

GABRIELE MAZZANTINI

L'ANALISI D'IMPATTO DELLA REGOLAZIONE SULLA CONCORRENZA: «EPPUR SI MUOVE!»

1. Introduzione

Diversi studi e lavori di ricerca hanno mostrato, negli ultimi anni, come la regolazione impatti in modo diretto sulla competitività di un sistema paese e sulla performance delle imprese regolate; in particolare, in base ad alcuni studi empirici, sembra che una regolazione certa, più aperta alla concorrenza e meno intrusiva, permetta alle forze di mercato nel medio-lungo periodo, di selezionare gli attori più efficienti e di tenere più a freno la dinamica dei prezzi [Mazzantini e Oliva, 2007].

I tempi sembrano quindi maturi per diffondere anche fra gli enti pubblici e le varie istituzioni una cultura pro-concorrenziale. A ben vedere, tra l'altro, ciò non contrasta con le politiche che si stanno progressivamente elaborando ed attuando in questo periodo, in cui si assiste ad un marcato ritorno dell'intervento dello stato – e, più in generale, del potere pubblico – nell'economia. L'obiettivo più generale dell'analisi d'impatto della regolazione (AIR) nei confronti della concorrenza, dovrebbe infatti essere quello di condurre gli organi di governo, di tutti i livelli, a compiere scelte più consapevoli riguardo alle conseguenze prodotte dalle varie opzioni regolatorie sulla competitività del sistema economico. Ciò è vero anche (e, forse, ancor più) in periodi in cui la concorrenza deve lasciare il posto al perseguimento di altri obiettivi macroeconomici e sociali.

In questo contributo saranno presentate le novità più rilevanti in tema di analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza (AIRC) e si darà conto del ruolo che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) potrà svolgere in futuro per la sua diffusione e affermazione.

2. Lo scenario internazionale: l'Ocse, l'Oft e il Dfid

A livello internazionale, l'Ocse è stato tradizionalmente uno degli organismi più sensibili al tema dell'analisi dell'impatto della regolazione e, in particolare, alle conseguenze negative che spesso accompagnano una regolazione eccessiva dei mercati.

Già nel 1995 fu elaborato un documento contenente una *checklist* di dieci punti che sottolineava la necessità di stimare i costi della regolazione e di paragonarli con i benefici da questa ottenuti¹, mentre nel 1997 fu formulato un set di *best practices* da applicare all'analisi d'impatto della regolazione², successivamente ripreso ed elaborato nel documento *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, del 2005.

Tutti questi documenti mirano a ribadire la necessità che i vari stati adottino un quadro normativo chiaro, efficace, che riduca al massimo le distorsioni del libero mercato e delle sue dinamiche concorrenziali, i cui costi siano minimizzati e, soprattutto, più che giustificati dai benefici ottenuti. Lo strumento più indicato a raggiungere tali finalità era stato individuato nell'AIR, considerato particolarmente adatto ad individuare quelle regolazioni e quelle leggi che, nel perseguire altri obiettivi, quali ad esempio la tutela

¹ Ocse, *Recommendation on improving the quality of government regulation*, Ocse, Parigi, 1995.

² Ocse, *Policy Recommendations on Regulatory Reform*, Ocse, Parigi, 1997.

dell'ordine pubblico, della salute, dell'ambiente e della stabilità macroeconomica, introducevano restrizioni alla concorrenza, superflue non giustificate e assolutamente non strumentali al raggiungimento del fine perseguito.

Nel 2007 l'Ocse elabora delle linee guida che contengono dei suggerimenti operativi per introdurre l'AIR nei processi decisionali dei vari paesi ad esso aderenti³. Questo documento è rivolto soprattutto ai *policymakers* e vuole essere un metodo pratico con il quale i regolatori possono individuare le principali restrizioni alla concorrenza e valutarne la loro necessità. In particolare, il lavoro focalizza l'attenzione su tre tipi principali di restrizioni, considerate fra le più dannose alla formazione di mercati realmente concorrenziali e per questo da evitare: limitare il numero o la dimensione delle imprese presenti in un mercato (attraverso, ad esempio, l'introduzione di diritti di esclusiva o di licenze), limitare la loro abilità di competere (mediante, ad esempio, il controllo o la fissazione dei prezzi) e ridurre gli incentivi che le imprese hanno a competere fra loro (grazie, per esempio, a disposizioni che obbligano o incoraggiano la pubblicazione di dati sensibili, quali quelli relativi ai costi interni di produzione). Ciascuna di queste voci è a sua volta articolata in diverse sottovoci, che esemplificano alcune restrizioni che dovrebbero essere valutate e, qualora ritenute inutili o superflue, eliminate. La *checklist* si può applicare sia alle leggi e ai regolamenti già in vigore, che a quelli che sono allo studio o in corso di approvazione: in entrambi i casi, se si verifica l'esistenza di restrizioni alla concorrenza, si cercano alternative meno intrusive o, nel caso queste manchino, si compie una valutazione dei loro costi e benefici, in modo da verificare se l'effetto complessivo della norma è positivo.

