

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

casce pubbliche, e, dall'altro, si realizzano le condizioni per facilitare le attività di controllo e monitoraggio sulle gare.

Non mancano alcuni profili di criticità, alcuni dei quali messi già in evidenza dall'Autorità nell'ambito della sua attività di segnalazione.

È il caso, ad esempio, della possibilità di inserire la clausola di protezione sociale negli appalti ad alta intensità di manodopera, prevista all'art. 50 del Codice, senza richiedere alcuna compatibilità o armonizzazione con le esigenze dell'impresa subentrante.

Sul tema l'Autorità è ripetutamente intervenuta, da ultimo con un parere espresso proprio con riferimento allo schema di Codice degli appalti, nel quale aveva sottolineato le criticità concorrenziali sottese alla previsione di una clausola di protezione sociale nei bandi di gara che non fosse rispettosa dell'autonomia dell'impresa vincitrice della gara²⁰.

Anche la modalità con cui è stata introdotta, nell'art. 22 del nuovo Codice, la consultazione con i portatori di interesse nella forma del "dibattito pubblico" per le grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, presenta elementi di debolezza.

L'Autorità aveva auspicato l'introduzione di procedure sul modello del *débat public* francese, caratterizzate da trasparenza e contraddittorio, al fine di superare l'*impasse* che spesso caratterizza la realizzazione delle grandi opere di infrastrutture pubbliche a causa dell'opposizione delle comunità locali e dell'insorgere di contestazioni dopo la conclusione della fase decisionale²¹. La procedura prevista dal nuovo Codice degli appalti risulta essere scarsamente operativa ed efficace a causa del rinvio dei contenuti essenziali ad un futuro D.P.C.M. da emanarsi entro un anno dall'entrata in vigore del Codice; inoltre, la decisione di attribuire la gestione della procedura al soggetto che propone l'opera (e che quindi è, per definizione, non terzo), rischia di farle perdere il necessario carattere di imparzialità e, conseguentemente, di dare adito a nuovi pretesti di ricorso da parte degli oppositori.

Più in generale, poi, come sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato, il rinvio ad un provvedimento attuativo contenuto in numerosi articoli del Codice, rischia di minare uno degli obiettivi che lo stesso Codice mirava a perseguire, vale a dire l'introduzione di una cornice regolatoria chiara, sistematica ed unitaria. Il rinvio nel tempo dell'operatività delle norme, infatti, indebolisce l'efficacia dell'intero Codice e genera, inoltre, incertezze interpretative sulla sua applicazione.

²⁰ V. la segnalazione AS1242 - *Contratti di concessione, appalti e procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, 10 dicembre 2015, in Boll. 47/2015.

²¹ AGCM, segnalazione AS1137 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza. Anno 2014*, 4 luglio 2014.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

Il permanere di vincoli all'autonomia dell'impresa nella partecipazione alla gara, ed elementi di incertezza normativa come quelli sopra evidenziati, compromettono il corretto svolgimento del gioco concorrenziale e pregiudicano lo sviluppo e l'effettività delle riforme.

Nell'ottica di favorire il corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, deve segnalarsi, infine, il Comunicato congiunto adottato nel corso dell'anno dall'Autorità unitamente all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) al fine di fornire indicazioni generali sul tema della c.d. "adesione postuma", fattispecie che individua l'affidamento posto in essere attraverso la mera adesione agli esiti di una gara bandita da altra amministrazione (e confezionata per soddisfare esclusivamente le esigenze e i fabbisogni di quest'ultima) e che risulta potenzialmente elusiva dell'obbligo legislativo di programmazione degli acquisti e lesiva dei principi di affidamento dei contratti pubblici e della concorrenza.

In particolare, nel citato Comunicato congiunto viene precisato che, in coerenza con gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, la legittimità della clausola di estensione contrattuale deve essere scrutinata caso per caso, in modo da assicurare un adeguato bilanciamento tra i principi di libera concorrenza e parità di trattamento, da un lato, e la concentrazione ed aggregazione della domanda, dall'altro.

La prassi della c.d. adesione postuma non può essere invece giustificata dal ricorso all'istituto dell'aggregazione della domanda (anche attraverso l'uso di strumenti aggregativi della committenza previsti dal nuovo codice degli appalti), in quanto il ricorso allo stesso non consente di derogare al regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Allo stesso modo, l'obiettivo del conseguimento di un eventuale risparmio di spesa o contenimento dei costi non può legittimare l'esistenza e l'applicazione di una clausola di adesione indeterminata in violazione delle regole dell'evidenza pubblica²².

Infine, precisa il Comunicato, la clausola di adesione postuma prevista nella documentazione di gara deve essere circoscritta e ben determinata sia sotto il profilo soggettivo (stazioni appaltanti che potranno aderire alla gara) che oggettivo (valore massimo di affidamento postumo consentito). In ogni caso, essa non deve dare luogo alla rinegoziazione dell'oggetto del contratto, sia sotto il profilo della tipologia di attività da eseguire, che delle condizioni economiche da applicare.

²² Le amministrazioni pertanto, per non alterare il confronto concorrenziale a valle, possono fare legittimo ricorso a tale strumento solo se dispongono di una corretta programmazione dei fabbisogni da soddisfare mediante l'affidamento e definiscono in modo puntuale il valore dell'appalto oggetto di gara, che deve includere anche gli eventuali rinnovi o adesioni successive.

