PRIMA PARTE

LA POLITICA DELLA CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA: PROFILI GENERALI E LINEE DI INTERVENTO

Introduzione

Il completamento del processo di unificazione monetaria rappresenta una tappa fondamentale del progetto di costruzione europea, anche nella prospettiva della concorrenza e del mercato. Prezzi espressi in una comune denominazione rendono più agevoli i confronti tra Paesi e riducono, in alcuni casi annullandoli, i costi collegati alle transazioni transfrontaliere, estendendo la dimensione geografica dei mercati e ampliando le scelte a disposizione di consumatori e imprese. Anche per i soggetti, tra questi, meno sofisticati risultano, così, più facilmente accessibili le opportunità e le convenienze reperibili nei più vasti mercati.

La competitività delle imprese dipende, in questo contesto, solo dalla loro maggiore efficienza, che necessita tuttavia, per potersi esplicare al meglio, di politiche pubbliche volte a favorire la crescita della produttività e, in particolare, di più elastici assetti regolamentari e di incentivi d'impresa che, nel rispetto delle regole antitrust, garantiscano il confronto e l'innovazione. In questa prospettiva, tutela e promozione della concorrenza risultano funzioni strettamente interrelate perché l'efficace combinazione dei relativi interventi assume un ruolo sempre più importante, soprattutto laddove le condotte anticoncorrenziali delle imprese trovano terreno propizio nell'ambito di normative ancora restrittive, rafforzandone gli effetti negativi sui mercati e sui consumatori e frenando ogni stimolo verso la crescita del sistema economico nel suo complesso.

L'esistenza di una stretta correlazione tra grado di liberalizzazione dei mercati e opportunità di sviluppo economico è confermata dalla circostanza che il maggiore dinamismo di alcuni Paesi dell'Unione Europea, come l'Irlanda e il Regno Unito, è in larga parte il risultato non solo di un più rapido processo di adeguamento alle normative comunitarie, ma anche, e soprattutto, di un'impostazione più decisamente proconcorrenziale delle rispettive politiche economiche.

In questa stessa prospettiva, va detto che nell'ultimo decennio anche in Italia sono intervenuti mutamenti di notevole rilevanza. In particolare, la realizzazione di un processo di privatizzazione tra i più intensi del mondo occidentale, il consolidamento di normative per una maggiore liberalizzazione di mercati come l'elettricità e il gas, la creazione di istituzioni espressamente orientate alla promozione e alla tutela del mercato, lo snellimento delle procedure amministrative e l'eliminazione di molte regole ingiustificatamente restrittive hanno contribuito in modo significativo ad avviare processi virtuosi.

A tali trasformazioni degli assetti regolatori, si aggiungono ulteriori cambiamenti, determinati non solo dall'influenza comunitaria ma anche da

fattori interni, che stanno intervenendo sia sul piano economico sia sul piano istituzionale.

Mutano le stesse caratteristiche strutturali dell'economia italiana, influenzate e rimodellate da innovazioni tecnologiche, i cui effetti siamo ancora lontani dal percepire chiaramente e compiutamente, e che hanno inciso sulla struttura produttiva di molti settori industriali e dei servizi, ridisegnando assetti consolidati nella divisione sociale del lavoro e modificando le condizioni di concorrenza dei mercati.