Più di recente, l'Ocse ha preso atto di come l'applicazione delle linee guida sull'analisi dell'impatto della regolazione sulla concorrenza si stia progressivamente diffondendo, ed ha individuato un gruppo di paesi in cui forme di analisi sono già operative (Australia, Brasile, Canada, Taipei, Corea, Giappone, Messico, Turchia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Commissione europea), ed altri in cui si sta pensando di implementarle (Repubblica Ceca, Finlandia, Ungheria, Indonesia, Israele, Italia, Norvegia, Romania, Russia, Singapore e Spagna). In questa occasione, è stata elaborata una Raccomandazione affinché l'approccio e l'implementazione delle procedure di AIR sulla concorrenza siano più uniformi possibili. In particolare, si suggerisce che gli stati non facciano ricorso a nuove strutture o apparati burocratici appositamente dedicati, ma coinvolgano sul tema quelle già esistenti, magari affiancando alle risorse già disponibili altre (per esempio, funzionari parlamentari) con competenze tecniche ed *expertise* maggiormente focalizzate sul tema⁴. In questo modo, da un lato si evita di accrescere i costi e le strutture della burocrazia e, dall'altro, si creano le condizioni per una più profonda integrazione fra le procedure di *competition assessment* e quelle di produzione normativa.

Da questo punto di vista, l'Ocse suggerisce, in particolare, di integrare la stima dell'impatto sulla concorrenza nelle procedure AIR tradizionali le quali, nel 2005, venivano applicate per legge già in 18 paesi (Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Germania, Grecia,

³ Ocse, Competition assessment toolkit, Ocse, Parigi, 2007.

⁴ «Competition assessment should be incorporated in the review of public policies in the most efficient and effective manner consistent with institutional and resource constraints. Competition bodies or officials with expertise in assessing effects on competition should be associated with the process of competition assessment. Competition assessment of proposed public policies should be integrated in the policy making process at an early stage». Ocse, *Draft competition assessment recommendation*, del 30 settembre 2008, DAF/COMP/WP2(2008)5/REV1 Ocse, Parigi, 2008.

Ungheria, Islanda, Italia, Corea, Lussemburgo, Messico, Olanda, Norvegia, Polonia, Spagna, Slovacchia e Svizzera) e a tutte le forme di regolazione. Inoltre, un'indagine svolta dalla stessa OCSE dimostra come nel 2005 il numero di stati in cui si attua una qualche forma di AIRC sia quasi raddoppiato rispetto al 1998, passando da 12 a 21, mentre il numero di quelli che stimano l'impatto sul grado di apertura dei mercati è passato da 11 a 22 (sui 27 su cui è stata condotta la ricerca)⁵.

A livello di singoli stati, la Gran Bretagna è uno dei primi paesi che ha dato seguito al suggerimento dell'Ocse introducendo, nell'agosto del 2007, delle linee guida per stimare in modo specifico l'impatto della regolazione sulla concorrenza. Tali linee guida, preparate dall'Office of fair trading (Oft), sono state pensate per essere utilizzate all'interno di una più ampia procedura di *impact assessment*⁶ pensata per stimare l'impatto di un qualunque intervento di *policy*, sia nazionale che locale⁷. Questo documento sostituisce le linee guida del 2002 e, come per le precedenti, si richiede che, ove possibile, venga realizzata una misura specifica dell'impatto che la regolazione produce sulla concorrenza in termini di costi e benefici, prevedendo la possibilità per le amministrazioni di rivolgersi all'Oft qualora mancassero loro le competenze e l'*expertise* necessari.

Le linee guida, che si possono applicare sia alle nuove legislazioni che a quelle già esistenti, individuano in particolare alcuni aspetti cui il regolatore dovrebbe porre attenzione: se la regolazione limita direttamente o indirettamente il numero di imprese presenti in un settore, se limita la loro capacità di competere o, infine, se riduce i loro incentivi a confrontarsi sul mercato⁸.

Dal mondo anglosassone arrivano poi anche delle linee guida per applicare l'AIRC ai paesi in via di sviluppo, a testimonianza del fatto che tale tipo di analisi non è più solo una prerogativa dei paesi industrializzati. Il valore riconosciuto alla concorrenza, ritenuta un elemento chiave attraverso il quale è possibile incentivare lo sviluppo economico e combattere la povertà, suggerisce anche nei mercati appena nati o in corso di espansione di ridurre i vincoli imposti per legge alla libera competizione fra aziende.

