

In particolare, sotto il primo profilo, la preoccupazione che il crollo dei valori di borsa potesse accrescere pericolosamente l'esposizione delle società quotate italiane a tentativi di acquisizioni ostili da parte di soggetti stranieri ha indotto il legislatore a rafforzare i presidi a disposizione della società *target*. In tale ottica, il decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185<sup>6</sup> ha modificato in senso meno rigoroso la disciplina allora vigente, rendendo opzionale sia la c.d. *passivity rule* che impone agli amministratori di una società bersaglio di un'Opa di ottenere l'autorizzazione assembleare per il compimento di atti o operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta, sia la c.d. *break-through rule*, che sancisce l'inefficacia nei confronti del soggetto offerente di alcune difese preventive - quali limitazioni ai diritti di voto o al trasferimento di azioni contenute negli statuti societari o in accordi parasociali - durante il periodo di validità dell'offerta. In precedenza, entrambe erano obbligatorie.

Nel medesimo disegno volto ad ampliare il ventaglio degli strumenti utilizzabili dalle società quotate a fronte di tentativi di acquisizioni ostili si inscrivono anche alcune misure introdotte ad inizio 2009. Si fa riferimento alla legge 9 aprile 2009, n. 33<sup>7</sup> che, in tema di offerta pubblica di acquisto totalitaria, ha elevato la soglia di capitale (dal 3% al 5%) che gli azionisti con una partecipazione superiore al 30% possono acquisire senza essere soggetti all'obbligo di promuovere un'offerta totalitaria. Anche in questo caso, la modifica era volta a facilitare strategie di rafforzamento degli esistenti assetti di controllo delle società quotate, riducendone i costi altrimenti derivanti dall'obbligo di offerta totalitaria.

Alla medesima finalità è stata preordinata anche l'altra modifica introdotta dalla medesima legge che, in materia di acquisto di azioni proprie da parte di società per azioni, ha innalzato dal 10% al 20% il limite dettato dal codice civile<sup>8</sup>. Anche in questo caso, la misura aveva, come effetto diretto, quello di rendere maggiormente stabile la posizione degli azionisti di controllo e, come effetto indiretto, quello di ridurre il rischio per la società di divenire oggetto di una scalata ostile.

Nel valutare la portata di siffatte modifiche, occorre considerare che, in generale, il ricorso ai meccanismi di mercato come strumento di formazione e disciplina degli assetti di controllo delle imprese introduce importanti elementi di trasparenza e dinamicità nel sistema economico. Un efficace funzionamento del mercato per il controllo societario favorisce, infatti, gli investimenti in capitale di rischio e la crescita delle imprese, e rafforza vincoli e incentivi esterni in direzione di una loro più efficiente gestione. Dal punto di vista concorrenziale, pertanto, ostacoli e restrizioni alla contendibilità degli

<sup>6</sup> Cfr. art. 13 del Decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante “*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione antincrisi il quadro strategico nazionale*”, convertito con modificazioni, nella legge 28 gennaio 2009, n. 2.

<sup>7</sup> Cfr. il comma 3-*quater* dell'art. 7 Legge 9 aprile 2009, n. 33 “Conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 10 febbraio 2009, n. 5 recante “*Misure urgenti a favore dei settori industriali in crisi*”)

<sup>8</sup> Cfr. il comma 3-*sexies* dell'articolo 7 della medesima legge n. 33/2009.

assetti di controllo suscitano generalmente legittime e giustificate preoccupazioni in contesti ordinari di mercato.

Per questo, al momento della loro introduzione, l’Autorità non mancò di rilevare che, sebbene l’eccezionalità della situazione economica potesse giustificare l’introduzione di temperamenti alla regola cardine di un moderno ed efficiente sistema del controllo societario - la contendibilità degli assetti proprietari -, risultava tuttavia essenziale che le misure predisposte risultassero strettamente proporzionate agli obiettivi da raggiungere.

In quest’ottica, poiché le modifiche introdotte avrebbero innalzato sensibilmente il rischio di congelamento degli assetti di controllo, con possibili impatti negativi sugli incentivi all’investimento e sul corretto funzionamento dei mercati, l’Autorità aveva auspicato che alle stesse norme fosse attribuito un carattere di temporaneità. Diversamente, le scelte compiute per fronteggiare un rischio contingente avrebbero potuto tradursi, nel lungo periodo, in un indesiderato elemento di contrasto allo sviluppo efficiente dei mercati azionari, nonché alla crescita e alla competitività del nostro sistema produttivo.

Purtroppo, l’orientamento protezionistico prevalso nel periodo più acuto della crisi è stato ad oggi oggetto solo di parziale ripensamento. Con il d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146<sup>9</sup> sono state, infatti, formalmente - ma non sostanzialmente - riviste alcune modifiche apportate alla c.d. *passivity rule*. Più specificamente, il decreto ha ripristinato una *passivity rule* per così dire “temperata”: gli statuti possono infatti derogare, in tutto o in parte, alla regola, pur se con un obbligo di pubblicità delle deroghe adottate, verosimilmente con finalità dissuasiva. Per il resto, il quadro è rimasto immutato.

Oggi che il crollo del mercato borsistico e i timori ad esso connessi sono ormai superati, è importante ripristinare l’assetto precedente l’esplosione della crisi.

#### *La distribuzione dei carburanti*

Il settore della distribuzione dei carburanti è caratterizzato, in Italia, da un grado molto elevato di inefficienza: in particolare, il confronto con altri Stati membri mostra il sovradimensionamento di una rete costituita, per la gran parte, da una grande molteplicità di impianti di dimensione molto ridotta. Tale inefficiente struttura distributiva condiziona negativamente la qualità del servizio e il livello dei prezzi del carburante, e trova in parte spiegazione storica in una regolamentazione dell’accesso che ha limitato la possibilità di sfruttare economie di scala e di scopo, attraverso vincoli all’apertura di impianti multi-prodotto di maggiori dimensioni.

