

L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust

di Michele Polo, Federico Ghezzi e Disiano Preite

Introduzione

Questo lavoro si propone di indagare alcuni dei problemi legati all'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza: l'attenzione sarà rivolta sia a ricostruire un quadro teorico ed istituzionale di riferimento che a tentare una prima valutazione della recente esperienza italiana. Le due parti, per quanto diverse per accenti e temi specifici, sono intimamente legate. Schematizzare dal punto di vista teorico i modi dell'operare delle politiche antitrust, individuando in questa prospettiva gli elementi più importanti che le caratterizzano, è infatti esercizio essenziale per cercare poi di ricostruire un quadro ordinato e trasparente dell'esperienza concreta del nostro paese e per poter eventualmente individuare alcuni aspetti del disegno legislativo ed istituzionale che appaiono suscettibili di modifica.

Nella prima parte metteremo quindi a fuoco i principali elementi che rientrano nei problemi di attuazione della tutela della concorrenza: la definizione degli obiettivi, gli strumenti utilizzati e la determinazione dell'intensità dell'intervento a seconda delle realtà settoriali e delle fattispecie considerate. Il ruolo della visione, del modello implicito, che informa l'autorità antitrust sia in relazione ai compiti generali che alla definizione dei singoli campi di intervento verrà quindi collegato al concreto disegno degli elementi sopra richiamati, sottolineando l'importanza dei paradigmi offerti dalla teoria economica nella de-

Desideriamo ringraziare Ginevra Bruzzone, Alfredo Del Monte, Michele Grillo, Piergaetano Marchetti, Massimo Marrelli, Riccardo Martina, Franco Romani, Francesco Silva, Marco Spolidoro e Piero Tedeschi per le utili discussioni. La ricerca è stata finanziata con fondi MURST 40% «Modelli di agenzia in mercati con organizzazioni pubbliche e private» e con fondo Bocconi - Ricerca di Base «Regole di mercato, difesa della concorrenza e razionalità delle politiche industriali nel quadro internazionale».

Federico Ghezzi e Michele Polo desiderano ricordare Disiano Preite, tragicamente scomparso durante la stesura di questo lavoro. L'amicizia e le molte occasioni di studio e discussione sono state per noi momenti di grande arricchimento umano e scientifico, e motivo di profondo rimpianto per il vuoto che Disiano ha lasciato.

finizione delle politiche antitrust. Si porrà inoltre l'attenzione sui problemi informativi di monitoraggio e ispezione e sulle possibili procedure per affrontarli in modo efficiente. Considereremo infine a quale forma di intervento pubblico è possibile associare l'attività antitrust, soffermandoci in particolare sulle differenze e le similarità tra questa politica e l'attività di regolamentazione dei mercati.

Nella seconda parte di questo scritto lo schema analitico che abbiamo descritto verrà utilizzato per ricostruire la recente esperienza in materia di antitrust nel nostro paese. Obiettivi, visione generale del problema concorrenziale e sua traduzione nell'accento su determinati campi di intervento, procedure utilizzate per la raccolta di informazioni e per l'analisi dei singoli casi saranno quindi illustrati, al fine di isolare e valutare criticamente sia l'approccio generale seguito dall'Autorità Garante che le linee di intervento su specifici ambiti. Particolare attenzione verrà quindi dedicata allo studio della disciplina delle intese, che ha conosciuto negli ultimi anni una notevole evoluzione sia negli sviluppi della teoria economica che nell'articolarsi degli interventi regolamentativi.

1. Un modello positivo dell'attività antitrust

In questa sezione intendiamo considerare in termini relativamente astratti l'attività antitrust in modo da individuare un paradigma teorico che ne consenta la lettura e che indichi le categorie analitiche di maggior rilevanza per comprendere questa forma di intervento nei mercati. Svilupperemo quindi prima di tutto un modello positivo adatto a descrivere gli elementi più importanti che caratterizzano l'attuazione delle politiche antitrust, concentrandoci sulla definizione dei soggetti coinvolti, degli obiettivi di questi e delle decisioni da essi prese, concludendo con un'analisi dei problemi informativi che condizionano l'attività di sorveglianza dei mercati.

I *soggetti* coinvolti sono da un lato l'autorità antitrust e dall'altra l'insieme $i \in I$ delle imprese che operano nel sistema economico¹.

