

“L’ANTITRUST ITALIANO: VENT’ANNI DI ESPERIENZA”

FONDAZIONE LUIGI EINAUDI – Roma, 26 novembre 2010

“La concorrenza e il consumatore 2005-2010”

intervento di Luigi Fiorentino

Volendo rintracciare, il *fil rouge* che negli ultimi cinque anni ha condotto l'azione dell'Antitrust, credo che questo possa senz'altro essere individuato, da un lato, nel riconoscimento della “centralità” del consumatore nell'esercizio delle varie attribuzioni, dall'altro, nella valorizzazione del dialogo “sulla concorrenza” con le Istituzioni e con le imprese.

Si tratta, come vedremo, di due temi che fanno parte di uno stesso *continuum* e costituiscono le note che hanno caratterizzato e informato di sé – come un sottofondo - l'intero operato dell'Istituto nell'arco temporale considerato.

Su queste basi, articolerò il mio intervento muovendo da una riflessione sull'unitarietà del nuovo sistema di tutele affidato all'Autorità, per analizzare poi le diverse forme di confronto con Istituzioni, imprese e consumatori, giungendo quindi al ruolo della concorrenza nell'attuale congiuntura economica.

Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori in un sistema unitario

L'attribuzione, nel 2007, di specifiche competenze in materia di pratiche commerciali scorrette è intervenuta quasi a suggellare rafforzandolo un **percorso “proconsumeristico”** che era stato intrapreso già in precedenza nella materia *antitrust* strettamente intesa.

A ben vedere, anche a voler prescindere dalle competenze attribuite all'Autorità sin dal 1992 in materia di pubblicità ingannevole, il legame esistente tra l'applicazione del diritto *antitrust* strettamente inteso e la tutela del consumatore si rinviene nel dettato stesso della legge 287/1990 che, in più sedi rievoca questa figura. Riferimenti al consumatore ricorrono anche nel Trattato di Roma.

Tuttavia, già nel dibattito teorico, il riconoscimento della sua centralità per lungo tempo non era riuscito ad imporsi. L'attenzione veniva più spesso rivolta a considerare gli obiettivi che la normativa *antitrust* persegue in via diretta e, in particolare, la tutela della libertà di iniziativa economica.

Non è mai stato controverso che l'intervento *antitrust* sia chiamato ad apportare benefici alla collettività complessivamente considerata in quanto un'efficace *enforcement* garantisce una più ampia gamma di beni e servizi a prezzi più bassi e con *standard* qualitativi più elevati.

Nondimeno soltanto una rafforzata consapevolezza circa la centralità del ruolo dei consumatori ha portato a ritenere che questi possano essere considerarsi i referenti ultimi, e dichiarati, delle politiche di concorrenza. Questa idea ha trovato ingresso e formalizzazione in direttive e regolamenti comunitari e altri documenti chiave della Commissione Europea.

La stessa Commissione, già sotto la guida del Commissario alla Concorrenza Neelie Kroes, ha iniziato una nuova stagione del diritto antitrust che, nel valutare le pratiche anticompetitive principalmente alla luce degli effetti economici, focalizza l'*enforcement* sulle violazioni più dannose per i consumatori.

Così, la considerazione del pregiudizio per i consumatori diviene – dice la Commissione - “l'essenza di quello che facciamo” (KROES, “*Competition Policy and Consumers*”, Bruxelles, 16/11/2006, discorso al Bureau Européen des Unions de Consommateurs) e la promozione dei diritti dei consumatori viene indicata come “una delle più grandi battaglie del nostro tempo” (KROES, *Consumers at the heart of EU competition policy*, discorso tenuto a Strasburgo, 22 aprile 2008, presso European Consumers' Association).

In tal senso, appare emblematico come l'argomento scelto per l'edizione 2008 della relazione sulla concorrenza sia stato “*Cartelli e consumatori*”.

Espressamente la stessa Commissione dichiara, nel 2009 che, nell'applicare l'articolo 82 (ora articolo 102 del TFUE), “*si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori*” (cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato*, punto 5).

E più recentemente Joaquim Almunia ha affermato di ritenere che le Autorità pubbliche abbiano una grande responsabilità nel proteggere gli interessi dei consumatori in un momento caratterizzato da disoccupazione e costi sociali alti (*Compliance and Competition policy BusinessEurope & US Chamber of Commerce*, 25 Ottobre 2010 Brussels, Belgio).

In Italia, è la Suprema Corte, nel 2005, a promuovere la legge *antitrust* a disciplina posta a tutela degli interessi non soltanto delle imprese ma di “tutti i soggetti del mercato”, consumatori compresi (Cass., SS.UU., n. 2207/2005). La stessa Corte precisa, due anni dopo, che il contratto con il consumatore è la punta dell'*iceberg* che “mette al sacco – si dice - il meccanismo autoequilibratore su cui poggiano gli architravi del libero mercato”: in questo senso, il contratto finale tra imprenditore e consumatore viene a costituire il “compimento stesso” dell'intesa anticompetitiva (Cass., Sezione III civ., n. 2305/2007). Anche il giudice amministrativo, seppure con maggiore prudenza, comincia a considerare l'interesse del consumatore come parametro cui fare ricorso nell'applicazione dei diversi istituti.

Così, dell'intesa illecita, si censura l'effetto di “*erodere i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale*” (Tar Lazio, 14 settembre 2007, n. 8951, caso I/446 Compagnie aeree - Fuel charge). Ancora, nel valutare la consistenza stessa dell'intesa, il giudice amministrativo richiama la considerazione degli “*effetti sfavorevoli per i consumatori che essa ha finito per produrre*” (Cons. Stato, 22 gennaio 2008, n. 695, caso I/329 Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda).