<sup>9</sup> Recante “*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 229, recante attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto*”)

Importanti norme di apertura sono state introdotte a livello nazionale con l'art. 83-bis della legge n. 133/2008, che ha eliminato i principali vincoli in sede di rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di un nuovo impianto. Ulteriori passi devono essere compiuti. In particolare, è necessario eliminare i vincoli residui in termini di limiti di orario e varietà merceologica dei servizi offerti, ed introdurre forme di incentivazione volte a rendere conveniente lo sviluppo di una struttura distributiva più snella ed efficiente. Restano, inoltre, rilevanti criticità nelle normative regionali che, non di rado, nel dare attuazione alle nuove norme, hanno proceduto a reintrodurre vincoli di varia natura incompatibili con il quadro nazionale, tra i quali obblighi asimmetrici di fornitura di carburanti eco-compatibili e restrizioni delle modalità di funzionamento degli impianti completamente automatizzati.

Peraltro, l'attività di distribuzione dei carburanti potrebbe essere coinvolta nel prossimo futuro da un più generale riassetto dell'intero settore petrolifero. Lo schema di disegno di legge annuale per la concorrenza predisposto nell'estate 2010 delineava, ad esempio, un'ampia riforma, individuando anche una serie di misure volte a promuovere la razionalizzazione della rete distributiva dei carburanti. L'Autorità aveva valutato con favore alcune di queste, tra cui la liberalizzazione dei modelli contrattuali tra compagnie petrolifere e gestori, e la fissazione di principi vincolanti per le normative regionali, tesi da un lato a contrastare gli indirizzi restrittivi emersi in sede di attuazione della riforma attraverso il divieto di introdurre una serie di vincoli, e diretti, dall'altro, a sostenere l'apertura di impianti multi-prodotto.

Come noto, prima che lo schema di d.d.l. venisse sottoposto al Consiglio dei Ministri, il Governo - nell'ambito di un accordo con le associazioni nazionali dei gestori - ha ritenuto di modificare alcune di queste proposte, sopprimendo, tra l'altro, i principi vincolanti per le Regioni dettati in tema di obblighi asimmetrici di distribuzione carburanti/metano (o Gpl) e di esercizio congiunto attività oil/non oil, e riformulando in senso meno rigoroso la disposizione in tema di apparecchiature *self service pre-pay*. Contro le nuove formulazioni si è espressa l'Autorità, ritenendo le modifiche poco efficaci rispetto all'indifferibile esigenza di garantire un'uniforme applicazione a livello locale dei principi di apertura sanciti dal legislatore nazionale<sup>10</sup>.

#### *Federalismo demaniale e concorrenza*

Una delle direttive fondamentali della presente legislatura, oltre alla crisi e alla semplificazione, è certamente l'ispirazione federalista che si è concretizzata, per i profili che rilevano dal punto di vista concorrenziale, nell'adozione decreto legislativo 28

<sup>10</sup> Cfr. Segnalazione AS759 "Modifiche allo schema di disegno annuale per il mercato e la concorrenza – distribuzione dei carburanti", 23 settembre 2010, in Boll. n. 36/2010.

maggio 2010, n. 85 recante *Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42 n. 85*. Il c.d. decreto sul federalismo demaniale contiene, infatti, alcune previsioni di diretto interesse nella prospettiva del corretto funzionamento del mercato.

In sintesi, esso prevede: *i*) l'individuazione dei beni statali che possono essere attribuiti a comuni, province, città metropolitane e regioni e la successiva attribuzione (a titolo non oneroso) dei beni agli enti medesimi; *ii*) l'obbligo per l'ente territoriale cui sia stato attribuito il bene di disporne nell'interesse della collettività rappresentata e di favorirne la “massima valorizzazione funzionale”; *iii*) la possibilità che i beni statali trasferiti siano inseriti dalle regioni e dagli enti locali in processi di alienazione e dismissione; *iv*) l'ingresso dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato (con relative pertinenze ed accessori) nel patrimonio disponibile degli enti pubblici territoriali (fatta eccezione per il demanio marittimo, idrico e aeroportuale). Quanto alle specifiche tipologie dei beni statali potenzialmente trasferibili agli enti territoriali, vi rientrano praticamente tutti i beni del demanio marittimo, del demanio idrico di interesse regionale o provinciale, gli aeroporti di interesse regionale facenti parte del demanio aeronautico civile statale e le relative pertinenze, le miniere ubicate sulla terraferma, gli altri beni immobili dello Stato e i beni mobili ad essi collegati.

L'ampiezza (e l'importanza) dei beni trasferibili agli enti locali assume ancor più rilievo se letta in congiunzione, da un lato, con la previsione che prevede la confluenza di tali beni nel patrimonio disponibile degli enti locali; dall'altro, con l'obbligo per gli enti territoriali attributari di tali beni di assicurarne la massima valorizzazione funzionale: “valorizzazione funzionale” che potrà avvenire, ad esempio, mediante concessione d'uso o locazione a favore di soggetti imprenditoriali privati.

Emerge con chiarezza come le nuove previsioni si prestino ad aprire rilevanti spazi per l'ingresso di soggetti (e interessi) privati nella gestione dei beni trasferiti. Di qui la particolare rilevanza che i principi concorrenziali affermati dall'Autorità e, da ultimo, fatti propri dalla c.d. direttiva *Servizi* ricevano puntuale osservanza in ambito locale. Quest'ultima, in particolare, ha previsto che: *i*) il rilascio delle autorizzazioni deve basarsi su criteri non discriminatori, oggettivi, trasparenti, imparziali, resi pubblici preventivamente; *ii*) incombe sugli Stati l'obbligo di introdurre *procedure di selezione, trasparenti e imparziali* ogni qualvolta che il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili; *iii*) è vietato il rinnovo automatico di tali titoli come pure il riconoscimento di eventuali altri vantaggi al prestatore uscente.

