

LE POLITICHE DI CONCORRENZA PER IL MERCATO E I CONSUMATORI. PROFILI GENERALI E LINEE DI RIFORMA

PAGINA BIANCA

LE POLITICHE DI CONCORRENZA PER IL MERCATO E I CONSUMATORI. PROFILI GENERALI E LINEE DI RIFORMA

Introduzione

Ricorrerà nel prossimo ottobre il ventennale della nascita dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In questi vent'anni il sistema economico nazionale ha conosciuto indubbiamente grandi progressi sotto il profilo della tutela e della promozione della concorrenza. Molti mercati sono stati aperti alla libera iniziativa privata, anche su impulso del legislatore comunitario, e le conseguenti dinamiche concorrenziali hanno prodotto effetti benefici, a diretto vantaggio dei consumatori, delle imprese e del sistema economico nel suo complesso. Le stesse imprese pubbliche hanno tratto giovamento dal graduale intensificarsi del confronto concorrenziale.

A partire dalla sua istituzione, avvenuta con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, l'Autorità ha dato un importante contributo a tale evoluzione: attraverso la propria attività di tutela della concorrenza e, in seguito, anche grazie a quella di tutela del consumatore, ha sostenuto e garantito con rigore l'applicazione in Italia dei principi della concorrenza e le ragioni dei consumatori.

Di rilievo è stata l'attività finalizzata alla promozione della concorrenza nel quadro normativo, in un contesto storicamente caratterizzato da un inefficiente interventismo statale, e nel quale l'iper-regolazione e il diffuso protezionismo hanno ostacolato l'agire imprenditoriale, lo sviluppo economico e il benessere collettivo. Seguendo l'evoluzione del diritto comunitario e, contestualmente, analizzando le specificità del contesto regolatorio nazionale, l'azione di promozione della concorrenza dell'Autorità è stata condotta con continuità e crescente impegno. Essa si è realizzata mediante l'invio di numerose segnalazioni al legislatore e l'esercizio frequente della propria funzione consultiva nei confronti dello stesso legislatore o di pubbliche amministrazioni, nonché attraverso la diffusione delle indagini conoscitive svolte sulla condizione concorrenziale di specifici settori e mercati.

Da tale attività di *competition advocacy* hanno tratto origine diversi processi di riforma regolamentare, che si sono tradotti in norme liberalizzatici, di rilevante e positivo impatto sul funzionamento del sistema economico.

L’evoluzione culturale e ordinamentale, di cui l’Autorità è stata protagonista a partire dagli anni Novanta, si è tuttavia sviluppata in modo disomogeneo e non sempre lineare. Le politiche di privatizzazione non sono sempre state accompagnate dalle necessarie politiche di liberalizzazione, con il risultato che talvolta non è stato possibile coglierne appieno gli effetti positivi.

Nell’attuale situazione di recessione rimane ancora molto da fare per realizzare la “maturità concorrenziale” del sistema economico nazionale. Dal punto di vista regolamentare lo sforzo di modernizzazione pro-concorrenziale resta per molti aspetti ancora inadeguato e la cultura della concorrenza non appare avere ancora permeato in modo soddisfacente né il mondo imprenditoriale, né l’agire economico dello Stato. Emergono, infatti, ancora diffuse tendenze alla collusione in diversi settori economici, e l’esercizio del potere di mercato da parte di molti soggetti dominanti raramente si svolge secondo canoni di correttezza richiesti dalle norme *antitrust*.

Spesso prevalgono atteggiamenti corporativi miranti a vanificare misure di liberalizzazione dell’accesso, e nei settori nei quali si procede verso un superamento di situazioni legali di monopolio, come in quello postale o dell’energia, i vantaggi derivanti dalla posizione storicamente acquisita vengono utilizzati a scopo discriminatorio o come barriera per l’ingresso di nuovi operatori.

In numerose aree di attività economica, si riscontra la tendenza del potere pubblico ad espandere le situazioni di monopolio anche laddove non sarebbe tecnicamente giustificato. Spesso la gestione pubblica, condizionata dalla politica, tende a trascurare la necessaria ricerca dell’efficienza, rischiando di peggiorare la qualità di offerta dei servizi, a danno proprio della collettività in nome della quale si interviene.

Promuovendo un miglioramento delle dinamiche competitive in molti mercati e proteggendo gli interessi dei consumatori, l’attività di tutela della concorrenza svolta dall’Autorità nel 2009 ha inteso contrastare o eliminare, ove possibile, questi effetti negativi sul benessere collettivo.