In alcuni casi, come per esempio nelle industrie della trasformazione agricola, dell'alimentare, della grande distribuzione commerciale, del credito si sono verificati in Italia ampliamenti significativi della dimensione delle imprese; numerosi settori caratterizzati da operatori di piccole dimensioni e localizzati nel territorio si avviano a diventare moderni oligopoli. In altri casi, hanno prevalso economie di specializzazione, spesso tra fasi diverse della filiera produttiva verticale. Le modificazioni nella struttura produttiva delle imprese fornitrici di servizi di pubblica utilità hanno tratto principalmente origine dalla possibilità e dalla opportunità di enucleare le fasi caratterizzate da condizioni di monopolio naturale – essenzialmente le fasi che richiedono l'utilizzo di reti non duplicabili – dalle altre attività dove la concorrenza tra più imprese è compatibile con assetti industriali efficienti e, quindi, preferibile. Questi processi hanno richiesto interventi di natura istituzionale, in ampia misura coordinati in sede comunitaria. In altri casi ancora hanno prevalso economie di produzione congiunta; ciò ha portato ad aggregazioni orizzontali di processi produttivi relativi a beni o servizi diversificati. Sono stati interessati da questi processi settori come l'alimentare e molti settori dei servizi, in particolare il credito, l'assicurazione e la finanza, dove l'aumento delle dimensioni d'impresa condivide vantaggi di scala e benefici di diversificazione. Fenomeni simili hanno interessato a livello nazionale e locale le stesse imprese fornitrici di servizi di pubblica utilità; soprattutto nelle fasi relative alla distribuzione e alla vendita si sta diffondendo il fenomeno sinteticamente descritto come "*multiutility*".

L'Autorità segue tali evoluzioni strutturali con grande attenzione e guarda con particolare favore alle trasformazioni che favoriscono lo sviluppo di una struttura produttiva sempre più efficiente.

Le economie di dimensione e di specializzazione appena ricordate possono infatti arrecare importanti benefici in termini di efficiente utilizzazione delle risorse. È importante, però, esercitare un efficace controllo affinché tali benefici non vengano vanificati da un improprio esercizio dell'accresciuto potere di mercato o dai rischi che quest'ultimo possa risolversi in un ostacolo al processo di innovazione tecnologica e di prodotto. Tale controllo è stato esercitato dall'Autorità, in quest'ultimo anno, con decisioni che consolidano una tendenza di attuazione rigorosa, ma non rigida né formalistica, della legislazione antitrust.

Le intese restrittive della concorrenza, come ha confermato la sentenza del Consiglio di Stato in materia di assicurazioni, estendono il loro ambito e possono consistere anche in uno scambio di informazioni strategiche, indipendentemente da accordi espliciti o da pratiche concordate concernenti i prezzi: in ciò, come si vedrà più analiticamente in seguito, si riprende, adeguandola alle diverse caratteristiche del mercato in questione, la giurisprudenza comunitaria. La posizione dominante congiunta, già consolidata nelle decisioni della Corte di giustizia, è penetrata nella nostra casistica, con il divieto di una concentrazione nel mercato del latte fresco. Nella valutazione dell'abuso di posizione dominante è stato applicato (in un caso relativo al trasporto aereo) un test di "iniquità" dei prezzi e delle altre condizioni contrattuali, che ha posto in evidenza le difficoltà connesse a una verifica diretta del potere di mercato degli operatori in monopolio. Anche le valutazioni concernenti la pubblicità ingannevole si sono rafforzate, con una più compiuta costruzione del test di completezza e chiarezza del messaggio pubblicitario, in particolare nei numerosi casi relativi al settore dei carburanti e all'offerta dei servizi di telefonia.

In definitiva, ai miglioramenti in termini di efficienza economica è corrisposto non un calo ma una crescita di attenzione per i problemi della tutela e della promozione della concorrenza. Si è ormai consolidata una rigorosa "giurisprudenza antitrust" nazionale, che vede come protagonisti, in molti casi tra loro largamente concordi, l'Autorità e il giudice amministrativo e che riprende i migliori princìpi della tradizione comunitaria. Si è altresì rafforzata l'attività di promozione della concorrenza, con interventi che riguardano le linee di fondo di una riforma della regolazione idonea a eliminare i vincoli persistenti al buon funzionamento del mercato e che si ispirano, in particolare, alle linee guida dell'OCSE.

Permangono tuttavia diverse difficoltà. Alcune derivano da limiti delle nostre leggi sulla concorrenza e sulla pubblicità, che mostrano debolezze per quel che riguarda i tempi estremamente ridotti delle istruttorie in materia di concentrazioni, la questione delle sanzioni nei confronti delle associazioni di imprese, l'inadeguatezza del criterio di ripartizione delle competenze tra Autorità e Banca d'Italia, l'assoluta insufficienza del sistema sanzionatorio in materia di pubblicità ingannevole.