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

La legge annuale per il mercato e la concorrenza

Fra le novità normative attese nel 2016 c'era anche l'approvazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (A.S. 2085-A). Purtroppo, trascorsi quasi due anni dalla presentazione alle Camere del testo da parte del Governo, deve constatarsi il progressivo allungamento dei tempi dell'iter parlamentare del provvedimento che, nel frattempo, ha visto anche crescere vistosamente il numero degli articoli in esso previsti: nel corso dei vari passaggi, infatti, l'articolato ha subito significative modifiche e integrazioni, passando dagli originari 33 articoli ai 76 della versione approvata in Commissione al Senato, con disposizioni che trattano temi eterogenei di non immediata rilevanza concorrenziale. L'inserimento di tali disposizioni nel testo di legge è stato, peraltro, uno degli elementi che ne ha ritardato l'approvazione e che, inoltre, rischia di compromettere la finalità principale dello strumento.

Nella prospettiva concorrenziale, il provvedimento assume rilievo per alcune misure che risultano in linea con le proposte contenute nella segnalazione dell'Autorità ai fini della legge annuale del luglio 2014 (AS1137). Ci si riferisce in particolare, per citare le tematiche più rilevanti:

- all'abrogazione del regime di maggior tutela per il settore dell'energia elettrica e del gas, la cui data di decorrenza, nel corso del dibattito in parlamento, è già stata prorogata al 1° luglio 2018;
- alla rimozione degli ostacoli alla mobilità della domanda nel settore assicurativo per combattere le frodi, aumentare i casi in cui le imprese di assicurazione devono praticare sconti a condizioni specifiche e rafforzare la trasparenza e la comparazione delle offerte;
- all'abolizione, a partire dal 10 giugno 2017, del servizio in esclusiva a Poste delle notifiche a mezzo posta degli atti giudiziari e delle violazioni al codice della strada;
- alla semplificazione delle procedure di migrazione nel settore delle telecomunicazioni, favorendo il cambio di fornitore di servizi, anche tramite maggiore trasparenza sulle condizioni e le penali e la tutela della *privacy* nelle telefonate;
- alla definizione di misure nel settore bancario finalizzate a favorire il confronto delle spese per i servizi più diffusi tra la clientela e a non condizionare il cliente nella scelta della polizza assicurativa alla cui stipula è subordinata l'erogazione del mutuo o del credito;
- al riconoscimento della possibilità di esercizio della professione forense nella forma di società di capitali e di società multidisciplinari, anche se la partecipazione dei soci al capitale è limitata nella misura massima di un terzo, nonché la previsione dell'obbligo per l'avvocato di comunicare un preventivo dei compensi in forma scritta al cliente;
- alla previsione della possibilità, per le società di capitali, di avere la

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

titolarità della farmacia, pur con il vincolo di un oggetto sociale limitato alla gestione della stessa, nonché l'eliminazione degli altri vincoli nel medesimo settore in materia di titolarità, orari e turni.

Si tratta di misure positive, che hanno il pregio di intervenire in settori e mercati strategici in cui la competizione fra gli operatori è da tempo limitata a causa della presenza di ostacoli di tipo normativo e regolamentare.

D'altra parte, deve anche sottolinearsi che il provvedimento non affronta diverse problematiche segnalate dall'Autorità nella richiamata segnalazione.

Nel settore delle telecomunicazioni, ad esempio, l'Autorità aveva evidenziato, tra l'altro, la necessità di procedere ad un riordino delle norme che prevedono l'istituzione di una pluralità di catasti delle infrastrutture delle reti di telecomunicazioni o ancora, all'eliminazione della necessità dell'autorizzazione per l'apertura di nuovi punti vendita finalizzati alla rivendita di quotidiani e periodici. Nel settore postale, era stata evidenziata l'urgenza di procedere alla limitazione del perimetro e alla ridefinizione delle modalità di affidamento del servizio postale universale. Altre criticità riguardano la distribuzione dei carburanti, all'interno della quale persiste la necessità di eliminare l'imposizione di obblighi asimmetrici per i nuovi entranti (presenza obbligatoria di più tipologie di carburanti per l'apertura di nuovi impianti)²³. In tema di servizi professionali, poi, non è stata accolta la proposta di eliminare l'esclusiva, in capo agli avvocati, per l'esercizio dell'attività stragiudiziale.

Infine, come già anticipato, l'attuale testo del ddl concorrenza presenta una pluralità di disposizioni tra loro molto eterogenee, che non sembrano presentare una stretta connessione con il tema della libera concorrenza²⁴.

Alla luce di tutto ciò, si può concludere che la prima esperienza applicativa dello strumento del ddl concorrenza, non appare del tutto soddisfacente. Quanto alla tempistica - come detto - sono trascorsi oltre 600 giorni dall'inizio dell'iter parlamentare di approvazione. Quanto alle modalità di utilizzo dello strumento, una parte cospicua delle proposte che

²³ In proposito, il testo approvato in Commissione al Senato, diversamente da quello proposto dal Governo che aderiva pienamente a quanto evidenziato dall'Autorità, non elimina detti obblighi, ma demanda ad un successivo decreto del Ministero per lo Sviluppo Economico l'individuazione degli ostacoli tecnici e degli oneri economici eccessivi e non proporzionati, per i quali non è possibile imporre la presenza di più tipologie di carburanti per l'apertura di nuovi impianti di distribuzione.