Nell'ultimo anno, in particolare, si è consolidata la capacità dell'Autorità di incidere concretamente e rapidamente sul funzionamento dei mercati, anche grazie alla possibilità di utilizzare nuovi strumenti di intervento. Ad esempio, l'attività di tutela della concorrenza svolta nell'anno appena trascorso conferma pienamente l'efficacia dell'utilizzo di strumenti di derivazione comunitaria, come le decisioni con impegni, dei quali l'Autorità ha prima di altri intuito le notevoli potenzialità applicative, e i programmi di clemenza, dimostratisi di notevole ausilio nella repressione dei cartelli.

Una piena attuazione della politica per la concorrenza non può essere, tuttavia, limitata all'applicazione del diritto *antitrust* e al perseguimento di infrazioni individuali. Essa deve anche rivolgersi al quadro normativo, affinché questo sia improntato al rispetto dei principi e degli obiettivi concorrenziali. Funzione che ha trovato, proprio in quest'ultimo anno, uno specifico riconoscimento da parte del Parlamento.

Nel luglio del 2009 è stata infatti introdotta nell'ordinamento nazionale la “Legge annuale per il mercato e la concorrenza”, allo scopo di “*rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori*”¹ (art. 47, co. 1, L. 99/2009). Tale innovazione, con caratteristiche di unicità nel panorama europeo, si inserisce in un quadro generale che negli anni più recenti ha visto maturare una spiccata sensibilità del legislatore nazionale verso le politiche di promozione della concorrenza².

In base alla nuova norma, il Governo dovrà annualmente tradurre in iniziative legislative le indicazioni formulate dall'Autorità nelle proprie segnalazioni, indicando i casi in cui queste non verranno seguite; nel successivo dibattito parlamentare le ragioni della concorrenza assumeranno un ruolo centrale.

¹ Articolo 47, comma 1, Legge 23 luglio 2009, n. 99 recante “*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2009.

² E' sufficiente rammentare che nel corso del 2006 e del 2007 le leggi n. 248/06 e n. 40/07, nel modernizzare i regimi di molti settori economici, hanno dato rilievo e sostanza a numerose segnalazioni dell'Autorità, riconosciute espressamente come punto di riferimento dell'azione di riforma. Nel corso del 2008, poi, l. n. 133/08 ha introdotto, agli artt. 23-bis e 83-bis, importanti previsioni di apertura in materia di servizi pubblici locali e distribuzione dei carburanti, cui deve aggiungersi, inoltre, la nuova disciplina di Analisi tecnico-normativa (Atn) e di Analisi d'impatto della regolamentazione (Air). Cfr. AGCM, *Relazione annuale*, 30 aprile 2009, 4 ss.

Si è, in tal modo, definitivamente sancita la piena legittimazione dell’Autorità ad evidenziare gli aspetti normativi ingiustificatamente restrittivi, ma anche a svolgere la funzione di proposta degli interventi necessari a migliorare il funzionamento dei mercati.

In tale prospettiva, la Legge annuale per il mercato costituisce certamente la novità normativa più rilevante dell’anno appena trascorso sotto il profilo della *competition advocacy* e pone le basi per proseguire nella modernizzazione degli assetti economici del Paese, nel superamento di regimi regolatori obsoleti e di diffuse tendenze vincolistiche a livello locale.

Crisi economica e valore della concorrenza

Secondo l’originaria “Strategia di Lisbona”, inaugurata nel 2000, la stretta cooperazione fra l’Unione Europea e i singoli Stati membri su una serie di temi condivisi avrebbe dovuto raggiungere nell’anno 2010 l’obiettivo di realizzare in Europa un’economia dinamica e competitiva, capace di crescere economicamente e caratterizzata da alti livelli di occupazione, coesione sociale e rispetto per l’ambiente. Le difficoltà riscontrate dalle economie europee già a partire dal 2000 hanno inevitabilmente indotto a ridimensionare gli obiettivi, anche politici, originariamente individuati, fino ad arrivare, con la revisione della “Strategia” nel 2005, a focalizzarsi sui due soli obiettivi della crescita e dell’occupazione.

Trascorsi due anni di recessione, i dati disponibili indicano che nell’area Euro nel 2009 mediamente il PIL è sceso del 4%, la produzione industriale è tornata ai livelli degli anni ‘90 e la disoccupazione è arrivata al livello medio del 10%; dall’inizio della crisi, inoltre, le finanze pubbliche degli Stati membri sono tornate alle difficoltà del passato, con deficit medi del 7% e un peso del debito pubblico accresciutosi notevolmente, arrivando a livelli superiori all’80% del PIL.