Gli *obiettivi* che caratterizzano l'autorità antitrust possono essere molteplici, e verranno più approfonditamente trattati in una successi-

¹ I consumatori, che naturalmente svolgono un ruolo nel mercato, non vengono esplicitamente considerati poiché si assume, come consuetudine, che seguano un comportamento parametrico riassunto nella curva di domanda. Un ruolo attivo dei consumatori nell'implementazione delle politiche antitrust verrà tuttavia considerato in seguito, in relazione alla segnalazione di comportamenti anticompetitivi delle imprese.

va sezione. A puro titolo di riferimento possiamo pensare ad una misura di benessere sociale $W(p)$ che dipende dalla configurazione di mercato, riassunta in un vettore di variabili p che possono includere prezzi, quantità, investimenti in particolari attività, ecc. L'obiettivo dell'impresa i corrisponde ai profitti $\pi_i(p)$, in funzione delle variabili p che descrivono la configurazione di mercato ed è per sua natura non coincidente con l'obiettivo del principale ed in generale non perfettamente correlato ad esso.

Le imprese scelgono le proprie strategie di mercato a , insieme che può includere una pluralità di opzioni, quali ad esempio la scelta di particolari variabili – prezzi, quantità, ecc. – e la dimensione temporale di queste azioni – decisioni *one shot*, sequenziali, ripetute. Dati i fattori strutturali s , che possono ad esempio includere elementi relativi alla tecnologia, ai gusti, al numero di imprese, la configurazione di mercato può essere definita come una relazione $p(a, s)$ che lega le variabili di equilibrio p alle strategie delle imprese e ai dati di struttura². A puro titolo di esempio, in un particolare contesto i prezzi di equilibrio nel mercato (inclusi in p) potranno dipendere dalla domanda di mercato, dai costi e dal numero di imprese (inclusi in s) e dal prevalere o meno di strategie collusive (incluse in a).

Le variabili controllate dall'autorità antitrust consentono di descrivere gli strumenti di intervento utilizzati. La compresenza di una pluralità di agenti che interagiscono tra di loro impone al principale di disegnare i propri schemi di intervento in modo che questi influenzino le imprese tenendo conto dell'interazione che tra esse avviene. D'altra parte, l'esistenza di un meccanismo di interazione sociale, la particolare forma di concorrenza che si attua in una specifica situazione di mercato, dispensa il regolamentatore dal disegnare un meccanismo integralmente artificiale, così come solitamente avviene nel caso della regolamentazione del monopolio naturale.

Nel descrivere gli *strumenti* dell'autorità antitrust prendiamo come punto di riferimento una situazione $j \in J$ che vede coinvolto un sot-

² La distinzione tra variabili di struttura, condotte delle imprese e configurazioni di mercato, per quanto compatibile con l'approccio Struttura-Condotta-Performance dell'Economia Industriale tradizionale, è qui utilizzata nella prospettiva di una descrizione dell'interazione di mercato secondo il linguaggio proposto dalla Teoria dei Giochi, e va quindi intesa con riferimento agli elementi propri della tecnologia e dei gusti – i *first principles* – alle strategie seguite dalle imprese e alle variabili che vengono determinate endogenamente nell'equilibrio del gioco.

toinsieme I' di imprese che scelgono le strategie $a^j = \{a_i^j\}_{i \in I'}$ e sono caratterizzate dagli elementi strutturali descritti nell'insieme $s^j = \{s_i^j\}_{i \in I'}$. Il meccanismo di intervento vero e proprio può essere visto in primo luogo come un insieme di regole $\mu(a^j, s^j)$ che prescrivono, per ogni situazione $j \in J$ e per ogni $i \in I'$, un trasferimento $m_i^j < 0$, che si configurerà quindi come multa, in funzione dei comportamenti a_i^j dell'impresa e dei dati strutturali s_i^j che la caratterizzano nella situazione j ³. Ad esempio, certi tipi di intese (inclusi in a) potrebbero ricevere una sanzione nel caso di un mercato concentrato ma non in presenza di un numero elevato di imprese (incluso in s).

