguente ricezione di successivi *sms* a pagamento, comporta la violazione dell'art. 26 lettera f) che annovera tra le condotte considerate in ogni caso aggressive il comportamento del professionista che esiga "*il pagamento immediato o*

differito di prodotti (servizi) che il professionista ha fornito ma che il consumatore non ha richiesto”.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

67. Nel caso di specie, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 500.000 euro. Non trova infatti, applicazione l'aumento a 5.000.000 di euro dell'importo massimo della sanzione di cui all'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, operato dall'art. 23, comma 12-*quinqüesdecies*, del Decreto Legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modifiche con legge 7 agosto 2012, n. 135 (GU n. 173/L del 14 agosto 2012), in quanto la condotta oggetto del presente provvedimento è stata posta in essere prima del 15 agosto 2012, data di entrata in vigore della predetta norma.

68. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

69. La gravità della violazione deve apprezzarsi tenendo conto della limitata dimensione economica del professionista. Occorre inoltre considerare che, data la loro modalità di diffusione, tali messaggi risultano idonei a raggiungere una platea di consumatori non particolarmente ampia.

70. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal mese di dicembre 2011 al mese di gennaio 2012¹¹.

71. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla società T.Plus S.r.l. nella misura di 30.000 € (trentamila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame, posta in essere dalla società T.Plus S.r.l. risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2 e 3, 24, 25 e 26, lettera f), del Codice del Consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante la decurtazione del credito telefonico in maniera non pienamente consapevole da parte dei consumatori, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori in relazione alla fornitura a pagamento di un servizio non richiesto in maniera consapevole;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società T.Plus S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2 e 3, 24, 25 e 26, lettera f), del Consumo, e ne vieta la diffusione o continuazione;

b) di irrogare alla società T.Plus S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria di 30.000 € (trentamila euro);

c) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di venti giorni dalla notificazione del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

¹¹ Cfr. doc. n. 69 del fascicolo istruttorio.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'art. 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo e dell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del Decreto Legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni con legge 7 agosto 2012, n. 135, in caso di inottemperanza alla presente delibera, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 di euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in considerazione della natura dell'illecito e per assicurare al pubblico la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'art. 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXII- N. 38 - 2012

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Elisabetta Allegra, Sandro Cini, Valerio Ruocco,
Simonetta Schettini
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistico e Ispezioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