Mentre l'azione *antitrust* strettamente intesa si sviluppava lungo questa direttrice, il recepimento – nel 2007 - della Direttiva 2005/29 CE in materia di pratiche commerciali scorrette e l'affidamento delle relative competenze all'Autorità garante ha, di fatto, accelerato ed integrato questo processo.

Mi piace vedere l'attuale sistema di tutele come **un sistema integrato e unitario** e di questo ho riscontro quotidiano nei casi sui quali l'Autorità è chiamata ad intervenire. Le due competenze dialogano continuamente e la *ratio* dell'affidamento della loro applicazione alla stessa Autorità riposa su basi molto solide.

Il minimo comune denominatore è ancora uno: la tutela del consumatore, in via diretta o in via mediata, in una logica di circolarità del sistema.

Se la concorrenza va a beneficio ultimo dei consumatori in quanto mira a garantire l'emersione di beni e servizi migliori ai prezzi più bassi, la concorrenza può esplicarsi pienamente soltanto in un contesto di libertà e consapevolezza nelle scelte da parte degli acquirenti di questi beni e servizi, che sono appunto i valori che le norme a tutela dei consumatori intendono garantire.

La complementarietà degli strumenti è intuitiva: determinate condotte che un tempo non avrebbero potuto essere colte né con gli strumenti della concorrenza (per le ridotte dimensioni dell'operatore o per l'assenza di accordi collusivi), possono ora trovare rilevanza come pratiche commerciali scorrette.

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette può allora ben considerarsi l'approdo di un processo che, nel valorizzare il ruolo dei consumatori come attori protagonisti del mercato, ha condotto alla consapevolezza circa l'impossibilità di costruire un mercato unico incidendo solo sull'offerta senza guardare alla domanda.

Del resto le regole di concorrenza, da sole, non avrebbero potuto sortire l'effetto di garantire trasparenza nei rapporti commerciali e di fornire ai consumatori gli strumenti informativi adeguati per essere, nel libero mercato, parti attive e responsabili, avvedute e coscienti.

La difficoltà sta nell'individuare il punto di equilibrio, nel sapere fare dialogare le due competenze: non si deve sfociare in eccessivi protezionismi che, al contrario, potrebbero incidere negativamente sulle dinamiche concorrenziali. Così, gli obblighi di trasparenza e chiarezza nelle comunicazioni ai consumatori non devono, ad esempio, costituire occasioni di coordinamento tra gli operatori, tali da disincentivare la tensione competitiva che riposa sull'autonomia nelle strategie commerciali e anche nel fare informazione.

Solo poche settimane fa, lo stesso Joaquim Almunia ha dichiarato di porsi come obiettivo quello di "trovare un equilibrio" tra la protezione del benessere dei consumatori e la creazione delle giuste condizioni per la crescita delle imprese in Europa (*State of Play and Future Outlook European Competition Day*, 21 Ottobre 2010, Brussels, Belgio).

L'osmosi tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore è di tutta evidenza. Lo è, ad esempio, nei mercati dell'energia e delle telecomunicazioni, entrambi oggetto di recenti interventi di liberalizzazione, come pure in quelli relativi al settore finanziario, bancario e assicurativo.

La definizione di modelli astratti, in ambiti così sensibili e delicati, non può di sicuro considerarsi sufficiente per ridurre lo squilibrio sussistente tra le parti (impresa e consumatore) in relazione alla disponibilità e alla intelligibilità di informazioni e conoscenze, che rappresenta senz'altro uno dei principali fattori distorsivi del mercato.

Tarare il livello di “diligenza” che può essere richiesto alle imprese nei confronti dei consumatori è la cosa più complessa.

Penso al caso relativo alla “portabilità dei mutui”: l'Autorità aveva sanzionato numerose banche per avere proposto, anziché la surrogazione, la sostituzione del mutuo, sulla base di verifiche (cd. *mystery shopping*) che erano state effettuate da un'associazione di consumatori presso alcune filiali di vari istituti di credito. Il giudice ha invitato l'Autorità a valorizzare “le circostanze del caso concreto” (TAR Lazio sez. I, sent. n. 3700/2009, nel caso PS/1204 *Portabilità del mutuo - BPM*) ritenendo che la condotta concretamente esigibile dalle imprese dovesse essere parametrata alla peculiarità della vicenda negoziale, al complesso delle conoscenze riferibili all'operatore commerciale e alla qualificazione del “contatto” con la clientela. Sulle conclusioni cui è pervenuto il giudice ha inciso anche la considerazione della “non univocità” interpretativa e applicativa del quadro normativo di riferimento.

A prescindere dalle conclusioni alle quali nel caso di specie è pervenuto il giudice amministrativo (nel doppio grado di giudizio, in quanto la sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato, disp. n. 568/2010), conclusioni che ritengo non pienamente condivisibili, la vicenda mi sembra comunque emblematica dello sforzo estremo cui è chiamata l'Autorità nel soppesare e definire quale sia la condotta “esigibile” dalle imprese nei rapporti di consumo.

Con i propri orientamenti, espressi tramite i provvedimenti adottati, l'Autorità, oltre a reprimere le condotte illecite, può cogliere un obiettivo di più lungo periodo: contribuire a far permeare, nel modo di fare impresa, i principi di correttezza e buona fede.

Un ulteriore aspetto merita attenzione. La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette crea un sistema di tutele ampio e generalizzato, suscettibile di essere applicato a tutte le fasi del rapporto di consumo e a prescindere dal settore o mercato sul quale insiste la condotta segnalata.