Il prossimo trasferimento di non pochi beni del demanio statale rende di cruciale importanza il corretto recepimento a livello locale delle richiamate previsioni, al fine di

garantire una piena applicazione dei principi concorrenziali nei casi in cui si intenda concedere l'utilizzo e/o lo sfruttamento di tali beni a soggetti privati per l'offerta di servizi sul mercato. Non si può escludere, infatti, il rischio che l'attuazione del federalismo demaniale possa indurre gli enti locali, sotto la spinta dei gruppi di pressione locali, ad adottare pratiche poco virtuose e a disporre dei suddetti beni con modalità non propriamente competitive, quali affidamenti diretti. Pratiche tanto più pericolose in talune aree del Mezzogiorno per le opportunità di espansione che esse potrebbero offrire a imprese riconducibili ad ambienti della criminalità organizzata.

D'altro canto, che quella della concessione in uso ai privati di beni demaniali da parte degli enti locali e della loro migliore e più opportuna valorizzazione costituisca una delle questioni nevralgiche del c.d. federalismo demaniale è questione confermata non soltanto dall'intensa attività di segnalazione svolta dall'Autorità. Emblematica, al riguardo, appare la procedura d'infrazione avviata nel 2010 dalla Commissione europea per il mancato adeguamento della normativa nazionale in materia di concessioni demaniali marittime al principio della libertà di stabilimento, prevedendo essa un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente, con possibilità di rinnovo automatico (per 6 anni) del titolo che arriva a scadenza, senza alcun obbligo di indire una procedura selettiva trasparente e imparziale.

Alla luce di ciò, si conferma la pregnante attualità che il prossimo trasferimento dei beni demaniali dallo Stato agli enti locali conferisce alla corretta attuazione dei principi concorrenziali e, con essa, l'importanza che, in un simile cruciale frangente, i soggetti coinvolti abbiano piena consapevolezza dell'importanza di indire procedure ad evidenza pubblica, nel caso di affidamento dell'uso di tali beni a soggetti privati per l'offerta di servizi sul mercato: a garanzia della libertà d'impresa ed anche della migliore valorizzazione dei beni pubblici, avuto riguardo al profilo degli introiti.

### **5. L'azione a tutela della concorrenza nel 2010**

Durante la crisi, l'Autorità è stata posta dinanzi a una duplice non facile sfida: *i*) la declinazione originale dell'*enforcement antitrust*, per evitarne un'applicazione meccanica che, in una fase di involuzione del ciclo economico, finisse per frustarne gli obiettivi ultimi; *ii*) la dimostrazione dell'assunto che la concorrenza non è un lusso da potersi concedere solo durante i cicli economici espansivi, ma può rivelarsi strumento prezioso anche in periodi di crisi: per sostenere la ripresa economica e tutelare i consumatori dinanzi a imprese maggiormente inclini a violare le regole di concorrenza per attenuare l'impatto della difficile congiuntura. Su entrambi i versanti, sono stati conseguiti risultati positivi nel periodo di riferimento.

Sotto il primo profilo, si è ulteriormente consolidata la nuova stagione della tutela della concorrenza in Italia. In un quadro di persistente debolezza del quadro economico e a fronte di un sistema di mercato debole sia nelle infrastrutture base, sia nella stessa tradizione imprenditoriale, consenso flessibilità e partecipazione hanno continuato a costituire le linee diretrici dell’azione a tutela della concorrenza.

Anche nel 2010, dunque, al fine di non deprimere ulteriormente le forze vitali dell’economia, è stata privilegiata una modalità di azione protesa a sollecitare le imprese e a spronarle all’efficienza, senza però mortificare le forze vitali del mercato e obiettivo prioritario è stato considerato quello volto a convincere, più che a imporre; a promuovere il cambiamento effettivo dei comportamenti d’impresa piuttosto che a sanzionare semplicemente. Le decisioni con impegni si sono confermate strumento essenziale per consolidare tale approccio e per portare avanti quella politica del dialogo con le imprese, inaugurata nel 2006.

La *ratio* delle decisioni con impegni è consentire il tempestivo ripristino dell’equilibrio concorrenziale, lo snellimento dell’attività amministrativa e la deflazione del contenzioso. In considerazione dei rilevanti vantaggi che arreca, l’Autorità, fatta eccezione per le intese *hard-core* sanzionate con il consueto rigore, ha utilizzato lo strumento degli impegni in un numero assai elevato di fattispecie (13). E, in piena coerenza con la finalità dell’istituto, anche nel 2010 l’obiettivo conseguito è stata la modifica effettiva e rapida in senso virtuoso degli assetti di mercato e dei comportamenti delle imprese, con vantaggi immediati per i consumatori.

Sempre al fine di evitare automatismi e applicazioni irragionevolmente rigide, l’Autorità in vari casi ha dimostrato la capacità dell’*enforcement antitrust* di adattarsi con flessibilità al particolare contesto economico nel quale è destinato a svolgersi.

L’applicazione flessibile e attenta al quadro più generale delle regole di concorrenza, coniugata alla modifica rapida delle condotte d’impresa ottenuta grazie alle decisioni con impegni, ha consentito all’Autorità di superare anche la seconda sfida posta dalla crisi, dimostrando in concreto i vantaggi sostanziali che la tutela della concorrenza è suscettibile di arrecare sia in termini di benessere dei consumatori che di mantenimento in capo alle imprese dei corretti incentivi a competere e innovare.

*Le decisioni con impegni nei procedimenti in materia di intese e abusi: gli effetti pro-competitivi nei diversi mercati*

Avendo riguardo ai procedimenti conclusi con impegni, meritano di essere segnalate alcune decisioni assunte nel 2010 che, ripristinando rapidamente il corretto

esplicarsi della dinamica competitiva, hanno apportato concreti benefici in ambiti di mercato particolarmente rilevanti per lo sviluppo dell'economia nel suo complesso.