Per questo motivo nel gennaio 2008 anche il Department for international development (Dfid) ha pubblicato delle linee guida operative per identificare delle barriere alla concorrenza nei paesi in via di sviluppo⁹. Se, da un lato, tali linee guida presentano numerosi punti in comune con quelle presentate dall'Ocse e appena descritte, dall'altro hanno anche dei tratti peculiari che permettono loro di adattarsi meglio a mercati ed economie nascenti e in fase di liberalizzazione.

⁵ Ocse, *Draft competition assessment recommendation: the context of regulatory management systems*, del 7 ottobre 2008, GOV/PGC/REG(2008)17, Ocse, Parigi, 2008.

⁶ Si tratta del documento *Completing competition assessment in impact assessment*, pubblicato dall'Office of Fair Trading nell'agosto del 2007, da usare come strumento di supporto del *Cabinet Office Better Regulation Executive Impact Assessment guidance and toolkit*, consultabile sul sito <http://www.berr.gov.uk/whatwedo/bre/policy/scrutinising-new-regulations/preparing-impact-assessments/toolkit/page44199.html>.

⁷ Secondo l'*Impact Assessment Guidance*, «An Impact Assessment is both: a continuous *process* to help the policy-maker fully think through and understand the consequences of possible and actual Government interventions in the public, private and third sectors; and a *tool* to enable the Government to weigh and present the relevant evidence on the positive and negative effects of such interventions, including by reviewing the impact of policies after they have been implemented».

⁸ Oft, *Completing competition assessment in impact assessment*, London, 2007, pag. 8.

⁹ Dfid, *Competition Assessment Framework*, 2008, consultabile sul sito www.dfid.gov.uk/Pubs/files/caf-2008.pdf.

Fra i tratti caratteristici, si rileva in primo luogo l'attenzione posta dalle linee guida all'individuazione di un soggetto adatto a condurre un'AIR sulla concorrenza, posto che non può essere data per scontata, in questi paesi, l'esistenza di istituzioni quali l'Antitrust; in alternativa, l'analisi dell'impatto sulla concorrenza potrà essere condotta anche da istituti di ricerca economica e università di chiara fama, che dispongano delle adeguate competenze e della necessaria indipendenza dal governo.

In secondo luogo, si propone di introdurre l'AIRC progressivamente, individuando i settori più importanti per l'economia nazionale e che, data la loro rilevanza, beneficerebbero più di altri dell'introduzione di queste procedure. Il numero finale di settori selezionati dipenderà dai fondi che sono a disposizione, tenendo conto che è meglio compiere un'analisi più approfondita su pochi settori, che un'analisi superficiale su un numero maggiore di essi.

In terzo luogo, le linee guida suggeriscono di porre l'attenzione all'intervento diretto che lo stato compie nell'economia attraverso l'azione delle imprese a capitale completamente pubblico. La concorrenza potrebbe infatti essere a rischio o distorta laddove lo stato provi a ricoprire contemporaneamente il ruolo di imprenditore e regolatore. In questi casi, l'applicazione delle linee guida dovrebbe permettere di fare un bilancio fra i benefici legati all'azione delle imprese pubbliche (in termini di welfare, di erogazione di servizi pubblici, di posti di lavoro, ecc) e i costi che questa attività impone al sistema economico in termini di minore concorrenza.

Infine, si incentiva l'utilizzo di strumenti che permettono di monitorare le reazioni dei soggetti che, avendo un qualche interesse a mantenere basso il livello di concorrenza, potrebbero opporsi all'AIRC e, soprattutto, alle indicazioni di *policy* che da esso potrebbero derivare. A tal proposito, si suggerisce di realizzare una matrice che tenga conto, da un lato, dell'influenza che i vari *stakeholders* (alta – bassa) esercitano sul livello di concorrenza all'interno del mercato e, dall'altro, dell'importanza attribuita a ciascun gruppo di interessi da parte di coloro che conducono la ricerca (alta – bassa). In questo modo, si possono individuare almeno quattro categorie diverse di *stakeholder*: quelli con alta influenza e alta importanza, che devono essere coinvolti dal processo di deregolamentazione e dai quali si dovrebbe cercare di ottenere la massima cooperazione; quelli con bassa influenza e alta importanza, che dovrebbero beneficiare, come i precedenti, dall'incremento della competizione; quelli con alta influenza e bassa importanza, che dovrebbero essere informati dei risultati dell'AIRC; e infine, quelli con bassa influenza e bassa importanza, di cui si dovrebbero comunque monitorare le reazioni¹⁰.

3. Lo scenario nazionale

3.1. Le novità per il governo centrale, le regioni e gli enti locali

A livello nazionale lo scenario appare piuttosto dinamico.