Altre difficoltà derivano non solo da forme resistenti di regolazioni restrittive, invadenti e discrezionali nelle quali le imprese che cercano il rafforzamento del proprio potere di mercato trovano coperture talora invalicabili dalle autorità di concorrenza, ma anche da contraddizioni delle normative di liberalizzazione. Gli indubbi progressi registrati nella regolazione delle imprese e dei mercati, infatti, subiscono talvolta contraccolpi - come accade per le liberalizzazioni delle *public utilities* - e sono esposti a rischi legati alla moltiplicazione dei soggetti regolatori.

In questa prospettiva, assume rilevanza la modifica della Carta Costituzionale, disposta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che

ha affidato alle Regioni e agli Enti locali ampie funzioni normative e amministrative in materia economica e ha esplicitamente inserito la tutela della concorrenza nel testo della nostra Costituzione, attribuendone la responsabilità al legislatore nazionale. Anche a seguito della modifica costituzionale, l'Autorità ha utilizzato un approccio diverso nell'esercizio dei propri poteri consultivi. La recente segnalazione sulla "Riforma della regolazione e promozione della concorrenza" non si limita infatti a fornire suggerimenti su particolari settori o mercati, ma contiene raccomandazioni per una revisione organica delle normative che incidono in materia economica e tende a offrire indicazioni affinché le nuove competenze attribuite alle Regioni e agli Enti locali siano esercitate in armonia con le ragioni della concorrenza, ora esplicitamente riconosciute dalla Costituzione.

È di fondamentale importanza che siano evitati i rischi di iper-regolazione connessi al "federalismo" e che, nell'esercizio delle funzioni legislative, regolamentari e amministrative, Stato, Regioni, Province e Comuni, ciascuno per quanto di competenza, procedano nel processo di liberalizzazione e di privatizzazione avviato e che la concorrenza possa dispiegarsi in una visione effettivamente unitaria.

Ulteriori difficoltà, infine, si collegano a forme più complesse e sofisticate di condotte d'impresa, nell'ambito di un fenomeno di globalizzazione dei mercati che può contribuire a favorire comportamenti restrittivi che, talora, possono sfuggire al controllo antitrust. Su tutte queste difficoltà e sui possibili rimedi si tornerà nel corso della Relazione.

Le intese e l'organizzazione industriale di tipo collusivo

Le intese tra imprese sono restrittive della concorrenza quando sono volte a consentire agli operatori di concertare le decisioni in merito a variabili strategiche quali il prezzo, le quantità prodotte o le caratteristiche qualitative dei beni e servizi offerti. Quando l'accordo è così ampio da predefinire con esattezza i livelli di prezzo o le quantità di prodotto assegnate a ciascun operatore, si realizza nel mercato un ambiente fortemente collusivo nel quale è praticamente eliminata ogni possibile forma di concorrenza. Analoghi effetti possono derivare da accordi di spartizione dei mercati o della clientela, più facilmente realizzabili dalle imprese in quanto richiedono, all'interno del cartello, un più semplice monitoraggio dei comportamenti delle stesse imprese, ma ugualmente difficili da scoprire da parte di un'autorità antitrust.

Gli accordi tra imprese volti alla fissazione dei prezzi di vendita o alla ripartizione dei mercati rappresentano le violazioni più gravi della normativa antitrust. Questi accordi non hanno alcuna giustificazione di efficienza: si tratta, infatti, di accordi che danno luogo ad aumenti dei prezzi e a riduzioni della quantità offerta e che determinano, pertanto, una diminuzione complessiva del benessere sociale. Le difficoltà connesse all'individuazione di tali intese discendono soprattutto dalla circostanza che a esse spesso partecipano tutti, o quasi tutti, i possibili concorrenti. I clienti delle imprese e, più in generale, i consumatori non sempre sono in grado di avvertire che le condizioni di offerta delle imprese partecipanti sono l'effetto di una concertazione, soprattutto se la relazione economica è occasionale. Il risultato è che queste violazioni gravi della normativa antitrust solo raramente sono oggetto di denuncia alle autorità di concorrenza. Di qui la difficoltà dell'acquisizione di sufficienti elementi probatori, soprattutto quelli di natura documentale, generalmente decisivi nell'ambito di un procedimento istruttorio.

