

Parte I

POLITICA DELLA CONCORRENZA E RIFORMA DELLA REGOLAZIONE: L'EVOLUZIONE NORMATIVA NEL 2006

PAGINA BIANCA

POLITICA DELLA CONCORRENZA E RIFORMA DELLA REGOLAZIONE: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA NEL 2006

INTRODUZIONE

L'esercizio dei poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo consente all'Autorità di promuovere il perseguimento degli interessi generali oggetto della politica pubblica attraverso modalità coerenti con i principi concorrenziali. Nel corso degli anni, gli interventi effettuati hanno riguardato numerosi comparti dell'economia nazionale, prevalentemente concentrati nel settore dei servizi privati. Fino al recente passato, a parte alcune limitate eccezioni, le proposte di riforma avanzate dall'Autorità venivano seguite soprattutto se associate ad analoghi interventi di origine comunitaria. Nella generalità dei casi le soluzioni concorrenziali non venivano considerate, anche per il timore che le imprese inefficienti, a fronte di una liberalizzazione dei mercati, avrebbero cessato d'operare, con conseguente perdita di posti di lavoro. Gli aspetti creativi, assai più importanti e strategici, associati alle maggiori opportunità promosse dalla concorrenza, venivano quasi sempre trascurati.

Si è ora avviato un processo di ammodernamento dei regimi normativi e amministrativi di numerosi settori economici. Tale processo si è snodato lungo alcune direttrici fondamentali: liberalizzazione dei mercati, semplificazione amministrativa, tutela dei consumatori. L'insieme delle iniziative ha riguardato un ampio spettro di attività economiche e ha inciso su assetti regolatori obsoleti, di stampo non di rado corporativo, stratificatisi nel corso del tempo. Inoltre, le misure sono state adottate in assenza di alcun vincolo esterno, sia esso di origine macro-economica, comunitaria o internazionale.

Sebbene in una fase iniziale di questo processo di revisione normativa i gruppi d'interesse coinvolti siano pubblicamente intervenuti, sostenendo che le proposte governative di riforma fossero in contrasto con la tutela degli interessi generali che le norme preesistenti intendevano tutelare, a più di otto mesi dall'entrata in vigore delle

prime misure di liberalizzazione emerge l'infondatezza di quei timori. Traspare infatti nei diversi mercati coinvolti un maggior dinamismo innovativo e una più diffusa rivalità tra imprese, a vantaggio dei consumatori e dell'intera economia nazionale. Le chiusure di imprese, le riduzioni di posti di lavoro nonché le diffuse carenze del mercato che venivano evocate come conseguenza della maggiore concorrenza sono risultate assenti.

L'Autorità ha svolto un ruolo attivo in questo processo, impegnandosi a evitare che, tramite comportamenti privati in violazione della legge, venissero ostacolati e ritardati gli effetti delle riforme. Nei settori del credito, del farmaceutico, dell'energia, dei servizi professionali, delle telecomunicazioni, e questi sono solo alcuni degli esempi rilevanti, l'Autorità è intervenuta con tutti gli strumenti a disposizione, dalle indagini conoscitive, alla repressione dei comportamenti anticoncorrenziali, alle decisioni con impegni, alle misure cautelari, per evitare che i comportamenti d'impresa impedissero alla concorrenza di svilupparsi e di creare valore per i consumatori e per l'intera economia nazionale.

Nel settore del credito, il semplice avvio da parte dell'Autorità nel gennaio 2006 dell'indagine conoscitiva sui costi di chiusura dei conti correnti aveva provocato comportamenti competitivi da parte di alcuni istituti di credito che progressivamente avevano deliberato la loro eliminazione¹. Tuttavia, la maggior parte delle banche continuava a mantenere per i loro clienti costi di uscita elevati, non sempre disciplinati dall'operare della concorrenza. Ne risultava attenuata la capacità dei consumatori di scegliere la propria banca sulla base delle convenienze relative. Un decreto legge² ha sancito l'illegittimità dell'addebito dei costi di chiusura. Appena il decreto è entrato in vigore, l'Autorità è intervenuta, utilizzando i poteri cautelari, per impedire agli operatori di accordarsi per interpretare i divieti normativi nella maniera più riduttiva possibile, salvaguardando il funzionamento del mercato a benefici di consumatori e imprese³. Analogamente, nel settore dei servizi professionali l'Autorità ha ripetutamente

¹ INDAGINE CONOSCITIVA RIGUARDANTE I PREZZI ALLA CLIENTELA DEI SERVIZI BANCARI, 1° febbraio 2006, in Bollettino n. 3/2007.

² Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e contrasto all'elusione fiscale*" convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

³ Provvedimento di avvio istruttoria *ABI-Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, in Bollettino n. 35-36/2006.

promosso tramite interventi di segnalazione e indagini conoscitive l'abolizione delle tariffe minime e dei divieti in materia di pubblicità. Successivamente all'abolizione di questi divieti, l'Autorità ha stabilito di vigilare affinché questi stessi vincoli non vengano reintrodotti tramite i codici deontologici o che eventuali normative che introducano ulteriori restrizioni non siano in contrasto con il diritto comunitario e pertanto da disapplicare. L'indagine conoscitiva dell'Autorità sui costi della ricarica dei servizi di telefonia mobile ha dimostrato la peculiarità della struttura dei prezzi prevalente in Italia e le difficoltà che i meccanismi di mercato incontrano nel disciplinare le imprese al riguardo⁴. Le conclusioni ampiamente documentate dell'indagine hanno sollecitato gli opportuni provvedimenti normativi che hanno vietato gli oneri di ricarica.

Questi pochi esempi mostrano che gli interventi dell'Autorità volti a reprimere comportamenti d'impresa in contrasto con i principi concorrenziali non necessariamente comportano sanzioni e condanne. Gli strumenti a disposizione dell'Autorità sono molteplici e di volta in volta tutti possono essere efficacemente utilizzati per garantire una maggiore concorrenza, promuovere più agevoli accessi al mercato e perseguire la modernizzazione del Paese. Naturalmente, il ruolo e l'importanza dell'Autorità sono accresciuti dalla condivisione diffusa dei benefici associati a una maggiore concorrenza. Gli eventi dell'anno appena trascorso sono una testimonianza dell'importanza che Parlamento e Governo hanno assegnato al rispetto e alla promozione della concorrenza.

Di seguito, vengono descritti e commentati gli interventi di riforma regolamentare più significativi adottati nel corso del 2006. Innanzitutto, verranno descritte le norme che hanno innovato in più punti la disciplina antitrust nazionale e reso più incisiva l'azione dell'Autorità, allineandone i poteri di intervento agli standard comunitari; successivamente, i provvedimenti che hanno modificato gli assetti regolatori e le modalità di svolgimento del confronto concorrenziale in numerosi settori economici, anche semplificando il rispetto degli oneri amministrativi per le imprese e garantendo una maggiore tutela ai consumatori; infine, quelli che hanno rafforzato la trasparenza e la competitività nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

⁴ INDAGINE CONOSCITIVA SUI CONTRIBUTI DI RICARICA NEI SERVIZI DI TELEFONIA MOBILE A CREDITO PREPAGATO, 15 NOVEMBRE 2006, in Bollettino n. 44/2006.

I NUOVI POTERI DELL'AUTORITÀ

Il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e contrasto all’elusione fiscale*”, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha rafforzato i poteri di intervento dell’Autorità, introducendo nell’ordinamento nazionale importanti istituti e strumenti già adottati a livello comunitario.

La nuova disciplina contiene un insieme di misure volte a rendere più incisiva l’azione amministrativa a tutela della concorrenza, attribuendo all’Autorità il potere di adottare: misure cautelari per evitare che nelle more del procedimento istruttorio si produca un danno grave e irreparabile alla concorrenza; programmi di clemenza che prevedano, a favore di coloro che prestano una collaborazione spontanea per l’accertamento dell’infrazione antitrust, la riduzione o la non applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie altrimenti comminabili. Inoltre, l’introduzione della possibilità di adottare decisioni con impegni apre l’Autorità al dialogo e al confronto con le imprese, segnando il passaggio a una impostazione dell’intervento antitrust più marcatamente orientato al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che solamente volto all’accertamento e alla repressione della violazione. Da ultimo, il decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 recante “*Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)*”, ha introdotto importanti modifiche alla legge n. 287/90, con particolare riferimento ai procedimenti che coinvolgono società di assicurazione e istituti di credito.

Poteri cautelari

Il nuovo articolo 14-*bis* della legge n. 287/90, introdotto dall’articolo 14 comma 1 del decreto legge n. 223/2006, ha attribuito all’Autorità il potere di adottare misure cautelari, prevedendo sanzioni in caso di inottemperanza. Si tratta di un istituto, introdotto nel rispetto e in attuazione del quadro normativo stabilito dal regolamento comunitario n. 1/2003, che consente all’Autorità di rispondere alle esigenze del mercato

con la rapidità richiesta dall'urgenza di evitare, nelle more della conclusione del procedimento principale, un pregiudizio grave e irreparabile alla concorrenza.