Si sottolinea, in primo luogo, l'iniziativa legislativa volta a rendere obbligatoria la presentazione di una legge annuale per il mercato e la concorrenza che rimuova gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati e che persegua lo sviluppo della concorrenza e la tutela dei consumatori¹¹. La legge annuale dovrà

¹⁰ Dfid, *Competition Assessment Framework*", cit., p. 25.

¹¹ Atto del Senato AS1195, articolo 30.

contenere, fra le altre cose, norme di immediata applicazione con le quali dare attuazione ai pareri e alle segnalazioni dell'Agcm, e alle indicazioni contenute nella sua relazione annuale.

Ciò che rileva di più ai fini di questo contributo, però, è che nello stesso disegno di legge si precisa che il Governo è chiamato ad allegare alla legge annuale sulla concorrenza, una relazione di accompagnamento in cui vengano messi in evidenza «l'elenco delle segnalazioni e dei pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 22 e 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai quali, in tutto o in parte, il Governo non intenda dare attuazione, indicandone i motivi».

Tale disposizione sarebbe stata di notevole rilevanza in quanto il Governo avrebbe dovuto motivare la mancata osservanza di alcune segnalazioni o pareri Agcm, e sarebbe stata perciò idonea ad innescare un confronto sui criteri che portano il legislatore ad individuare e selezionare un certo modello di regolazione piuttosto che un altro¹².

Successivamente, però, è stato presentato un emendamento con cui si intende sostituire le parole «ai quali, in tutto o in parte, il Governo non intende dare attuazione, indicandone i motivi» con le seguenti: «indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito». Va da sé che se tale emendamento fosse approvato il Governo verrebbe sollevato da ogni esigenza di motivazione delle proprie decisioni e la portata innovativa della legge, almeno ai fini dell'AIRC, ne sarebbe notevolmente limitata.

In secondo luogo, va sottolineata l'introduzione, all'interno del d.p.c.m. 11 settembre 2008, n. 170, della disposizione che prevede (art. 6) che la relazione AIR (prevista dalla l. n. 246/2005) contenga la «stima dell'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato delle proposte regolatorie suscettibili di avere un impatto significativo sulle attività d'impresa». Come si specifica nell'allegato A dello stesso d.p.c.m., la relazione AIR deve contenere una sezione che dia conto della coerenza e della compatibilità dell'intervento con il corretto funzionamento concorrenziale dei mercati, anche attraverso il ricorso a delle *checklists* molto simili a quelle previste dall'Ocse citate in precedenza, volte a prevenire possibili distorsioni della concorrenza derivanti dall'intervento di regolazione.

Con questa norma si rende obbligatorio, per gli atti promossi dal governo e dai ministri, almeno una stima qualitativa dell'impatto che l'opzione proposta avrà sui mercati. Restano comunque margini di miglioramento: l'analisi, infatti, potrebbe essere estesa a tutte le opzioni prese in considerazione e non limitata a quella effettivamente selezionata.

In terzo luogo, può essere ricondotto ad un esempio di analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza anche quanto previsto dall'art. 23 bis, comma 4, della l. 133/2008 in tema affidamento di servizi pubblici locali (Spl), laddove si prevede che in caso di ricorso all'affidamento *in house* (della gestione di un Spl), «l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

¹² Allo stato attuale, è stato presentato un emendamento con cui si intende sostituire le parole «ai quali, in tutto o in parte, il Governo non intende dare attuazione, indicandone i motivi» con le seguenti: «indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito».

In questo caso la legge non obbliga l'ente affidante a privilegiare necessariamente le procedure ad evidenza pubblica, ma qualora queste siano ritenute inefficienti o inefficaci, richiede che siano esplicitate le valutazioni che hanno condotto a ritenere preferibile un affidamento *in house*. In particolare, l'obbligo di ricorrere ad un'analisi di mercato per dimostrare che l'esistenza di «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» rendono il ricorso alla gara un *second best* assume le sembianze di un'analisi dell'impatto che le varie opzioni regolatorie (affidamento diretto ad una società mista, affidamento *in house*, ricorso alla gara) hanno sull'economia locale. In questo modo, gli enti locali hanno anche l'occasione di esplicitare se ci sono, e quali sono, altri interessi e valori degni di tutela oltre a quelli del mercato e della concorrenza.

Anche in questo caso le disposizioni di legge potevano essere più cogenti: si evidenzia, infatti, che, in primo luogo, il parere delle Authorities interpellate dagli enti, benché sia di natura endoprocedimentale [Fiorentino, 2008], non è comunque vincolante e, in secondo luogo, che la norma non prevede sanzioni per coloro che non richiedono il parere¹³.

