

entrate pubbliche, come effetto della maggior crescita economica indirettamente generata. È errato limitarsi a valutare i semplici ricavi delle privatizzazioni, ma occorre considerare anche le entrate fiscali che possono derivare dalla maggiore crescita economica dei settori acquirenti, a sua volta associata a una maggiore concorrenza nel mercato.

La ristrutturazione dei monopoli pubblici non dipende dall'Autorità che può, al riguardo, solo fornire un parere al Parlamento e al Governo. Viceversa, se la privatizzazione conduce a una concentrazione tra imprese, essa è soggetta al consueto controllo antitrust e l'Autorità ha il dovere di deliberare sulla base di motivazioni di natura esclusivamente concorrenziale. Nel dicembre 2003, l'Autorità ha autorizzato British American Tabacco, che aveva vinto la gara indetta dal Ministero dell'economia, ad acquisire l'Ente Tabacchi Italiani, condizionando l'autorizzazione alla rescissione del contratto di produzione che legava Philip Morris all'Ente Tabacchi Italiani¹⁵. Infatti, l'operazione, come inizialmente notificata, era suscettibile di determinare la costituzione di una posizione dominante collettiva tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nel mercato italiano delle sigarette. Come conseguenza dell'operazione i due principali operatori rimasti sul mercato non avrebbero avuto incentivi sufficienti a competere, ritenendo più razionale adottare comportamenti tacitamente collusivi. Tra gli elementi costitutivi della posizione dominante collettiva, particolare rilievo assumevano i forti legami contrattuali tra l'impresa risultante dalla concentrazione e Philip Morris nella produzione e nella distribuzione all'ingrosso. Essi avrebbero potuto scoraggiare l'adozione di politiche commerciali aggressive da parte delle due imprese. Nel corso dell'istruttoria, British American Tobacco si è impegnata a non rinnovare alla sua scadenza il contratto di produzione con Philip Morris, rescindendo così un importante legame tra le due imprese e tale da incidere significativamente sui loro incentivi a competere. L'Autorità ha ritenuto che a seguito di tale impegno l'operazione fosse suscettibile di essere autorizzata.

Antitrust e politica di tutela del consumatore

Gran parte delle politiche pubbliche rivolte al mercato persegue l'obiettivo di massimizzare il benessere dei consumatori, sia pure in virtù di una molteplicità di strumenti. La politica della concorrenza tende a favorire il confronto competitivo delle imprese e, per questa via, a tenere sotto controllo i prezzi e a migliorare la qualità dell'offerta. La politica di tutela

¹⁵ Decisione *British American Tobacco-Ente Tabacchi Italiani*, in Bollettino n. 51/2003.

del consumatore, nella misura in cui è volta a ridurre le asimmetrie informative insite nello scambio, persegue l'obiettivo di rendere più agevole il processo di scelta. A tale esigenza rispondono gli obblighi di indicare gli ingredienti dei prodotti alimentari, di esporre il prezzo di vendita della merce in vetrina o di consentire il mantenimento del numero telefonico al mutare dell'operatore. Si tratta di interventi funzionali ad aumentare la reattività dei consumatori ai segnali di prezzo, riducendo così il potere di mercato delle imprese.

Analoghi effetti positivi possono derivare dagli interventi di repressione della pubblicità ingannevole. Le strategie delle imprese che adottano messaggi pubblicitari decettivi sono diversificate, ma tutte sono volte a influenzare i consumatori poco informati, facendo loro pagare un prezzo eccessivamente elevato rispetto alla qualità effettivamente offerta. Tutela della concorrenza e tutela dalla pubblicità ingannevole si integrano pertanto l'una con l'altra, entrambe funzionali a ridurre le possibilità di sfruttamento del potere di mercato nei confronti dei consumatori.

Tramite la pubblicità ingannevole le imprese tendono a sfruttare le rilevanti asimmetrie informative che spesso contraddistinguono il loro rapporto con i consumatori. Nella promozione dei così detti 'prodotti-miracolo', l'intento decettivo è *in re ipsa*. Analoghe situazioni si verificano quando la struttura alberghiera si rivela assai diversa dalle caratteristiche pubblicizzate, quando i prodotti estetici producono risultati meno efficaci di quanto promesso, o i corsi di formazione rilasciano attestati meno validi di quanto affermato nel messaggio. In altre circostanze, invece, le asimmetrie informative vengono sfruttate al fine di perfezionare un contratto che, una volta concluso, difficilmente viene risolto. Nel settore delle telecomunicazioni, per esempio, molte imprese tendono a nascondere i costi complessivamente associati a una tariffa, fiduciose che, una volta acquisito il cliente, è probabilmente molto più difficile che egli cambi gestore.

Gli interventi dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole tendono a bloccare queste strategie e a impedire che le imprese continuino ad adottare campagne pubblicitarie suscettibili di indurre in errore i consumatori. Da questo punto di vista, nonostante la normativa di riferimento non preveda sanzioni e produca effetti di deterrenza modesti, sono stati recentemente realizzati alcuni importanti miglioramenti procedurali. Col nuovo regolamento sulle procedure istruttorie¹⁶, sono state significativamente ampliate le possibilità di contraddittorio tra le parti, risolvendo molte problematiche applicative finora incontrate dall'Autorità. Particolarmente importanti sono le nuove disposizioni che estendono i poteri dell'Autorità in relazione all'effettiva

¹⁶ Regolamento recante norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole, adottato con decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 2003, n. 284.

individuazione del messaggio denunciato e dell'operatore che lo ha diffuso, rendendo così più efficace e penetrante il controllo.

