

**LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA.
PROFILI GENERALI E LINEE DI INTERVENTO**

PAGINA BIANCA

1. La crisi economica e il ruolo dell'*antitrust*

Nel corso degli ultimi mesi, la grave fase congiunturale, accompagnata da un serio aggravamento degli oneri finanziari dovuti all'aumento dei tassi d'interesse sui titoli pubblici, ha imposto nel nostro Paese l'adozione di importanti misure normative.

Gli interventi intrapresi concretizzano gli impegni già assunti dall'Italia in sede europea e appaiono indispensabili per il contenimento del debito e per la stabilizzazione finanziaria; essi tuttavia non consentono, da soli, di invertire un ciclo recessivo dell'economia nazionale che, pur in un contesto di generalizzata difficoltà di ripresa a livello internazionale, presenta specifiche caratteristiche di prolungata criticità.

In tutto l'ultimo decennio, in effetti, il nostro Paese ha realizzato la crescita più contenuta tra tutti i Paesi dell'Unione europea, con un tasso medio annuo di appena lo 0,2%, contro una media relativa all'UE pari all'1,3%. Malgrado un leggero recupero dell'attività produttiva a partire dal 2009, il livello del PIL italiano nel 2010 è ancora inferiore di più di 5 punti percentuali rispetto al livello pre-crisi del 2007, a fronte di performance molto migliori degli altri partner europei¹.

Anche considerando l'ultimo trimestre del 2011, pur registrandosi alcuni dati certamente confortanti dell'andamento delle esportazioni extra-UE, che vedono una crescita del rispettivo valore sia in termini congiunturali che tendenziali - con un disavanzo commerciale per l'intero anno in lieve miglioramento rispetto all'anno precedente -, l'andamento del prodotto interno lordo mostra una crescita tendenziale che appare modesta, e conferma la debolezza della situazione italiana nel confronto internazionale.

Per uscire dalla fase recessiva e superare la crisi dell'Eurozona, si richiedono incisive misure, ulteriori rispetto a quelle già assunte, che valgano a stimolare e sostenere percorsi di crescita economica che consentano di superare l'attuale ciclo negativo.

In questa direzione, la prosecuzione del cammino già intrapreso con le importanti misure strutturali di liberalizzazione e semplificazione di recente adottate nel nostro Paese, che valorizzano il merito ed eliminano rendite inefficienti e dannose per lo sviluppo economico, richiede un'attuazione efficace e perseverante delle innovazioni introdotte, in un contesto di attiva vigilanza dei comportamenti dei diversi soggetti da queste interessati.

¹ ISTAT, Rapporto annuale 2010.

L’azione dell’Autorità si connota in tal senso, nell’attuale stagione di riforme nazionali, come direttamente funzionale alla indispensabile realizzazione del virtuoso legame fra concorrenza e crescita economica, mediante un’applicazione flessibile ma puntuale della normativa *antitrust*, a garanzia di maggiore sviluppo attraverso l’efficiente allocazione delle risorse e il rafforzamento della competitività dell’economia a vantaggio della collettività².

Le politiche di concorrenza in tempo di crisi

I dati richiamati di scarsa *performance* macroeconomica del nostro Paese si riflettono da un lato nelle concrete condizioni economiche e nelle stesse percezioni di benessere dei cittadini, dall’altro influenzano negativamente il quadro di aspettative delle imprese.

Le più recenti indagini sui bilanci delle famiglie italiane mostrano evidenti elementi di crescente diseguaglianza sociale e una progressiva percezione di maggiore difficoltà di spesa da parte di queste ultime. In linea generale, all’inizio del 2012 permane un generale clima di sfiducia dei consumatori sull’andamento dell’economia italiana e crescono le aspettative di disoccupazione³.

Sul fronte imprenditoriale, ancora alla fine del 2011, le analisi congiunturali della Banca d’Italia in materia di aspettative delle imprese sulle prospettive di crescita economica hanno evidenziato l’esistenza di un forte pessimismo, in termini di revisione al rialzo delle aspettative di inflazione, di valutazione negativa sulla possibilità di ripresa della domanda interna, di un riscontrato peggioramento delle condizioni di accesso al credito e dell’attività di investimento; oltre metà delle imprese italiane intervistate attribuiva, a fine del mese di dicembre del 2011, probabilità nulla al verificarsi di un miglioramento della situazione economica generale a breve termine⁴.

