

tetti, venivano rafforzate dai comportamenti degli ordini provinciali, che difidavano gli iscritti dal presentare offerte che si discostavano dallo schema tariffario adottato.

Infine, diverse associazioni di categoria rappresentanti gli esercenti di cinematografi e i distributori di film, tramite meccanismi di fissazione dei prezzi del noleggio delle pellicole e di coordinamento dei prezzi dei biglietti dei cinema, hanno ostacolato l'emergere di una concorrenza tra distributori e tra esercenti, impedendo che i consumatori beneficiassero di eventuali scelte commerciali intese a utilizzare il prezzo come elemento di attrazione dei consumatori e di differenziazione dell'offerta. Anche in questo caso l'Autorità, con un procedimento concluso nel luglio 2001⁵, ha ritenuto questi comportamenti gravi e ha, pertanto, comminato una sanzione alle associazioni coinvolte.

La posizione dominante: misure di regolazione e controllo antitrust

Il potere di mercato associato alla posizione dominante può essere disciplinato tramite una pluralità di strumenti: la regolazione di prezzi e tariffe, quando la tecnologia di produzione attribuisce al settore caratteristiche stabili di monopolio naturale; l'apertura alla concorrenza dei mercati nei quali la presenza di diritti speciali ed esclusivi appare ingiustificata, perché relativi ad attività potenzialmente concorrenziali; la sanzione dei comportamenti dell'impresa in posizione dominante che, con modalità che la legge considera abusive, ostacolano l'operare della concorrenza o impongono ai consumatori oneri eccessivi; il controllo delle concentrazioni, per evitare fin dall'origine la costituzione o il rafforzamento della stessa posizione dominante, nella misura in cui abbia per effetto di restringere in modo sostanziale e durevole la concorrenza. L'Autorità è attivamente impegnata in tutti questi ambiti, esercitando un potere consultivo con riferimento agli interventi di regolazione e un potere decisionale in ordine all'applicazione della normativa antitrust. In ogni caso, tutti gli strumenti di controllo della posizione dominante sono tra loro interrelati. Comportamenti abusivi possono infatti configurarsi in concreto solo in un contesto che ammette la concorrenza tra le imprese. Sotto un altro aspetto, il controllo delle concentrazioni, essendo volto a impedire la costitu-

⁵ Decisione Accordo distributori ed esercenti cinema, in Bollettino n. 30/2001.

zione o il rafforzamento della posizione dominante, incide, anche riducendola, sull'eventualità dell'abuso e, in alcuni casi, della collusione.

LE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE TRA IMPRESE E LE MISURE CORRETTIVE

Per consentire all'Autorità di controllare i processi di concentrazione, il legislatore ha stabilito che tutte le operazioni al di sopra di una predefinita soglia di fatturato siano preventivamente notificate. Il controllo preventivo e l'obbligo di notifica contribuiscono a evitare la stessa prospettazione, da parte delle imprese, di quelle operazioni con effetti più chiaramente anticoncorrenziali, in quanto, probabilmente, già censurate dall'autovalutazione delle parti. Questa circostanza, che forse spiega perché il numero dei procedimenti istruttori avviati dall'Autorità è estremamente ridotto (non più di cinque-sei all'anno, a fronte di quasi seicento notifiche), rende evidente, in particolare, che l'efficacia dell'azione di controllo non può essere misurata dal semplice numero dei divieti.

Il controllo preventivo consente inoltre all'Autorità di acquisire importanti informazioni sull'evoluzione della struttura industriale del Paese e delle condizioni di concorrenza prevalenti nei mercati. Importanti trasformazioni sono state osservate, in proposito, in alcuni settori produttivi. Il settore del latte, per esempio, fino a pochi anni fa era caratterizzato dalla dimensione locale delle imprese e dall'assoluto rilievo delle municipalizzate. Un intenso processo di riorganizzazione e ristrutturazione, che ha fatto seguito alla privatizzazione di molte centrali pubbliche, sta rapidamente conducendo al consolidamento di una struttura duopolistica a livello nazionale, sia pure ancora accompagnata da una serie di piccoli operatori attivi nei diversi mercati locali. Per le modalità di acquisto e di consumo del prodotto, la dimensione del mercato del latte continua a essere locale. Tuttavia, l'omogeneità del prodotto e la presenza simmetrica di due operatori di dimensione nazionale in numerosi mercati locali tendono a ridurre l'intensità della concorrenza e a rendere possibili strategie, di cooperazione e di spartizione dei mercati, favorite anche dalle ridotte possibilità di concorrenza dall'estero in ragione di una definizione di latte "fresco" particolarmente rigorosa in Italia.

In questo contesto si inquadra l'istruttoria conclusa dall'Autorità, nel maggio 2001, in relazione all'acquisizione, da parte di Granarolo, della Centrale del latte di Vicenza⁶: per la prima volta l'Autorità ha vietato l'operazione perché suscettibile di determinare un rafforzamento della posizione dominante congiunta in un mercato. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che nel mercato del latte fresco della regione Veneto, l'acquisizione della Centrale del latte di Vicenza avrebbe comportato un significativo aumento del grado di concentrazione e la realizzazione di una struttura di mercato sostanzialmente duopolistica intorno ai due operatori nazionali, Parmalat e Granarolo. Nella valutazione della restrittività dell'operazione, ha assunto rilievo la circostanza che Parmalat e Granarolo, primi due operatori anche in Veneto, si sarebbero trovati a detenere quote di mercato non dissimili tra loro. Considerando

⁶ Decisione *Granarolo-Centrale del latte di Vicenza*, in Bollettino n. 21/2001.

l’omogeneità del prodotto, le difficoltà d’ingresso e i contatti multimercato, tale accresciuta simmetria avrebbe potuto aumentare i rischi di comportamenti anticompetitivi da parte dei due operatori, in particolare sotto il profilo di aumenti paralleli dei prezzi.