In sostanza, l'Autorità ha elaborato, in questi anni, una prassi decisionale attenta ad assicurare solide garanzie ai consumatori danneggiati dalla pubblicità ingannevole. Ne è emerso l'obbligo per l'operatore pubblicitario di predisporre messaggi che rispondano pienamente ai requisiti di completezza e di chiarezza, nella consapevolezza che la definizione di messaggio pubblicitario si estende a tutte le modalità attraverso le quali un'impresa si fa conoscere ai consumatori, compresa l'etichetta e il marchio. Il controllo esercitato dall'Autorità, d'altro canto, è circoscritto all'eventuale idoneità decettiva del messaggio pubblicitario e non si estende alle modalità comunicazionali prescelte dall'operatore al fine di produrre sensazioni e di evocare immagini suggestive, a meno che tali scelte non comportino oggettivamente il rischio di indurre in errore i destinatari in relazione alle caratteristiche essenziali dell'offerta commerciale.

Precisamente al fine di assicurare una maggiore effettività alla tutela del consumatore, l'Autorità ha peraltro utilizzato in maniera sempre più ampia la misura d'urgenza consistente nella sospensione del messaggio e, talvolta, dell'intera campagna pubblicitaria¹⁷.

Particolare attenzione viene prestata dall'Autorità alla valutazione dei messaggi pubblicitari che siano rivolti o possano comunque raggiungere bambini e adolescenti. Il decreto legislativo n. 74/92 dispone, infatti, che tali comunicazioni commerciali non debbano abusare della naturale mancanza di esperienza e della credulità dei soggetti più giovani, né debbano porre in pericolo l'integrità fisica e psichica.

Quanto alla pubblicità comparativa, essa continua a essere poco diffusa, probabilmente anche in ragione degli stringenti vincoli di liceità che la contraddistinguono e che difficilmente si conciliano con le tecniche della comunicazione e con il veloce modificarsi delle offerte sui mercati. La prassi decisionale dell'Autorità evidenzia, comunque, un orientamento favorevole al ricorso da parte delle imprese alla pubblicità comparativa, che rappresenta un efficace strumento di confronto concorrenziale tra gli operatori sul mercato: così, in relazione alla denigrazione, la liceità della comparazione è stata esclusa solo qualora il messaggio contenesse affermazioni o illustrazioni palesemente e oggettivamente offensive, idonee a gettare discredito sul concorrente.

¹⁷ Vedi, tra le altre, decisioni *Gilet Alta Visibilità*, *Fastweb "Ti porta Il Calcio Gratis"* e *Videofonino UMTS H3G*, in Bollettino n. 42/2003, e decisione *Batterie X-Treme Su Al Volante*, in Bollettino n. 43/2003.

Interventi di segnalazione e promozione della concorrenza

Negli ultimi quindici anni si è avviato in Italia un intenso processo di revisione del ruolo dello Stato nell'economia. Esso ha seguito una pluralità di percorsi, alcuni innescati dalla partecipazione europea, altri di ispirazione prettamente nazionale: la privatizzazione delle imprese pubbliche derivava soprattutto dall'esigenza di ridurre il debito pubblico; l'apertura alla concorrenza dei servizi di pubblica utilità aveva una chiara e precisa origine comunitaria; la liberalizzazione di molte attività soggette a una regolazione restrittiva traeva origine dalla necessità di modernizzare il sistema produttivo; la semplificazione amministrativa del sistema delle autorizzazioni e dei controlli derivava dalla diffusa percezione che l'opacità e la complessità del nostro apparato amministrativo costituivano spesso un freno, anziché un sostegno, all'attività produttiva; la messa a punto di un miglior sistema di governo delle attività ancora sotto il controllo pubblico tendeva infine a favorire l'efficienza gestionale e il pareggio di bilancio.

Tutte queste politiche, singolarmente e nel complesso, hanno contribuito a trasformare profondamente gli assetti produttivi e il contesto istituzionale dell'economia italiana. Al fine di valutare quello che è stato fatto e sollecitare trasformazioni ulteriori, è necessario conoscere gli ostacoli tecnici e politici che si frappongono al superamento delle regolazioni ingiustificatamente restrittive ancora presenti. Innanzitutto, la scelta della privatizzazione era quasi obbligata e traeva origine dalla necessità di risanamento del bilancio pubblico della prima metà degli anni Novanta. Nel concreto, gli interventi hanno riguardato, nella quasi totalità, società relativamente efficienti e che potevano essere cedute al mercato senza ristrutturazioni. Come conseguenza, le privatizzazioni italiane non hanno generalmente comportato effetti negativi sui livelli occupazionali delle imprese coinvolte, contribuendo a mantenere il consenso e a realizzare agevolmente gli obiettivi finanziari perseguiti.

Anche il processo di progressiva liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità non è stato particolarmente complesso da realizzare, essendo obbligato, nei tempi e nell'intensità, dalla partecipazione europea. I margini nazionali di manovra erano limitati. Una possibilità, che purtroppo solo raramente è stata seguita, era quella di liberalizzare più di quanto suggerito dalle direttive europee che, come noto, impongono agli Stati membri una liberalizzazione minima.

Un ampio margine di discrezionalità è stato accordato agli Stati membri per la definizione degli assetti regolatori. Le scelte che, nel corso degli anni, sono state effettuate in Italia sono risultate assai efficaci e di esempio per gli

altri Paesi. Innanzitutto, è stato adottato il modello delle autorità indipendenti, che è particolarmente indicato quando le imprese regolate sono ancora di proprietà pubblica, al fine di eliminare il conflitto d'interessi associato al mantenimento, presso la medesima istituzione, delle funzioni di regolazione dei loro comportamenti e di controllo societario. Inoltre, per quanto riguarda i rapporti tra autorità di regolazione e autorità antitrust, è stato scelto, nella generalità dei casi, un modello di separazione funzionale, a vantaggio della specializzazione istituzionale e della trasparenza. Infine, alle autorità di regolazione è stato attribuito un potere regolamentare relativamente ampio, particolarmente indicato in considerazione dei compiti di regolazione *ex ante* a esse affidati.