Al fine di facilitare l'individuazione degli accordi di cartello, la Commissione Europea e alcuni paesi della CE, come la Francia, la Germania, il Regno Unito e l'Olanda, hanno introdotto programmi di clemenza per quelle imprese che cooperano con le autorità di concorrenza per fornire le prove dell'esistenza di un cartello, in cambio dell'immunità, totale o parziale, dalle sanzioni che, altrimenti, sarebbero state irrogate in ragione dell'illecito commesso. I programmi di clemenza riducono così la stabilità di un accordo collusivo, incentivando i partecipanti al cartello a deviare dagli impegni reciprocamente presi e a cooperare con l'autorità antitrust. Là dove sono stati introdotti, i programmi di clemenza stanno dando risultati assai promettenti. La normativa italiana ancora non consente pienamente l'utilizzo di questi strumenti, con la conseguenza che i procedimenti nei confronti degli accordi e delle pratiche di cartello si basano prevalentemente su evidenze spesso difficili da ottenere. L'Autorità italiana guarda con interesse all'applicazione di programmi di clemenza, tant'è vero che ha contribuito attivamente all'elaborazione di linee guida per la loro applicazione, frutto di una iniziativa congiunta delle autorità antitrust degli Stati membri dell'Unione e della Commissione Europea.

Il panorama delle intese restrittive della concorrenza è molto ampio e si è peraltro arricchito, negli ultimi anni, di nuove e più sofisticate forme di collusione. Oltre a fissare congiuntamente i prezzi o a ripartirsi i mercati, infatti, le imprese talvolta concertano condotte che facilitano il mantenimento o il raggiungimento di equilibri collusivi. Tali pratiche facilitanti coinvolgono anch'esse la maggioranza degli operatori in un mercato e sono funzionali alla collusione, in quanto consentono di eliminare o, comunque, di ridurre significativamente le difficoltà associate al coordinamento tra concorrenti. In tali circostanze, il divieto della condotta facilitante tende a eliminare i presupposti stessi su cui si fonda il meccanismo collusivo.

Nella relazione dello scorso anno venivano illustrati due procedimenti nei quali era stata accertata la violazione della normativa della concorrenza attraverso intese che avevano come contenuto pratiche facilitanti. Si trattava, in particolare, di un intenso scambio di informazioni sensibili tra numerose imprese assicurative concorrenti e del controllo dei prezzi al dettaglio dei carburanti nel più ristretto ambito delle imprese petrolifere.

Il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato con riguardo al caso delle assicurazioni RC auto. Si tratta di una decisione importante soprattutto perché conferma l'idoneità restrittiva di intese orizzontali concretatesi non tanto in espressi accordi tra imprese concorrenti, né in chiari e inequivocabili allineamenti dei prezzi finali, bensì in pratiche che facilitano la collusione tra le imprese. Nel caso di specie, uno scambio di informazioni su variabili strategiche di natura altamente disaggregata e continuativa è stato ritenuto idoneo a consentire alle imprese di coordinarsi rapidamente, con costi informativi condivisi e, pertanto, notevolmente ridotti. Si trattava di uno scambio di informazioni strategiche talmente sensibili che le stesse imprese avevano adottato una sofisticata tecnica di criptaggio, di cui ovviamente conoscevano il sistema di decodifica, al solo fine, dunque, di non incorrere in censure antitrust.