L'ampiezza dello spettro d'azione conferito dal legislatore all'Autorità costituisce un'opportunità ma anche un rischio. Un'opportunità perché consente di cogliere con pienezza anche le strategie commerciali più insidiose che sono quelle che non riposano su atti o documenti ma su condotte o su prassi penalizzanti per i consumatori. Un rischio perché costringe l'Istituzione a confrontarsi anche con episodi di "microconflittualità" che non necessariamente sono sintomatici di problematiche diffuse e "di sistema".

Ma l'ampiezza della disciplina impatta, come si può immaginare, anche sul **rapporto con le altre Autorità** preposte, a diverso titolo, alla vigilanza sui mercati o anche alla loro regolazione.

Il Consiglio di Stato, con un parere reso con riguardo ai mercati finanziari (n. 3999 del 3 dicembre 2008), ha sancito che il principio di specialità opera laddove – come accade nel settore dei servizi finanziari - vi sono ambiti di intervento soggettivamente ed oggettivamente coincidenti e le norme tra cui sussiste il conflitto tutelino il medesimo interesse. Questo principio viene ad operare un riparto che rimette all'Autorità di settore (nel caso di specie, alla Consob) la competenza a conoscere dei servizi finanziari.

In altri ambiti (ossia comunicazioni, energia ma anche credito) la sussistenza di antinomia fra la disciplina del Codice del Consumo e discipline "speciali", alla cui applicazione sono preposte altre Autorità, è stata in più occasioni esclusa dal giudice amministrativo: il Codice del Consumo viene ad aggiungersi *"da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione"* (Tar Lazio, 8 settembre 2009, n. 8400, caso PS/1 *Prezzi bloccati elettricità*; Tar Lazio, 15 giugno 2009, n. 5628, caso PS/86 *SMS Messaggi in segreteria*; Tar Lazio, 15 giugno 2009, nn. 5625-5627-5629, caso PS/24 – *TELECOM Fatturazione per chiamate satellitari*; Tar Lazio, 8 settembre 2009, n. 8399, caso PS/1874 *Enel Energia*; Tar Lazio, 18 gennaio 2010, n. 306, caso PS/1821 AGOS).

Collegato al profilo relativo alla competenza vi è quello inerente la valutazione di quale debba essere il sindacato di merito su condotte che si realizzano in presenza di regolazioni settoriali che definiscono obblighi e modalità di comportamento delle imprese.

Anche qui il giudice amministrativo ha precisato che la disciplina delle pratiche attiene ad aspetti che *“non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono le disposizioni poste a tutela della trasparenza)”*, (Tar Lazio, 6 aprile 2009, n. 3696, caso PS/1190 *Portabilità dei mutui/Deutsche Bank*). Infatti, le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento *“in parte desumibili da siffatte norme [ossia dalle discipline di settore], ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice”* (Tar Lazio, 18 gennaio 2010, n. 306, caso PS/1821 AGOS).

Il principio che si desume è che il tema del rapporto tra tutele diverse si affronta verificando, da un lato, se vi sia identità tra gli interessi affidati alla cura delle diverse Autorità e, dall'altro, se per la tutela di questi interessi vi sia identità tra gli strumenti di intervento offerti dal sistema.

Al di là del criterio di diritto, si avverte e condivido l'esigenza di un sempre più intenso raccordo tra le Autorità preposte, a vario titolo, alla vigilanza sugli stessi operatori e sugli stessi mercati.

Proprio in quest'ottica, l'Autorità garante e la Banca d'Italia stanno lavorando per la definizione di un protocollo in materia di tutela dei consumatori che possa rendere più agevole il coordinamento tra le due Istituzioni.

Il “dialogo” sulla concorrenza e sul consumo: nuovi strumenti e poteri

La Corte Costituzionale ci ha insegnato che la concorrenza è un valore non soltanto da tutelare ma anche da “promuovere” (Corte Cost. n. 14/2004 e n. 272/2004).

Accanto all'*enforcement*, l'Autorità negli ultimi anni ha ritenuto che occorresse adottare iniziative tese a stimolare una vera e propria “cultura” della concorrenza e del consumo.

Da qui, l'esigenza fortemente avvertita di valorizzare e promuovere, tramite i diversi strumenti a disposizione, un vero e proprio “dialogo” su questi temi, con le imprese, con i consumatori e con le Istituzioni.

A luglio del 2005 pubblicai un “commento su alcuni commenti critici” che la prima Relazione Annuale del Presidente Catricalà aveva suscitato (in *MF*, 8 luglio 2005, p. 9). Alcuno imputava all’Autorità una sorta di “snaturamento” nel ricercare un più ampio confronto con le Istituzioni e con il mondo economico. Rappresentai che l’Autorità - allora ne ero il Capo di Gabinetto – riteneva pienamente coerente con le proprie funzioni, e anzi doveroso, tentare di contribuire al miglioramento della qualità delle amministrazioni pubbliche, anche in termini di condivisione dei valori della concorrenza, e che il confronto con le imprese, nell’azione dell’Autorità, andava valorizzato come principio di “civiltà giuridica”.

Non immaginavo, allora, che quegli auspici, di lì a poco, oltre a tradursi in precise scelte di *policy*, avrebbero addirittura trovato un sostegno nell’evoluzione del panorama normativo.

In questo senso, l’attuale Collegio dell’Antitrust ha avuto alcune occasioni importanti e ha saputo coglierle.

Il confronto con le imprese e i nuovi istituti giuridici

Già nel 2005, al fine di rendere più agevole l’ottemperanza all’obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, è stata definita una procedura per le cd. “**prenotifiche**” delle operazioni di concentrazione tra imprese che si concreta in un’attività di assistenza gratuita alle imprese da parte degli uffici dell’Autorità nel fornire i chiarimenti necessari alla compilazione dei formulari.