Nel momento in cui sarebbe stato necessario verificare l’effettivo raggiungimento degli obiettivi europei, la crisi economica mondiale ha indebolito la fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività, dell’occupazione e del benessere dei consumatori. La recessione ha, infatti, aumentato la richiesta di intervento pubblico per sostenere le imprese in crisi, per fronteggiare la disoccupazione, per proteggere gli strati sociali più deboli.

Le politiche di tutela e sostegno alla concorrenza, che hanno goduto di grande credibilità in una fase caratterizzata da stabilità macroeconomica e crescita dell'occupazione, nell'attuale contesto economico sembrano essere poste in discussione. Esse, infatti, essendo destinate a produrre i loro effetti migliori nel medio e lungo periodo, attraverso l'incremento di efficienza del sistema, non sono apprezzate nelle fasi di recessione, in cui vengono invocate politiche pubbliche che producono effetti rapidi sul sistema economico.

In realtà, è incontrovertibile che il sottovalutare le ragioni della concorrenza nei periodi di crisi contribuisca a prolungare, e non ad abbreviare, la durata delle recessioni. Le regole della concorrenza sono infatti fondamentali per gli andamenti di produttività e occupazione nel medio o lungo termine.

Tale considerazione, pur avendo validità generale, va puntualizzata nei casi in cui il settore in crisi sia quello bancario-creditizio, per il quale specifiche misure di sostegno pubblico possono ritenersi giustificate. Ciò per due ordini di motivi.

In primo luogo, il fallimento delle banche può propagarsi rapidamente sull'intero sistema economico; in secondo luogo, è opportuno che il mercato del credito non risenta di fenomeni di razionamento delle risorse, in quanto svolge una funzione di selezione delle imprese operanti nei diversi mercati. Si tratta di un approccio che ha trovato riscontro in sede comunitaria, laddove la Commissione europea, avvalendosi dei più recenti strumenti di politica della concorrenza, ha mantenuto rigore nell'applicazione delle regole, pur affrontando realisticamente le difficoltà di alcuni specifici settori.

La valutazione delle pratiche anticompetitive, basata principalmente sui loro effetti economici, ha consentito di focalizzare l'*enforcement* comunitario sulle violazioni più dannose per i consumatori. L'aver da tempo orientato l'azione *antitrust* comunitaria all'obiettivo pragmatico di tutela del consumatore piuttosto che di mera protezione del mercato, con il rischio di garantire produttori inefficienti, si è rivelata una scelta lungimirante.

Una corretta politica della concorrenza in una fase di recessione richiede l'impiego di una giusta dose di flessibilità e di pragmatismo da parte delle autorità di concorrenza, che non dovrebbero indebolire l'applicazione delle regole *antitrust*,

quanto piuttosto garantirne un'applicazione bilanciata alla specificità delle circostanze, tenendo conto degli effetti di lungo periodo.

Paradossalmente, si può sostenere che la recessione può creare le premesse per un rafforzamento delle regole di concorrenza. L'impossibilità, infatti, di ricorrere alle risorse pubbliche per attuare i progetti necessari allo sviluppo dell'economia, non può non tradursi in un ricorso esclusivo al mercato. La definizione di un quadro di regole certe, improntate alla trasparenza e all'imparzialità, appare necessario per garantire gli interessi degli utenti-consumatori, favorendo processi di selezione delle imprese più efficienti.

In conclusione, quindi, le politiche di concorrenza conservano e rinforzano il loro valore anche nelle fasi di crisi economica.

La politica della concorrenza in Italia

Sebbene in Italia gli effetti negativi della crisi economico-finanziaria siano stati indubbiamente più limitati rispetto ad altri Paesi, l'evidenza di un serio problema occupazionale, di difficoltà del sistema produttivo e del calo delle esportazioni, inducono alla ricerca di soluzioni incisive e dagli effetti duraturi.

In Italia la crisi economica si è sviluppata quando ancora era *in itinere* un processo di riforma regolamentare necessario a una maggior competitività dell'industria nazionale. In linea con gli altri Paesi europei, i Governi che si sono succeduti negli ultimi quindici anni hanno intrapreso iniziative dirette a superare le eredità del passato, costituite da un pesante intervento pubblico nell'economia e da una pervasiva regolamentazione di molti settori economici.