Sono, queste, circostanze in cui storicamente le ragioni della concorrenza stentano ad affermarsi.

Nei periodi di crisi economica la pressione esercitata sulla politica perché si faccia carico delle imprese in crisi, della riduzione della disoccupazione e dell’incertezza per i consumatori finali può quindi far propendere per un rilassamento delle politiche *antitrust*, in ragione della sopravvalutazione dei più immediati e visibili costi sociali della pressione concorrenziale sulle imprese, sui lavoratori e sui consumatori, a fronte di una contestuale

² M.Monti, “*A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*” Centre for European Reform, Brussels, 28 october 2004.

³ Nel 2010, circa il 30% delle famiglie italiane ha ritenuto le proprie entrate insufficienti a coprire le spese. Cfr. “*I bilanci delle famiglie italiane nell’anno 2010*” gennaio 2012. Supplementi al Bollettino Statistico - indagini campionarie, n. 6/2012 Banca d’Italia; ISTAT, “*Statistiche flash - Fiducia dei consumatori - gennaio 2012*”.

⁴ “*Indagine sulle aspettative di inflazione e crescita - Dicembre 2011*”. Supplementi al Bollettino Statistico - Indagini campionarie, n. 1/2012, Banca d’Italia.

sottovalutazione dei benefici, meno visibili e di medio periodo, dell'applicazione delle regole di concorrenza⁵.

Tale tendenza deve tuttavia essere decisamente contrastata; approfondite analisi basate sulle evidenze storiche hanno infatti dimostrato l'effetto controproducente di tale approccio.

L'esempio più noto a tale proposito riguarda la complessa esperienza attraversata dal diritto *antitrust* americano durante la Grande Depressione. Nel 1933, la Corte Suprema statunitense dichiarava con una storica sentenza la compatibilità con il diritto della concorrenza di un cartello di crisi fra produttori di carbone; nello stesso anno veniva emanato il National Industrial Recovery Act, che esentava dalle norme *antitrust* tutti gli accordi economici fra imprese di uno stesso settore che fossero approvati da un'autorità indipendente e consentiva codici di condotta per i rapporti fra imprese e lavoratori. Tale norma è stata in effetti considerata emblematica di una prima fase della politica rooseveltiana, dichiaratamente rivolta ad affrontare la grande crisi del '29 anche attraverso politiche di dichiarato "rilassamento" dei vincoli *antitrust* per il mondo imprenditoriale⁶.

Numerosi studi storici, nonché specifici contributi economici che hanno analizzato gli effetti macroeconomici dell'interazione fra andamento dei salari e ripresa economica durante la depressione degli anni '30, hanno dimostrato tuttavia come tale politica non sortì altro effetto che quello di un prolungamento degli effetti negativi della grande crisi: la legittimazione di cartelli di restrizione dell'offerta e di fissazione dei prezzi al di sopra del valore di mercato, unita a una politica fiscale penalizzante per l'industria, fu accompagnata dai più alti e persistenti tassi di disoccupazione che l'economia americana avesse mai sperimentato⁷.

Al di là delle differenti e controverse ricostruzioni in merito all'impatto che le diverse fasi della politica rooseveltiana ebbero sulla capacità di ripresa dell'economia americana, l'esperienza storica del *New Deal* nel suo complesso testimonia senza dubbio l'effetto di ostacolo alla crescita di politiche governative che tendono a sostituire agli autonomi comportamenti di mercato - fondati sull'esistenza di corretti incentivi alla crescita in un contesto concorrenziale - un controllo dirigistico e centralizzato dell'economia.

⁵ J. Fingleton, "Competition policy in troubled times" Office of Fair Trading, January 2009.

⁶ M. Libertini, (2009) "Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica", Orizzonti del Diritto Commerciale.