Il secondo elemento costitutivo del meccanismo di regolamentazione può essere introdotto rammentando che l'attività di regolamentazione interverrà solamente nei casi in cui giunga a conoscenza della situazione j , delle azioni a^j in essa intraprese dalla o dalle imprese $i \in I'$ coinvolte e giudichi l'azione in possibile conflitto con l'interesse pubblico. La multa m_i^j non è quindi automaticamente comminata qualora una determinata azione si verifichi in un mercato, ma verrà inflitta con una probabilità q_i^j più o meno alta a seconda dell'intensità dell'intervento promosso dall'autorità antitrust. Questa, a sua volta, dipenderà da un lato dai costi di implementazione che una particolare fattispecie j , descritta dagli elementi (I', a^j, s^j) , comporta, e dall'altra dalle conseguenze $W(p(a^j, s^j))$ in termini di benessere sociale che dalla situazione j derivano⁴. L'intensità dell'intervento può quindi es-

³ È possibile descrivere astrattamente in questo modo tutti i campi di intervento tipici dell'autorità antitrust, sia laddove il provvedimento sanzionatorio si configuri propriamente nella forma di una multa, sia laddove invece si manifesti come divieto o annullamento. Riteniamo che, per quanto in questi casi una multa non venga effettivamente comminata, gli effetti del provvedimento sanzionatorio possano essere espressi come se fossero causati dall'imposizione di una multa. Nel caso della regolamentazione dei *mergers*, l'azione a^j corrisponde all'acquisizione di un'altra impresa, mentre il provvedimento di divieto può essere espresso nella forma di una multa sufficientemente alta da non rendere più conveniente l'acquisizione programmata. Analoga interpretazione della formulazione generale qui proposta può essere data nel caso in cui il divieto comporti l'annullamento di obblighi contrattuali precedentemente sottoscritti, laddove l'annullamento può essere espresso attraverso una forte penalità corrispondente alle perdite a cui l'impresa va incontro nel momento in cui gli impegni contrattuali cessano di essere vincolanti.

⁴ Considerare come elementi distinti l'entità della multa e la probabilità della sua attuazione è tipico della letteratura su crimine e punizione avviata da Becker [1968]. Anche da un punto di vista positivo questa distinzione appare utile poiché è possibile separare nell'attività antitrust misure che elevano l'entità della multa da provvedimenti che incidono sul grado di intervento, e quindi sulla probabilità di attuazione della multa stessa. Dal momento che i due termini non comportano in generale gli stessi costi di

sere definita da un insieme di regole $q(a^j, s^j)$ che collegano la probabilità di comminare la multa alla fattispecie j .

I profitti π_i^j dell'impresa i nella situazione j dipenderanno quindi dai dati strutturali s^j e dalle strategie a^j attuate dalle imprese, dalla multa $\mu(a_i^j, s_i^j)$ e dalla probabilità di attuazione $q(a_i^j, s_i^j)$ secondo l'espressione

$$\pi_i^j = \pi_i(p(a^j, s^j)) + q(a_i^j, s_i^j) \cdot \mu(a_i^j, s_i^j)$$

Attraverso il disegno di μ e q l'autorità antitrust può quindi influenzare la condotta delle imprese, condizionando le configurazioni di equilibrio che si realizzano nei mercati.

L'agenzia antitrust, pur godendo di autorità che le consente di stabilire la forma del proprio intervento⁵, opera in una condizione di rilevante *asimmetria informativa*: l'autorità non conosce *a priori* tutti i casi $j \in J$ nei quali potrebbe essere raccomandabile un intervento, e non conosce *a priori* in ciascuno specifico caso j gli elementi (I^j, a^j, s^j) necessari a valutare se l'interesse collettivo sia leso.

D'altra parte, la possibilità di acquisire informazioni attraverso l'attività di indagine e di ispezione è condizionata dal fatto che quest'ultima è in generale costosa, nel senso che assorbe risorse in un contesto in cui queste ultime sono limitate.

In questa prospettiva, una volta definito il quadro delle multe attese, l'aspetto cruciale nell'attuazione delle politiche è quello relativo alla creazione e allo svolgimento di procedure di raccolta e selezione delle informazioni che consentano di testare nel modo meno costoso se si sia presentata una situazione che giustifica il ricorso a sanzioni.

Una soluzione che è solitamente utilizzata, come illustreremo meglio in seguito, comporta la definizione di un insieme di procedure attuative che in alcuni casi prescrivono analisi dettagliate mentre in altre si limitano ad utilizzare indicatori meno complessi, e quindi meno costosi in termini di monitoraggio. A seconda dei casi, quindi, l'informazione aggiuntiva che l'operatore pubblico acquisisce può completare o meno il quadro informativo necessario. Di conseguenza

attuazione, le politiche di punizione ottimali si definiscono attraverso un'opportuna graduazione dei due elementi sopra richiamati.