Il settore energetico è certamente l'ambito che nel periodo di riferimento è stato al centro dell'attenzione dell'Autorità per l'evidente impatto che il corretto esplicarsi della dinamica competitiva produce sulla competitività delle imprese e sul benessere dei consumatori. In tale settore, l'Autorità ha concluso 7 istruttorie, accogliendo in tutti i casi gli impegni proposti dalle parti al fine di rimuovere le criticità concorrenziali emerse, senza accertamento dell'infrazione. In particolare, l'Autorità ha concluso cinque istruttorie nelle quali ha resi vincolanti gli impegni presentati da una serie di gruppi societari verticalmente integrati (A2A, Acea, Italgas, Hera, Iride) attivi sia nella distribuzione che nella vendita dell'energia elettrica e di gas. Ciascuno di essi era stato oggetto di distinte istruttorie per possibile abuso di posizione dominante, a seguito delle segnalazioni di Sorgenia, operatore non verticalmente integrato, secondo cui le società di distribuzione appartenenti a tali gruppi avrebbero posto in essere procedure inefficienti e atteggiamenti ostativi per ritardare e rendere più oneroso l'ingresso dei concorrenti nei mercati della vendita di gas ed elettricità ai clienti finali.

Le preoccupazioni concorrenziali nascevano in particolare dalla constatazione che la discriminazione nella qualità dei servizi forniti dai distributori alle società di vendita, a seconda che queste appartenessero o meno al gruppo di riferimento (derivante in particolare dall'adozione di procedure inefficienti) accresceva i costi dei venditori al dettaglio di energia elettrica e gas nuovi entranti, riducendone la capacità competitiva. Nel corso del procedimento, tutte le parti hanno presentato impegni atti ad agevolare lo *switching* dei propri clienti verso nuovi fornitori. Tali impegni, oltre ad essere stati ritenuti idonei dall'Autorità a risolvere le criticità emerse, hanno avuto l'ulteriore effetto concreto di rimuovere diversi ostacoli che avrebbero reso più costoso l'ingresso di nuovi concorrenti nei mercati liberalizzati della vendita di elettricità e gas, e hanno, quindi, contribuito all'affermarsi di una piena concorrenza nei mercati della distribuzione di energia elettrica e gas.

L'applicazione dell'istituto degli impegni ha avuto concreti effetti positivi anche nella fase a monte di definizione dei prezzi di cessione dell'energia. La riduzione della forbice tra il prezzo siciliano registrato nel mercato all'ingrosso dell'energia e quello delle zone dell'Italia continentale è stato, infatti, la conseguenza degli impegni resi vincolanti dall'Autorità e presentati da, nell'ambito di due distinte istruttorie, rispettivamente da Enel e Enel Produzione (EP) e da Edipower, operatori siciliani nel settore. Più specificamente, nel caso *Enel dinamiche formazioni prezzi mercato energia elettrica Sicilia*, le misure presentate da Enel e Enel Produzione, nell'ambito di un'istruttoria per abuso di posizione dominante volta ad accertare se il trattenimento di capacità osservato fosse parte di una generale strategia messa in atto da Enel Produzione per mantenere a livelli elevati il prezzo

zonale siciliano nel 2008 e nel 2009, hanno previsto, in estrema sintesi, un tetto massimo al prezzo di vendita sul mercato all'ingrosso fino a fine 2013.

Nel caso *Tolling Edipower*, invece, avviato al fine di verificare l'esistenza di un possibile coordinamento tra Edipower e le sue società 'toller' (A2A Trading, Edison Trading, Iride Mercato, Alpiq Energia Italia) nella definizione delle offerte dell'impianto siciliano di San Filippo del Mela, quest'ultime si sono impegnate ad attribuire alla sola Edipower la gestione degli approvvigionamenti e la formulazione delle offerte dell'impianto di San Filippo del Mela (ME) ed a vincolare tali offerte al valore dei costi variabili, che costituirà, quindi, un implicito *bid cap*.

Alcune importanti decisioni con impegni hanno poi riguardato il settore del credito, segnatamente i mercati dell'offerta dei servizi di pagamento, le cui condizioni di offerta impattano sui costi delle transazioni dell'intero sistema economico.

Nell'anno trascorso, l'Autorità ha concluso, in particolare, le istruttorie *Commissione interbancaria pagobancomat* e *Accordi interbancari Riba Rid Bancomat*. In tali procedimenti, seguendo un'impostazione consolidata fin dall'attribuzione all'Autorità delle competenze in materia bancaria, l'analisi concorrenziale si è focalizzata sull'impatto concorrenziale della fissazione a livello collettivo delle commissioni interbancarie, nel caso specifico quelle applicate per i servizi RIBa, RiD Bancomat e Pagobancomat. In entrambi i casi, avviati per accertare l'esistenza di eventuali intese restrittive concorrenza relative alla definizione uniforme delle suddette commissioni (le quali determinano un costo nei rapporti tra banche che può incidere sulle condizioni economiche praticate dalle stesse alla clientela finale), l'Autorità ha accettato gli impegni presentati da Abi e Consorzio Bancomat. Tali impegni hanno reso possibili riduzioni per le commissioni interbancarie, con tagli, per i diversi servizi, fino al 36% delle commissioni precedentemente applicate, oltre a vincolare il sistema bancario a un percorso che potrà portare a ulteriori ribassi grazie all'applicazione di analisi di efficienza economica ai costi delle singole imprese bancarie.

Con riguardo ai procedimenti nel settore dei trasporti che hanno avuto soluzione mediante accettazione degli impegni, deve richiamarsi l'istruttoria *T-Link-Grandi navi veloci* avviata a seguito della denuncia di T-Link e riguardante un presunto abuso di posizione dominante da parte di Grandi Navi Veloci (GNV) nei mercati del trasporto marittimo di linea merci e passeggeri mediante una serie di condotte, tutte apparentemente orientate a escludere dal mercato il nuovo operatore concorrente T-Link. Tali condotte riguardavano, in particolare: *i*) l'applicazione di sconti particolarmente alti e più elevati della norma alle imprese di autotrasporto che avessero mostrato interesse per i servizi resi dal nuovo entrante; *ii*) l'incremento della capacità di trasporto merci esclusivamente strumentale allo scopo di boicottare l'affermazione sul mercato del nuovo

entrante; *iii*) l'applicazione di prezzi predatori; *iv*) minacce di ritorsioni commerciali a danno delle imprese di autotrasporto che, dopo le contro-proposte di GNV, avessero manifestato la volontà di continuare ad avvalersi dei servizi di T-Link; *v*) attività di denigrazione e turbativa a danno di T-Link.