Quando manca la copertura comunitaria, il processo di apertura dei mercati alla concorrenza procede molto più lentamente e con enormi difficoltà di attuazione, dovuti ai contrasti che inevitabilmente si creano con i soggetti più esposti alla maggiore concorrenza. Analoghe difficoltà caratterizzano l'attuazione del processo di semplificazione amministrativa, atteso che le amministrazioni coinvolte sono generalmente poco disposte ad accettare un ridimensionamento delle proprie competenze e dei propri poteri. È probabilmente questa la ragione per cui lo sportello unico, un'evoluzione importante e benefica per la crescita economica e lo sviluppo delle imprese, stenta a diffondersi nelle amministrazioni locali.

In questo processo l'Autorità, mediante i pareri resi al Parlamento e al Governo, ha cercato, per quanto possibile, di assicurare la coerenza e la funzionalità degli interventi pubblici di riforma agli obiettivi di tutela e di promozione della concorrenza. Nell'ultimo anno particolare attenzione è stata rivolta al trasporto marittimo, alla distribuzione della stampa, alla riforma dei controlli sul pluralismo radiotelevisivo, al trasporto ferroviario. Al di là delle problematiche specifiche affrontate in ciascuno di questi pareri, è possibile individuare una tematica di carattere generale che li accomuna: la definizione del confine tra regolazione e concorrenza e, in particolare, se l'imposizione di obblighi di servizio universale debba essere affidata a meccanismi di mercato, se il pluralismo del sistema radiotelevisivo debba essere garantito ridefinendo categorie tipiche dell'antitrust, quali la posizione dominante e il mercato rilevante, se la separazione verticale di un monopolio verticalmente integrato sia giustificata nella prospettiva dell'interesse generale. Inoltre, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, sono continuate le riflessioni in tema di federalismo.

Servizio universale e concorrenza

Gli obblighi di servizio universale traggono origine dalla necessità di fornire servizi di pubblica utilità di una qualità minima predefinita a un prezzo ragionevole a una determinata categoria di utenti. Il presupposto è che, in assenza di tali obblighi, il servizio non verrebbe fornito affatto o, alternativamente, offerto a prezzi molto più elevati. La conseguenza principale dell'imposizione di obblighi di servizio universale è che, se essi non sono finanziati

direttamente, ma tramite sussidi incrociati, aprire il mercato alla concorrenza potrebbe condurre l'impresa soggetta a tali obblighi a perdite crescenti dovute alla scrematura dei segmenti di attività più profittevoli da parte dei concorrenti. Obblighi di servizio universale sono particolarmente importanti nel servizio postale, dove il recapito e la raccolta della corrispondenza hanno costi diversi nel territorio nazionale, ma il prezzo del francobollo è il medesimo, nelle telecomunicazioni e nell'energia, dove il costo di installare la linea a un'utenza isolata è maggiore rispetto a un'utenza urbana, nel trasporto, dove i collegamenti con le zone più impervie del Paese devono essere garantiti a un livello minimo, estate e inverno, indipendentemente dagli andamenti della domanda.

In numerose occasioni, e quest'anno in relazione ai trasporti marittimi nel Golfo di Napoli e alla distribuzione della stampa periodica¹⁸, l'Autorità ha ritenuto che l'imposizione di obblighi alle imprese, siano essi associati alla fornitura di un servizio universale o alla garanzia di un livello minimo di servizio, non deve comportare una riduzione della concorrenza. Tuttavia, una volta che il mercato rimane aperto e la fornitura del servizio universale è imposta solo ad alcuni concorrenti, il problema principale è individuarne le modalità di finanziamento. Innanzitutto, il servizio universale deve essere finanziato solo quando i ricavi conseguiti sono inferiori ai costi. Altrimenti il problema non sussiste, indipendentemente dal fatto che il prezzo sia regolato. Se anche il servizio universale viene fornito in perdita, talvolta l'impresa riceve dei benefici indiretti, in termini di reputazione o di semplice popolarità, tali che essa consegue comunque ricavi complessivi superiori ai costi, come conseguenza del fatto di essere riconosciuta come il fornitore del servizio universale. Anche in questo caso, il servizio universale non deve essere oggetto di finanziamento specifico.

Ma come è possibile individuare le circostanze residuali in cui il servizio universale debba essere oggetto di un intervento di regolazione volto a garantirne il finanziamento? Una soluzione, sperimentata con successo in alcuni Paesi dell'Unione europea (Germania e Danimarca), è lasciare la scelta all'impresa regolata. Solo se essa non è disponibile a fornire senza sussidi il servizio universale che le viene richiesto, viene bandita una gara e, in tal caso, l'obbligo viene affidato all'impresa le cui necessità di sussidio risultano le più basse dal confronto competitivo. Il risultato che emerge dalla valutazione delle esperienze tedesca e danese è che quasi mai l'impresa soggetta agli obblighi di servizio universale sceglie la gara, temendo di avvantaggiare gli altri operatori: ciò dimostra che gli obblighi del servizio universale sono raramente un costo per l'impresa e che pertanto i mercati possono essere aperti alla concorrenza senza eccessivi rischi.

¹⁸ Segnalazione *Servizi pubblici di trasporto marittimo nel golfo di Napoli*, in Bollettino n. 45/2003; segnalazione *Riordino del sistema di diffusione della stampa quotidiana e periodica*, in Bollettino n. 16-17/2003.