La disposizione riguarda i procedimenti nazionali in applicazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 e degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce. In proposito, il comma 1 dell'articolo 14-bis sancisce che "nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari". Ai sensi del secondo comma dell'articolo 14-bis, le decisioni con cui vengono adottate le misure cautelari "non possono in ogni caso essere rinnovate o prorogate". Infine, la disposizione, conformemente a quanto previsto a livello comunitario per le decisioni della Commissione europea in materia di misure cautelari, fissa sanzioni per le ipotesi di inottemperanza. In particolare, qualora le imprese non adempiano a una decisione dell'Autorità che dispone misure cautelari, l'Autorità può infliggere sanzioni amministrative fino al tre per cento del fatturato dell'impresa.

Con riferimento alla procedura per l'adozione delle misure cautelari, l'Autorità ha adottato nel dicembre 2006 una "*Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287*", nella quale si chiarisce che, in linea con i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario, l'adozione di misure cautelari può avvenire soltanto laddove sia accertata l'esistenza dei seguenti presupposti: la probabilità dell'esistenza di un'infrazione e l'idoneità del comportamento contestato a produrre un danno grave e irreparabile alla concorrenza.

La comunicazione individua le modalità attraverso le quali l'Autorità intende adottare misure cautelari, distinguendo tra procedura ordinaria, nella quale la misura cautelare è disposta previo contraddittorio con le parti, e la procedura eccezionale, nella quale la misura cautelare è disposta senza contraddittorio. In quest'ultimo caso, è previsto che in casi di estrema gravità e urgenza, tale da rendere indifferibile l'intervento, l'Autorità possa adottare, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, misure cautelari provvisorie, le quali devono essere confermate con successivo provvedimento, valutate le argomentazioni delle parti, da esprimersi entro sette giorni dalla notifica del provvedimento che dispone la misura.

Decisioni con impegni

Il nuovo articolo 14-ter della legge n. 287/90 reca la disciplina delle decisioni con cui l'Autorità, senza pervenire all'accertamento dell'illecito, può rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese al fine di risolvere le preoccupazioni concorrenziali che si manifestino *prima facie* nei procedimenti avviati ai sensi degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce.

Il presupposto per l'adozione di decisioni con impegni è la notifica all'impresa dell'avvio di una procedura istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce. La nuova disciplina fissa un limite temporale di tre mesi dalla notifica dell'avvio dell'istruttoria, entro il quale le imprese “possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”. Gli impegni proposti dalle imprese dovrebbero essere sufficienti a eliminare i profili anticoncorrenziali sommariamente identificati nella decisione di avvio dell'istruttoria.

La “*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter*”, adottata dall'Autorità nell'ottobre 2006, prevede la pubblicazione sul sito Internet dell'Autorità degli impegni proposti dalle imprese, al fine di consentire ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni scritte. La Comunicazione chiarisce che il termine dei tre mesi entro il quale le imprese possono presentare impegni all'Autorità non può essere esteso. Tuttavia, successivamente ai commenti dei terzi, possono essere accettate modifiche accessorie agli impegni inizialmente presentati.

Il comma 2 dell'articolo 14-ter prevede che in caso di mancato rispetto degli impegni l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato. Inoltre, l'Autorità può riaprire d'ufficio il procedimento se: *i*) si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; oppure *ii*) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; *iii*) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti.

Programma di clemenza

L'articolo 14, comma 2, del decreto n. 223/2006 ha attribuito all'Autorità la possibilità di premiare la collaborazione delle imprese nell'accertamento e nella prova

di infrazioni alle regole di concorrenza, non applicando o riducendo la sanzione pecuniaria altrimenti applicabile. L'articolo dispone che l'Autorità adotti un programma di clemenza secondo i principi elaborati dall'ordinamento comunitario.