Anche in tale caso, gli impegni proposti da GNV nel corso del procedimento sono stati ritenuti idonei a superare le preoccupazioni concorrenziali emerse. Nel complesso, essi sono valsi infatti ad ancorare la politica commerciale di GNV a parametri obiettivi e ad eliminare le potenzialità escludenti di sconti selettivi miranti ad escludere i concorrenti, in un contesto di sufficiente trasparenza informativa nei confronti dell'Autorità.

Lo strumento degli impegni è stato proficuamente utilizzato anche nell'ultima istruttoria conclusa nel 2010, *Fieg-Google*, avviata al fine di accertare eventuali comportamenti abusivi della società statunitense.

In particolare, con tale procedimento - attraverso il quale l'Autorità italiana è intervenuta prima di altre su complesse tematiche oggi all'attenzione anche della Commissione europea - si è inteso accertare se, in forza del legame esistente tra Google News Italia e Google Web Search, Google, *leader* nella fornitura di servizi di ricerca *online* e nella raccolta pubblicitaria su internet in Italia, privasse di fatto gli editori della facoltà di controllare quali dei propri contenuti Google News Italia potesse riportare, ovvero di sottrarre completamente i propri siti dal portale in questione, subordinando tale possibilità ad una condizione estremamente penalizzante quale l'esclusione dalle pagine dei risultati del proprio motore di ricerca Google Web Search. L'istruttoria era altresì volta ad accertare l'eventuale assenza di trasparenza e di verificabilità dei corrispettivi spettanti agli editori affiliati al programma AdSense di Google.

Nel corso del procedimento, Google si è impegnata ad adottare una serie di misure pro-concorrenziali quali consentire agli editori di rimuovere o selezionare i contenuti presenti su Google News Italia senza per questo essere esclusi dalla più generale visibilità sul motore di ricerca; rendere note agli editori le quote di ripartizione dei ricavi che determinano la remunerazione degli spazi pubblicitari; rimuovere il divieto di rilevazione dei *click* da parte delle imprese che veicolano pubblicità con la sua piattaforma.

Consapevole della natura innovativa e della grande rilevanza delle problematiche affrontate, l'Autorità ha al contempo trasmesso una segnalazione a Parlamento e Governo, chiedendo la revisione della normativa a tutela del diritto d'autore, ed il suo adeguamento alle innovazioni tecnologiche ed economiche del *web*. In particolare, l'Autorità ha evidenziato come un'istruttoria antitrust non possa essere la sede per sciogliere il nodo dell'adeguata remunerazione dell'attività delle imprese che producono contenuti editoriali *online*, per lo sfruttamento economico delle proprie opere da parte di altri soggetti. In tale ottica, ha ritenuto necessaria una riforma che definisse un sistema di diritti di proprietà intellettuale in grado di incoraggiare su internet forme di cooperazione

virtuosa tra i titolari di diritti di esclusiva sui contenuti editoriali e i fornitori di servizi innovativi che riproducono ed elaborano i contenuti protetti da tali diritti. Parimenti necessario è apparso il superamento dell'oggettivo squilibrio tra il valore che la produzione di contenuti editoriali genera per il sistema di internet nel suo complesso e i ricavi che gli editori *online* sono in grado di percepire dalla propria attività.

*L'analisi delle concentrazioni: i nodi concorrenziali del settore bancario-assicurativo*

In materia di controllo delle concentrazioni, la legge n. 287/90, a differenza del diritto comunitario, non prevede formalmente l'istituto degli impegni e un ruolo propositivo dei privati. Si limita a prevedere che, laddove l'Autorità ravvisi criticità concorrenziali, essa può prescrivere le misure necessarie. Tuttavia, anche in tale ambito, nel 2010 ha trovato conferma la prassi più recente dell'Autorità, volta a stimolare un confronto costruttivo con le imprese, inducendole a proporre soluzioni che sono state poi imposte nelle misure formalmente imposte in via unilaterale.

In questo contesto, nel periodo di riferimento è stata assunta una decisione in materia bancaria-assicurativa, relativa ad un'istanza di revisione di alcune misure imposte in occasione dell'autorizzazione condizionata concessa nel 2006 all'operazione di concentrazione tra Banca Intesa e SanPaolo Imi.

Con tale decisione l'Autorità ha nuovamente analizzato il mercato del settore assicurativo Vita, anche alla luce del progetto di ristrutturazione del gruppo in base al quale IntesaSanpaolo opererà attraverso compagnie assicurative controllate in esclusiva e mediante la rete degli sportelli bancari e dei promotori del gruppo.

L'analisi condotta ha confermato la posizione dominante collettiva detenuta congiuntamente da IntesaSn Paolo e Generali nel ramo Vita I del settore assicurativo come pure l'esistenza di problemi concorrenziali nell'intero comparto, dovuti all'esistenza di legami societari e personali tra i due operatori. A fronte di tali criticità, IntesaSanPaolo ha presentato nuovi impegni, che sono stati ritenuti idonei a risolvere i problemi emersi. In esito all'istruttoria, l'Autorità ha così revocato l'obbligo di vendere a terzi indipendenti il c.d. Polo Sud Vita prescritto in passato, ma ha al contempo rafforzato le prescrizioni in materia di *governance* per i rappresentanti di Generali e sulla struttura distributiva della rete di IntesaSanPaolo, la quale potrà vendere sulla propria rete distributiva esclusivamente i propri prodotti.