Pluralismo dell'informazione e antitrust

Nel settore radio televisivo, la regolazione settoriale tutela essenzialmente il pluralismo dell'informazione, un obiettivo d'interesse generale che può trovare un sostegno nell'operare delle condizioni di concorrenza. Infatti, a differenza di un regime concorrenziale in cui il potere di mercato di ciascuna impresa è controllato dall'azione disciplinatrice dei concorrenti, eventualmente anche solo potenziali, per garantire il pluralismo conta la disponibilità effettiva per l'utente di fonti di informazione alternative e sostanzialmente diverse. Per tutelare il pluralismo occorre, quindi, il riferimento a categorie distinte da quelle utilizzate nell'antitrust. La legge "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai Radiotelevisione Italiana Spa, nonché delega al Governo per l'approvazione del testo unico della radiotelevisione", approvata dal Parlamento il 2 dicembre 2003 e successivamente rinviata alle Camere dal Presidente Ciampi per una nuova deliberazione, in relazione alla sua compatibilità con la sentenza n. 466/2002 della Corte Costituzionale, utilizza invece concetti definiti con precisione dal diritto della concorrenza, come la posizione dominante e il mercato rilevante, ma ridefinendoli in maniera ingiustificatamente ampia. Al riguardo, al fine di evitare dannose confusioni per gli operatori soggetti all'applicazione di entrambe le normative, sarebbe auspicabile, nel processo di revisione della legge, un'attenta riflessione circa l'opportunità di utilizzare categorie tipiche della disciplina antitrust, ma non sempre appropriate in rapporto alle finalità di tutela e di promozione del pluralismo radio-televisivo.

Servizi di pubblica utilità e interventi di separazione verticale

I servizi di pubblica utilità sono stati tradizionalmente forniti in Italia da monopoli pubblici verticalmente integrati nelle diverse fasi di attività. Alcuni esempi, tra i principali, sono: generazione, trasmissione, distribuzione e vendita nell'energia elettrica; approvvigionamento, trasporto, distribuzione e stoccaggio nel gas; raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione nel servizio postale; infrastruttura di rete, servizio di trasporto, manutenzione e logistica nel trasporto ferroviario. Nel corso degli anni, in numerose occasioni, l'Autorità ha suggerito di promuovere la concorrenza in questi servizi, non soltanto liberalizzando gli accessi al mercato come richiesto dalle direttive comunitarie, ma ristrutturando le imprese tramite opportune separazioni orizzontali e verticali. Questa ristrutturazione dei monopoli verticalmente integrati è particolarmente importante al momento della privatizzazione, occasione unica e irripetibile per creare una struttura di mercato concorrenziale. Tuttavia, dall'esperienza accumulata in Italia e all'estero, è emerso che non in tutti i settori la separazione verticale è la soluzione ottimale, in considerazione delle frequenti economie di coordinamento che caratterizzano la relazione tra infrastruttura e servizi.

Gli interventi di separazione sono molto efficaci nel settore elettrico e nel gas, dove le sinergie tra generazione/approvvisionamento e trasmissione/trasporto, sono praticamente nulle, mentre i disincentivi all'efficienza, originati dall'integrazione verticale, sono assai significativi. Nel settore elettrico, la semplice separazione gestionale della rete di trasmissione elettrica non è sufficiente. Nel mercato elettrico italiano, scosso dal *black out* di settembre, non esiste solo l'opzione di costruire nuove centrali elettriche sul territorio nazionale, ma anche quella di rafforzare e di diversificare la rete d'interconnessione con l'estero, che costituisce lo strumento principale attraverso cui realizzare l'allargamento del mercato rilevante dal punto di vista geografico. Le due opzioni non sono uguali in relazione agli interessi dei generatori nazionali che chiaramente preferiscono la costruzione di nuove centrali in Italia. Una maggiore indipendenza del gestore della rete di trasmissione nazionale, conseguita assegnandogli anche la piena proprietà delle reti, renderebbe più agevole perseguire strategie di espansione della rete di trasmissione meglio allineate agli interessi generali. Nel settore del gas, dove sarebbero possibili evoluzioni concorrenziali analoghe a quelle del settore elettrico, le scelte di ristrutturazione sono state molto diverse da quelle imposte a Enel: Snam è rimasta un'impresa verticalmente integrata, sia pure parzialmente mitigata da una separazione societaria. Come sostenuto in numerose occasioni dall'Autorità, la rete di trasporto del gas, in analogia alla rete di trasmissione dell'elettricità, dovrebbe essere oggetto di una separazione proprietaria, al fine di favorire un maggiore pluralismo dell'offerta del gas. Analoga separazione dovrebbe essere introdotta per le infrastrutture di stoccaggio, essenziali per l'accesso dei nuovi operatori che, alternativamente, rischiano di essere gestite strategicamente dall'impresa dominante al fine di mantenere le proprie posizioni di mercato.

La separazione proprietaria delle reti può essere conseguita mantenendone pubblica la proprietà e privatizzando le attività verticalmente collegate. In questo modo si conseguirebbero notevoli vantaggi, soprattutto ai fini della sicurezza degli approvvigionamenti e della continuità del servizio. Infatti nella fornitura di elettricità e di gas, le reti dovrebbero privilegiare l'obiettivo di assicurare la disponibilità di un livello adeguato di capacità anche in condizioni di emergenza, obiettivo questo difficilmente raggiungibile da operatori privati e pertanto guidati da un'impostazione di breve periodo nella scelta degli investimenti da effettuare.