Nel 2006 è stato introdotto nel nostro ordinamento l’**istituto degli impegni**, già disciplinato a livello comunitario dal Regolamento 1/2003. Come noto, lo strumento consente di definire il procedimento amministrativo rendendo obbligatori gli impegni spontaneamente presentati dalle parti, qualora l’Autorità li ritenga idonei a risolvere la problematica concorrenziale riscontrata in avvio.

Analogo strumento è stato introdotto in materia di pratiche commerciali scorrette.

Già in tempi non sospetti, nel 2004, il giudice amministrativo precisava che il diritto *antitrust* non ha funzione meramente punitiva ma è “*finalizzato più a correggere le distorsioni del mercato che a reprimere una condotta*” (Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368).

Numerose sono ad oggi le decisioni assunte con impegni, volte ad ottenere risultati favorevoli immediati per il mercato e per i consumatori.

La chiusura con impegni si è rivelata utile in relazione a quelle fattispecie per le quali si prospettava una soluzione immediata, strutturale o comportamentale (cfr. ad esempio, i casi *Sorgenia*, tra cui *A/411B Sorgenia/Italgas*) e monitorabile (cfr. *I/704 Assegni Mav - Commissioni Interbancarie*, *A/382 Autostrade/Carta Prepagata Viacard* o *I/692 Mercato dell'editoria scolastica*).

Parlare degli impegni come strumento idoneo a rimuovere i “profili di problematicità concorrenziale riscontrati” potrebbe essere forse, terminologicamente, riduttivo: possono esistere comportamenti, ai quali le imprese si impegnano, che sono in grado di risolvere più radicalmente le cause strutturali che si collocano a monte della distorsione prodottasi sul mercato.

In materia di concorrenza, la Corte di Giustizia ha recentemente precisato che le imprese che propongono impegni accettano coscientemente che le loro concessioni possano “eccedere” le misure che potrebbero essere imposte loro all’esito di un’istruttoria piena. Né questo confligge con il principio di proporzionalità, che si configura diversamente quando si tratta dell’esercizio del potere di accettare impegni rispetto all’esercizio del potere di imporre unilateralmente una condotta (Corte Giust., 29 giugno 2010, C-441/2007, caso *Alrosa*). La sentenza ha annullato quella in precedenza resa dal Trib. I CE che aveva, invece, attribuito portata analoga al principio di proporzionalità nel contesto degli impegni e in quello delle misure imposte a seguito di istruttoria.

Ma è anche vero che in materia di pratiche scorrette, il giudice amministrativo ha precisato che l’impegno deve essere “*esattamente calibrato sui profili di illegittimità della pratica scorretta contestata*” (TAR Lazio, 15 giugno 2009, n. 5626, in PS/348 caso *Nespresso*).

I paletti all’interno dei quali l’Autorità è chiamata a muoversi nell’applicazione dell’istituto degli impegni sono comunque stringenti.

L’Autorità non può aggiungere ulteriori obblighi rispetto a quelli che l’impresa si è dichiarata pronta ad accettare né le è consentito “interpretarli” dovendo piuttosto, in presenza di profili di ambiguità, chiedere ulteriori chiarimenti all’interessato (TAR Lazio, 19 novembre 2008, n. 10428, in *A/378 Federitalia/FISE*) in quanto modificare gli impegni proposti dalle Parti sarebbe una “*facoltà non prevista dal legislatore e incompatibile con la natura dell’istituto*” (CdS sez. VI, sent. n. 7307/2009, in *A/378 Federitalia/FISE*).

Inoltre, in presenza di infrazioni particolarmente gravi, “rivive” la prevalenza dell’interesse pubblico all’accertamento dell’infrazione e all’irrogazione della conseguente sanzione a scopo di deterrenza: la “percezione della gravità dell’infrazione” costituisce, secondo il giudice amministrativo, *“un corretto parametro sulla cui base effettuare, rebus sic stantibus, la valutazione relativa all’accettazione o meno degli impegni proposti”* (cfr. TAR Lazio, n. 14157, caso I/646 Produttori Vernici Marine).

Da qui il rifiuto da parte dell’Autorità di impegni in fattispecie implicanti restrizioni gravi della concorrenza (cfr. I/694 *Listino prezzi della pasta*, I/701 *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici* o I/722-*Logistica internazionale*); o per condotte che già avevano pienamente realizzato il loro effetto restrittivo (cfr. A/403 *Lega Calcio/Chievo Verona*); o ancora nel caso in cui gli impegni non fossero suscettibili di attuazione piena, tempestiva né facilmente verificabile (cfr. I/657 *Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma* o I/700 *Prezzo del gpl per riscaldamento regione Sardegna*).

Nondimeno va segnalato che recentemente il giudice nazionale, nell’annullare il provvedimento di rigetto degli impegni nel caso “Mastercard” (Tar Lazio, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474), ha ripreso, per accogliere un’accezione ampia del principio di “proporzionalità”, la sentenza del Tribunale I CE nel caso *Alrosa*, benché la stessa fosse stata, come visto, successivamente annullata. La stessa decisione del Tar ha affermato, inoltre, l’autonoma impugnabilità del provvedimento di rigetto degli impegni e questo in contrasto rispetto a precedenti decisioni dello stesso Tribunale fondate sull’afferenza dell’atto ad una fase preliminare del procedimento (sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d’utente*, confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 23 febbraio 2010, n. 4905; sentenza 23 febbraio 2010, n. 2828, caso *Multiutility Spa*; sentenza 19 maggio 2010, n. 12283, caso *BNL*; sentenza 19 maggio 2010, n. 12281, caso *Intesa San Paolo/Cancellazione di ipoteca*).