²⁴ A titolo esemplificativo si segnala, nel settore assicurativo, la disciplina introdotta con riguardo al risarcimento del danno non patrimoniale, al valore probatorio delle scatole nere, alle misure di contrasto alle frodi, all'identificazione dei testimoni di sinistri con danni alle cose, etc; nel settore delle comunicazioni, gli obblighi comunicativi introdotti in caso di delocalizzazione in un Paese non UE delle attività di *call center*; o alle misure previste per favorire le erogazioni liberali tramite credito telefonico o, ancora, all'aggiornamento del registro delle opposizioni; nel settore dell'ambiente, le misure di trasparenza per la parità di trattamento nel sistema delle erogazioni pubbliche; nel settore bancario, le norme dedicate agli assegni bancari e alla locazione finanziaria; in tema di semplificazioni, le norme in tema di riproduzione di beni bibliografici e archivistici, aggiornamento catastale, circolazione internazionale di beni culturali, la soppressione dell'obbligo di denuncia di deposito di prodotti alcolici per pubblici esercizi.

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

erano state avanzate dall'Autorità hanno trovato accoglimento in vari decreti-legge e leggi di stabilità nel frattempo approvate, sicché i contenuti della segnalazione annuale appositamente trasmessa dall'Autorità a Governo e Parlamento non hanno seguito un binario legislativo unitario, ma si sono dispersi in una molteplicità di testi legislativi.

Quanto infine ai contenuti normativi, il testo ha perso alcune importanti previsioni presenti nel progetto governativo e si è arricchito, al contempo, di una serie eterogenea di previsioni spurie, per effetto delle quali da provvedimento concepito per rimuovere gli ostacoli regolatori ingiustificati al funzionamento dei mercati, si è trasformato in un provvedimento *omnibus* di "ri-regolazione" di numerosi mercati: un'occasione, cioè, per affrontare problematiche regolatorie - alcune anche di notevole rilievo - che non hanno però alcuna connessione diretta con l'obiettivo di riforma pro-concorrenziale della regolazione, che era la *ratio* dell'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*).

Nel complesso, dunque, non sono poche le criticità mostrate dalla prima esperienza applicativa dello strumento. Lo stesso resta, tuttavia, un provvedimento con alcuni contenuti importanti, che potrebbero favorire l'evoluzione concorrenziale di cruciali mercati e, per questo, l'Autorità ne auspica l'approvazione in tempi brevi. A ciò deve aggiungersi l'importante valore simbolico che la sua approvazione avrebbe. In un ordinamento come quello nazionale, caratterizzato da una risalente tradizione di regolazione pervasiva dei mercati, essa avrebbe il pregio di confermare con forza la direzione di marcia intrapresa dal Paese e la volontà di proseguire coerentemente lungo la strada verso l'apertura dei mercati e la piena valorizzazione dei principi concorrenziali.

Delega al Governo in materia di trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea

In tema di trasporti, nel testo del ddl concorrenza approvato dalla Commissione del Senato è stata inserita una disposizione di delega al Governo per la revisione della disciplina in materia di autoservizi pubblici non di linea (art. 71). Tra i criteri della delega vi sono, in particolare: l'adeguamento dell'offerta di servizi alle nuove forme di mobilità, che si svolgono grazie ad applicazioni *web* che utilizzano piattaforme tecnologiche per l'interconnessione dei passeggeri e dei conducenti; la promozione della concorrenza e di più elevati standard qualitativi; una migliore tutela del consumatore nella fruizione del servizio al fine di garantire una scelta consapevole dell'offerta. Si tratta di criteri sufficientemente ampi da consentire un intervento normativo che includa anche i servizi di mobilità che utilizzano autisti non professionisti collegati ad una piattaforma digitale, tema, quest'ultimo, divenuto oggetto di un acceso dibattito in occasione

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

dell'iter di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2016, n. 244 (*Proroga e definizione di termini*, c.d. decreto mille proroghe 2017), convertito con modificazioni dalla l. 19/2017.

Con particolare riferimento all'esercizio della delega in questione, l'Autorità si è espressa nel mese di marzo u.s. attraverso una segnalazione dedicata alla "*Riforma del settore della mobilità non di linea*" con la quale, proprio in vista del riordino della disciplina di settore, ha voluto esprimere i propri suggerimenti, avvalendosi a tal fine di una ormai lunga e consolidata attività di segnalazione sul tema²⁵.

Al riguardo, l'Autorità ha sottolineato nuovamente a Parlamento e Governo l'esigenza di una riforma complessiva del settore in senso pro-concorrenziale, unitamente a quella di introdurre misure idonee a limitare l'impatto sociale dell'apertura del mercato. In particolare, muovendo dalla assoluta necessità di aggiornare e mettere al passo con l'evoluzione del mercato una normativa di settore ormai vecchia di 25 anni (legge 15 gennaio 1992, n. 21 (*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*)), l'Autorità ha osservato come la strada maestra da perseguire debba passare innanzitutto attraverso un alleggerimento della regolazione esistente. A tal fine, dovrebbe essere garantita una maggiore flessibilità operativa ai soggetti dotati di licenza taxi e, al tempo stesso, dovrebbero essere eliminate le disposizioni che limitano su base territoriale l'attività degli operatori NCC.

Queste modifiche avrebbero il pregio di garantire una piena equiparazione, dal lato dell'offerta, tra gli operatori dotati di licenza taxi e quelli dotati di autorizzazione NCC e di facilitare lo sviluppo presso il pubblico di forme di servizio più innovative e benefiche per i consumatori (tipo Uber black e Mytaxi).

L'Autorità ha altresì rilevato che la riforma dovrebbe anche riguardare quella tipologia di servizi che attraverso piattaforme digitali mettono in connessione autisti non professionisti e domanda finale (come il servizio Uber Pop). Tale regolamentazione - tenuto conto dell'esigenza di contemperare la tutela della concorrenza con altri interessi meritevoli di tutela, quali la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri - dovrebbe essere tuttavia la meno invasiva possibile, limitandosi a prevedere una registrazione delle piattaforme in un registro pubblico e l'individuazione di una serie di requisiti e obblighi per gli autisti e per le piattaforme, anche di natura fiscale.