⁷ H.L. Cole, L.E. Ohanian, (2004) "New Deal Policies and the Persistence of the Great depression: A general equilibrium analysis", Journal of Political Economy, vol. 112 (4).

In una sua diversa e successiva fase, d'altra parte, la politica del New Deal è stata caratterizzata da una opposta attitudine, di grande attivismo, dell'*antitrust* americano. Già nel 1935 la Corte Suprema dichiarava incostituzionale il National Recovery Act; solo qualche anno più tardi si dava inizio, con la stessa presidenza di Roosevelt e attraverso l'azione della *Antitrust Division* del Department of Justice, a una decisa politica di battaglia ai cartelli, dichiaratamente finalizzata all'uscita dalla crisi economica attraverso la tutela dei consumatori; politica da cui peraltro ha preso le mosse un approccio *antitrust* destinato a durare negli Stati Uniti per i successivi decenni. E.Wawley, "The New Deal and the Problem of Monopoly", Princeton University Press, 1966.

D'altra parte, anche dell'analogia e più recente esperienza di applicazione di politiche industriali restrittive della concorrenza durante la crisi giapponese degli anni '90, è stata dimostrata non solo l'inefficacia rispetto agli obiettivi dichiarati, ma anzi l'effetto di contribuire a una più lunga durata del periodo recessivo da cui aveva preso le mosse⁸.

In un contesto di depressione economica, una risposta pubblica alla richiesta di sostegno delle imprese, che consenta *merger* che garantiscono profitti di monopolio, o che permetta la formazione di accordi restrittivi fra imprese finalizzati alla sopravvivenza delle imprese inefficienti, non costituisce affatto una soluzione della crisi che vorrebbe essere superata ma ne determina invece un aggravamento endogeno, ostacolando le possibilità di crescita della produttività nel medio-lungo periodo.

Peraltro, l'abbandono delle normali regole di concorrenza produce ulteriori e rilevanti costi, derivanti dalla conseguente perdita dell'efficacia di fattori quali la deterrenza e la *compliance* nell'indirizzare in modo virtuoso i comportamenti imprenditoriali di investimento. L'esistenza stessa di regole predefinite, stabili e coerenti, quali quelle delineate da un'interpretazione costante del diritto *antitrust*, è elemento di garanzia per la prevedibilità dei ritorni derivanti dalle scelte di investimento, laddove l'incertezza su tali regole distorce invece i corretti incentivi di queste ultime, riducendo le capacità innovative dell'industria e la conseguente possibilità per i consumatori di beneficiare dei vantaggi che queste comportano.

Esiste in conclusione una relazione causale comprovabile fra un'efficiente applicazione della normativa *antitrust* e la crescita della produttività economica, anche semplicemente in virtù dell'efficacia deterrente della prima sui comportamenti imprenditoriali illeciti⁹.

Se si guarda al contesto comunitario, la Commissione Europea ha in effetti dimostrato, sin dall'insorgenza della crisi, di considerare la politica *antitrust* come uno strumento di intervento da applicare - sia pure con il necessario pragmatismo -, senza mai abbandonare il necessario rigore.

Nella prima fase di crisi prevalentemente finanziaria, la consapevolezza della specificità del settore del credito, derivante dal suo ruolo di motore dell'intera economia, e quindi del grande rischio sistematico potenzialmente generabile da una crisi di liquidità, ha correttamente ispirato il *favor* verso alcune forme di più flessibile applicazione, nel settore bancario, delle norme sugli aiuti di Stato.

Tale approccio, declinato in ogni caso con modalità tali da minimizzare effetti distorsivi della concorrenza assicurando, una volta ripristinate condizioni di normalità, un rapida

⁸ Hayashi, F., Prescott, E.C., (2002) "The 1990s in Japan: A lost decade" Review of Economic Dynamics, 5, 206-235.

⁹ Cfr., fra gli altri, J.B.Baker, (2003) "The Case for Antitrust Enforcement", Journal of Economic Perspectives; Buccirossi, Ciari, Duso, Spagnolo e Vitale (2009) "Competition Policy and productivity growth: an empirical assessment" CEPR Discussion Paper

uscita dello Stato dal capitale delle banche, non sembra tuttavia aver condizionato le modalità di applicazione delle regole *antitrust* a imprese operanti in settori diversi da quello bancario.