Le poste e le ferrovie, anche se per motivazioni diverse, sono settori molto più critici, dal punto di vista dell'efficacia di interventi di separazione verticale. Nelle poste, indipendentemente dal fatto che le direttive comunitarie ancora consentono ampi margini di riserva legale per il monopolista postale e, pertanto, la concorrenza è ancora relativamente limitata, la fase della distribuzione potrebbe essere quella che meglio si inquadra nella categoria generale del monopolio naturale, rispetto alla quale valutare l'opzione della

separazione. Al riguardo, sono probabilmente più rilevanti le problematiche legate alla remunerazione del servizio universale, anche in considerazione del fatto che i costi del servizio di distribuzione, particolarmente concentrati sulla remunerazione del lavoro, sono molto più facilmente allocabili, tramite l'individuazione di opportune tariffe, rispetto ai costi di accesso a un'infrastruttura fisica. Pertanto, nel servizio postale è probabilmente più opportuno prevedere obblighi generalizzati di accesso, data la facilità di un controllo *ex post* sull'eventuale carattere escludente di condizioni di accesso particolarmente onerose, piuttosto che procedere alla separazione verticale delle fasi caratterizzate da condizioni di monopolio naturale.

Nel settore ferroviario, dove le direttive comunitarie hanno imposto una separazione solo societaria, le problematiche maggiori attengono alla difficoltà di introdurre condizioni concorrenziali nei servizi di trasporto di passeggeri, in considerazione della logistica del trasporto ferroviario che, se non in casi eccezionali in cui viene introdotto un nuovo servizio¹⁹, rende praticamente impossibile realizzare una effettiva concorrenza sulla medesima infrastruttura, tale da garantire per la stessa tratta servizi alternativi forniti da operatori diversi. D'altra parte, è emerso soprattutto dall'esperienza inglese che esistono significative economie di gamma associate all'integrazione verticale. In particolare, la separazione tende a ridurre gli incentivi alla manutenzione del materiale rotabile, conducendo a un più rapido deterioramento dell'infrastruttura ferroviaria. Nel Regno Unito, uno dei compiti principali della nuova autorità di regolazione del trasporto ferroviario, l'Office of the Rail Regulator, è quello di individuare forme tariffarie che allineino gli incentivi dei fornitori del servizio all'esigenza di mantenere in perfetto stato il materiale rotabile e contribuire così alla salvaguardia nel tempo dell'infrastruttura. Se la separazione verticale (proprietaria) dell'infrastruttura di rete non produce effetti benefici nel trasporto ferroviario di passeggeri, può tuttavia esercitare un ruolo di rilievo nel favorire la concorrenza nel trasporto di merci, dove la manutenzione del materiale rotabile è relativamente meno importante per l'infrastruttura, essendo il traffico merci molto inferiore a quello passeggeri. Inoltre, nel trasporto merci sono molto più modeste le economie di coordinamento, visto che, a differenza del trasporto di passeggeri, esistono flessibilità notevoli in termini di orario.

Federalismo e concorrenza

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha affidato alle Regioni e agli Enti locali vaste funzioni normative e amministrative in materia economica. Si tratta di un'estensione a livello nazionale anche del principio di sussidiarietà, che ispira i rapporti tra organi comunitari e Stati membri e che risponde alla logica che le decisioni debbano essere prese dalle istituzioni meglio situate per trovare una soluzione coerente con gli interessi e le aspirazioni dei cittadini.

¹⁹ Come nel caso del treno rapido Basilea-Milano-Basilea.

In generale, la sussidiarietà produce effetti positivi per la gestione di servizi pubblici in monopolio, soprattutto di quelli locali, che devono essere tarati sulle esigenze dei cittadini e mal si prestano a essere governati dal centro. Viceversa, per quanto riguarda gli interventi di liberalizzazione dei mercati, la vicinanza agli interessi coinvolti può influenzare negativamente il processo decisionale e favorire, a scapito dei nuovi entranti e dei consumatori, l'ingiustificata protezione delle imprese. Certamente ogni intervento normativo regionale deve rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e nazionale, incluse le regole di concorrenza. Tuttavia, lo spazio per regolazioni ingiustificatamente restrittive rimane vasto.

Al riguardo, le Regioni potrebbero introdurre previsioni statutarie volte a vincolare la regolamentazione regionale al principio della proporzionalità, garantendo che normative restrittive della concorrenza da esse emanate contengano vincoli ai comportamenti d'impresa solo se assolutamente indispensabili al raggiungimento dei perseguiti obiettivi d'interesse generale. In questo modo, risulterebbe poi molto più agevole alle Assemblee e ai Governi regionali resistere alle spesso pressanti richieste di protezione delle diverse categorie che si sentono minacciate dalla concorrenza e favorire, invece, gli interessi diffusi dei consumatori e dei nuovi entranti, a vantaggio dello sviluppo economico e dell'occupazione.

Sviluppi comunitari e riforma della normativa nazionale

È fissata al 1° maggio 2004 l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 in materia di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato, approvato all'unanimità dal Consiglio dell'Unione europea nel dicembre 2002. La decisione di ritardare l'entrata in vigore del regolamento rispetto alla data di approvazione deriva dalla necessità di definire e adottare le disposizioni necessarie a garantire la completa ed efficace attuazione del nuovo sistema, inclusi gli opportuni cambiamenti alle leggi nazionali poste a tutela della concorrenza. Ciò è particolarmente importante per l'Italia che, prima tra tutti gli Stati membri, aveva adottato una normativa nazionale antitrust pienamente allineata a quella comunitaria, costituendo, al riguardo, un esempio per gli altri Paesi che, successivamente, hanno ricercato soluzioni analoghe. La simmetria tra le disposizioni nazionali in materia di concorrenza e le corrispondenti norme comunitarie, come anche testimoniato da questa relazione, ha rafforzato l'azione dell'Autorità italiana, contribuendo, in breve tempo, al consolidamento di un'istituzione apprezzata a livello nazionale e comunitario.

L'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 modifica significativamente il regime finora prevalente, introducendo differenze tra i poteri che l'Autorità potrà esercitare nell'applicare la legge n. 287/90 e quelli che la stessa Autorità utilizzerà nell'applicare le corrispondenti disposizioni comunitarie. Nell'applicare le previsioni comunitarie l'Autorità seguirà il regime dell'eccezione legale secondo il quale le intese restrittive della concorrenza esentabili sono lecite e valide senza la necessità di una preventiva autorizzazione, che rimane invece necessaria nella normativa nazionale.