È evidente che queste misure determinerebbero una immediata estensione dell'offerta di servizi di mobilità non di linea a tutto vantaggio dei consumatori finali. La possibilità di successo di una tale riforma in senso

²⁵ L'urgenza di un intervento statale di regolamentazione del comparto è stata, da ultimo, ribadita anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2016.

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

pro-concorrenziale del settore è, tuttavia, legata all'adozione di misure idonee a limitare quanto più possibile l'impatto sociale dell'apertura del mercato.

A beneficio dei tassisti in servizio al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, l'Autorità, pertanto, ha suggerito alcune forme di compensazione, che potrebbero essere coperte tramite la costituzione di un fondo finanziato dai nuovi operatori e dai maggiori introiti derivanti da possibili modifiche del regime fiscale.

La proposta di legge sulle piattaforme digitali

Il 2016 ha visto anche l'avvio di un dibattito parlamentare per l'introduzione di una disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e per la promozione dell'economia della collaborazione o della condivisione²⁶ (*sharing economy*, di seguito SE), allineando l'Italia alla discussione in corso in ambito internazionale.

Tali settori, come già detto, appaiono oggi in forte espansione e rappresentano una via di sviluppo e di crescita economica alternativa ai settori tradizionali; anzi, sono proprio le difficoltà incontrate dalle attività economiche "classiche" e il crescente tasso di disoccupazione - che colpisce soprattutto i giovani - che facilita il diffondersi di tali nuove forme di organizzazione dei servizi e di consumo basate sull'*information and communication technology*.

Fra gli effetti economici prodotti dal diffondersi di forme di SE si può citare, in primo luogo, la possibilità di espandere un mercato già esistente, laddove il servizio viene offerto da soggetti prima impossibilitati a farlo, e raggiungere una parte di domanda insoddisfatta; in particolare, l'incremento dell'offerta permette di rispondere ad eventuali picchi di domanda che vengono a crearsi a causa di una regolazione inefficiente del mercato. In questo senso, la SE è una forma di autoregolazione del mercato che tenta di porre rimedio ad un fallimento del mercato stesso o ad una sua regolazione inefficace. A corollario di ciò, si può assistere ad un incremento della concorrenza nel mercato tradizionale "originario", grazie alla pressione che i nuovi entranti esercitano sugli *incumbent* storici; grazie all'introduzione di nuove tecnologie, il settore viene infatti innovato e reso più efficiente e i fornitori storici saranno costretti ad elevare il livello qualitativo dei servizi offerti per restare sul mercato.

In secondo luogo, si evidenziano i vantaggi per i consumatori in termini di riduzione dei costi di ricerca di beni e servizi e di miglioramento delle condizioni contrattuali cui gli stessi vengono acquistati.

²⁶ Proposta di legge A.C. 3564 (*Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*).

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

In terzo luogo, si potrebbe assistere ad un cambiamento del prezzo dei vari *input* coinvolti nel processo produttivo: alcuni *input* (ad es. lavoro e *asset* vari), già utilizzati nella produzione del servizio, potranno essere improvvisamente sottoutilizzati e vedere il loro prezzo decrescere, mentre altri *input*, prima sottoutilizzati (ad es. nuove professionalità), potranno vedere accrescere il loro valore e, dunque, il loro prezzo.

Questi aspetti innovativi costituiscono anche nuove sfide per il regolatore di questi mercati. La progressiva diffusione dei nuovi modelli di produzione e scambio pone problematiche e sfide che vanno ben oltre i conflitti in atto tra esponenti dei settori tradizionali e nuovi attori economici, implicando una nuova e multiforme attività regolatoria.

In particolare, è necessario approntare dei meccanismi che riducano le asimmetrie informative relative, ad esempio, alla qualità dei servizi offerti, in modo che sia garantito a tutti i consumatori un livello minimo di qualità e di sicurezza.

Un altro aspetto che necessita di un'attenta regolazione è quello connesso alla possibile riduzione del gettito legato ai proventi dell'attività dell'economia condivisa, che potrebbero sfuggire al sistema fiscale tradizionale.

24

Infine, appare necessario individuare una serie di ammortizzatori sociali per gli operatori tradizionali che non riusciranno a stare al passo con le innovazioni introdotte dai nuovi entranti, stando attenti, allo stesso tempo, a non fornire eccessive garanzie agli *incumbent* sotto forma di barriere all'entrata di tipo regolatorio, a discapito della concorrenza.

Più in generale, si presenterà un problema di bilanciamento di interessi in gioco, particolarmente complesso in mercati cosiddetti *two-sides* (con tre soggetti coinvolti: il gestore di una piattaforma informatica, gli offerenti di un certo servizio e i consumatori). A questo riguardo, è già stato evidenziato come a livello internazionale si sia attribuito, negli ultimi anni, un'attenzione particolare alla regolazione pro-innovazione - vista anche la stagnazione in cui si trovano, in generale, i mercati e l'economia europea - vale a dire una regolazione particolarmente attenta a favorire l'ingresso dei nuovi entranti nei settori economici attraverso la riduzione delle relative barriere legali. Infatti, senza dubbio, una delle sfide principali che questo tipo di economia presenta è proprio quella di carattere regolatorio. I recenti episodi che hanno coinvolto operatori come Uber, Airbnb e altri, mostrano chiaramente la necessità di creare al più presto un quadro regolatorio leggero, nell'ambito del quale si possano esercitare diritti e doveri di tutte le parti in causa.