Il comparto dei Spl, tra l'altro, appare particolarmente delicato in quanto l'ente locale (cioè il regolatore) spesso interviene direttamente all'interno del settore regolato, per cui esigere la maggiore chiarezza e trasparenza possibile sui criteri che hanno portato a preferire certe soluzioni normative risulta quanto mai fondamentale.

3.2. Le novità per le autorità indipendenti

Alcune novità hanno riguardato, di recente, anche le Authorities.

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Aeeg) ha introdotto, nell'ottobre del 2008, una «Guida per l'analisi di impatto della regolazione»¹⁴, allo scopo di migliorare la qualità del proprio processo regolatorio. Nel documento si rileva come ciascun intervento dell'Aeeg «influisca su un'ampia varietà di dimensioni (tutela della sicurezza, aumento della qualità, riduzione del prezzo finale, incentivi all'innovazione, ecc.)», e che per questo motivo un'AIR correttamente condotta necessiti di «metodi di valutazione c.d. multicriteriali, ossia fondati sull'impiego simultaneo di criteri di scelta di diversa natura (economica, ambientale, sociale, ecc.)».

A tal proposito, se da un lato uno dei criteri di valutazione citati nelle linee guida è relativo «all'efficacia delle opzioni rispetto ad alcuni obiettivi generali validi per ogni intervento e coerenti con la *mission* dell'Aeeg (es. promozione della concorrenza e dell'efficienza, tutela ambientale, qualità ed omogeneità del servizio, riduzione del prezzo finale, incentivi all'innovazione)», dall'altro non si può sottacere sul fatto che la valutazione dell'impatto sulla concorrenza scompaia dai «contenuti minimi» richiesti per un'AIR e, al massimo, rientri nel caso degli interventi più complessi fra i «contenuti facoltativi».

In realtà, in certe occasioni l'Antitrust potrebbe essere considerata comunque uno dei soggetti destinatari dell'intervento, sulla quale potrebbero ricadere effetti indiretti. Nelle linee guida si specifica infatti, che nel delimitare l'ambito di intervento del provvedimento è necessario individuare i destinatari da questo interessati, e che fra questi

¹³ Un quadro normativo più completo si avrà, probabilmente, con l'uscita del regolamento di attuazione.

¹⁴ La guida è consultabile all'indirizzo <http://www.autorita.energia.it/docs/08/046-08gop.htm>.

ultimi «vanno inclusi sia i soggetti la cui condotta sarà modificata direttamente a seguito dell'intervento regolatorio sia quelli per i quali l'intervento produrrà comunque effetti di rilievo, sebbene in modo indiretto». Nel caso di provvedimenti che vadano ad incidere in modo sostanziale e determinante sull'assetto del mercato, quindi, non sembra possibile rinunciare a valutare l'impatto che la delibera Aeeg avrà sulla concorrenza.

Una introduzione così *timida* dell'AIRC nei confronti dei provvedimenti dell'Aeeg è probabilmente dovuta alla necessità di applicare l'AIR in modo progressivo, evitando di richiedere fin da subito un'analisi a 360 gradi degli effetti delle delibere emanate dall'Autorità.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato non ha invece predisposto, allo stato attuale, delle linee guida per l'introduzione dell'AIR sui suoi provvedimenti che, d'altra parte, non hanno quasi mai natura regolatoria¹⁵. Tuttavia, anche l'Autorità in certe occasioni compie, di fatto, un'AIRC sui propri provvedimenti e, per il ruolo istituzionale affidatogli, è molto spesso chiamata a compierla sui provvedimenti altrui. Di seguito se ne daranno alcuni esempi prendendo spunto da alcune leggi o sentenze intervenute negli ultimi anni che hanno meglio definito i poteri e le competenze dell'Antitrust in tema di regolazione.

L'Autorità compie un'AIRC sui propri provvedimenti, ad esempio, ogni qualvolta ricorre ad un *market test* per la valutazione degli impegni proposti dalle imprese che sono oggetto di procedimenti aperti per verificare violazioni della legge antitrust. In base alla l. n. 287/1990, art. 14 *ter*¹⁶, infatti, l'Autorità è chiamata a valutare l'idoneità degli impegni presentati dalle imprese contro le quali è stata aperta un'istruttoria per abuso di posizione dominante o per intesa, esercitando di fatto poteri regolatori. La procedura prevede che gli impegni siano valutati in via preliminare dall'Agcm e, se non si riscontrano profili di manifesta infondatezza, vengono sottoposti ad un *market test* (attraverso la loro pubblicazione, per 30 giorni, sul sito internet dell'Autorità), grazie al quale qualunque soggetto interessato può muovere rilievi e suggerire modifiche. In altre parole, gli impegni proposti dall'impresa – che costituiscono, sostanzialmente, un'ipotesi di nuova regolazione della sua attività, in quanto una volta approvati diventano obbligatori – vengono sottoposti ad un'analisi del loro impatto sulla concorrenza e sui concorrenti attraverso un primo esame dell'Autorità e, in seconda battuta, tramite un *market test*.