Il nuovo regolamento comunitario rende necessaria la realizzazione di una convergenza, per lo meno sostanziale, delle normative nazionali, così che i comportamenti d'impresa siano valutati in maniera analoga, indipendentemente dalla legge che viene di volta in volta applicata e dall'autorità di concorrenza coinvolta. Mentre finora, data l'uniformità sostanziale delle due normative, erano del tutto analoghi i poteri utilizzati e le modalità applicative, con l'entrata in vigore del nuovo regolamento due medesime condotte verrebbero trattate in maniera diversa a seconda dell'incidenza sul commercio intracomunitario. In assenza del necessario adeguamento della legge n. 287/90 alla nuova normativa comunitaria, si introdurrebbero pertanto margini d'incertezza in ordine alle modalità d'interazione delle due normative e alla loro applicabilità.

Peraltro, solo se le norme nazionali e comunitarie sono molto simili tra loro la possibilità, contemplata dal regolamento n. 1/2003, di applicare congiuntamente la normativa nazionale e quella comunitaria semplifica l'attività di repressione delle pratiche restrittive. Altrimenti, l'onere per l'Autorità e per le imprese può divenire molto più gravoso. È necessario, pertanto, che le disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 siano allineate alle nuove previsioni comunitarie come delineate nel nuovo regolamento n. 1/2003 e che all'Autorità siano affidati i medesimi poteri della Commissione, così da rendere indifferente per le imprese l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. In questo modo, il progetto comunitario di cooperazione, innescato dall'approvazione del regolamento, troverà in Italia, così come in corso di realizzazione negli altri Stati membri, un terreno favorevole per la sua completa realizzazione.

Il 1° maggio 2004 entrerà in vigore anche il regolamento n. 139/2004 in materia di concentrazioni, approvato lo scorso dicembre nel semestre di Presidenza italiana dell'Unione europea. Il nuovo regolamento lascia inalterate le soglie di fatturato previste dall'articolo 1, ma introduce modifiche significative al meccanismo dei rinvii tra Commissione europea e autorità nazionali, al fine di consentire, in conformità al principio di sussidiarietà, che ciascuna concentrazione sia trattata dall'autorità più appropriata e di ridurre costi, rischi e inconvenienti connessi alla molteplicità di notifiche, procedimenti e decisioni nei casi di operazioni multigiurisdizionali: sono previste condizioni di maggiore flessibilità in relazione ai criteri e alle procedure di rinvio e la possibilità di un più ampio utilizzo dello strumento, attivabile su iniziativa delle parti anche in una fase precedente alla formale notifica della concentrazione.

La modifica principale introdotta dal regolamento è il cambiamento del criterio sostanziale di valutazione delle operazioni di concentrazioni. Il nuovo articolo 2 definisce come incompatibili con il mercato comune *“le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante”*. La disposizione delinea così una potenziale estensione dell’ambito di applicazione del divieto, non più vincolato dal necessario ancoraggio al requisito della dominanza. Il nuovo standard di valutazione dovrà tuttavia essere interpretato e applicato alla luce del considerando 25 del regolamento, laddove si precisa che tale nozione *“dovrebbe essere interpretata come riguardante, al di là del concetto di posizione dominante, solo gli effetti anticoncorrenziali di una concentrazione risultanti dal comportamento non coordinato di imprese che non avrebbero una posizione dominante sul mercato in questione”*.

Più sostanzialmente, il nuovo test comunitario è stato da molti interpretato come se fosse una replica con altre parole della “riduzione sostanziale della concorrenza”, un test molto ampio che, come dimostra l’esperienza americana, lascia molto spazio discrezionale alle autorità di controllo. Il test adottato nel nuovo regolamento comunitario tuttavia è meno chiaro di quello americano, essendo volto a vietare le concentrazioni che ostacolano “in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune”, il che sembra implicare la necessità di una valutazione assoluta del potere di mercato risultante dalla concentrazione, non soltanto una valutazione dell’effetto incrementale associato alla parola “riduzione”. Da questo punto di vista, la formulazione della legge italiana che all’articolo 6 prevede che un’operazione di concentrazione possa essere vietata se conduce alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante, tale da “ridurre in modo sostanziale e durevole della concorrenza” ha un fondamento economico superiore. Si vedrà in futuro come la Commissione e le Corti interpreteranno il nuovo test. Certo è che la formulazione precedentemente in vigore nella pratica ha mostrato, pur all’interno delle necessarie rigidità, una notevole flessibilità applicativa.

La rete internazionale della concorrenza e l’assistenza tecnica

Come avvenuto in Europa, anche nel più ampio contesto internazionale l’allargamento dei mercati si deve accompagnare a una simmetrica internazionalizzazione dell’antitrust. Se i commerci si globalizzano e l’antitrust resta nazionale, molte condotte d’impresa sfuggono all’applicazione della legge e

comunque, se anche una violazione viene individuata, i rimedi imposti alle imprese hanno molto spesso una prospettiva parziale, risultando pertanto insufficienti a risolvere nella sua interezza il problema. Si tratta di una problematica già affrontata quasi cinquant'anni fa dal Trattato di Roma che, per una motivazione in parte diversa, ossia per garantire l'omogeneità delle condizioni concorrenziali prevalenti nei diversi Stati membri, ha introdotto disposizioni antitrust rivolte alle pratiche d'impresa che distorcono il commercio intracomunitario. Ancora oggi queste disposizioni coesistono con analoghe previsioni nazionali, anche se il regolamento n. 1/2003 e la giurisprudenza delle Corti comunitarie hanno allargato sempre di più la nozione di effetti sul commercio tra Stati membri, tendendo in prospettiva a ridurre il rilievo e l'importanza delle normative nazionali. Al di fuori dell'Unione europea, la questione è stata affrontata solo all'interno dei grandi Stati federali, per esempio gli Stati Uniti, il Messico, il Canada, che hanno adottato disposizioni antitrust di rango federale per le pratiche d'impresa che influenzano il commercio interstatale.