Su queste tematiche, la proposta di legge, attualmente in discussione in Parlamento, si propone di introdurre misure relative alla gestione e all'utilizzo delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi che operano su mercati a due versanti e di fornire strumenti atti a garantire la

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

trasparenza, l'equità fiscale, la leale concorrenza e la tutela dei consumatori.

In linea generale, come già rilevato in sede di dibattito parlamentare, l'Autorità accoglie con favore l'iniziativa, pur evidenziando la necessità che l'intervento normativo non sia tale da impedire o ostacolare lo sviluppo di queste nuove forme di mercato.

In primo luogo, laddove non esistono ostacoli regolamentari o normativi, andrebbe valutata, in via di principio, l'opportunità di non intervenire in via regolatoria. Nei casi in cui un tale intervento risulti effettivamente necessario, occorre introdurre una regolazione minima e adeguatamente giustificata da motivi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità. Sarebbe, pertanto, opportuno inserire nella proposta di legge in esame questi principi, analogamente a quanto fatto in passato con il decreto legislativo 26 marzo 2010, n.59 (*Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*).

Sul punto, la stessa Commissione europea, nel tentativo di uniformare la disciplina della SE dei vari Paesi membri, auspica che la regolazione di tali servizi sia ispirata al principio di proporzionalità e introduca il minor numero possibile di restrizioni, nel rispetto delle peculiarità che contraddistinguono tale innovativo modello imprenditoriale.

A tal riguardo, si sottolinea come l'autorizzazione preventiva ad esercitare l'attività d'impresa, così come l'obbligo di registrazione in Italia da parte delle piattaforme informatiche, previste nella proposta in discussione, potrebbero non essere compatibili con i principi del mercato unico e sollevare delle criticità in relazione ai principi sanciti dal TFUE in materia di libertà di stabilimento, oltre che dalla già citata Direttiva Servizi del 2006. Occorre, pertanto, prestare la massima attenzione nella valutazione della sussistenza di ragioni d'interesse generale che possano giustificare l'introduzione di limitazioni alla concorrenza, dando così applicazione al principio di proporzionalità e limitando, anche temporalmente, l'introduzione delle restrizioni alle attività economiche a quelle strettamente necessarie. Nell'ottica di ridurre tali restrizioni e di diminuire gli oneri burocratici, si potrebbe valutare l'opportunità di introdurre nella proposta di legge dei codici di autoregolamentazione da parte delle imprese.

Nuove competenze e funzioni dell'Autorità

Nel quadro delle novità legislative intervenute nel corso del 2016 e nei primi mesi del 2017, deve segnalarsi l'attribuzione di alcune nuove competenze e funzioni all'Autorità.

Società pubbliche

Come già evidenziato, il Testo unico delle norme in materia di società

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

a partecipazione pubblica di cui al d.lgs. 175/2016, ha introdotto un preciso vincolo di scopo per le società pubbliche che possono ora svolgere soltanto attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali perseguite.

A questa finalità corrisponde un rafforzamento dell'onere motivazionale cui le amministrazioni pubbliche sono tenute per la costituzione o il mantenimento delle partecipazioni, che dovrà riguardare oltre al perseguimento delle finalità istituzionali indicate, anche le ragioni e le finalità della scelta sul piano della convenienza economica e sostenibilità finanziaria, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio. Inoltre, l'amministrazione è chiamata a giustificare le proprie scelte anche sulla base di criteri di efficienza, efficacia ed economicità e nel rispetto della disciplina europea degli aiuti di Stato.

A fronte di tale onere motivazionale, il decreto attribuisce all'Autorità un potere di controllo. In particolare, l'art. 5, comma 3, del d.lgs. 175/2016 richiede alle amministrazioni di trasmettere all'Autorità *“l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta”* ai fini di un eventuale esercizio, laddove ritenga ne sussistano i presupposti, dei poteri di cui all'art. 21-bis della l. 287/1990.

L'Autorità ha già avuto modo di dare applicazione a tale disposizione, avendo le amministrazioni iniziato a trasmettere gli atti di costituzione di società o di acquisizione di nuove partecipazioni azionarie. In tale ambito, nel dicembre 2016 l'Autorità ha espresso un parere ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990 con riguardo alla comunicazione trasmessa dall'Automobile Club Roma (AC Roma) relativa all'acquisizione, tramite la sua controllata Acinservice S.r.l. (Acinservice), del 42% del capitale sociale della società Ge.Ser. - Gestione Servizi S.r.l. (Geser), società attiva nell'offerta, in regime di concorrenza, di una serie di servizi di natura commerciale.

L'Autorità ha rilevato come tali servizi non possano ritenersi strettamente necessari o strumentali ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali dell'AC Roma e non individuino, altresì, alcuna delle attività tassativamente indicate all'art. 4, comma 2 del d.lgs. 175/2016.

Inoltre, le delegazioni dirette ACI, come Geser, nell'esercizio dei servizi in concorrenza, potrebbero trovarsi a beneficiare, in quanto riconducibili ad un soggetto cui competono prerogative istituzionali (ACI), di vantaggi concorrenziali rispetto agli altri concorrenti presenti sul mercato delle pratiche automobilistiche, anche in termini di utilizzo di segni distintivi e del marchio ACI.