Anche nel settore bancario, il cui controllo a fini antitrust è affidato alla Banca d’Italia, l’evoluzione della struttura industriale ha visto il consolidamento di un’industria frammentata in una caratterizzata da quattro-cinque grandi gruppi. Questo processo di riorganizzazione è, in parte, dovuto alle trasformazioni che hanno interessato la tecnologia di produzione delle banche, favorendo le economie di scala e la grande dimensione e, in parte, anche la conseguenza di un ambiente più competitivo, rispetto a periodi non lontani, quando dimensioni piccole e inefficienti di molti operatori potevano permanere grazie a un contesto di fatto protetto dalla concorrenza. L’evoluzione tecnologica si accompagna anche a un vivace processo di innovazione dei prodotti finanziari, che spinge le banche a svolgere ormai largamente attività che trascendono i tradizionali settori della raccolta e del credito. Ciò rende necessaria una più accurata e sofisticata definizione dei mercati rilevanti dei prodotti e della loro estensione geografica: se, da una parte, si mantiene l’importanza, per i consumatori, dei servizi di prossimità, dall’altra, gli ambiti di mercato diventano più complessi e caratterizzati da una crescente integrazione a livello nazionale e, in alcuni casi, internazionale.

Particolare rilevanza assume, in questa prospettiva, l’integrazione dei mercati della produzione e della distribuzione di prodotti finanziari e assicurativi con i tradizionali mercati bancari. Di tale fenomeno l’Autorità ha tenuto conto nell’ambito del procedimento istruttorio svolto nel 2001 nei confronti delle società Assicurazioni Generali, Adria Vita e Cardine Banca che avevano proceduto a un accordo di distribuzione di polizze assicurative attraverso il canale bancario. Tale accordo è stato tuttavia ritenuto inidoneo a produrre restrizioni consistenti della concorrenza nei mercati interessati⁷.

I rischi di comportamenti restrittivi della concorrenza in mercati stabilmente oligopolistici meritano crescente attenzione da parte delle autorità antitrust, per il rilievo che assume in tali mercati la possibilità del coordinamento tra imprese. L’analisi concorrenziale delle operazioni di concentrazione che conducono a una posizione dominante collettiva è particolarmente complessa: la giurisprudenza comunitaria ha individuato criteri e parametri valutativi. Le autorità nazionali di concorrenza si sono attrezzate al nuovo compito, che si aggiunge all’altro, certamente meno complesso, consistente nel valutare la restrittività dell’esercizio del potere di mercato da parte di imprese singolarmente dominanti.

Per un altro aspetto, anche la posizione dominante singola può essere costituita o rafforzata tramite acquisizioni che non presentano, almeno immediatamente, una dimensione di particolare rilievo. Con l’istruttoria nei

⁷ Decisione Assicurazioni Generali-Cardine Banca, in Bollettino n. 51-52/2001.

confronti di Heineken Italia SpA per l’acquisizione della società Idros⁸ (progetto poi non più realizzato probabilmente a seguito dei rilievi formulati), l’Autorità intendeva verificare se l’acquisizione di una società attiva nei mercati della distribuzione all’ingrosso di bevande e di commercializzazione di birra nella provincia di Bologna potesse condurre alla costituzione di una posizione dominante da parte di Heineken. L’operazione si inseriva nel processo di integrazione verticale attualmente in atto nel settore della birra e volto a consentire ai produttori un controllo diretto della commercializzazione attraverso l’acquisizione di un numero elevato di grossisti indipendenti locali. Heineken, venendo a controllare quasi un terzo del mercato della distribuzione all’ingrosso di bevande, si trovava a essere, nell’ambito geografico di riferimento, l’unico produttore di birra verticalmente integrato nella distribuzione, circostanza che avrebbe potuto favorire il perseguitamento di strategie aggressive nei confronti dei concorrenti, soprattutto nel canale della vendita di birra sfusa direttamente presso i punti di consumo (bar, pubs e ristoranti).

Le decisioni dell’Autorità in materia di concentrazioni sono funzionali a impedire la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, singola e collettiva, affinché i bisogni dei consumatori possano essere soddisfatti in un ambiente concorrenziale. L’Autorità è consapevole che le operazioni di concentrazione possono produrre effetti positivi in termini di efficienza e di capacità innovativa delle imprese. Essa vieta un’operazione solo quando l’aumento del potere di mercato dell’impresa che si concentra non può essere disciplinato mediante misure correttive, che mantengano un sufficiente grado di concorrenza nel mercato.

Tali misure correttive consistono, generalmente, nel garantire l’accesso dei concorrenti alle infrastrutture essenziali, nel richiedere all’impresa che si concentra di alienare determinate attività o nel definire livelli di presenza nel mercato che non devono essere superati. Ad esempio, nell’autorizzare, nel gennaio 2001, l’operazione di concentrazione tra Seat e Tmc⁹, l’Autorità ha imposto a Telecom di consentire agli operatori concorrenti l’accesso alle infrastrutture civili per la posa di cavi in fibra ottica per la fornitura di servizi multimediali e interattivi. La prescrizione di tale misura aveva come scopo di attenuare la posizione dominante di Telecom nei nuovi mercati della multimedialità e, di conseguenza, di favorire l’emergere di una concorrenza tra reti di telecomunicazione. E infatti, sia pure con lentezza e ritardi, numerosi operatori hanno potuto avere accesso negli ultimi mesi all’infrastruttura civile di Telecom Italia e molte abitazioni e imprese sono attualmente cablate da operatori concorrenti. Ciò accresce le opportunità di scelta dei consumatori anche in relazione alla stessa rete telefonica utilizzata.