Tra l'altro, una recente sentenza del Tar Lazio ha precisato che, ad esito del procedimento di valutazione degli impegni presentati dalle parti, «l'imposizione di obblighi all'impresa postula che gli impegni siano esattamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta

¹⁵ Un'eccezione è rappresentata, probabilmente, dai poteri in tema di concentrazioni attribuiti dall'art. 6 della l. 287/1990: l'Autorità, quando ritiene che un'operazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, così da ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, ne può vietare la realizzazione o la può autorizzare a condizione che, rispetto al progetto originario, vengano apportate modifiche idonee a rimuovere gli aspetti distorsivi. Per una ricostruzione del dibattito sulla funzione regolativa dell'Antitrust si rimanda a M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, in particolare le pagine 38 - 68.

¹⁶ L'articolo, introdotto dalla l. n. 248/2006, recita: "Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge (relativi, rispettivamente, ai casini intesa e di abuso di posizione dominante) (...), le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione".

ad accettare»; in questo modo, si è inequivocabilmente chiarito che l'antitrust ha la possibilità di rendere obbligatori gli impegni, ma non può aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e non previamente concordate con la stessa¹⁷.

Per ciò che concerne, invece, l'AIRC che l'AGCM realizza sui provvedimenti di altre istituzioni, si cita una pronuncia della Corte di giustizia europea che riconosce alle autorità antitrust nazionali, e dunque anche a quella italiana, il potere-dovere di disapplicare la normativa interna qualora obblighi o incentivi le imprese a tenere comportamenti contrari alla disciplina antitrust comunitaria¹⁸.

Questa sentenza nasce in seguito ad un'istruttoria condotta dall'Antitrust sull'attività del Consorzio industrie fiammiferi (Cif) – il quale, anche in base ad alcune precise disposizioni di legge, rendeva il mercato nazionale della distribuzione dei fiammiferi assolutamente anticoncorrenziale e inaccessibile per in nuovi entranti¹⁹ – attribuisce, in sostanza, poteri regolatori all'Antitrust, che è chiamata ad esaminare l'impatto di una regolazione sulla concorrenza ed, eventualmente, a disapplicarla. Senza entrare nel dettaglio della sentenza, vale la pena precisare che tale potere è riconosciuto alle autorità antitrust nazionali quando agiscono in qualità di «autorità antitrust comunitarie» ed applicano direttamente gli artt. 81 e 82 del Trattato, mentre al contrario tale potere sembrerebbe negato quando si applica la l. n. 287/1990, artt. 2 e 3. In ogni caso, «il potere di disapplicazione è molto pervasivo, posto che con esso l'autorità antitrust nazionale finisce di fatto per assumere nell'ordinamento comunitario il ruolo di giudice delle leggi nazionali. Essa, infatti, può dire *erga omnes* che una determinata norma interna è invalida e improduttiva di effetti perché viola gli articoli 81 e 82 del Trattato in combinato disposto con l'articolo 10» (per cui gli stati assicurano l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato, N.d.A.) [Tardella e Maggiore, 2004].

Tale potere affianca e rafforza sensibilmente quelli di *moral suasion* che l'Autorità, fin dalla sua istituzione, è stata in grado di esercitare attraverso il rilascio di segnalazioni e pareri su testi di legge, regolamenti e provvedimenti amministrativi (così come disposto dalla l. n. 287/1990, artt. 21 e 22)²⁰. Tra l'altro, nel corso degli anni le stesse segnalazioni hanno modificato la loro natura e se in origine i poteri consultivi dell'AGCM erano pensati essenzialmente in funzione di interdizione per rimuovere le normative anticompetitive, più recentemente non si limitano più a dare indicazioni in senso negativo, ma contengono anche raccomandazioni su come sostituire le regolazioni anticoncorrenziali, proponendone di nuove [Fonderico, 2009].

¹⁷ Tar Lazio, sentenza n°10428 del 19 novembre 2008.

¹⁸ Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01.

¹⁹ Il Cif è un consorzio istituito con il r. d. n. 560/1923, che raggruppava al proprio interno la totalità delle imprese italiane produttrici di fiammiferi e che, fra le altre cose, aveva anche la finalità di ripartire la produzione e la distribuzione dei fiammiferi all'interno del mercato nazionale. L'istruttoria dell'antitrust fu aperta in seguito ad una denuncia di un'impresa tedesca produttrice di che lamentava il rifiuto di alcuni gestori di magazzini di vendita di generi di monopolio a distribuire i suoi fiammiferi in Italia. Per una descrizione del caso, si rimanda al provvedimento di chiusura dell'istruttoria: Agcm, *I318 - Consorzio industrie fiammiferi*, in «Bollettino», 2000, n. 28.