Come noto, il Regolamento n. 1/2003 non contiene disposizioni in merito ai programmi di clemenza, né procede a una loro armonizzazione. Tuttavia, in un sistema di applicazione decentrata e parallela degli articoli 81 e 82 del Trattato in cui non esistono criteri rigidi di ripartizione di competenze tra autorità di concorrenza, le discrepanze esistenti tra i programmi di clemenza sono suscettibili di generare una significativa incertezza giuridica per le imprese, soprattutto per quelle responsabili di infrazioni che esplicano i propri effetti in una pluralità di Stati membri. La rete di autorità pubbliche che applicano le regole di concorrenza comunitarie (ECN), costituita ai sensi del Regolamento n. 1/2003, ha pertanto approvato nel settembre 2006 un modello di programma di clemenza, al quale la Commissione e le autorità nazionali si stanno progressivamente adeguando.

Anche il programma adottato dall'Autorità lo scorso 15 febbraio, in esito a un'ampia consultazione pubblica, si adegua, sia pure con alcune variazioni, al modello elaborato in ambito ECN. Innanzitutto, il programma si applica alle intese orizzontali segrete, anche nell'ambito di procedure a evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati. Si tratta delle più gravi infrazioni del diritto della concorrenza, che presentano particolari difficoltà di accertamento. La collaborazione delle imprese, pertanto, è indispensabile per assicurarne la scoperta e la repressione.

Il perno fondamentale del programma dell'Autorità è la non applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 15 della legge n. 287/90 all'impresa che per prima fornisca spontaneamente all'Autorità evidenze decisive, di cui l'Autorità non disponga, per provare l'esistenza di un cartello segreto, eventualmente attraverso lo svolgimento di ispezioni mirate. Limitare l'immunità totale alla prima impresa che si presenta riduce fortemente la stabilità del cartello, aumentando l'incertezza dei partecipanti su chi potrà "tradire" e innescando così una corsa alla cooperazione.

Affinché le venga accordata l'immunità, l'impresa deve fornire all'Autorità una descrizione dettagliata della natura dell'intesa, degli scopi che persegue, delle modalità attraverso le quali essa si realizza, dei mercati su cui produce i suoi effetti e della sua durata. Inoltre l'impresa deve indicare all'Autorità le date e i luoghi di eventuali incontri e i nomi di quanti vi abbiano partecipato.

Se l'immunità totale è già stata concessa a un'impresa o se non è stato raggiunto lo standard probatorio necessario per ottenere l'immunità totale, le imprese che prestino una cooperazione qualificata nell'accertamento dell'infrazione possono beneficiare di una riduzione dell'importo della sanzione, di regola non superiore al 50%. A differenza del programma di clemenza comunitario recentemente adottato, l'Autorità ha ritenuto di non introdurre degli scaglioni percentuali di riduzione delle sanzioni in relazione alla tempestività della collaborazione prestata dall'impresa. Tali soglie, infatti, introdurrebbero un elemento di rigidità, non funzionale all'efficace attuazione del programma.

E' possibile che un'impresa che intenda chiedere l'accesso al beneficio della non imposizione delle sanzioni non sia in grado di produrre immediatamente gli elementi di prova necessari per assolvere il relativo onere probatorio, ma possa procurarseli in breve tempo. In tal caso, al fine di non pregiudicare la propria possibilità di accedere al beneficio (che è riservato alla prima impresa che presta all'Autorità la cooperazione richiesta), essa può presentare una domanda incompleta, richiedendo all'Autorità la fissazione di un termine per il perfezionamento della domanda con la produzione degli elementi informativi e documentali rilevanti. Infine, sulla base di una richiesta adeguatamente motivata, le imprese possono presentare domande di trattamento favorevole in forma orale.

Riparto di competenze tra Autorità e Banca d'Italia e nuova regolazione prudenziale

Il decreto legislativo 29 dicembre 2006 n. 303 recante "*Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)*" ha completato e definito il quadro normativo volto a definire le modalità concrete di cooperazione tra Autorità e Banca d'Italia, modificando, in parte, quanto previsto dalla legge sul risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262).

In particolare, per la valutazione delle operazioni di concentrazione che riguardano le banche, il decreto abolisce l'atto unico, previsto dall'articolo 19, comma 13, della legge n. 262/2005, stabilendo che i procedimenti delle due Istituzioni chiamate a valutare l'operazione (l'Autorità per i profili attinenti la concorrenza e la Banca d'Italia per il controllo di natura prudenziale) si concludano con atti separati. Rimangono tuttavia allineati i termini dei due provvedimenti (sessanta giorni dalla presentazione della notificazione completa della documentazione occorrente). Si superano, in tal modo, le difficoltà applicative determinate dalla previsione di un unico atto, discendenti dalla divergenza dei complessi informativi necessari per effettuare la valutazione concorrenziale e quella a fini prudenziali.