8 Provvedimento di avvio di istruttoria *Partesa-Idros*, in Bollettino n. 37/2001.

9 Decisione *Seat Pagine Gialle-Cecchi Gori Communications*, in Bollettino n. 3/2001.

Le prescrizioni a cui è sottoposta l'autorizzazione dell'operazione di concentrazione debbono ricevere tempestiva e puntuale ottemperanza. Ciò non sempre avviene. Nell'ultimo anno l'Autorità ha avviato ben tre procedure volte a verificare l'ottemperanza rispetto a decisioni di autorizzazione condizionata di concentrazioni. Nel caso Edizione Holding-Autostrade l'istruttoria si è conclusa con un non luogo a provvedere¹⁰, avendo la stessa Autorità provveduto a riesaminare la precedente decisione di autorizzazione, imponendo ulteriori condizioni¹¹. Nel caso Seat-Cecchi Gori, invece, le lentezze e i ritardi frapposti da Telecom Italia sono stati ritenuti allo stato oggettivamente giustificati da difficoltà tecniche¹². Nel caso Henkel-Loctite, infine, è emerso dall'istruttoria che in alcuni casi Henkel aveva solo formalmente ottemperato alle prescrizioni imposte, eludendole però dal punto di vista sostanziale, con ciò vanificando lo stesso intervento correttivo dell'Autorità. L'inottemperanza è stata pertanto ritenuta particolarmente grave e, alla società, è stata comminata una sanzione pari al 3% del fatturato nelle attività oggetto della concentrazione¹³.

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Nella ormai più che decennale esperienza dell'antitrust italiano i comportamenti abusivi delle imprese sono stati particolarmente frequenti nei settori interessati da processi di liberalizzazione. Di particolare rilievo è il settore delle telecomunicazioni, nel quale il rapido progresso tecnologico ha offerto notevoli opportunità concorrentiali ai nuovi operatori. Anche senza incisivi interventi di ristrutturazione delle imprese precedentemente titolari di diritti speciali ed esclusivi, la liberalizzazione dei mercati ha consentito l'entrata di molti nuovi concorrenti. I benefici in termini di maggiore concorrenza si sono registrati sia nei servizi tradizionali della telefonia, sia nella fornitura dei nuovi servizi come il radiomobile e, soprattutto, nei servizi a valore aggiunto. In tale prospettiva è, in particolare, importante che venga data al più presto completa attuazione all'obbligo di garantire la portabilità del numero telefonico in caso di passaggio dell'utente a un nuovo gestore, una misura che consente di ridurre significativamente i costi di transazione associati alla decisione dei consumatori di cambiare gestore.

L'accresciuto spazio della concorrenza si è tuttavia accompagnato in taluni casi a strategie dell'impresa precedentemente in monopolio legale che, con il fine di ridurre l'incentivo a competere dei concorrenti, ostacolavano ingiustificatamente l'accesso delle nuove tecnologie e le nuove opportunità concorrentiali.

10 Provvedimento *Edizione Holding-Autostrade*, in Bollettino n. 37/2001

11 Provvedimento *Edizione Holding-Autostrade*, in Bollettino n. 37/2001.

12 Decisione *Seat Pagine Gialle-Cecchi Gori Communications*, in Bollettino n. 9/2002.

13 Decisione *Henkel-Loctite*, in Bollettino n. 50/2001.

Nel procedimento ADSL, concluso nell'aprile 2001¹⁴, l'Autorità ha accertato che Telecom Italia aveva abusato della sua posizione dominante, concedendo ai concorrenti l'accesso alla fornitura dei servizi di trasmissione dei dati e di accesso a Internet basati sulla tecnologia ADSL a tariffe ben superiori di quelle previste per la stessa divisione commerciale di Telecom Italia, con l'obiettivo di ostacolare un ingresso profittevole nel mercato. Inoltre, la commercializzazione dei più sofisticati servizi x-DSL e SDH non prevedeva la possibilità per i concorrenti di accedere al servizio. L'Autorità ha ritenuto queste pratiche particolarmente gravi, anche in ragione della loro significativa durata, e le ha pertanto sanzionate.

La concorrenza nelle telecomunicazioni risulta efficace solo quando il consumatore è effettivamente messo nella condizione di poter scegliere tra reti di telecommunicazione alternative. In Italia, tali alternative sono state di fatto precluse dalla mancanza di diffusione della modalità trasmissiva via cavo, mentre l'operatore dominante ha continuato ad avvantaggiarsi della propria posizione di monopolio nella fornitura del supporto di rete per l'ultimo miglio. L'obbligo di fornire l'accesso disaggregato alla rete è sicuramente necessario per ampliare il confronto concorrenziale, ma non è in grado di eliminare alla radice il monopolio e le rendite a esso associate.

Nel settore del trasporto aereo, l'azione comunitaria ha introdotto la piena liberalizzazione dei mercati a partire dal 1997. La concorrenza continua tuttavia a essere debole, soprattutto sulle tratte nazionali, dove Alitalia continua a detenere una stabile posizione dominante, per numerose ragioni che spiegano il mancato ingresso di nuovi operatori anche sulle tratte più profittevoli; tra queste, la difficoltà di reperire sufficienti permessi di decollo e di atterraggio negli aeroporti delle principali città, in gran parte congestionati per lo meno nelle fasce orarie di punta, e l'assenza di un generalizzato diritto di cabotaggio esteso alle rotte extra-europee che hanno significativamente frenato le possibilità d'ingresso di nuovi operatori esteri. In assenza di una disciplina di mercato indotta da una robusta concorrenza, le strategie dell'operatore dominante hanno in più casi prestato il fianco a imputazioni di abusività dei comportamenti.