²⁰ Sulla possibilità di ricondurre il fenomeno della *moral suasion* ad una forma di potere amministrativo delle Autorità indipendenti si veda M.A. Cabiddu e D. Caldirola (2000), *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «Amministrare», 2000, n. 1-2, pp. 33-68.

4. Brevi considerazioni finali

Gli esempi di cui si è dato conto contribuiscono a dare la misura di come l'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza si stia lentamente diffondendo, sia in ambito internazionale che in quello nazionale.

I passi mossi verso una progressiva valorizzazione delle stime e delle analisi degli effetti prodotti dalle regolazioni sulla competitività dei mercati, dimostrano un rapporto sempre più stretto fra sistema giuridico e sistema economico, anche se alcuni di essi sono stati compiuti in modo consapevole ed altri meno. Come è stato illustrato in precedenza, infatti, oltre agli interventi normativi volti a introdurre la legge annuale sulla concorrenza e a definire meglio l'AIR, si possono individuare alcuni elementi tipici di un'AIRC anche in altri provvedimenti che non trattano direttamente il tema (come la legge sui Spl).

In tutti i casi presi in considerazione, come rilevato, si poteva fare certamente di più ed alcuni ripensamenti del legislatore riducono notevolmente la portata degli effetti prodotti; ad ogni modo, è innegabile che l'introduzione di strumenti di questo tipo non possa avvenire in tempi rapidi, ma necessiti di una gradualità che sconta la tradizionale scarsa dimestichezza dei nostri apparati burocratici con le metodologie di analisi costi/benefici.

In prospettiva, l'AIRC presenta comunque notevoli potenzialità di sviluppo.

A livello nazionale l'obiettivo cui tendere è l'estensione dell'AIR e, in prospettiva, dell'AIRC a tutti i provvedimenti normativi a carattere marcatamente economico, a partire da quelli che introducono nuove forme di regolazione di interi settori, a prescindere dal soggetto che li promuove. Per fare questo, sembra utile mettere in evidenza alcuni spunti tratti dall'osservazione delle esperienze maturate a livello internazionale.

In primo luogo, come suggerito dai documenti Ocse, l'analisi degli effetti sulla concorrenza e sui consumatori dovrebbe sempre essere condotta come parte di una procedura AIR, e non *in più* ad essa. Così facendo, da un lato si ha il vantaggio di ottenere una stima più completa degli effetti di una proposta di legge e, dall'altro, si evita di appesantire eccessivamente gli apparati e gli uffici della pubblica amministrazione. Anzi, così come avviene in Gran Bretagna, una parte dei funzionari pubblici dovrebbe essere formata e dotata di competenze idonee a realizzare un'AIRC che contenga almeno delle stime qualitative: qualora manchi l'*expertise* al proprio interno, i soggetti pubblici potrebbero ricorrere ad una consulenza da parte dell'Agcm, che vanta già un'esperienza pilota in questo campo (sulla quale torneremo fra breve)²¹. L'antitrust, per il ruolo istituzionale che ricopre, appare infatti il soggetto meglio posizionato per accompagnare il processo di diffusione di una cultura pro-concorrenziale a tutti i livelli istituzionali.

In secondo luogo, alla luce del fatto che l'Italia sembra caratterizzata dalla presenza di forze inerziali di tipo corporativistico, in grado di rallentare, se non di bloccare, i processi di liberalizzazione in corso, potrebbe essere utile in sede di AIRC fare ricorso a tabelle come quelle elaborate dal Dfid, in cui si mettono in evidenza quali sono i gruppi di interesse maggiormente toccati dalla nuova regolazione e qual è la loro importanza, così da cercare una mediazione preventiva che permetta di condividere maggiormente le riforme.

Per ciò che riguarda, invece, le potenzialità di sviluppo dell'AIRC a livello locale, si ha come l'impressione che dovrebbero essere coinvolte maggiormente le regioni le quali,

²¹ Sulle attività dell'antitrust in tema di AIRC si rimanda a G. Mazzantini, *L'analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza*, in «Osservatorio sulle fonti 2007», 2009, in corso di pubblicazione..

dopo la riforma del titolo V della Costituzione, sono state investite da un rilevante potere normativo su numerosi settori, alcuni dei quali regolati in via esclusiva. A questo proposito, è interessante notare come siano aumentate, negli ultimi anni, le segnalazioni che l'Antitrust ha rivolto alle regioni e, in misura minore, agli enti locali (tra l'altro con scarso successo, se è vero che l'attività di *advocacy* dell'autorità produce molti più effetti quando è rivolta al parlamento e al governo piuttosto che alle regioni e agli enti locali)²².