La decisione sulle assicurazioni, in ciò pienamente confermata dal Consiglio di Stato, ha peraltro il merito di aver evidenziato che lo scambio di informazioni strategiche non è censurabile soltanto nei mercati oligopolistici ma anche nei mercati con molti operatori, ove, anzi, lo scambio d'informazioni può assumere una portata anticompetitiva ancor più rilevante in quanto diretto a vanificare un equilibrio concorrenziale molto consistente, che è tipico dei mercati più aperti. In definitiva, la giurisprudenza sulle assicurazioni, dell'Autorità e del giudice amministrativo, coglie al giusto il fenomeno di nuove e più sofisticate forme di collusione.

L'altra decisione dell'Autorità, in materia di distribuzione dei carburanti, è stata invece annullata dal Consiglio di Stato, che non ha però escluso in linea di principio la possibilità che una pratica concertata volta al controllo dei prezzi al dettaglio costituisca un'intesa illecita in quanto diretta a costituire o a mantenere in vita un equilibrio collusivo. La sentenza, che ha annullato il provvedimento dell'Autorità per motivi procedurali e, comunque, per non aver sufficientemente provato l'intesa, ha peraltro affermato che i comportamenti degli operatori incidenti sulla formazione del prezzo erano inseriti "in un sistema normativo, che seppure non fornisce una copertura totale alle condotte oggettivamente anticoncorrenziali, (…) offre, per *factum principis*, gli strumenti per l'adozione di condotte parallele". Sul punto, resta da chiedersi se e fino a che punto il sistema, il *factum principis*, possa condurre, nell'applicare il diritto della concorrenza, a giustificare condotte che lo stesso Consiglio di Stato definisce oggettivamente anticoncorrenziali e ritiene non totalmente coperte dalla normativa di settore, con ciò riconoscendo che restavano in capo alle imprese dei margini di autonomia. Al riguardo, non può non

sottolinearsi che la giurisprudenza comunitaria, cui l'Autorità e il giudice sono tenuti a ispirare le proprie valutazioni, è costante nel ritenere che, in presenza di margini di autonomia delle imprese anche molto esigui, il comportamento eventualmente illecito è imputabile alle imprese medesime.

Proprio nel settore dei carburanti, l'Autorità ha concesso, con un provvedimento del 19 luglio 2001[1], un'autorizzazione in deroga rispetto a un'intesa comunicata dall'Associazione Unione Petrolifera, consistente in un Piano di ristrutturazione della rete di distribuzione stradale dei carburanti. Più precisamente, l'Autorità ha autorizzato l'intesa in questione fino al 31 dicembre 2003 per la parte relativa alla chiusura concordata di circa 3000 impianti e fino al 25 marzo 2005 per la parte relativa alla costituzione di un fondo incentivante allo smantellamento e alla bonifica dei siti degli impianti chiusi. Decisivo ai fini dell'autorizzazione in deroga è stato, in questo caso, l'impegno assunto da alcune società a vendere a terzi almeno 210 impianti di proprietà: l'Autorità ha infatti ritenuto che tale vendita è suscettibile di creare le condizioni effettive per l'ingresso di nuovi soggetti imprenditoriali, consentendo anche il superamento delle barriere all'ingresso dovute all'esistenza di normative regionali che ancora vincolano le aperture di nuovi impianti alla consegna di autorizzazioni esistenti. Tutto ciò potrà dar luogo a un contesto più concorrenziale, anche per quanto riguarda possibili riduzioni di prezzo.

Non sempre un'intesa, sia pure intercorrente tra operatori attivi in un mercato altamente concentrato, merita dunque radicale censura. Anche in mercati caratterizzati da tecnologia innovativa in rapida evoluzione, la cooperazione è suscettibile di contribuire allo sviluppo, conferendo innovazione ed efficienza. Con un provvedimento del 28 marzo 2002[2], ad esempio, l'Autorità ha concesso l'autorizzazione in deroga all'intesa tra Nokia e Marconi, posta in essere attraverso il Consorzio Sekurcomm, in considerazione della spinta propulsiva imposta dal processo evolutivo che condurrà alla graduale sostituzione degli impianti analogici esistenti con la più avanzata tecnica di digitalizzazione; e ciò in virtù del fatto che le due imprese mettono in comune le rispettive risorse destinate alla ricerca e allo sviluppo. Si tratta di una soluzione che consente una rapida realizzazione dell'interoperabilità delle reti tra le Forze di Polizia e che, al contempo, permette l'apertura di questo settore agli altri operatori. Questi ultimi, infatti, potranno fruire dei più evoluti risultati conseguiti attraverso l'intesa in questione.