Nel corso del 2001 l'Autorità ha concluso due procedimenti istruttori per abuso di posizione dominante di Alitalia. Nel primo procedimento, concluso nel giugno 2001, l'Autorità ha considerato abusivi e contrari all'articolo 82 del Trattato CE gli schemi di incentivazione applicati alle agenzie di viaggio da Alitalia a partire dal 1997 fino alla fine del 2000¹⁵. In particolare, tramite l'adozione di una politica aggressiva di sconti in funzione degli obiettivi di vendita fissati per le agenzie di viaggio, Alitalia rendeva molto onerose le condizioni di concorrenza per i nuovi entranti. Gli sconti per obiettivi, prati-

14 Decisione Infostrada-Telecom Italia-Tecnologia ADSL, in Bollettino n. 16-17/2001.

15 Decisione Assoviaggi-Alitalia, in Bollettino n. 26/2001.

cati dall'operatore in posizione dominante, costringevano infatti i nuovi entranti a fissare margini di intermediazione sensibilmente più elevati di quelli medi di Alitalia e ciò riduceva significativamente per loro le possibilità di concorrenza sul mercato dei servizi di trasporto aereo. Inoltre, essendo personalizzati in base alle caratteristiche delle singole agenzie, tali sconti potevano rivelarsi anche discriminatori nei confronti di agenzie con un medesimo volume di traffico. In relazione alla gravità dei comportamenti anticoncorrenziali individuati, l'Autorità deliberava di comminare ad Alitalia una sanzione pari all'1,3% del fatturato sul quale la pratica era destinata a incidere, sanzione di recente annullata dal Tar limitatamente alla determinazione della stessa.

Nel secondo procedimento, terminato nel novembre 2001¹⁶, l'Autorità ha attentamente valutato la politica tariffaria di Alitalia sulla tratta Milano-Lamezia Terme, per verificare l'eventuale eccessiva gravosità di una tariffa sensibilmente superiore a quella prevalente su tratte analoghe, ma caratterizzate da una alternativa concorrenziale. L'evidenza raccolta sui costi e i ricavi relativi alle singole rotte non è stata tale da far concludere per un abuso della posizione dominante di Alitalia nella fissazione della tariffa Milano-Lamezia Terme. Il procedimento ha confermato la particolare difficoltà, ben nota anche ad altre autorità antitrust, di una valutazione diretta della gravosità di prezzi e tariffe in un procedimento di concorrenza, soprattutto in ragione del monopolio informativo di cui gode un'impresa in posizione dominante con riferimento alle proprie variabili di costo e al grado di efficienza nell'utilizzo dei fattori produttivi. E invero, nella prospettiva generale dell'organizzazione economica di una società, il primato del meccanismo concorrenziale si fonda proprio sulle capacità di trasformare l'informazione privata di ogni soggetto economico in informazione pubblica: in particolare, è il prezzo che si forma in equilibrio in un mercato concorrenziale che può correttamente rivelare qual è il "costo di produzione". Invece, nelle circostanze nelle quali non è possibile fare affidamento su un contesto sufficientemente competitivo, gli strumenti appropriati per evitare che il prezzo di un bene ecceda in misura gravosa il costo di produzione devono essere piuttosto ricercati nell'intervento diretto di regolazione.

Una differente fattispecie di abuso di posizione dominante, che ha come oggetto la valutazione diretta del prezzo fissato da un operatore in posizione dominante e il confronto con il costo di produzione, è quella di "prezzo predatorio", ossia di un prezzo che, per escludere i concorrenti, viene fissato a un livello che non copre i costi. Per la diversa natura delle questioni tecniche coinvolte (l'impresa deve dimostrare di non avere sostenuto determinati costi), la valutazione di prezzo "predatorio" non presenta le difficoltà radicali insite nella valutazione di un prezzo "eccessivamente gravoso" ed è un accertamento tipico delle autorità di concorrenza. A tale accertamento è stata chiamata anche l'Autorità italiana che, in un altro mer-

16 Decisione *Veraldì-Alitalia*, in Bollettino n. 46/2001.

cato del trasporto, quello dei servizi di traghetto attraverso lo stretto di Messina, ha avviato un procedimento per abuso di posizione dominante nei confronti delle società Caronte Shipping e Tourist Ferry Boat¹⁷. In particolare, Caronte e Tourist, a seguito dell'avvio nel 1998 di un nuovo servizio di traghettamento sulla rotta Reggio Calabria-Messina da parte della società Diano, decidevano anch'essi di entrare su questa rotta, fissando per il servizio prezzi particolarmente bassi, anche rispetto al prezzo prevalente sulla rotta Villa San Giovanni-Messina, dove le due società, che effettivamente costituiscono un'entità economica unica, detengono una posizione dominante. Se il prezzo fosse effettivamente sottocosto, ciò costituirebbe strategia abusiva, in quanto volta a escludere il concorrente Diano per mantenere e consolidare il potere di mercato delle imprese già dominanti. Al 31 marzo 2002 il procedimento è in corso.

Nel settore elettrico le misure normative finora adottate non possono dirsi ancora sufficienti a rimuovere ogni ostacolo verso un'evoluzione concorrenziale dei mercati. La stessa direttiva comunitaria 96/92/CE¹⁸ prevede l'apertura alla concorrenza entro il 2003 di solo il 35% del mercato. In una prospettiva nazionale, la concorrenza nella generazione, che costituisce uno dei pilastri della liberalizzazione del sistema elettrico, non sarà probabilmente sufficiente, anche dopo la vendita delle tre Genco, a disciplinare il comportamento di Enel nella fissazione del prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica. L'esperienza di numerosi paesi, e segnatamente del Regno Unito, indica l'importanza di una riforma concorrenziale del settore in grado di evitare fin dall'origine posizioni dominanti nella generazione, anche ai fini di una concorrenza più incisiva nella distribuzione.

Particolare attenzione meritano, in questa prospettiva, la politica di costruzione di nuove centrali e di rafforzamento, in condizioni concorrenziali, dell'interconnessione per le importazioni di energia dall'estero; il completamento del processo di dismissioni di impianti di generazione da parte di Enel; le regole di funzionamento della borsa elettrica; il rapido ampliamento della quota dei consumatori idonei. Fintanto che Enel continuerà a rimanere dominante nel mercato, è necessario che le strategie commerciali poste in atto da questa società non abbiano intenti escludenti nei confronti dei concorrenti e non siano mirate a rafforzarne indebitamente il potere di mercato. A tal proposito, nel marzo 2002, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio per verificare se Enel abusi della sua posizione dominante inserendo nei propri contratti di fornitura ai clienti idonei clausole di penalizzazione nel caso in cui essi si riforniscano anche presso operatori concorrenti¹⁹.