*Le violazioni della normativa antitrust: cartelli e abusi*

Avendo riguardo all'attività di repressione delle intese restrittive, l'Autorità ha accertato nel corso del 2010 la violazione del relativo divieto in cinque casi.

Tra questi, meritevole di menzione, anche per il rilevante contenzioso successivamente sviluppatisi, riveste il caso *Carte di credito*, dove l’analisi *antitrust* si è fissata sul funzionamento dei circuiti di pagamento e il loro impatto sulle condizioni di offerta dei servizi, con riguardo alle modalità di fissazione delle *interchanges fees* per le carte di credito e ai rapporti contrattuali intercorrenti fra le società di gestione dei circuiti e le banche aderenti.

L’istruttoria condotta dall’Autorità ha accertato due fattispecie anticoncorrenziali.

In primo luogo, è stata qualificata come intesa restrittiva della concorrenza la fissazione coordinata da parte di Mastercard, in qualità di associazione di imprese, di una specifica *Multilateral Interchange Fee* (MIF) per l’Italia sulle transazioni con carta di credito, in quanto equivalente alla fissazione di una comune ed uniforme soglia minima di una componente del prezzo del corrispondente servizio di pagamento, in assenza di motivazioni economiche.

Inoltre, è stata accertata l’esistenza di un fascio di intese verticali, rappresentato dall’insieme dei contratti di licenza tra circuito e singole licenziatarie, che hanno consentito la traslazione degli effetti restrittivi della prima intesa sui mercati finali; mediante tali contratti, infatti, si determinano tanto il trasferimento delle MIF sulle *merchant fee*, in base alle politiche commerciali delle singole licenziatarie che stabiliscono (note le MIF), la struttura della commissione all’esercente, quanto l’applicazione di specifiche regole del circuito (*honour all cards rule*) e di ulteriori condizioni nei contratti con i negozianti (quali la non differenziazione tra transazioni *onus* e in circolarità, il *blending* e la c.d. *non discrimination rule*). Tale fascio di intese verticali è stato valutato restrittivo della concorrenza, in quanto avente ad oggetto non solo il trasferimento delle MIF sulla *merchant fee* ma anche l’adozione di specifiche clausole con gli esercenti, nell’interesse di entrambe le parti del contratto di licenza a diffondere il marchio con la MIF più elevata, in assenza di confronti competitivi tra i circuiti e la banche.

A seguito del rigetto di una serie di impegni presentati dalle parti, che non sono stati ritenuti idonei a risolvere le problematiche concorrenziali evidenziate dal complesso procedimento, e in ragione della gravità dell’infrazione accertata, l’Autorità ha comminato alle imprese coinvolte una sanzione superiore a 6 milioni di euro.

In materia di controllo degli abusi di posizione dominante, l’Autorità ha invece concluso il procedimento *Cartongesso*, accertando che la società Saint-Gobain aveva abusato della posizione dominante detenuta nell’ambito dell’attività di produzione del cartongesso, ponendo in essere una serie di comportamenti diretti ad escludere o, quantomeno, ostacolare e ritardare l’ingresso della società concorrente Fassa Spa sul mercato. In ragione della gravità e durata della violazione, è stata irrogata a Saint-Gobain una sanzione pari a 2 milioni e 165 mila euro.

La decisione si segnala anche per l'innovatività dell'approccio interpretativo adottato dall'Autorità che ha considerato quale condotta abusiva l'acquisizione non necessaria di una risorsa (la cava) e l'instaurazione di contenziosi giudiziari pretestuosi, finalizzati all'impedimento dell'ingresso di un concorrente sul mercato.

#### *Il programma di clemenza*

In coerenza con gli sviluppi comunitari, anche in Italia nel 2010 è proseguita con inalterata determinazione la lotta alla collusione nel mercato, lotta peraltro ancor più necessaria in un periodo di crisi economica in cui gli incentivi delle imprese alla formazione dei cartelli di prezzo e alla ripartizione dei mercati crescono, con svantaggi crescenti per i consumatori.

Il programma di clemenza varato nel febbraio 2007 si è confermato strumento decisivo per la lotta ai cartelli segreti. Nel periodo di riferimento, ha consentito infatti di sanzionare due distinti cartelli che altrimenti, in ragione delle loro caratteristiche, difficilmente sarebbero stati individuati.

Nel primo caso, *Prezzo del GPL per riscaldamento regione Sardegna*, l'Autorità ha accertato che le società Butangas, Liquigas e Eni avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, determinando congiuntamente, dal 1995 al 2005, le variazioni dei listini dei prezzi al pubblico del Gpl in bombole e in piccoli serbatoi su tutto il territorio nazionale, con effetti negativi sui consumatori finali. Ad Eni, che ha denunciato il cartello, è stato riconosciuto il trattamento favorevole previsto per chi collabora con l'Autorità fornendo prove ed elementi delle intese e non è stata comminata la sanzione. Butangas e Liquigas sono state invece sanzionate con multe pari, rispettivamente, a circa 6 milioni e 786 euro e circa 17 milioni e 142 mila euro.

Un ruolo altrettanto decisivo ha avuto il programma di clemenza nel caso *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, in cui l'Autorità ha accertato che sedici aziende di produzione di cosmetici, tra cui i più importanti operatori del settore a livello nazionale, avevano posto in essere un complesso sistema di alterazione delle dinamiche competitive nel settore nazionale dei prodotti cosmetici commercializzati attraverso la Grande Distribuzione Organizzata.

Il procedimento era stato avviato nel giugno 2008 a seguito della presentazione, da parte della società Henkel, di una domanda di ammissione al programma di clemenza, cui erano seguite nei mesi successivi analoghe istanze da parte delle società Colgate-Palmolive e del gruppo Procter & Gamble.