Il livello di regolazione in Italia rimane tuttavia ancora elevato tra i Paesi OCSE, con il risultato che negli ultimi dieci anni il tasso di crescita della nostra economia è risultato inferiore alla media europea. La produttività del lavoro si è ridotta e gli investimenti in innovazione, ricerca e sviluppo sono stati inferiori rispetto a quelli di altri Paesi europei.

L'importanza della funzione di *advocacy* dell'Autorità è in questo contesto aumentata, garantendo la conformazione delle politiche pubbliche ai principi di concorrenza.

Già in passato, l'attività svolta dall'Autorità ha avuto ampi effetti positivi, sostenendo una maggiore concorrenza nelle infrastrutture di rete dei servizi pubblici e stimolando riforme normative che a partire dal 2006 hanno garantito maggior competizione, crescente trasparenza regolamentare e una più ampia scelta per i consumatori in numerosi settori economici: dai servizi bancari a quelli assicurativi, dal commercio, alla ristorazione, al settore farmaceutico. L'analisi delle norme potenzialmente restrittive è proseguita nel corso del 2009, fornendo numerose e precise indicazioni al Governo e al Parlamento. E' auspicabile a tale riguardo che, avvalendosi del nuovo, già richiamato, importante strumento della legge annuale per il mercato, i soggetti politici realizzino le riforme indicate.

Lo sforzo di innovazione pro-concorrenziale del sistema economico italiano non può prescindere da due questioni di carattere trasversale, che influiscono sulla efficace e omogenea applicazione delle riforme: da un lato, le normative regionali e locali; dall'altro, l'attività dello Stato come soggetto economico.

Sotto il primo profilo, si può evidenziare che, in molti ambiti economici, le normative regionali contrastano con gli interventi nazionali di liberalizzazione. Emblematici sono i settori della distribuzione commerciale, farmaceutica, editoriale, di quella dei carburanti, della gestione del servizio idrico, di molti servizi professionali. L'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne un omogeneo svolgimento nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale.

Al fine di fronteggiare le tante eterogenee restrizioni introdotte in sede regionale, occorrerebbe un monitoraggio regolare e sistematico da parte dello Stato dell'attività normativa regionale. In tal senso, l'Autorità, in ragione della sua indipendenza, terzietà e qualificazione tecnica, potrebbe essere legittimata a proporre, direttamente nell'ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o, più in generale, per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale sulle norme regionali lesive dei principi della concorrenza.

Quanto ai comportamenti dello Stato come soggetto economico, è agevole rilevare come attraverso le procedure di affidamento pubblico esso sia in grado di

condizionare il funzionamento più o meno concorrenziale dei diversi mercati interessati.

Per conformare la propria azione ai principi concorrenziali, lo Stato deve garantire che lo svolgimento della gara sia tale da consentire l'individuazione dell'operatore più efficiente, attraverso un corretto confronto competitivo.

L'attività di promozione della concorrenza svolta dall'Autorità con riguardo alla materia degli affidamenti pubblici è stata anche nel 2009 particolarmente rilevante, consistendo in più di un terzo della complessiva attività di segnalazione e consultiva dell'anno.

In proposito, l'Autorità ha riscontrato come spesso molte pubbliche amministrazioni, pur con talune lodevoli eccezioni, tendano a minimizzare il ricorso a procedure di selezione competitiva, sfruttando a tal fine le normative emergenziali o eccezionali.

Inoltre, anche quando lo strumento della gara venga effettivamente utilizzato per la selezione dell'impresa affidataria, l'Autorità ha rinvenuto talvolta modalità restrittive di svolgimento e di formulazione dei relativi bandi.

Va ricordato che il *public procurement* costituisce uno degli argomenti più dibattuti a livello internazionale, a causa dell'alta incidenza sul PIL di questo tipo di spesa pubblica, pari attualmente a più del 15% per i Paesi dell'OCSE.

L'azione dell'Autorità in questo ambito è ampia, andando dall'esercizio dei poteri di sanzione dei comportamenti anticompetitivi delle imprese a quello, sopra richiamato, di individuazione e segnalazione dell'assenza di procedure di affidamento competitivo, come pure della presenza di modalità distorsive delle gare bandite, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90.

Come noto, tuttavia, i pareri e le segnalazioni dell'Autorità non sono vincolanti per le pubbliche amministrazioni. Sarebbe quindi opportuno considerare un rafforzamento del contributo che questa Autorità potrebbe fornire ai fini di una conformazione più concorrenziale dell'agire della pubblica amministrazione nell'economia, ad esempio integrando le funzioni di *advocacy* su tale materia mediante una specifica legittimazione ad impugnare dinanzi agli organi della giustizia