Come si vede, siamo quindi di fronte ad un contesto giurisprudenziale tuttora in via di definizione.

Un altro importante momento di confronto con le imprese è costituito dai **programmi di clemenza** (*leniency programme*), anch’essi disciplinati nel 2006. L’istituto prevede l’immunità totale o parziale dalla sanzione amministrativa per l’impresa che autodenunci la propria adesione ad un cartello segreto e fornisca indicazioni per il reperimento delle relative prove.

Si tratta di procedimenti particolarmente delicati, da poco sottoposti al vaglio della giurisprudenza comunitaria nazionale sul tema dei limiti di accessibilità della documentazione fornita dai *leniency applicant*: non tutti i documenti forniti dall'*applicant* devono essere considerati, per definizione, decisivi per l'accertamento dell'infrazione, ben potendo essere state trasmesse, ai fini dell'ammissione al beneficio del Programma di clemenza, anche informazioni ultronee (Corte di Giustizia, sent. 9/7/2009, *Archers Daniel Midland Co./Commissione*). Su questa premessa, nel caso in cui i documenti contengano segreti commerciali o altri dati commercialmente sensibili, l'Autorità potrà legittimamente escludere l'accesso se non si tratta di elementi "indispensabili" (e non solo utili) all'esercizio del diritto di difesa (CdS Sez. I, sent. 8015/2010, caso I701-*Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Benché meno dirompenti, anche le potenzialità offerte dal nuovo istituto delle **misure cautelari** sono state pienamente sfruttate dall'Autorità. Il potere espresso di adottare misure d'urgenza ha permesso di intervenire in maniera tempestiva ad impedire che si producessero effetti di condotte anticoncorrenziali a danno dei consumatori o quantomeno limitarne la portata.

Così, ad esempio, l'adozione di misure cautelari ha permesso di venire immediatamente incontro alle esigenze dei consumatori di poter acquistare, al di fuori del circuito delle farmacie, i farmaci senza obbligo di ricetta, per cui sussisteva un rifiuto di fornitura da parte dei grossisti alle parafarmacie (I678-*Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*). Con lo stesso strumento sono stati contrastati immediatamente gli effetti restrittivi della circolare ABI del 7 agosto 2006, n. 23, che, disapplicando l'art. 10 del cd. Decreto Bersani, interpretava in senso sfavorevole alla clientela lo *jus variandi* e la nozione di "spese di chiusura" (I675-*ABI/Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*). Ancora, sono state adottate misure cautelari per l'immediato abbandono da parte di ENEL della prassi di subordinare l'attivazione di una nuova utenza al pagamento di morosità pregresse imputabili a precedenti intestatari dell'utenza privi di legami con il richiedente (A390-*ENEL Distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse*).

Qual è lo scopo ultimo, e comune, dei nuovi strumenti?

A ben vedere, in un'ottica pragmatica e con un termine anglosassone, potremmo dire che la logica è quella del *problem-solving*: l'obiettivo "ripristinatorio" del buon funzionamento del mercato è ritenuto prioritario.

La nuova concorrenza bancaria

Le competenze in materia bancaria sono state attribuite all'Autorità *antitrust* con la legge n. 28 dicembre 2005, n. 262. In precedenza l'Autorità aveva un ruolo meramente consultivo. Ad un sistema informato alla vigilanza "per soggetti" si è quindi sostituita una vigilanza "per finalità".

I principali interventi svolti dall'Autorità a partire dall'attribuzione delle **nuove competenze bancarie** hanno riguardato operazioni di concentrazione. L'Autorità ha guardato senza pregiudizi alla crescita dimensionale delle imprese quando idonea a tradursi in risultati migliorativi dell'efficienza e in presenza di certe condizioni.

Importanti operazioni di concentrazione sono state autorizzate subordinatamente al rispetto di una serie di misure.

La prima è la *cessione di sportelli* [considerando le operazioni Intesa SanPaolo, Unicredit Capitalia, UBI, Intesa CR Firenze, Monte dei Paschi Antonveneta, si è trattato di un numero di sportelli superiore a 1.000 con il coinvolgimento di 18 istituti di credito.]. Stimare i benefici indotti per i consumatori non è cosa semplice. Certamente si è evitato un eccessivo grado di concentrazione a livello provinciale, facendo così salve le possibilità di scelta dei consumatori. In secondo luogo, si è data origine a un vero e proprio "mercato degli sportelli" che per la prima volta ha cambiato l'assetto delle reti, nell'ottica di agevolare l'ingresso e/o la crescita di operatori di minori dimensioni.

Altre misure hanno riguardato: la riduzione di legami azionari; lo scioglimento di accordi di *bancassurance* o tra banche/SGR; il superamento di conflitti di ruoli e doppi incarichi da parte di soggetti presenti nella *governance* di più imprese concorrenti.

Le criticità riscontrate in sede di esame delle operazioni di concentrazione hanno indotto l'Autorità a svolgere un'indagine conoscitiva sulla *corporate governance* (IC/36 *La corporate governance di banche e assicurazioni*, 23 dicembre 2008) e una successiva segnalazione (AS/496 *Interventi di regolazione sulla governance di banche e assicurazioni*, 2 febbraio 2009). In tema di *legami personali*, la realtà

italiana appare del tutto peculiare per la dimensione molto significativa del fenomeno. L'Autorità ha osservato che questi legami, soprattutto laddove investano soggetti simultaneamente finanziatori (in quanto azionisti in più banche concorrenti) e finanziati, possono incidere negativamente sulla stabilità e sulla reputazione stessa del sistema.