Al contrario, la Commissione Europea ha attuato negli ultimi anni una politica di concorrenza vigorosa; in primo luogo nei confronti dei cartelli, da un lato applicando rilevanti sanzioni, anche sulla base di un ampio utilizzo di strumenti quali il programma di *leniency*, - il quale è valso a dare origine a tutti i casi comunitari di cartello conclusi nel 2011- dall'altro, più di recente, avvalendosi dell'istituto del *settlement agreement*, con importanti effetti di snellimento delle procedure. Ciò a dimostrazione dell'importanza attribuita alla necessità di individuare il più ampio numero possibile di condotte collusive che ostacolano il perseguitamento dell'efficienza concorrenziale e di sterilizzarne rapidamente gli effetti di danno ai consumatori.

Con riguardo ai comportamenti abusivi, il rigore applicato in alcuni procedimenti in cui sono state comminate sanzioni elevate, è stato accompagnato, in casi di grande rilievo strategico, quali ad esempio quelli relativi al settore energetico, da un utilizzo dello strumento degli impegni dichiaratamente volto a ottenere dalle imprese *remedies* con effetti strutturali, ai fini di liberalizzazione dei mercati e di minimizzazione del rischio concorrenziale nel lungo periodo.

Anche durante la recessione, l'azione comunitaria è apparsa quindi, in ultima analisi, confermare il proprio approccio costitutivo, individuabile nell'affermazione della concorrenza come principio fondamentale e nell'interpretazione della politica industriale comunitaria come strumento di ristrutturazione dell'economia in chiave competitiva¹⁰.

I dati emergenti dalla ormai consolidata attività di collaborazione e scambio informativo fra le Autorità nazionali di concorrenza nell'ambito della rete ECN illustrano altresì un analogo attivismo *antitrust* nei singoli Paesi dell'Unione, tanto in applicazione delle norme del Trattato, quanto delle diverse normative nazionali; attività che viene peraltro svolta, proprio grazie all'affermarsi del ruolo della rete ECN, in un contesto di crescente convergenza di procedure, di orientamenti applicativi e per alcuni aspetti anche di *focus* settoriale.

Da quest'ultimo punto di vista, vale sottolineare come buona parte degli interventi delle singole autorità nazionali di concorrenza appaia recentemente focalizzarsi su mercati relativi all'offerta di prodotti finali per i consumatori, o su settori quali quello della filiera alimentare, in ragione probabilmente della loro maggiore o più immediata incidenza sul *welfare* collettivo nelle fasi di ciclo economico negativo.¹¹

Anche dal punto di vista del tipo di illecito prevalente, l'azione di repressione delle diverse Autorità nazionali appare fortemente orientata a combattere i cartelli, con un numero

¹⁰ G. Amato "Il potere e l'*antitrust*" Il Mulino, Bologna, 1998

¹¹ Cfr. ad es. *European Competition Newsletter Brief* del gennaio 2012 (ECN Brief 1/2012), come pure ECN Brief 05/2011, "Extended Issue on the Food and Retail Sector".

di procedimenti istruttori generalmente più ampio di quello relativo ai casi di abuso; in questo ambito, prevalgono i cartelli segreti che vengono trattati nella maggior parte dei casi nell’ambito di procedure di *leniency*, confermando l’utilità dello strumento; altrettanto generale appare la tendenza a non utilizzare nei casi di intesa lo strumento degli impegni, la cui applicazione assume tuttavia caratteristiche diversificate fra le varie Autorità nazionali¹².

In tale contesto, l’*antitrust* italiana si conferma, anche in ragione delle specifiche caratteristiche della propria legge istitutiva, come una delle Autorità con un maggior numero di procedimenti istruttori conclusi in applicazione delle norme del TFUE e in generale come una fra le più dinamiche istituzioni a livello europeo, avvalendosi di un consolidato rapporto di collaborazione e di scambio con le altre Autorità nazionali di concorrenza e con la Commissione Europea nell’ambito della rete.