Ancora oggi non esistono soluzioni complessive concordate a livello internazionale. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, alcune importanti iniziative, al cui sviluppo l'Autorità italiana ha dato importanti contributi, cercano di porre rimedio alle difficoltà di applicare le normative antitrust alle pratiche d'impresa che incidono sui mercati globali. È ormai chiaro che se ogni Paese applica la propria normativa alle pratiche che producono effetti anticompetitivi all'interno dei confini nazionali, non c'è alcuna garanzia di convergenza verso le leggi o le applicazioni più efficaci. Inoltre, le imprese sarebbero costrette a subire procedimenti in una pluralità di giurisdizioni caratterizzate da leggi, procedure e sanzioni diverse. Infine, mancherebbe una visione globale dei mercati oggetto dei diversi procedimenti e i rimedi individuati potrebbero risultare gravemente inefficaci, sia in difetto che in eccesso rispetto alla soluzione ottimale.

A queste sfide la comunità internazionale ha cercato di rispondere verificando la possibilità di individuare standard internazionali in materia di tutela della concorrenza di cui imporre l'adozione, tramite l'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC) o altro organismo intergovernativo, ai Paesi membri. La conferenza intergovernativa dell'OMC di Singapore del 1996 aveva infatti costituito un gruppo di lavoro volto a verificare la possibilità concreta di iniziare un negoziato commerciale in materia di concorrenza. Il gruppo, che ha lavorato intensamente per circa sei anni, non è riuscito a trovare al proprio interno una posizione comune sulle scelte negoziali da effettuare. Il fallimento della conferenza intergovernativa dell'OMC a Cancun lo scorso ottobre ha ulteriormente rallentato sensibilmente il processo.

Molto più agevole si è rivelata la strada della convergenza volontaria. Le normative antitrust rimangono nazionali, ma l'individuazione in comune di standard di riferimento promuove, a vantaggio delle imprese, la trasparenza, la tempestività e la prevedibilità delle decisioni. La creazione, nell'ottobre 2001, della Rete internazionale della concorrenza (International Competition Network, ICN) risponde all'esigenza di conseguire una progressiva armoniz-

zazione sostanziale e procedurale delle normative antitrust nazionali. L'ICN ha fornito contributi molto importanti in questa direzione, formulando raccomandazioni procedurali in materia di controllo delle operazioni di concentrazione e promuovendo una razionalizzazione e una intensificazione delle attività di assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo in materia di antitrust.

Per il futuro, un meccanismo più vincolante, volto a creare un sistema di norme più omogenee e accompagnato da meccanismi di risoluzione delle controversie in ambito OMC, è probabilmente una soluzione preferibile. Per il momento, tuttavia, la convergenza volontaria rimane l'unica opzione percorribile e, al riguardo, l'ICN rappresenta uno strumento molto efficace per realizzarla. In primo luogo, più di ottanta autorità antitrust sono membri della rete. Inoltre, si tratta di un organismo flessibile, creato senza un segretariato e gestito direttamente dalle autorità di concorrenza che, in maniera cooperativa, individuano i temi da trattare, discutono le questioni controverse e consensualmente pervengono ad approvare raccomandazioni specifiche e principi generali da seguire.

L'Autorità ha svolto un ruolo molto attivo nell'ICN, ospitando a Napoli, nel settembre 2002, la prima conferenza annuale e ricoprendo un ruolo di guida in numerosi gruppi di lavoro. L'impegno dell'Autorità nell'ICN si è affiancato a un'intensa attività di assistenza tecnica, accompagnando verso l'accesso all'Unione europea alcuni Paesi candidati e condividendo le proprie esperienze nell'applicazione della normativa antitrust con numerosi Paesi in via di sviluppo.

Nella Repubblica Ceca l'Autorità sta concludendo un progetto comunitario di gemellaggio di durata biennale con l'Ufficio della concorrenza ceco. La presenza di un funzionario dell'Autorità italiana a Brno ha stabilito legami istituzionali profondi che contribuiscono a consolidare i rapporti di cooperazione tra due autorità ormai legate dalla comune partecipazione europea. Nel 2003, dopo la conclusione di un analogo progetto comunitario, è stato avviato un nuovo progetto di gemellaggio con il Consiglio della Concorrenza romeno. Anche a Bucarest la presenza di un funzionario italiano per i prossimi due anni consentirà all'Autorità una partecipazione attiva al processo di modernizzazione dell'antitrust romeno e, più in generale, al rafforzamento di un'istituzione essenziale per consentire alla Romania una piena accettazione dei principi del mercato.

L'Autorità è ormai da alcuni anni firmataria di un protocollo d'intesa con il Ministero per le politiche antimonopolio e il sostegno all'imprenditoria della Federazione Russa e prepara annualmente un programma di formazione in materia di concorrenza e di antitrust per i funzionari russi. Inoltre, l'Autorità ospita frequentemente nei suoi uffici funzionari di autorità di altri Paesi, soprattutto dell'Europa Centrale, al fine di informarli sulle proprie prassi di lavoro e sulle modalità organizzative. L'Autorità è infine presente regolarmente alle iniziative degli organismi internazionali in materia di concorrenza, in particolare dell'OCSE, della Conferenza per il Commercio e lo Sviluppo delle Nazioni Unite (UNCTAD) e della Banca Mondiale.