Grande attenzione è stata riservata alla trasparenza nei confronti della clientela. Con un'indagine conoscitiva sui conti correnti bancari (IC/32 *Prezzi alla clientela dei servizi bancari*, 1° febbraio 2007, n. 16403) e un successivo intervento di segnalazione (AS/394 *Ostacoli allo sviluppo concorrenziale dei mercati dei servizi bancari per la clientela retail*, 28 maggio 2007) l'Autorità ha rappresentato la necessità che le banche forniscano, al di là di quanto espressamente previsto dai fogli informativi, dati di sintesi tali da consentire al consumatore di avere piena ed immediata conoscenza di tutte le spese di tenuta del conto corrente.

L'intensificazione dei rapporti con le Istituzioni: la promozione della concorrenza

Negli ultimi anni il rapporto con le Istituzioni pubbliche è andato intensificandosi, sia per alcune riforme normative intervenute sia anche per la rafforzata convinzione dell'importanza che l'**attività di segnalazione e consultiva** riveste nelle politiche di concorrenza e consumeristiche.

Il numero delle segnalazioni e dei pareri formulati al Parlamento, al Governo o ad altre amministrazioni pubbliche, ai sensi degli articoli 21 e 22, è andato progressivamente aumentando: negli ultimi tre anni, la media è stata di 60 segnalazioni all'anno; nell'anno in corso sono già più di 60.

La circolarità tra regolazione e svolgimento delle funzioni di *advocacy* può avere esiti virtuosi come è stato dimostrato negli ultimi anni da alcuni esempi piuttosto noti: i decreti Bersani avevano a referente molti degli interventi di segnalazione promossi dall'Autorità (in materia di libere professioni, trasporti, distribuzione commerciale, *ius variandi* nei contratti bancari, etc.).

Nel 2009 è stata istituita la **legge annuale di concorrenza** con la quale il Governo potrà tradurre in proposte normative i suggerimenti formulati dall'Autorità e indicare gli ambiti nei quali ritenga opportuno discostarsene. Il Parlamento disporrà periodicamente di un quadro più compiuto degli interventi possibili per la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato. Questa legge segna un punto di svolta

decisivo, formalizzando il ruolo di *advisor* dell'Autorità in un'ottica di coordinamento complessivo e pianificazione annuale degli interventi, settore per settore, le cui potenzialità, se sapranno essere colte dall'esecutivo e dal legislatore, possono contribuire ad una modernizzazione delle strutture di mercato, sempre più necessaria per rendere la nostra economia al passo con i tempi.

Questo vale soprattutto per l'abbattimento delle barriere normative e regolamentari, che tuttora costituiscono, in alcuni o in tutti i mercati, uno dei fattori di maggior impedimento alla nascita e allo sviluppo dell'imprenditoria in Italia: legislazione eccessiva e instabile; cattiva applicazione delle leggi (in termini di giustizia civile); pesanti oneri amministrativi e burocratici soffocano le imprese italiane, facendole tra le più "vessate" al mondo - come sottolineato negli attuali rapporti dell'OCSE (*Economic Outlook* n. 88, 18 novembre 2010, in cui si segnala che la crescita del PIL italiano è scesa all'1% nel 2010) e della Banca Mondiale (*Doing business 2011*), oltre che della Banca d'Italia (BI 2009, Cannari, Magnani e Pellegrini 2010).

Sempre più intenso è divenuto, negli ultimi anni, anche il dialogo con le **amministrazioni locali**.

Sviluppando un *trend* già avviato negli anni passati, l'Autorità ha dato ampio rilievo al ruolo di primo piano che compete alle amministrazioni pubbliche nell'attività contrattuale, sia a monte, all'atto della scelta di fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica, sia a valle nelle modalità concrete di svolgimento delle gare e di definizione dei criteri di partecipazione.

Va anche detto che, talvolta, fare le gare non basta.

Una recente istruttoria avviata nei confronti di un ex-monopolista di servizio pubblico (cfr. il caso avviato lo scorso 13 ottobre, *A/432 Comuni Vari - Espletamento gare affidamento servizio distribuzione gas*) riguarda presunti comportamenti ostruzionistici e dilatori posti in essere da parte del concessionari uscente, nel fornire le informazioni necessarie a predisporre i bandi di gara per il riaffidamento del servizio (per alcune similitudini, anche il caso *A/411B Sorgenia/Italgas*, chiuso con provvedimento del 8/9/2010, benché le condotte insistessero su mercati liberalizzati contigui a quello in concessione).

Lo stesso tema è stato affrontato con riguardo alle gare per l'affidamento dei servizi ferroviari regionali. In risposta ad una richiesta di parere della Regione Piemonte, l'Autorità ha segnalato che i bandi e i capitolati dovrebbero essere formulati in modo da minimizzare il rischio di asimmetrie, anche di tipo informativo, a vantaggio

dell'*incumbent* (in specie, Trenitalia) e a svantaggio della concorrenza potenziale (cfr. segnalazione trasmessa il 3/2/2010 alla Regione Piemonte, AS/658 *Regione Piemonte - Gare per l'affidamento di servizi ferroviari regionali*).

In altri casi l'intervento dell'Autorità si è rivolto verso il comportamento di concessionari di pubblici servizi consistente nel rifiuto o ritardo nel fornire i servizi in concessione, costituenti un input necessario per lo svolgimento di altre attività economiche a monte o a valle. E' il caso dell'operatore dominante che, in vista dell'ingresso di un concorrente, rifiuti o ritardi l'accesso ad una infrastruttura essenziale e non duplicabile: come ai bacini di carenaggio di un porto (A/405 *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*, in cui CAMED aveva impedito ai concorrenti di verificare la situazione di disponibilità dei bacini in tempo utile ad una programmazione adeguata delle attività di riparazione, così da impedirgli di competere efficacemente nell'acquisizione delle commesse); oppure al centro di manutenzione, alle infrastrutture tecniche e agli spazi nei fabbricati viaggiatori di uno scalo ferroviario (A/409 *NTV/RFI-Accesso al nodo di Napoli*); o alla rete telematica per la raccolta *on-line* dei giochi numerici a totalizzatore nazionale (A/419 *Superenalotto*).