17 Provvedimento di avvio di istruttoria *Diano-Tourist Ferry Boat-Caronte Shipping-Navigazione generale italiana*, in Bollettino n. 49/2000.

18 Direttiva 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in GUCE L 27/20 del 30 gennaio 1997.

19 Provvedimento di avvio di istruttoria *Enel Trade-Clienti idonei*, in Bollettino n. 10/2002.

Nei servizi di pubblica utilità la concorrenza non è limitata alle telecomunicazioni, ai trasporti e all'energia elettrica, ma comincia a svilupparsi anche in un settore, come le poste, finora rimasto relativamente estraneo al processo di liberalizzazione. Le caratteristiche tecnologiche di tutte le fasi di attività che caratterizzano il servizio, ossia la raccolta, lo smistamento, il trasporto, l'inoltro e la distribuzione, consentirebbero la concorrenza, forse con la parziale eccezione della distribuzione. Il freno alla liberalizzazione non è pertanto il monopolio naturale, ma l'esistenza di un obbligo di servizio universale, associato alla presenza di una tariffa unica. Ciò che si vuole evitare è, infatti, che la liberalizzazione del settore possa condurre alla scrematura delle fasi e delle zone geografiche più remunerative, con un effetto negativo per il bilancio del gestore postale costretto a servire le zone e le categorie di utenti meno remunerativi. L'obbligo del servizio universale e le protezioni offerte agli operatori che se ne fanno carico, attraverso diritti riservati e contributi al finanziamento da parte degli altri operatori, non eliminano però margini significativi di concorrenza nel settore e la necessità, per gli operatori nazionali che sono in posizione dominante, di adeguare i propri comportamenti alle regole del diritto antitrust.

In questa prospettiva, l'Autorità ha avviato, nel corso del 2001, due procedimenti, non ancora conclusi, nei confronti di Poste Italiane. Nel caso International Mail Express Italy-Poste Italiane, avviato nell'aprile 2001²⁰, l'Autorità sta valutando, ai sensi dell'articolo 82 del Trattato, se la pratica di bloccare la corrispondenza pervenuta tramite servizi postali di un paese terzo costituisca un abuso di posizione dominante. In un altro procedimento, avviato nel marzo 2001, l'Autorità sta invece valutando l'eventuale restrittività di un accordo tra Poste Italiane, la società S.D.A. Express Courier e la società Bartolini. In entrambi i casi le questioni affrontate assumono rilievo in considerazione dell'esistente regolazione e dell'apprezzamento dei margini concorrenziali residui.

Pubblicità ingannevole

Sono ormai passati dieci anni da quando, con decreto legislativo n. 74 del 1992, all'Autorità è stato affidato il controllo sull'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari. Nel 2000 (con decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 67) è stata attribuita all'Autorità anche la competenza ad accertare la liceità della pubblicità comparativa. Dall'entrata in vigore del decreto

20 Provvedimento di avvio di istruttoria *International Mail Express Italy-Poste Italiane*, in Bollettino n. 14/2001.

n. 74/92 le richieste di intervento hanno registrato un *trend* sostanzialmente crescente nel tempo. Attualmente questa crescita sembra essersi stabilizzata e sono circa un migliaio le denunce che, ogni anno, vengono sottoposte all'esame dell'Autorità.

Nel corso del decennio, l'Autorità è stata chiamata a intervenire nei settori più diversi della realtà economica e imprenditoriale dei nostri tempi: dalla magia al credito al consumo, dalle telecomunicazioni ai cosmetici, dalle attività di formazione professionale alle tariffe nei trasporti, dalle offerte promozionali al sistema di certificazione di qualità dei prodotti e dei processi produttivi, e altri ancora. Nelle valutazioni circa l'ingannevolezza del messaggio influisce in modo significativo l'analisi del contesto nel quale si inserisce la pubblicità segnalata e dunque, in particolare, le ragionevoli aspettative del consumatore di riferimento. L'Autorità ha elaborato, in questi anni, una "giurisprudenza" attenta ad assicurare le più solide garanzie ai consumatori e, sia pure in via mediata, ai concorrenti che ricevono pregiudizio dalla pubblicità ingannevole. Ne è emerso, in linea generale, l'obbligo per l'operatore pubblicitario di predisporre messaggi che rispondano pienamente ai requisiti di completezza e di chiarezza.

Oggetto di numerose pronunce di ingannevolezza sono stati, ad esempio, messaggi che pubblicizzavano prodotti e trattamenti ai quali venivano attribuiti proprietà dimagranti, di cura della cellulite o effetti di tutela dalle onde elettromagnetiche. In alcuni casi, in presenza di messaggi che promettevano effetti sicuri e in tempi molto ravvicinati, l'Autorità ha ritenuto necessario sospendere, anche d'ufficio, la diffusione degli stessi, sospensione giustificata da rischi effettivi per la salute.

A un'ampia casistica ha dato luogo anche il settore delle telecomunicazioni. Qui i messaggi sono principalmente volti a informare i potenziali clienti dell'economicità delle relative proposte: l'intervento dell'Autorità ha perciò promosso, soprattutto negli ultimi due anni, una completa e trasparente informazione dei consumatori, principio questo confermato dal giudice amministrativo in due recenti pronunce²¹. Inoltre la prassi decisionale dell'Autorità nella repressione dei messaggi ingannevoli nel settore delle telecomunicazioni è stata tenuta in considerazione dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che ha emanato, nel corso del 2001, le linee guida per la comunicazione al pubblico delle condizioni di offerta dei servizi di telecomunicazione.