Per tali motivi, l'Autorità ha ritenuto l'acquisizione in esame in contrasto con i dettami di cui all'art. 4 del d.lgs. 175/2016 e ha indicato alla società AC Roma un termine di sessanta giorni per comunicare le iniziative adottate per rimuovere le violazioni evidenziate nel parere. Non avendo ricevuto comunicazioni da parte dell'amministrazione destinataria del parere, l'Autorità ha disposto il ricorso al giudice amministrativo.

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

Private enforcement

Di particolare rilievo nell'ottica della tutela della concorrenza è anche il nuovo quadro legislativo in tema di *private enforcement* introdotto dal decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3²⁷, di recepimento della direttiva 2014/104/UE ("Direttiva")²⁸.

Il Decreto, come già la Direttiva, presenta previsioni di notevole interesse e impatto per il diritto antitrust. Per tale ragione, l'Autorità è stata coinvolta nei lavori preparatori della disciplina, sia nella fase ascendente di adozione della Direttiva che in quella discendente di preparazione del Decreto di recepimento, partecipando da ultimo fattivamente e proficuamente al tavolo tecnico appositamente costituito presso il Dipartimento Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri insieme ai Ministeri proponenti (Giustizia e Sviluppo Economico).

Emerge, in particolare, dalla nuova disciplina un sistema complessivo di tutela della concorrenza nel quale *public* e *private enforcement* si pongono in rapporto di proficua complementarietà.

L'obiettivo dichiarato, considerato che le violazioni del diritto della concorrenza presentano spesso un elemento transfrontaliero, è quello di ridurre le differenze tra gli Stati membri per quanto riguarda le norme sia sostanziali che procedurali che disciplinano queste azioni, in modo da garantire condizioni più uniformi per le imprese operanti nel mercato interno e migliorare le condizioni alle quali gli attori del mercato possono esercitare pienamente i loro diritti.

Nel complesso, il Decreto detta disposizioni per garantire l'effettività del risarcimento del danno da illecito antitrust mediante regole dettagliate che consentono l'acquisizione, nel processo civile, di prove in possesso di chiunque le detenga, parti e terzi, compresa l'Autorità, e dettando una serie di misure a tutela di interessi contrapposti, tra cui quello alla tutela delle informazioni riservate, e prevedendo, a presidio del *public enforcement*, regole specifiche anche a tutela delle procedure di *leniency*.

Con riguardo all'acquisizione delle prove nel processo, di cui agli articoli 3 e 4, sono state specificamente disciplinate una serie di cautele poste a salvaguardia delle informazioni riservate, in linea con quanto richiesto dalla Direttiva. All'Autorità è stato attribuito un ruolo cruciale nel contributo al bilanciamento dell'interesse sotteso a ordini di esibizione in funzione della tutela di soggetti danneggiati ed esigenze di tutela del *public enforcement*, mediante il riconoscimento di un potere autonomo di

²⁷ d.lgs. 3/2017, (Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, di seguito, "Decreto"), pubblicato G.U. n. 15 del 19 gennaio 2017.

²⁸ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

presentare osservazioni nei casi di esibizione che riguardano documenti istruttori.

Un elemento di particolare novità è rappresentato dall'articolo 7, comma 1, che disciplina gli effetti delle decisioni definitive dell'Autorità nell'ambito dell'azione civile per danni. La norma dispone che, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno, si ritiene *“definitivamente accertata”*, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'Autorità non più soggetta a impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. La stessa disposizione precisa che l'efficacia di accertamento definitivo si estende alla *“natura della violazione”* e alla *“sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”*, ma non riguarda *“il nesso di causalità e l'esistenza del danno”*, i quali ultimi elementi saranno soggetti all'accertamento autonomo da parte del giudice. La disposizione contiene tuttavia un *caveat* facente leva sul tipo di sindacato, particolare, del giudice amministrativo sulle decisioni dell'Autorità, che solleva qualche criticità dal punto di vista teorico e applicativo.

Rileva, inoltre, l'art. 14, comma 3, che stabilisce una collaborazione istituzionale tra giudice e Autorità per quanto riguarda gli orientamenti che quest'ultima può essere chiamata a fornire, ai fini della quantificazione del danno, in un'azione concreta per danni.

Il Decreto ha altresì introdotto una modifica all'art. 1 della l. 287/1990 per effetto della quale è ora possibile procedere all'applicazione parallela a uno stesso caso degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) con gli artt. 2 e 3 della l. 287/1990, allineando il nostro sistema a quello di altri Stati membri.

Cinema

Alla fine del 2016 è entrata in vigore la legge 14 novembre 2016, n. 220 (*Disciplina del cinema e dell'audiovisivo*).

Nel riformare la disciplina del settore, l'art. 31 del provvedimento, tra le misure dirette a favorire una migliore distribuzione delle opere cinematografiche, ribadisce la competenza dell'Autorità ad intervenire a tutela della concorrenza nel settore, tra l'altro con riguardo all'ipotesi in cui *“sul mercato di riferimento un unico soggetto, ivi comprese le agenzie territoriali mono o plurimandatarie, sul territorio nazionale ovvero su base regionale o anche in una sola delle città capoluogo di regione, detenga, direttamente o indirettamente, una posizione dominante nel mercato della distribuzione e dell'esercizio cinematografico, con particolare riferimento ai soggetti che operano contestualmente anche in uno dei seguenti settori: produzione, programmazione, edizione o distribuzione di servizi televisivi, on line o telefonici”*.

Il medesimo articolo attribuisce all'Autorità il compito di monitorare

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

lo stato della concorrenza nel settore della distribuzione cinematografica, presentando annualmente alle Camere un'apposita relazione.