L'entrata in vigore dell'**art. 23-bis del d.l. n. 112/2008** (convertito in legge 133/2008) in materia di servizi pubblici locali ha costituito una tappa importante. La riforma prevede che l'ente locale, qualora intenda procedere all'affidamento diretto di un servizio in deroga alle procedure di evidenza pubblica, debba chiedere preventivamente un parere all'Autorità. I pareri resi nel corso del 2009 sono stati oltre 100. Il regolamento di attuazione entrato in vigore lo scorso 12 ottobre affida all'Autorità l'ulteriore compito di ricevere dai Comuni le delibere quadro adottate al termine dell'istruttoria svolta per giustificare l'eventuale sottrazione di alcuni servizi dal processo di liberalizzazione. Inoltre, per il servizio idrico, gli enti affidanti trasmetteranno annualmente all'Autorità le relazioni inerenti la verifica del rispetto delle condizioni poste a giustificazione dell'affidamento *in house* del servizio.

Si tratta di una riforma importante in una logica di sistema in quanto espressione del fatto che il rispetto dei principi di concorrenza deve ormai ritenersi strettamente inerente all'azione amministrativa nel suo complesso. Alle amministrazioni spetta non solo di intraprendere speditamente il cammino verso la modernizzazione e l'efficienza, ma anche di recepire nel proprio agire la cultura della concorrenza.

L'educazione al consumo

Se è vero che il consumatore va difeso e sostenuto, questi - in una società globalizzata - ha anche importanza e “potere”. I consumatori possono infatti “punire” il mercato molto più efficacemente di quanto non possa fare qualunque autorità di controllo. Ma questo è vero nella misura in cui i consumatori siano provvisti degli strumenti utili ad interagire, con consapevolezza, con il mondo economico.

Contribuire a fornire questi strumenti è anch'essa una forma di tutela, che definirei “preventiva”. Si tratta di una tutela verso la quale muovono più istanze.

Mi pare illuminante, dal punto di vista sociologico, come questo tema compaia, con chiarezza anche in un documento quale l'Enciclica Caritas in Veritate: *“in questi momenti in cui i problemi finanziari possono diventare drammatici per molti segmenti più vulnerabili della popolazione (...) i soggetti più deboli vanno educati a difendersi”* e vanno *“educati al ruolo che quotidianamente esercitano e che essi possono svolgere”* (Enc., punto 65, parte finale e 66).

Tutelare i consumatori significa quindi anche aiutarli a “crescere”, a pretendere di essere informati e resi consapevoli delle proprie scelte.

Un consumatore informato è anche un fattore di competitività: è il primo banco di prova per le imprese, e anzi il più importante.

Il tema della educazione del consumatore è stato avvertito come un aspetto imprescindibile nell'azione dell'Autorità, quale parte integrante della propria *mission*.

Gli strumenti impiegati sono stati diversi.

Da un lato una adeguata attività di **comunicazione istituzionale**, volta a diffondere le informazioni sull'operato dell'Autorità, affinché i consumatori conoscano gli strumenti di tutela di cui dispongono. Un sistema di *alerting* sulle fattispecie di inganno o scorrettezza più ricorrenti è ugualmente importante.

Dal 2008 l'Autorità ha istituito un **Contact Center** che opera come nuovo canale di comunicazione con il pubblico che ha il duplice obiettivo, da un lato, di farsi “sensore” delle situazioni di malessere ingenerate da condotte commerciali scorrette, dall'altro, di colmare, almeno in parte la distanza tra consumatori e Autorità di controllo. Questo canale ha raccolto 9.000 segnalazioni nel 2008 e 8.400 nel 2009.

In un'ottica di sensibilizzazione si colloca il **Protocollo di collaborazione**, recentemente sottoscritto dall'Autorità, unitamente a Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip, in materia di “educazione finanziaria”.

Nella stessa direzione si muove il “**Progetto scuola**” condotto dall’Autorità in collaborazione con il Ministero dell’Università e della Ricerca, aperto alla partecipazione di tutte le scuole primarie, secondarie e superiori d’Italia. Da aprile di quest’anno ad oggi, 2.342 alunni hanno ricevuto lezioni in materia di antitrust e pratiche commerciali scorrette dai nostri funzionari che si sono recati presso 51 scuole localizzate su tutto il territorio nazionale.

L’Antitrust in tempi di crisi

Gli ultimi anni sono stati, e forse sono ancora, anche gli anni della crisi economica e in tempi recenti si sono realizzate dinamiche non immaginabili fino a poco tempo fa. Penso ai molti interventi “di salvataggio” effettuati a livello mondiale ed europeo, che – paradossalmente – hanno visto una sorta di correlazione inversa rispetto alla tradizione “liberista” che ha caratterizzato i diversi Paesi. Se si pensa ai provvedimenti adottati dal Paese che ha sempre fatto del libero mercato un credo per il proprio sviluppo economico (gli Stati Uniti), risultano evidenti i profondi cambiamenti che hanno investito il sistema finanziario internazionale.

In Italia, è noto che con il decreto Alitalia (art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166) i poteri di intervento dell’Autorità sono stati sospesi ex lege e la possibilità di applicare la normativa antitrust è stata limitata ad un controllo ex post sulla condotta delle imprese (ex artt. 2 e 3 della L. 287/90). L’Autorità è potuta intervenire nei soli limiti delle finalità di controllo dei prezzi imposte dal decreto-legge stesso (prov. del 3/12/2008 n. 19248, Alitalia/CAI). La questione di legittimità costituzionale del decreto in questione, con riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, è stata recentemente ritenuta infondata dalla Corte Costituzionale (sent. n. 270/2010).