Inoltre, il decreto interviene su alcuni dettagli che la legge sul risparmio non aveva provveduto a modificare disciplinando, in particolare, le rare circostanze in cui esista un contrasto tra la tutela della concorrenza e le esigenze di stabilità dei mercati. In questi casi il decreto assegna all'Autorità, su proposta motivata della Banca d'Italia e tenendo conto dei criteri previsti dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 287/90, il potere di autorizzare, per esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti e per un periodo limitato, intese altrimenti vietate. Inoltre, il decreto dispone che l'Autorità possa autorizzare, su richiesta motivata della Banca d'Italia, operazioni di concentrazione riguardanti banche o gruppi bancari altrimenti vietate. Il decreto prevede che queste autorizzazioni in deroga non possano comunque consentire restrizioni della concorrenza non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità indicate.

Infine, con il decreto legge 27 dicembre 2006, n. 297, recante "*Disposizioni urgenti per il recepimento delle direttive comunitarie 2006/48/CE e 2006/49/CE e per l'adeguamento a decisioni in ambito comunitario relative all'assistenza a terra negli aeroporti, all'Agenzia nazionale per i giovani e al prelievo venatorio*", convertito con la legge 23 febbraio 2007, n. 15, sono state recepite nell'ordinamento italiano le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, che adeguano il quadro normativo nazionale alla nuova disciplina comunitaria sul patrimonio di vigilanza delle banche, adottando i criteri stabiliti nello schema di regolazione del Comitato di Basilea sulla vigilanza bancaria (Basilea 2).

La nuova disciplina prudenziale, articolata su 'tre pilastri', mira a rafforzare la solidità patrimoniale delle banche e delle imprese di investimento mediante un sistema di regole e incentivi che promuove comportamenti efficienti e consente di perseguire

con maggiore efficacia gli obiettivi della regolamentazione. Il nuovo impianto regolamentare disciplina un più ampio novero di rischi. La crescente complessità dell'attività svolta, per effetto dell'ampliamento della gamma di prodotti e servizi offerti, dell'innovazione finanziaria e tecnologica, dell'operare in aree contigue a quelle tradizionali, del processo di internazionalizzazione e integrazione dei mercati, dell'utilizzazione di canali commerciali alternativi allo sportello, ha accresciuto il rilievo di tipologie di rischio spesso non misurabili e non prevedibili *ex ante*, quali, ad esempio, quelli operativi, strategici, di reputazione, che si affiancano a quelli tradizionali, di credito, di mercato e di controparte.

In tale quadro, la novità più importante è certamente la previsione, nell'ambito del primo pilastro, di una pluralità di metodi alternativi di calcolo del requisito patrimoniale per fronteggiare i rischi tipici dell'attività bancaria e finanziaria, che recepiscono le migliori prassi sviluppate a livello internazionale. La complessità e la sofisticatezza nei metodi di misurazione dei rischi si riflettono a loro volta in una diversa sensibilità del requisito patrimoniale all'effettivo grado di rischio delle esposizioni, introducendo una maggiore flessibilità per l'azione regolatoria. In particolare, il nuovo schema regolamentare indica la necessità di seguire principi di carattere generale, integrati da linee guida applicative che forniscono esempi di prassi regolamentari che gli intermediari possono seguire. In questo modo si favorisce l'innovazione finanziaria e si consente agli intermediari di introdurre tecniche individuali di gestione dei rischi, pur in un quadro di efficacia dell'azione regolatoria e di certezza giuridica.

L'integrazione tra profili patrimoniali e profili gestionali costituisce parte essenziale del secondo pilastro e base di riferimento nelle valutazioni e negli interventi di carattere prudenziale. Alle banche viene infatti richiesto di dotarsi di un processo interno di auto-valutazione dell'adeguatezza patrimoniale, per la determinazione del capitale interno adeguato a fronteggiare i rischi assunti, in modo da tenere conto dell'evoluzione del ciclo economico e delle linee strategiche contenute nel piano di sviluppo aziendale. La disciplina fornisce indicazioni su come il processo deve articolarsi; dà concreta attuazione al principio di proporzionalità, classificando gli intermediari in tre classi a seconda della dimensione e della complessità operativa; il processo deve essere formalizzato, integrato nei processi gestionali e operativi e soggetto a revisione. All'Autorità di vigilanza spetta invece il compito di valutare