L’attività di *enforcement* a tutela della concorrenza e dei consumatori

L’Autorità è nata, ormai più di vent’anni fa, rispondendo alle istanze nazionali di superamento di un approccio civilistico e individuale alla libertà di concorrenza, in un contesto in cui, a livello europeo, si era andata definitivamente consolidando una visione che considerava la conformazione concorrenziale dei mercati come un elemento imprescindibile del processo di integrazione.

Questa circostanza, unita al fatto che, come noto, la normativa italiana a tutela e promozione della concorrenza è stata concepita mutuando testualmente il corrispondente dettato comunitario e, di più, che essa stessa abbia espressamente previsto un vincolo di conforme interpretazione a quest’ultimo, ha determinato sin da subito un’importante funzionalità e complementarità dei poteri dell’Autorità italiana agli obiettivi perseguiti dalle norme europee di concorrenza¹³.

Da queste caratteristiche di profonda connessione con il contesto comunitario e di condivisione degli obiettivi europei deriva, in primo luogo, il fondamento della nozione di indipendenza dell’Autorità dal potere esecutivo. Con quest’ultimo, peraltro, viene richiesto di instaurare un trasparente rapporto consultivo, nel pieno rispetto delle reciproche competenze e prerogative, attraverso l’esercizio dell’importante funzione di *competition advocacy*, già compiutamente delineata nella legge istitutiva e di recente ulteriormente e incisivamente rafforzata dal legislatore.

¹² Le prassi applicative e interpretative trovano in ogni caso una crescente uniformità a seguito dell’accrescersi dell’attività di collaborazione fra le diverse autorità nazionali, anche grazie alla rilevante attività tanto dei Working Group settoriali quanto di quelli miranti a stabilire best practices comuni nell’applicazione della normativa per le diverse fattispecie anticoncorrenziali.

¹³ G. Tesauro “*La funzione deterrente del controllo antitrust*” in “20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato” a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli, Torino, 2010.

In secondo luogo, da quelle stesse caratteristiche discende, sotto il profilo delle modalità di svolgimento delle funzioni di *enforcement antitrust*, la capacità dell'Autorità di applicare a livello nazionale il diritto della concorrenza avvalendosi pienamente degli orientamenti interpretativi prevalenti a livello comunitario.

La funzione deterrente dell'antitrust

L'Autorità ha attraversato in più di vent'anni di attività diverse fasi: dopo il periodo della prima metà degli anni '90, diretto a introdurre pionieristicamente nel Paese la cultura di mercato, è seguita una seconda stagione di prestigiosa crescita e consolidamento del ruolo istituzionale in una connotazione quasi-giurisdizionale.

In una terza fase, l'Autorità, grazie a un intenso rapporto con la Commissione Europea, è divenuta protagonista prima delle fasi di liberalizzazioni comunitarie e poi di creazione della rete ECN; successivamente, nell'insorgere e nel perdurare della crisi, l'Autorità ha saputo sviluppare, con pragmatismo, una fase di maggior dialogo con le imprese e di tutela più diretta del consumatore finale.

Oggi, nella difficile fase di crisi e a fronte delle importanti riforme strutturali che vanno interessando il sistema economico italiano, l'Autorità può avvalersi quindi di un rilevante bagaglio di esperienze, di capacità e di tradizione istituzionale che le consente di declinare al meglio la propria attività di *enforcement antitrust*, a tutela del benessere sociale e nella piena condivisione dell'obiettivo comunitario della crescita economica.

Il ruolo di vigilanza e controllo dei mercati esercitato da un'autorità di concorrenza produce per il mercato e per i consumatori importanti benefici, tanto diretti quanto indiretti.

In primo luogo, l'attività di *enforcement antitrust* determina sul *welfare* un beneficio misurabile in termini di diretto effetto positivo del divieto o dell'autorizzazione condizionata di operazioni di concentrazione anticompetitive, o della diffida ad adottare comportamenti abusivi, o dell'eliminazione di un cartello restrittivo della concorrenza.