Sulla base degli elementi acquisiti, l'Autorità ha accertato un'intesa unica, complessa e continuata protrattasi dal 2000 al 2007, volta alla totale alterazione del confronto concorrenziale nel settore dei prodotti cosmetici commercializzati attraverso il

canale *retail*. La concertazione tra gli operatori si era, in particolare, realizzata attraverso un intenso scambio di informazioni realizzato sia nel corso di riunioni presso l'associazione di categoria Contromarca sia al di fuori delle riunioni associative e aveva avuto ad oggetto l'allineamento degli aumenti dei prezzi di listino comunicati annualmente agli operatori della grande distribuzione organizzata. In ragione della gravità e durata delle infrazioni, l'Autorità ha comminato alle imprese sanzioni per un ammontare complessivo superiore a 81 milioni di euro.

Il caso si segnala, peraltro, perché l'ammissione al programma di clemenza non è stato richiesto, come nella precedente istruttoria, da una sola impresa. Dopo Henkel, anche altre due società hanno, infatti, deciso di collaborare con l'Autorità, fornendo elementi utili all'istruttoria. A Henkel che aveva denunciato per prima la collusione, l'Autorità ha riconosciuto il beneficio della non imposizione della sanzione. Alle società Colgate-Palmolive e Procter&Gamble, è stato invece riconosciuto il beneficio della riduzione della sanzione nella misura, rispettivamente, del 50% e del 40%, in ragione della collaborazione prestata.

#### *Linee future di intervento: l'attività in corso*

Dall'analisi dell'attività istruttoria e delle iniziative che hanno avuto avvio nel corso del 2010 è possibile trarre alcune indicazioni sulle linee di intervento future dell'Autorità.

Sul piano dell'attività di *enforcement*, il corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica si conferma come terreno privilegiato dell'attività investigativa dell'Autorità volta ad accertare e reprimere eventuali fenomeni collusivi. In tale ottica, sono stati avviati nel corso del 2010 tre procedimenti istruttori al fine di verificare ipotesi di illecito coordinamento tra le imprese in occasione di gare indette da pubbliche amministrazioni. I procedimenti avviati riguardano, rispettivamente, *i*) una presunta intesa nel mercato della barriere stradali; *ii*) possibili accordi nell'offerta di servizi assicurativi ad aziende ospedaliere pubbliche; *iii*) possibili intese restrittive intercorse nel settore della fornitura di apparecchiature elettromedicali e diagnostiche, con particolare riferimento ad una gara bandita dalla Società Regionale per la Sanità Spa.

In materia di abusi, invece, l'Autorità nel corso del 2010 ha avviato una serie di procedimenti istruttori tutti sostanzialmente rivolti a contrastare comportamenti abusivi di ostacolo all'accesso a mercati in via di apertura.

In tal senso, vengono in rilievo, in primo luogo, gli impedimenti all'apertura del settore della distribuzione del gas naturale frapposti dai gestori uscenti al momento della indizione delle nuove gare per l'affidamento del servizio. La realizzazione di tali gare, secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, è un fattore di primaria importanza perché si realizzi compiutamente il processo di liberalizzazione voluto dal legislatore, comunitario e nazionale. Considerato che i dinieghi a fornire le

informazioni necessarie alle amministrazioni comunali per la predisposizione dei bandi di gara possono ostacolare la concorrenza *per il mercato* nella distribuzione del gas naturale, l’Autorità ha avviato nel 2010 due distinte istruttorie al fine di accertare l’eventuale abusività di tali condotte.

Nel quadro delle iniziative intraprese più di recente, l’Autorità ha inoltre avviato un’istruttoria nei confronti di Ferrovie dello Stato (e della sua controllata Rete Ferroviaria Italiana) al fine di verificare se essa abbia abusato della posizione dominante detenuta nel mercato dell’accesso all’infrastruttura ferroviaria nazionale, ostacolando l’ingresso sul mercato di un nuovo operatore, ArenaWays e favorendo Trenitalia, società appartenente al gruppo di Ferrovie dello Stato. Le condotte contestate riguardano, in particolare, il comportamento ingiustificatamente dilatorio adottato da RFI in occasione dell’assegnazione delle tracce orarie richieste da Arenaways, impresa che già nel 2008 aveva richiesto a RFI le tracce per effettuare un servizio circolare sulla tratta Milano-Torino, con una serie di fermate intermedie. Poiché a tale operatore, a seguito della decisione assunta dall’Ufficio di Regolazione dei servizi ferroviari, è stato imposto di operare senza effettuare dette fermate intermedie, l’istruttoria è volta a verificare anche in che misura i comportamenti posti in essere da RFI siano stati facilitati dalla normativa di settore.

Nel settore farmaceutico, infine, l’Autorità nel periodo di riferimento ha avviato un’istruttoria nei confronti di Pfizer Italia e Pfizer Health A.B., al fine di accertare l’esistenza di un eventuale abuso di posizione dominante sul mercato italiano dei farmaci appartenenti alla classe degli analoghi delle prostaglandine, medicinali utilizzati per la cura del glaucoma dell’occhio. L’istruttoria è volta, in particolare, a valutare l’eventuale abusività di una serie di condotte poste in essere da Pfizer allo scopo di impedire o ritardare l’ingresso sul mercato italiano del farmaco generico Xalatan.

Nell’ambito dell’attività di indagine conoscitiva, alcuni specifici mercati sono poi in corso di approfondimento al fine di far luce sulle condizioni di offerta di beni e servizi essenziali.

Nel settore sanitario, è in via di conclusione l’indagine conoscitiva volta ad approfondire in che misura l’applicazione dei principi concorrenziali può trovare spazio nel funzionamento del sistema sanitario in Italia. L’Autorità sta in particolare verificando le modalità e gli ambiti in cui il rafforzamento della dinamica concorrenziale può contribuire ad aumentare il benessere dei cittadini, garantendo una migliore prestazione dei servizi sanitari ospedalieri.

Al centro delle preoccupazioni dell’Autorità è anche la procedura di risarcimento diretto e, più in generale, gli assetti concorrenziali nel settore RC auto.