Per dare attuazione a tali disposizioni, l'Autorità si è attivata prontamente avviando una collaborazione con il MIBACT, che ha portato alla predisposizione di questionari per la raccolta di dati, al fine di ricostruire la struttura e le dinamiche del mercato della distribuzione cinematografica alla luce dell'evoluzione tecnologica in atto.

Il ruolo dell'Antitrust attraverso una sintesi dei suoi interventi

In linea con gli indirizzi comunitari, che invitano le istituzioni dei vari Paesi dell'Unione ad avviare programmi di semplificazione e a promuovere regolamentazioni pro-concorrenziali dei nuovi mercati applicando il principio del *level playing field*, in modo da attrarre investimenti e incentivare l'ingresso di nuovi entranti, l'Autorità, anche nel 2016, ha compiuto numerosi interventi finalizzati alla promozione e alla tutela della concorrenza.

Per ciò che concerne la promozione della concorrenza, l'Autorità ha effettuato complessivamente 93 interventi di segnalazioni e pareri consultivi, prevalentemente rivolti alle amministrazioni. Su questi pareri e segnalazioni l'Autorità ha continuato a svolgere un'attività di monitoraggio, iniziata nel 2013, allo scopo di verificare l'efficacia della propria attività di *advocacy* e di ottenere una sorta di *feedback* sui propri interventi in modo da poterne aumentare il tasso di riuscita.

Per ciò che concerne l'attività di tutela della concorrenza, prevalentemente rivolta alle imprese, nel 2016 l'Autorità ha concluso sette istruttorie avviate per casi di intese, tre istruttorie avviate per abusi di posizione dominante, un'istruttoria per un caso di ritardo nei pagamenti e cinque istruttorie volte a esaminare operazioni di concentrazione potenzialmente idonee a costituire o rafforzare posizioni dominanti sui mercati nazionali.

Le sanzioni complessivamente comminate sono state di poco inferiori ai 246 milioni di euro, con un incremento di circa il 6% rispetto all'anno precedente. L'Autorità ha inoltre stimato che l'impatto della propria attività di *enforcement*, in termini di benefici sui consumatori, nel 2016 è stato pari a 597 milioni di euro, dei quali circa 504 milioni ottenuti grazie al contrasto delle intese, 7 milioni derivanti dalle istruttorie sugli abusi di posizione

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

dominante e ulteriori 86 milioni dalle misure imposte alle concentrazioni²⁹.

L'Autorità ha concentrato l'attenzione su alcune condotte tenute dalle imprese nell'ambito di alcuni mercati legati all'applicazione di nuove tecnologie. I comportamenti anticoncorrenziali messi in atto in mercati nascenti risultano particolarmente gravi in quanto rischiano di minare, fin dall'origine, il confronto concorrenziale fra le imprese, riducendo, conseguentemente, i benefici per i consumatori solitamente a essi legati. L'applicazione di nuove tecnologie alla produzione di beni e servizi, infatti, permette spesso di migliorare la loro qualità o di incrementare la loro quantità, rispondendo alle esigenze di nuove porzioni di domanda insoddisfatta; contestualmente, può rappresentare l'occasione per far nascere e sviluppare nuove imprese o per osservare l'ingresso di nuovi entranti, più efficienti, in settori tradizionali.

Come già rilevato, in questi nuovi mercati assumono particolare rilievo gli aspetti regolatori, i quali possono incentivare o ostacolare i processi innovativi, come sottolineato anche dall'Unione europea³⁰; tuttavia, contestualmente all'attività *ex ante*, che compete prevalentemente al legislatore e ai regolatori (e che l'Autorità cerca di indirizzare attraverso la già ricordata attività di *advocacy*), assume particolare importanza anche il lavoro svolto *ex post* dall'Autorità, volto a evitare che le buone pratiche e le condotte ammesse o incentivate dalla regolazione siano disattese o violate dal comportamento anticoncorrenziale delle imprese.

Inoltre, l'Autorità ha proseguito la sua attività di studio e di analisi dei mercati, allo scopo di verificare l'esistenza di criticità e problematiche che potrebbero minare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali fra gli operatori presenti, o che potrebbero ostacolare o rallentare l'ingresso di nuove imprese. Sotto questo profilo, l'anno trascorso ha visto chiudersi ben cinque indagini conoscitive: alcune hanno riguardato settori a forte presenza di operatori pubblici, scarsamente aperti alle dinamiche concorrenziali e in via di progressiva liberalizzazione, come quello del trasporto pubblico locale³¹ e quello della gestione dei rifiuti³²; un'altra ha avuto a oggetto un settore scarsamente trasparente e il cui mercato ha importanti ricadute in termini di spesa pubblica e tutela della salute, come quello relativo ai vaccini per uso umano³³; un'altra ancora ha riguardato un settore che presentava alcune opacità sul meccanismo di trasmissione dei

²⁹ Tali stime sono state effettuate all'indomani della chiusura delle istruttorie concluse nel 2016 e sono pertanto stime *ex ante* degli effetti degli interventi dell'Autorità; inoltre, non tengono conto degli esiti degli eventuali contenziosi davanti ai giudici amministrativi.

³⁰ European Political Strategy Center, *Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation*, EPSC Strategic Notes, 30 giugno 2016.

³¹ AGCM, IC47 - *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*.

³² AGCM, IC49 - *Indagine conoscitiva sul mercato dei rifiuti urbani*.

³³ AGCM, IC50 - *Indagine conoscitiva sui vaccini per uso umano*.

CAP. I - LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI EVOLUTIVI E LINEE DI INTERVENTO

prezzi lungo le fasi della filiera, come quello del latte³⁴; infine, l'ultima ha coinvolto il settore audiovisivo³⁵, caratterizzato da una profonda evoluzione tecnologica che sta introducendo innovative modalità di produzione, distribuzione, trasmissione e fruizione di contenuti.