Con specifico riguardo a quest'ultima fattispecie, recenti analisi hanno stimato il costo diretto annuale per i consumatori europei degli *hardcore cartels* comunitari - in termini di più elevati prezzi pagati effettivamente dai consumatori a seguito della condotta illegale delle imprese aderenti ai cartelli (il c.d. "overcharge"), nonché di mancati benefici per i consumatori che non hanno acquistato, o acquistato meno dei prodotti o servizi interessati, a causa del più alto prezzo determinatosi in ragione delle pratiche collusive (la c.d. "deadweight loss") - come variabile fra i 13 e i 37 miliardi di euro, a seconda delle assunzioni più o meno conservative sul rapporto esistente fra il valore della sanzione comminata e l'effettivo costo sociale della pratica sanzionata. Aggiungendo anche la stima dei costi dei cartelli scoperti nei singoli Paesi dell'Unione Europea, la quantificazione di tale già rilevantissimo danno sociale salirebbe,

secondo lo stesso studio, a costi annui complessivi oscillanti da un minimo di 25 a un massimo di 69 miliardi di euro¹⁴.

Tali valori, che pure non incorporano i costi macroeconomici indiretti delle pratiche collusive - vale a dire gli effetti depressivi sulla crescita e sull'occupazione determinati dalla ridotta efficienza produttiva e allocativa - hanno consentito di valutare, per il 2007, l'impatto negativo dei cartelli di prezzo in una misura variabile fra lo 0,23% e lo 0,62% del PIL europeo. Se pure sottostimato, non includendo tale dato l'ulteriore effetto negativo dei costi generati dalle pratiche abusive e dalle infrazioni alle altre norme di concorrenza, esso testimonia inequivocabilmente la grande incidenza sul *welfare* collettivo della politica di repressione degli illeciti *antitrust*.

L'efficacia di quest'ultima va misurata peraltro non solo in ragione dei summenzionati suoi effetti diretti, ma anche, in senso più generale, con riguardo alla capacità di autorevole orientamento dei comportamenti imprenditoriali al rispetto delle regole di mercato.

In tal senso, un ulteriore parametro valutativo dell'efficacia dell'azione *antitrust* misura un suo diverso e indiretto effetto, consistente nel beneficio per i consumatori, per le imprese *compliant*s e per l'economia nel suo complesso, del *non* verificarsi degli illeciti a causa del rischio di incorrere in un procedimento istruttorio *antitrust* e in una sanzione; ovvero nel valore dei costi sociali - incremento dei prezzi, riduzione delle quantità prodotte o della loro qualità, ostacoli all'introduzione di nuovi prodotti o servizi innovativi- *evitati* grazie alla presenza di una normativa a tutela della concorrenza e all'esperienza, nel tempo, di una sua rigorosa applicazione.

L'effetto di deterrenza delle politiche *antitrust*, per i rilevanti benefici che comporta nell'economia, è considerato uno degli obiettivi più importanti per le istituzioni che tutelano la concorrenza, oltre che un indicatore estremamente significativo del grado di efficacia delle politiche *antitrust*; secondo il DoJ americano, “...deterrence is perhaps the single most important ultimate outcome of the [Antitrust] Division's work....”¹⁵.

A partire da studi che hanno posto in evidenza come gli incrementi collusivi dei prezzi determinati da un noto cartello internazionale fossero più bassi nei Paesi dove le intese restrittive erano considerate illecite, perseguite dalla legge *antitrust* e sanzionate - suggerendo quindi una comprovata efficacia di normative a contrasto dei cartelli nel costituire un significativo deterrente all'attività collusiva -, numerose analisi, alcune di carattere teorico,

¹⁴ Impact Assessment COM(2008) 165 final, Commission Staff Working Document, *Accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Bruxelles, 2008. Le stime hanno riguardato solo le pratiche collusive di fissazione dei prezzi o di ripartizione dei mercati e non le intese verticali.

¹⁵ *Antitrust Division Congressional Submission for Fiscal Year 2001*, US Department of Justice, Washington DC., 2000.