La ragioni di interesse generale e di politica economica che hanno indotto gli interventi sopra ricordati, non sono oggi in discussione. Nondimeno, interventi di “salvataggio” in tanto possono ritenersi ammissibili in quanto temporanei e funzionali al raggiungimento di assetti di mercato correttamente regolati e vigilati.

Questo è fondamentale. Mettere anche solo larvatamente in discussione le virtù della concorrenza sarebbe sbagliato.

Cosa diversa e fondata è, invece, ritenere che i meccanismi di governo dei mercati possano essere rimeditati. Se in passato si pensava che fosse sufficiente

liberalizzare per avere concorrenza, crescita ed efficienza, la realtà degli ultimi anni ha fatto comprendere che questo non basta ma che occorrono alcuni pre-requisiti essenziali: condizioni chiare per competere; assetti di controllo tali da assicurare stabilità ma che non ostacolino la contendibilità; condizioni di trasparenza che consentano un'informazione completa a vantaggio della qualità.

Il rischio di assecondare moti protezionistici va evitato. Cosa diversa è auspicare un ritorno a regole di funzionamento dei mercati che siano certe, comuni e condivise. Questa idea non si pone affatto in contrasto con la concorrenza e con il mercato ma anzi ne costituisce una "pre-condizione". Legge e mercato non sono concetti antitetici e il mercato non vive fuori dalla legge: Natalino Irti ci ricorda che *"la forma dell'economia è tutt'uno con la sua struttura normativa, con la sua intrinseca e costitutiva legalità"* e che il proprio dell'economia di mercato non consiste nello *"scrollarsi"* le norme di dosso.

In buona sostanza, la concorrenza riposa non sulla totale assenza di regole ma sulla non discriminatorietà delle regole date e sulla parità delle armi, tra gli operatori economici, nel rispettarle. Definire il *quantum* di regole necessarie è l'operazione più complessa.

Altrettanto complesso è ristabilire la fiducia nel sistema. Essa riposa su condizioni esogene (la trasparenza e una regolazione efficiente) e su condizioni endogene (la credibilità e la correttezza del comportamento degli operatori economici).

Per realizzare queste condizioni anche le Autorità di vigilanza sono chiamate a svolgere un ruolo.

In questa fase storica le autorità di controllo si sono trovate sotto i riflettori dell'opinione pubblica non meno dei protagonisti economici della crisi. Questo ha riguardato non soltanto i regolatori ma anche le Autorità di concorrenza. E da alcune parti, si è anche forse sentito il desiderio di chiedere alla concorrenza stessa di fare un passo indietro: quasi che essa sia un bene di lusso, giusta per i tempi floridi ma non quando i mercati soffrono e invocano "protezioni".

Mi sembra emblematico che, sia a livello comunitario che oltre oceano, i vertici delle Autorità di concorrenza abbiano sentito la necessità di riaffermare con forza il proprio ruolo: Neelie Kroes nel 2008 e Thomas Rosch nel 2009 usano le stesse parole per qualificare le politiche di concorrenza come *"part of the solution"* dei problemi ingenerati dalla crisi (N. KROES, *In defence of competition policy*, Bruxelles, 2008; T. ROSCH, *Implications of the Financial Meltdown for the FTC*, New York, 2009).

E forse non è un caso che, sempre nel 2008, la Commissione europea senta il bisogno di veicolare al pubblico il “perché” degli interventi *antitrust*, sul presupposto che tutti, anche fuori dai tecnicismi *antitrust*, debbano essere messi in condizione di comprendere perché dalla concorrenza ci si attende un miglioramento della qualità della vita (Kroes, *Competition Policy Challenges* in 2008, atti della Centesima sessione del Comitato Concorrenza dell’OCSE, Parigi, 20 febbraio 2008).

Solo pochi giorni fa Joaquim Almunia ha ribadito: *“I believe that the case for effective enforcement and deterrence is actually stronger when the economy is weak”* (“Compliance and Competition policy BusinessEurope & US Chamber of Commerce”, 25 Ottobre 2010 Brussels, Belgio).

Certo è che la crisi ha acceso un faro su un concetto: che le politiche di concorrenza non sono *fine a se stesse* e non possono essere dogmatiche. Esse sono strumenti funzionali al buon andamento dei mercati e alla tutela dei consumatori. Una seconda consapevolezza è quella che il mercato non è una nozione valida “una volta per tutte” ma è una nozione “storicamente determinata”. Cogliere questi aspetti e saperli valorizzare credo che sia, oggi come sempre e ancor più di sempre, la sfida più grande per un’Autorità di concorrenza.

In questo momento storico, di fronte ad un malessere economico e sociale sempre più diffuso, è essenziale porre al centro il ristabilimento di condizioni di fiducia e di trasparenza nelle relazioni economiche.

Nel 2006 Mario Monti, scrivendo sul “primato del consumatore” (Corriere della Sera, 12-2-2006, p. 1) si chiedeva *“avrebbe senso porre, esplicitamente, l’interesse dei consumatori al centro della politica economica italiana?”* e osservava: *“creando, nell’interesse dei consumatori, un ambiente economico più aperto e competitivo, (si) creano anche le condizioni perché le imprese che vi operano diventino più efficienti”*.

Siamo da sempre abituati a pensare che tramite le regole di concorrenza si tutelano (anche) i consumatori. Ma forse oggi bisogna anche prendere atto che attraverso la tutela dei consumatori si promuove la concorrenza.