L'Antitrust, in tema di AIR, ha elaborato delle linee guida che potrebbero costituire un punto di partenza per diffondere una maggiore cultura pro-concorrenziale a livello regionale. L'esperienza realizzata con la regione Toscana è stata, in tal senso, positiva [Lalli *et al.*, 2007]. In alternativa si potrebbe proporre, anche per le regioni, l'adozione di una legge annuale in cui si recepiscono le segnalazioni e i pareri rilasciati dall'Antitrust, sulla falsa riga di quanto previsto per le leggi di iniziativa governativa, oppure si potrebbero prevedere anche soluzioni più "drastiche". Come ha affermato il presidente dell'Antitrust Antonio Catricalà, qualora le regioni ostacolino un eventuale processo di liberalizzazione dei settori, già avviato a livello nazionale, «si potrebbe pensare di consentire all'Autorità garante di proporre direttamente alla Corte la questione di legittimità costituzionale della legge regionale, almeno per evitare che il privato cittadino sopporti gli oneri del giudizio. All'Autorità potrebbe poi essere riconosciuto il potere di impugnare, tramite l'Avvocatura generale dello stato, gli atti amministrativi a carattere generale che violino la concorrenza»²³ [Catricalà, 2008]. Quest'ultima proposta, se in futuro venisse accolta, testimonierebbe però il fallimento dell'AIRC, la cui funzione è anche quella di comporre gli interessi divergenti di cui sono portatori le varie istituzioni.

BIBLIOGRAFIA

Aeeg, *Guida per l'analisi di impatto della regolazione*, 2008.

Agcm, *I318 - Consorzio industrie fiammiferi*, in «Bollettino», 2000, n. 28.

M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

E. Arisi, F.M. Esposito, [Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'autorità garante della concorrenza e del mercato](#), in «Economia e Politica industriale», 2008, n. 2, pp. 140-154.

M.A. Cabiddu e D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «Amministrare», 2000, n. 1-2, pp. 33-68.

A. Catricalà, *Mercato, regolazione e concorrenza per le PMI*, Aspen Institute Italia, intervento tenuto il 21 ottobre 2008.

Dfid, *Competition Assessment Framework*, 2008.

²² La percentuale di successo dell'attività di *advocacy* riguardante normative nazionali è stata del 49%, mentre tale percentuale scende al 43% nel caso delle normative regionali e locali (si considera un successo le segnalazioni sia totalmente che parzialmente accolte). Si veda, a tal proposito, E. Arisi, F.M. Esposito, [Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'autorità garante della concorrenza e del mercato](#), in «Economia e Politica industriale», 2008, n. 2, pp. 140-154.

²³ Continua l'Autore: «L'impugnativa dovrebbe però essere preceduta dall'emanazione di un parere motivato nel quale l'Autorità indichi le violazioni riscontrate, indicando un termine all'amministrazione per conformarsi ai rilievi. In caso di mancata ottemperanza al parere, l'Autorità potrebbe adire il giudice amministrativo».

- G. Fonderico, *Le segnalazioni dell'Autorità antitrust e la politica della concorrenza*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2009, n. 1, pp. 83-92.
- A. Lalli, *et al.*, *Analisi di impatto della Regolazione sulla concorrenza: linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana*, Collana «Studi e ricerche», Roma, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2007, disponibile sul sito www.agcm.it.
- G. Mazzantini e G. Oliva, *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia*, Collana «Studi e ricerche», Roma, Agcm, 2007, disponibile sul sito www.agcm.it
- G. Mazzantini, *L'analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza*, in «Osservatorio sulle fonti 2007», 2009, in corso di pubblicazione.
- Ocse, *Recommendation on improving the quality of government regulation*, Ocse, Parigi, 1995.
- Ocse, *Policy Recommendations on Regulatory Reform*, Ocse, Parigi, 1997.
- Ocse, *Competition assessment toolkit*, Ocse, Parigi, 2007.
- Ocse, *Draft competition assessment recommendation*, Ocse, Parigi, 2008.
- Ocse, *Draft competition assessment recommendation: the context of regulatory management systems*, Ocse, Parigi, 2008.
- Oft, *Completing competition assessment in impact assessment*, London, 2007.
- E. Tardella e M. Maggiore (2004), *State action defence e poteri di intervento dell'AGCM nei mercati a regolamentazione diffusa: ordinamento comunitario e nazionale a confronto dopo la sentenza Cif'*, in «Concorrenza e mercato», 2004, n. 12, pp. 339-392.