L’Autorità è ripetutamente intervenuta al fine di rimuovere gli ostacoli ad uno sviluppo concorrenziale del settore e di incentivare un più efficace confronto competitivo a vantaggio dei consumatori finali. Lo stesso passaggio alla procedura del risarcimento

diretto era stato da essa sollecitato in un’ottica di superamento delle difficoltà che il mercato RCA aveva manifestato negli anni successivi alla liberalizzazione.

Poiché, a oltre tre anni dalla sua introduzione, le evidenze di mercato mostrano il permanere di alcuni profili di criticità, l’Autorità ha avviato nel 2010 un’indagine al fine di addivenire a una approfondita analisi delle modalità con le quali la suddetta procedura è stata applicata. L’obiettivo è fornire indicazioni in merito alle modalità con cui innescare una maggior spinta competitiva in un settore che mostra ancora rilevanti limiti su tale terreno.

A fronte della importante evoluzione delle forme organizzative e delle modalità contrattuali che regolano i rapporti fra gli operatori del settore della distribuzione commerciale (GDO), l’Autorità nel 2010 ha avviato inoltre un’indagine conoscitiva nel settore della grande distribuzione organizzata, al fine di approfondire le dinamiche competitive del settore, anche alla luce della loro importanza sulla formazione dei prezzi finali. In quest’ottica, l’indagine intende verificare l’effettivo grado di concorrenza esistente tra le imprese aderenti ai vari raggruppamenti presenti nel settore, le dinamiche contrattuali con le quali si determinano le condizioni di acquisto e di vendita dei prodotti agro-alimentari, l’eventuale rilevanza concorrenziale, anche sui mercati della produzione agricola e industriale, dei comportamenti tenuti dagli operatori della GDO nella contrattazione delle condizioni di acquisto.

Pari attenzione, infine, l’Autorità continua a rivolgere ai mercati più innovativi o in via di rapida evoluzione, quali i servizi audiovisivi. In considerazione del processo di profonda evoluzione tecnologica e commerciale che sta trasformando l’attività di produzione, distribuzione, trasmissione e fruizione di contenuti audiovisivi, l’Autorità ha avviato un’indagine nel settore al fine di approfondire le implicazioni pro-concorrenziali derivanti dall’affermarsi dalle nuove tecnologie, sia in relazione all’attività di produzione dei contenuti audiovisivi che con riguardo alla profonda trasformazione subita dalle reti.

## ***6. L’azione a tutela del consumatore nel 2010***

Il dinamismo dei mercati, delle strategie commerciali e delle tecniche pubblicitarie utilizzate dagli operatori impone all’Autorità un costante aggiornamento degli indirizzi e delle modalità di esercizio della propria azione di contrasto alle pratiche commerciali scorrette e alla pubblicità ingannevole e comparativa illecita, al fine di assicurare una incisiva tutela dei consumatori e favorire una sempre maggiore diffusione dei principi affermati con le proprie decisioni.

Ancora molto resta da fare, nel nostro Paese, per promuovere il consolidamento di un’effettiva cultura consumeristica e di prassi commerciali virtuose, in grado di coniugare il benessere e la soddisfazione dei consumatori con il successo e la prosperità delle iniziative imprenditoriali. La constatazione è confermata dal numero di procedimenti

svolti nel corso del 2010, superiori a 270, per un totale di circa 16,5 milioni di euro di sanzioni complessivamente comminate alle imprese per pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori o pubblicità ingannevoli e comparative illecite nei confronti di altri professionisti.

L'esperienza maturata nel periodo di riferimento indica, peraltro, come la frequenza delle infrazioni segnalate e accertate sia spesso collegata a un fenomeno di crescente indebolimento del rapporto tra professionisti e consumatori, derivante, da un lato, dall'evoluzione dei sistemi di comunicazione e di interazione commerciale e, dall'altro, da soluzioni e modelli organizzativi dell'attività d'impresa fortemente orientati alla riduzione dei costi e al perseguitamento di obiettivi di efficienza definiti in rapporto a orizzonti temporali sempre più ridotti.

Entrambi i fattori, infatti, tendono nel complesso a ridimensionare, all'interno delle relazioni commerciali, la rilevanza di elementi quali la reputazione e la solidità del rapporto di fiducia tra professionista e consumatore, privilegiando strategie e comportamenti opportunistici finalizzati più all'immediata acquisizione del cliente che al consolidamento del rapporto nel tempo attraverso la qualità dei prodotti offerti e del servizio assicurato al consumatore nella fase successiva alla conclusione della transazione.

Emblematico, in tal senso, è il settore del commercio elettronico. Lo sviluppo e la crescente penetrazione degli strumenti di accesso a internet offrono ai consumatori opportunità sempre più ampie di scelta e di raffronto tra le diverse offerte. Tali benefici sono, tuttavia, in parte attenuati dalla naturale perdita del contatto diretto consumatore-fornitore e dall'impossibilità di visionare il bene prima dell'acquisto: fattori, entrambi, che espongono il consumatore al rischio di scelte basate su informazioni incomplete, ambigue e non trasparenti in merito all'identità e affidabilità del professionista, all'effettiva natura delle iniziative promozionali, alle caratteristiche e alle reali condizioni di offerta, nonché ai contenuti e alle modalità di esercizio dei propri diritti.

Fenomeni analoghi, peraltro, si riscontrano anche in settori più tradizionali, nei quali il rapporto tra professionista e consumatore risulta in misura crescente intermediato da agenti, promotori e operatori di *call center*, ai quali le imprese affidano l'attività promozionale e di acquisizione del cliente, così come la successiva gestione dei contatti nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

Laddove non assistito da efficaci strumenti di selezione degli agenti, nonché di indirizzo e verifica dei loro comportamenti nello svolgimento del relativo incarico, questo processo di esternalizzazione, pur se dettato da legittime esigenze di flessibilità ed efficienza organizzativa, tende a determinare un progressivo indebolimento del vincolo di