Numerosi provvedimenti di ingannevolezza sono stati adottati dall'Autorità in materia di carburanti, soprattutto nell'ultimo anno. Nell'ambito degli interventi aventi ad oggetto pubblicità volte alla promozione di "sconti" sul prezzo dei prodotti petroliferi, l'Autorità ha vietato l'impiego di messaggi

21 TAR del Lazio, sentenze nn. 631 e 633 del 21 gennaio 2002, *Telecom Italia*.

generici o fuorvianti e ha individuato i criteri cui informare la peculiare comunicazione pubblicitaria del settore. È stato così precisato che tali messaggi debbono essere caratterizzati da modalità grafiche di evidente percezione e debbono contenere non soltanto l'indicazione dei prezzi dei prodotti petroliferi effettivamente praticati presso il distributore, come riportati sul *display* dell'erogatore, ma anche chiarire che il prezzo praticato è la risultante dell'applicazione di uno sconto, precisando la natura e la misura della grandezza-base rispetto alla quale lo sconto è stato applicato. Detta grandezza-base deve essere caratterizzata dalla concretezza e dall'effettività, così da consentire al consumatore di percepire con immediatezza la convenienza dell'offerta.

Particolare attenzione e rigore sono inoltre profusi nei confronti di quei messaggi pubblicitari che hanno come destinatari consumatori che si trovano in uno stato di debolezza e che, pertanto, si rivelano particolarmente odiosi. È questo sicuramente il caso della pubblicità indirizzata ai bambini e agli adolescenti, dal decreto ritenuta ingannevole ogniqualvolta può attutarne alla integrità fisica e/o psichica. È questo, sia pure per motivazioni diverse, il caso delle false offerte di lavoro, che celano corsi di formazione a pagamento. È questo, infine, il caso delle pubblicità di maghi e cartomanti, rispetto alle quali l'Autorità è intervenuta con numerose pronunce, che hanno affermato l'ingannevolezza di messaggi volti ad attribuire ai prodotti o servizi pubblicizzati caratteristiche ed effetti che non trovavano alcun riscontro, come nel caso di talismani vari o numeri dati sicuramente vincenti al lotto.

L'Autorità è intervenuta, negli ultimi tempi, anche in materia di pubblicità via Internet. Tale forma pubblicitaria consente al consumatore di svolgere un ruolo attivo e interattivo con lo strumento promozionale scegliendo, in certa misura, se e quali percorsi (*link*) promozionali seguire. Ciò permette alle imprese di realizzare messaggi più selettivi, individuando una molteplicità di percorsi pubblicitari, ciascuno tarato in funzione dei diversi *target* di destinazione. Si è ritenuto, comunque, che il messaggio, pur nelle sue complesse connessioni, deve essere completo e chiaro, secondo i principi generali.

Quanto alla pubblicità comparativa, le imprese hanno mostrato molta prudenza nel ricorrere alla tecnica pubblicitaria della comparazione e di conseguenza assai esiguo è stato il numero di segnalazioni ricevute dall'Autorità. La diffidenza riscontrata costituisce certamente un retaggio dell'atteggiamento tradizionalmente negativo mostrato dall'ordinamento italiano, come della maggior parte degli ordinamenti europei, nei confronti di tale strumento, ma riflette anche il timore delle imprese nell'utilizzo di una tecnica promozionale che, se non prudentemente dosata, rischia di sfociare nella denigrazione.

L'Autorità ha comunque avuto occasione di fornire alle imprese alcune prime indicazioni circa i criteri di applicazione della nuova disciplina:

– in relazione alla qualificazione di una fattispecie come comparativa, nella definizione di cui all'articolo 2, lettera b-*bis*) del decreto legislativo n. 74/92 rientra solo la comparazione pubblicitaria “diretta” - quella, cioè, che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente - e non invece la comparazione indiretta che si esprime in confronti con la generalità dei prodotti concorrenti;

– ai fini del giudizio di liceità, i requisiti dettati dall'articolo 3-*bis* del decreto legislativo n. 74/92 devono essere tutti soddisfatti, potendo quindi il giudizio di illiceità fondarsi anche soltanto sulla violazione di uno di detti parametri;

– il giudizio di ingannevolezza deve essere centrato non solo sull'esame della veridicità delle affermazioni relative al prodotto pubblicizzato, ma anche sulla fondatezza delle informazioni fornite circa il prodotto concorrente assunto quale termine di confronto;

– il confronto si deve riferire a elementi essenziali, pertinenti e verificabili dei prodotti pubblicizzati, attenendo tale requisito alla trasparenza e all'efficacia informativa della comparazione per il consumatore;

– in relazione alla denigrazione, non qualsivoglia discredito derivante di fatto dal messaggio comparativo rende questo di per sé illecito, bensì soltanto quello realizzato in forme immotivate e sproporzionate rispetto alle esigenze del corretto confronto pubblicitario.

Più in generale, va rilevato che precisamente al fine di rendere più tempestiva ed efficace l'azione dell'Autorità è stata ampiamente utilizzata, negli ultimi tempi, la sospensione provvisoria della pubblicità, anche d'ufficio, in quei casi in cui i profili d'ingannevolezza o di illiceità del messaggio risultavano, già a un primo esame, ragionevolmente fondati. Ciò ha consentito di evitare che i messaggi pubblicitari potessero produrre i propri effetti pregiudizievoli per i consumatori nelle more della pronuncia definitiva dell'Autorità.

È da osservare, infine, che questi dieci anni di attività in materia di pubblicità ingannevole sono stati caratterizzati da un consistente contenzioso giurisdizionale: attualmente sono circa 460 i ricorsi pendenti. Tuttavia dei 58 procedimenti conclusi solo in 8 casi il ricorso è stato accolto. Principi importanti quali le nozioni di operatore pubblicitario, di pregiudizio al comportamento economico del consumatore, di obbligo per l'operatore pubblicitario di utilizzare messaggi chiari e completi, così come soluzioni procedurali adottate dall'Autorità sono stati confermati dal giudice amministrativo.