Un bilancio complessivo

Il legislatore italiano ha varato la legge generale sulla concorrenza modellandola sulle corrispondenti previsioni comunitarie e vincolandone l'interpretazione e l'applicazione al rispetto dei principi dell'ordinamento delle Comunità europee. Il forte nesso tra la legge nazionale e l'ordinamento comunitario ha consentito all'Autorità d'ispirarsi alla giurisprudenza ultra-trentennale della Corte di Giustizia, adottando concetti e categorie già ampiamente definiti dal diritto comunitario.

Nello svolgimento dei suoi compiti, l'Autorità, fin dall'inizio, si è occupata di tutti i settori economici e di restrizioni della concorrenza di diversa entità e natura.

Il sistema economico italiano è caratterizzato dalla presenza di un significativo nucleo di settori manifatturieri ampiamente presenti in mercati internazionali aperti e competitivi. Ciò è sufficiente a spiegare la circostanza che le imprese operanti in tali settori sono raramente oggetto di procedimenti istruttori e di censure dell'Autorità. Le imprese più spesso riguardate dai procedimenti antitrust sono state invece quelle operanti in settori di *public utilities* (telecomunicazioni, energia, trasporti pubblici, servizi postali, sanità, ecc.) e in altri settori sottoposti a estesa regolazione (quali, ad esempio, i servizi professionali, finanziari, assicurativi, del commercio e le attività farmaceutiche).

Guardando retrospettivamente all'attività di intervento dell'Autorità dalla sua istituzione, e volendo offrire una valutazione di ampia sintesi, alcune problematiche e talune decisioni dell'Autorità hanno assunto particolare rilievo.

Liberalizzazioni e restrizioni della concorrenza

In primo luogo, l'attività dell'Autorità ha dovuto confrontarsi con i limiti connessi ai processi di liberalizzazione dei mercati. Il superamento dei monopoli e l'apertura a diversi operatori economici, avviati anche in virtù di una spinta comunitaria evidente dalla fine degli anni Ottanta, hanno interessato, con diversa intensità, i settori delle telecomunicazioni, dell'energia elettrica, del gas, dei servizi postali, del trasporto aereo. Tuttavia, l'apertura dei mercati prevista dalle norme e guidata anche da apposite autorità di regolazione, con le quali si è avuta una costante collaborazione, non sempre si è coniugata con l'instaurarsi di una concorrenza effettiva. L'Autorità, quindi, ha avviato procedure istruttorie e ha adottato misure di inibizione e di sanzione nei confronti dei comportamenti delle imprese che ostacolavano o limitavano i benefici della liberalizzazione. Talvolta gli *ex* monopolisti, poco propensi a riconoscere sufficiente spazio ai nuovi entranti, hanno posto in essere comportamenti che sono stati censurati come abusi di posizione dominante, pre-

valentemente di tipo escludente nei confronti dei concorrenti. Episodi di questa natura sono stati riscontrati in tutti i settori sopra menzionati: telecomunicazioni, energia elettrica, gas, servizi postali, trasporto aereo.

Nel configurare i comportamenti abusivi delle imprese *ex monopoliste*, l'Autorità, sempre seguendo il solco della giurisprudenza comunitaria, ha individuato i principali obblighi cui è tenuto, per la sua "speciale responsabilità", un operatore in posizione dominante: si tratta, in particolare, di obblighi di trasparenza, di equità, di non discriminazione²⁰. Si sono anche registrate restrizioni alla concorrenza dovute ad accordi e intese fra un *ex monopolista* e soggetti nuovi entranti, che mostrano come l'operatore principale ha affiancato ai comportamenti abusivi tentativi di trasformare il monopolio in forme di concertazione oligopolistica²¹.

Incroci di partecipazioni azionarie e concentrazioni fra imprese

Il controllo delle operazioni di concentrazione che, in forma di fusione, di costituzione di un'impresa comune o di acquisizione del controllo di un'impresa sull'altra, possono determinare una modificazione sostanziale e durevole della struttura delle imprese e, quindi, del mercato, ha assunto un ruolo sempre più importante. La *ratio* e la portata di tale controllo sono state ben messe in evidenza dal Consiglio di Stato, che, sulla base di quanto previsto anche a livello comunitario, ha affermato che nessuna tipologia di operazione (fra operatori presenti nello stesso mercato, in mercati diversi o in mercati differenti della stessa filiera produttiva) è sottratta al controllo dell'Autorità²². Inoltre, analogamente alla disciplina comunitaria, l'Autorità, in caso di annullamento da parte del giudice di propri provvedimenti su operazioni di concentrazione, può successivamente rideliberare in merito all'operazione, tenendo conto dei principi di diritto indicati nella sentenza di annullamento²³.

Un approccio sostanzialistico deve arrivare a cogliere la reale essenza economica sottesa a un'operazione, indipendentemente da come essa viene configurata dalle imprese interessate e portata a conoscenza dell'Autorità. Ed in effetti è emersa una sempre maggior complessità dei fenomeni societari che hanno portato ad accertare come incroci di partecipazioni azionarie, anche di modesta entità ed asseritamente effettuate a titolo di investimento puramente finanziario, unite all'esistenza di forti legami personali tra i membri degli organi societari principali di società formalmente e giuridicamente autonome tra loro, possono invero determinare una riduzione sostanziale e durevole della concorrenza. La dispersione del capitale azionario può infatti consen-

²⁰ Vedi, tra le altre, decisione *Pepsi Cola-Coca Cola*, in Bollettino n. 49/1999.

²¹ Decisione *Tim-Omnitel/Tariffe fisso-mobile*, in Bollettino n. 39/1999.

²² Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, decisione 1° ottobre 2002, n. 5156, *Enel-France Telecom/New Wind*.

²³ *Ibidem*.