LE PRATICHE COLLUSIVE REALIZZATE DA PARTE DELLE ASSOCIAZIONI

Fin dalla sua costituzione nel 1990, l'Autorità è intervenuta ripetutamente anche nei confronti delle associazioni di imprese, frequentemente coinvolte nel coordinamento dei comportamenti degli associati relativa-

1 Decisione *Piano di ristrutturazione della rete*, in Bollettino n. 29/2001.

2 Decisione *Nokia Italia/Marconi Mobile-Ote*, in Bollettino n. 13/2002.

mente a decisioni di impresa che hanno un profilo di rilievo concorrenziale, quali i prezzi di vendita e le quantità prodotte. Ovviamente gli interventi dell'Autorità non mettono in alcun modo in discussione le associazioni in quanto tali, né censurano l'attività con la quale, per esempio attraverso la fissazione degli standard o la tutela della qualità dei prodotti o dei servizi forniti, esse svolgono un ruolo largamente positivo per l'evoluzione concorrenziale dei mercati e il benessere dei consumatori. Si tratta, piuttosto, di interventi attraverso cui l'Autorità intende evitare che l'attività degli ordini o delle associazioni di categoria, in linea di principio orientata a tutelare la qualità dell'offerta e la professionalità degli iscritti o degli associati, costituisca lo strumento per porre in essere, promuovere o raccomandare comportamenti corporativi e, in definitiva, illeciti, in quanto intesi principalmente a garantire il reddito dei propri membri a danno degli utenti.

Nel corso del 2001, l'Autorità ha riscontrato diffuse violazioni della normativa antitrust da parte di associazioni. In particolare, l'Autorità ha censurato una serie di atti, delibere e iniziative della Federazione nazionale degli ordini dei farmacisti, della Federazione nazionale unitaria dei titolari di farmacia e di numerosi ordini, unioni e associazioni locali[3], volti a restringere la concorrenza tra farmacie nella vendita dei prodotti parafarmaceutici, ossia dei prodotti di natura non medicinale che sono distribuiti dalle farmacie in regime di prezzo libero e spesso non esclusivo.

Gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria hanno dimostrato che varie associazioni rappresentative dei farmacisti, tramite codici etici, predisposizione di listini prezzi e altre delibere, vincolavano le farmacie a non farsi pubblicità, limitavano la possibilità della consegna dei farmaci a domicilio e, infine, sollecitavano l'adozione di prezzi uniformi nella commercializzazione di prodotti parafarmaceutici. Le intese in materia di prezzo e di pubblicità sono state ritenute gravi violazioni della legge sulla concorrenza e sono state pertanto sanzionate.

Comportamenti anticoncorrenziali sono stati posti in essere anche da altri ordini professionali. Nel procedimento concluso nel dicembre 2001 nei confronti delle federazioni regionali degli ordini degli architetti e degli ingegneri del Veneto[4], gli atti e le delibere censurati dall'Autorità erano volti a ridurre la libertà dei professionisti, relativamente alla loro autonomia tariffaria per quanto concerne i servizi forniti a tutti gli Enti pubblici territoriali. In particolare, le federazioni regionali degli ordini avevano deliberato l'adozione di uno schema tariffario penalizzante per le stazioni appaltanti, che venivano costrette a pagare tariffe superiori a quelle consentite dalla normativa vigente. Le delibere, peraltro sostenute dal Consiglio nazionale degli archi-

3 Decisione *Selea-Ordine dei farmacisti*, in Bollettino n. 8/2002.

4 Decisione *Federazioni regionali Ordini Architetti e Ingegneri del Veneto*, in Bollettino n. 51-52/2001.