L'esperienza di applicazione del decreto fin qui accumulata fa tuttavia emergere anche gravi lacune dell'apparato normativo, di cui si dirà nel successivo paragrafo, che limitano la portata dell'efficacia degli interventi dell'Autorità.

Difficoltà derivanti dalla legislazione nazionale sulla concorrenza e sulla pubblicità: possibili rimedi

L'esperienza maturata dall'Autorità nell'applicazione della legge n. 287/90 e del decreto n. 74/92 ha consolidato le regole antitrust e di tutela dalla pubblicità ingannevole. L'attuazione di tali norme costituisce un importante strumento di guida per i comportamenti d'impresa e offre suggerimenti al Parlamento, al Governo e alle pubbliche amministrazioni sulla loro attività di regolazione dei mercati.

Permangono, come si è anticipato nell'Introduzione a questa Relazione, varie difficoltà. Alcune di esse derivano dalla stessa legislazione sulla concorrenza e sulla pubblicità.

Le difficoltà derivanti dalle leggi sulla concorrenza e sulla pubblicità riguardano essenzialmente: i termini particolarmente ridotti previsti per la valutazione delle operazioni di concentrazione; gli ambiti del potere sanzionatorio nei casi di illeciti anticoncorrenziali; la ormai inadeguata ripartizione di competenze tra Autorità e Banca d'Italia; l'insoddisfacente disciplina delle procedure in materia di pubblicità ingannevole e comparativa sotto il profilo dei poteri istruttori e l'inadeguatezza del relativo sistema sanzionatorio.

I termini delle istruttorie per la valutazione delle operazioni di concentrazione suscettibili di restringere la concorrenza sono attualmente i più brevi nel panorama mondiale delle normative antitrust: ai nostri quarantacinque giorni corrispondono i quattro mesi della procedura comunitaria e tempi analoghi previsti negli altri Paesi. Soprattutto in considerazione della complessità di analisi per loro natura rivolte al futuro, termini così ristretti rendono più ardua l'azione dell'Autorità. Peraltro, un allungamento dei termini delle istruttorie, tale da rendere più efficace il controllo esercitato dall'Autorità, inciderebbe in modo assai marginale sui tempi mediamente rapidi della procedura. Il fatto stesso che a fronte delle quasi seicento operazioni notificate annualmente le istruttorie avviate siano solo cinque o sei dimostra, infatti, che la presenza di termini ristretti per decidere l'avvio di un'istruttoria, solo trenta giorni, risponde sufficientemente all'esigenza, avvertita dal legislatore, di concludere rapidamente i procedimenti in materia di concentrazioni.

Le norme sulle sanzioni in materia antitrust sono già state oggetto di opportune modifiche normative che hanno recentemente semplificato il calcolo del fatturato e consentito una gamma più ampia di scelte quanto alla determinazione delle sanzioni, che meglio consente di considerare la collaborazione offerta dalle imprese. Restano da risolvere problemi relativi alle vio-

lazioni della normativa realizzate da associazioni di imprese e da ordini professionali. L'attuale normativa consente l'irrogazione di sanzioni a tali entità, ma unicamente in relazione al "fatturato" dell'associazione stessa, dunque alle quote associative, spesso assai modeste e comunque assolutamente non rappresentative del reale impatto economico esercitato dalla pratica restrittiva contestata. Andrebbero, pertanto, meglio specificati i parametri per la determinazione della sanzione: in particolare, al fine di assicurare un'adeguata deterrenza sanzionatoria, la normativa italiana potrebbe seguire il sistema comunitario che tende a calcolare la sanzione tenendo conto del fatturato delle imprese associate, assicurando così l'efficacia deterrente delle sanzioni anche nei casi in cui la violazione delle regole di concorrenza sia esclusivamente imputata all'associazione. Diversamente, l'illecito concorrenziale realizzato attraverso l'associazione, in quanto difficilmente o marginalmente penalizzato, rischierebbe di diventare lo strumento per evitare le conseguenze della violazione.

Quanto alle competenze antitrust nei confronti di "aziende e istituti di credito", l'Autorità ritiene che occorrerebbe rivedere il criterio di ripartizione delle competenze tra la Banca d'Italia e l'Autorità, quale previsto dall'articolo 20 della legge n. 287/90. Un criterio meramente soggettivo non può non essere foriero di difficoltà, tanto più evidenti in un periodo, come l'attuale, in cui le banche svolgono ormai largamente attività che trascendono il vero e proprio settore creditizio. Il costruttivo rapporto fra le due istituzioni ha consentito di attenuare nella prassi le accennate difficoltà, ma la soluzione compiuta e dotata dei necessari canoni di certezza applicativa spetta al legislatore.

In materia di pubblicità ingannevole e comparativa, l'attività fin qui svolta ha fatto emergere alcune lacune dell'apparato normativo. In primo luogo, tali lacune investono gli stessi poteri istruttori: si pensi, ad esempio, che l'Autorità non ha il potere di ottenere dall'emittente televisiva o direttamente dall'operatore pubblicitario la copia del messaggio diffuso, con la conseguenza che laddove l'emittente non fornisce spontaneamente copia dello stesso, l'Autorità si procura il messaggio avvalendosi di apposite società di servizi, naturalmente con aggravio di costi e tempi. In secondo luogo, sotto il profilo dell'acquisizione di prove, non sono previsti poteri ispettivi né sanzionatori nell'ipotesi di omissione o ritardo ingiustificato a seguito di richieste di informazioni o documenti formulate dall'Autorità. Ciò rende ancora più complicato il lavoro dell'Autorità, soprattutto in presenza di operatori per nulla disposti a cooperare.