Per quanto riguarda, invece, l'attività a tutela dei consumatori, nel 2016 l'Autorità ha svolto 112 procedimenti, dei quali in 93 casi ha riscontrato infrazioni delle norme del Codice del Consumo e del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145 (*Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*), mentre altri 11 casi si sono chiusi con l'accettazione degli impegni.

I consumatori e le associazioni dei consumatori hanno svolto, anche nel 2016, un ruolo fondamentale nel segnalare casi di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette: i primi hanno infatti consentito di avviare 81 procedimenti istruttori (di cui 69 conclusi con l'accertamento della violazione della legge), mentre grazie alle seconde si sono avviati 23 procedimenti istruttori, di cui 17 conclusi con l'accertamento della violazione della legge.

Le sanzioni complessivamente comminate sono state pari a circa 53 milioni di euro, con un incremento del 62% rispetto al 2015.

Infine, consistente è stata anche l'attività svolta in materia di *rating* di legalità: nel 2016, infatti, l'Autorità ha esaminato 2077 richieste di *rating* presentate dalle imprese (con incremento del 48,4% rispetto al 2015); in 1635 casi ha rilasciato il *rating* a nuove imprese; in 71 casi lo ha rinnovato; in 8 casi lo ha revocato; infine, 85 sono state le decisioni relative ai dinieghi.

Il *rating* di legalità permette di incrementare il livello di efficienza del mercato, aumentandone la trasparenza, e costituisce un'importante strumento per la lotta alla corruzione che, come detto, è uno degli obiettivi richiamati anche dalle istituzioni comunitarie; il rilascio del *rating* alle imprese che lo richiedono, infatti, permette a queste ultime di aumentare le loro possibilità di accesso al credito e di partecipazione alle gare di appalto. L'istituto ha avuto un nuovo impulso nel 2016 a seguito dell'emanazione del nuovo Codice degli Appalti che, ai fini della qualificazione delle imprese, ha inserito il *rating* di legalità tra i requisiti reputazionali necessari per ottenere il *rating* d'impresa (art. 83, comma 10). Inoltre, il *rating* figura anche tra i criteri di aggiudicazione dell'appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici sono, infatti, tenute ad indicare nel bando di gara, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità dell'offerente (art. 95, comma 13).

³⁴ AGCM, IC51 - *Indagine conoscitiva sul settore lattiero-caseario*.

³⁵ AGCM, IC41 - *Indagine conoscitiva sul settore audiovisivo*.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

L'attività di competition advocacy e il monitoraggio degli esiti

Come noto, nel 2013 l'Autorità ha avviato un monitoraggio della propria attività di *advocacy* per rilevare il tasso di ottemperanza dei soggetti destinatari di pareri e segnalazioni. Il livello di ottemperanza è misurato in termini di corrispondenza alle indicazioni fornite negli interventi dell'Autorità e non si estende alla valutazione dell'impatto economico degli adeguamenti introdotti.

I risultati del monitoraggio vengono pubblicati annualmente dall'Autorità: in particolare, nella relazione annuale vengono riportati i risultati del monitoraggio relativo al primo semestre dell'anno cui si riferisce la Relazione e all'anno precedente, mentre nel giugno di ogni anno vengono pubblicati sul sito dell'Autorità, in un'apposita sezione, i dati definitivi del biennio precedente.

Nel giugno del 2016 sono stati pubblicati i risultati del monitoraggio relativo a tutti gli interventi di *advocacy* effettuati dal 1° gennaio 2014 al 31 dicembre 2015, per un totale di 176 delibere (76 nel 2014 e 100 nel 2015) adottate ai sensi degli articoli 21, 22 e 21-bis della l. 287/1990, oppure ai sensi di normative diverse dalla legge antitrust; in 96 casi si è avuto un esito positivo (75 esiti positivi e 21 parzialmente positivi) pari a un tasso di successo del 55% (43% di esiti positivi e 12% di parzialmente positivi), gli esiti negativi sono stati il 33% (58 casi) mentre vi è stata una percentuale di non valutabili del 12%. I risultati migliori si sono avuti con riguardo ai pareri rilasciati ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, che hanno avuto un tasso di successo pari al 65%, contro il 39% delle segnalazioni ex art. 21 e il 52% fatto registrare dalle segnalazioni ex art. 21-bis³⁶. Tali risultati sono stati confermati, nella sostanza, anche dal successivo monitoraggio relativo alle segnalazioni del periodo 1° gennaio 2015 - 30 giugno 2016, di cui si darà conto nel secondo capitolo.

Gli interventi ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990, dunque, oltre ad essere i più utilizzati dall'Autorità, risultano essere anche i più efficaci. La differenza con gli altri strumenti di *advocacy* si spiega col fatto che, mentre le segnalazioni rese ai sensi dell'art. 21 sono promosse d'ufficio dall'Autorità ed intervengono su normative o su atti amministrativi già entrati in vigore, i pareri resi ex art. 22 sono spesso richiesti dalle stesse amministrazioni e, in generale, sono rilasciati in un momento in cui la legge o l'atto amministrativo non hanno ancora una veste definitiva. Tale risultato è coerente con quanto emerso nelle precedenti analisi e conferma il ruolo di "consulente" per la concorrenza che l'Autorità ha assunto rispetto alle altre pubbliche amministrazioni.

³⁶ I risultati dettagliati del monitoraggio sono stati pubblicati sul sito dell'Autorità <http://www.agcm.it>