All'assenza di poteri istruttori incisivi deve aggiungersi, aspetto ancora più rilevante, l'assenza di un efficace sistema sanzionatorio in grado di operare quale vero deterrente nei confronti degli operatori coinvolti. Nel caso di maghi e cartomanti, ad esempio, l'intervento dell'Autorità, che in molti procedimenti ha esperito tutti i poteri conferiti dal decreto legislativo n. 74/92 (inibitoria, dichiarazione rettificativa, denuncia alla Procura della

Repubblica) non ha contribuito ad arginare il fenomeno, come fatti recenti dimostrano. Tutto ciò conferma la necessità di prevedere, accanto al divieto di ulteriore diffusione dei messaggi ritenuti ingannevoli o illeciti e agli ordini imposti all'operatore di pubblicare dichiarazioni rettificative, l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, che renderebbe certamente più efficaci i rimedi posti in essere dall'Autorità e accrescerebbe la capacità dissuasiva della norma soprattutto nei settori in cui gli operatori si sono rivelati meno propensi a conformarsi alle decisioni dell'Autorità.

“Federalismo” e concorrenza

Le recenti modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione, disposte con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, introducono rilevanti novità in materia di regolazione dei mercati e di concorrenza. Le modifiche sono ispirate a una architettura delle istituzioni pubbliche di tipo “federalista” o ampiamente autonomista. In particolare, il nuovo articolo 117 opera una ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni propria delle esperienze degli Stati federali e basata sull'elencazione espressa e tassativa delle materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato e alla legislazione concorrente di Stato e Regione: tutto ciò che non rientra nell'elencazione tassativa è affidato alla legislazione esclusiva delle Regioni. Ai Comuni è attribuita, dal nuovo articolo 118, una competenza amministrativa generale.

Al tempo stesso, il nuovo articolo 117 della Costituzione prevede ora esplicitamente che le leggi statali e regionali sono tenute al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, fra i quali assumono un ruolo essenziale il principio e le regole della libera concorrenza. Per di più, la “tutela della concorrenza” entra formalmente nel testo costituzionale là dove, sempre all'articolo 117, essa è prevista fra le materie affidate alla legislazione esclusiva dello Stato. Si tratta di una novità che ha la sua oggettiva rilevanza, dal momento che la riforma dà espresso riconoscimento e tutela alla concorrenza e ai mercati.

Vi è dunque, da un lato, un'ampia devoluzione di funzioni normative e amministrative rispettivamente alle Regioni e ai Comuni: settori economici di grande rilievo, come l'agricoltura, il turismo, il commercio, la stessa industria saranno oggetto di una sempre più estesa disciplina posta da Regioni e da Enti locali. D'altro lato, il principio e le regole sulla libera concorrenza costituiscono un criterio di fondo cui l'intero sistema normativo e amministrativo dovrà adeguarsi.

L'impostazione di tipo “federalista” consentirà che la disciplina dei vari mercati e settori sia in maggiore armonia con le specifiche esigenze delle differenti aree geografiche del Paese. Occorre tuttavia evitare che possa portare con sé una moltiplicazione delle regolamentazioni che avvantaggiano o proteggono situazioni locali, con pregiudizio per la libera concorrenza. D'altra parte, i rischi di iper-regolazione anticoncorrenziale sono noti alle esperienze degli Stati federali di più lunga tradizione. In tale ottica, sembra opportuno e necessario che lo Stato determini al più presto, come del resto prescrive il nuovo articolo 117 della Costituzione per quanto riguarda la competenza concorrente, i “principi fondamentali” entro cui le Regioni sono chiamate a esercitare le loro potestà legislative su numerose materie di contenuto economico e finanziario.

Più in generale, sembra opportuno e necessario realizzare, al più presto, un forte coordinamento tra Stato, Regioni ed Enti locali, per tutto quanto riguarda l'accesso ai mercati, che, come noto, si può promuovere e/o ostacolare anche con atti a contenuto amministrativo. Nel nostro sistema l'esperienza recente in materia di distribuzione commerciale ha già posto in evidenza, ad esempio, come i vincoli alla concorrenza, eliminati al livello nazionale con la riforma avviata dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, possano poi essere mantenuti o reintrodotti a livello locale, peraltro in maniera assai diversificata. È dunque indispensabile individuare criteri affinché le funzioni legislative e amministrative siano esercitate in armonia con le ragioni della concorrenza e dell'apertura dei mercati.

Soluzioni adeguate per rendere più coerenti le scelte dei governi regionali e locali sono state già evidenziate dall'Autorità nella recente segnalazione generale sulla “Riforma della regolazione e promozione della concorrenza”, ove si raccomandano anche forme di incentivi che premino le regolazioni regionali e locali idonee a promuovere la concorrenza.

Sono, però, necessarie specifiche iniziative. L'Autorità ha avviato incontri con alcune istituzioni regionali e locali chiamate ad adottare regole complesse, soprattutto in aree metropolitane: potranno così emergere, nel pieno rispetto delle diverse autonomie, le linee guida di una regolazione che sia conforme al principio generale della concorrenza, stabilito nel Trattato della Comunità Europea e ora più esplicitamente affermato nella nostra Costituzione.

LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

A livello nazionale, ma con un provvedimento che esercita i suoi effetti soprattutto a livello locale, è stata recentemente approvata, dopo un lungo periodo preparatorio, una normativa di riforma dei servizi pubblici locali (articolo 35 della legge finanziaria 2002). La legge detta alcuni principi generali, ma lascia ampio spazio alle discipline speciali concernenti i vari settori (elettricità, gas, acqua, ecc.). Si prevede, anzitutto, il mantenimento della proprietà pubblica degli impianti, della rete e delle altre dotazioni patrimoniali; si affida alle discipline di settore l'individuazione dei casi in cui la gestione della rete può essere separata dall'erogazione del servizio; si stabilisce che