⁵ Astraiamo in prima approssimazione da fenomeni di cattura o dalla presenza di gruppi di pressione che possano condizionare l'operato del regolatore allineandolo alle finalità perseguite dalle imprese regolate.

l'autorità antitrust si trova spesso ad operare utilizzando un set di informazioni sugli insiemi (p, a, s) insufficiente a discriminare tra possibili spiegazioni, o teorie, alternative che legano le configurazioni di mercato alle strategie delle imprese e ai dati strutturali. Una valutazione circa la completezza e l'equilibrio delle procedure di valutazione appare quindi uno degli aspetti cruciali per chi analizzi il concreto operare delle politiche di tutela della concorrenza e verrà ripreso nei prossimi paragrafi.

Da questa schematizzazione dell'attività antitrust emerge una serie di elementi che occorre considerare quando si analizzino le esperienze di tutela della concorrenza in una specifica situazione. Questi riguardano:

i) la definizione degli *obiettivi* generali che informano l'azione antitrust - $W(p)$.

ii) l'esame di quale o quali teorie consentano di collegare le configurazioni di equilibrio alle strategie d'impresa e ai dati strutturali, precisando le relazioni $p(a, s)$. L'individuazione, tra queste molteplici teorie, di una visione, o modello implicito, del funzionamento dei mercati adottato dall'autorità antitrust permette di ricostruire la valutazione sull'urgenza o meno di un'azione antitrust e, quindi, la definizione dell'intensità e della severità dell'intervento e dei campi ove questo sia ritenuto più necessario, sintetizzate nella definizione degli strumenti $\mu(a, s)$ e $q(a, s)$.

iii) la soluzione dei problemi informativi cui l'autorità va incontro, che converrà distinguere in due livelli. Un primo elemento riguarda il monitoraggio ad ampio spettro e la raccolta di informazioni circa l'esistenza di situazioni $j \in J$ potenzialmente suscettibili di intervento da parte dell'autorità. In secondo luogo, per quei casi nei quali si intenda procedere, occorre considerare i problemi legati all'indagine e alla raccolta di informazioni relative agli elementi (I^j, a^j, s^j) che descrivono la situazione j esaminata.

Nei successivi paragrafi studieremo i diversi elementi che compongono il quadro sopra delineato, analizzando più in dettaglio le problematiche di natura economica ed attuativa più rilevanti per la definizione di un efficace intervento antitrust.

Prima di procedere oltre, tuttavia, riteniamo necessario esprimere alcune valutazioni relative alla natura stessa dell'intervento di sorveglianza dei mercati, che consente di confrontare questa politica con altre forme di intervento e regolamentazione dei mercati oggi utilizzate e di affrontare alcuni problemi non più di natura positiva ma normativa.

1.1. Attività antitrust tra mappa dei diritti e meccanismo di regolamentazione

In tutti i paesi industrializzati l'antitrust si configura come un insieme di norme e di regolamenti attuati e fatti rispettare da organismi giudiziari o amministrativi. Una prima lettura che è possibile avanzare è quindi quella secondo cui la legge antitrust fissi una struttura di diritti, indicando quali comportamenti sono leciti e quali non lo sono, facendo rispettare queste prescrizioni attraverso un'attività assimilabile a quella dei tribunali. L'attività antitrust non si discosterebbe quindi dalle forme e dai modi nei quali in generale le leggi operano. In questa prospettiva l'interesse prioritario della legge è quello di assicurare determinate condizioni entro le quali l'interazione economica tra le imprese si realizzi. Il legislatore e chi ne concretizza gli intenti attraverso l'opera di sorveglianza dei mercati non sono in quest'ottica interessati ad una particolare configurazione del mercato, ma giudicano invece prioritario che vengano mantenute determinate regole di comportamento all'interno dei mercati stessi. L'antitrust è in questo senso tutela della concorrenza.

Questa lettura appare per certi aspetti naturale, e riprende una formulazione assai vicina al linguaggio giuridico con il quale la legge è formulata. Si noti inoltre che, seguendo questo approccio, non ha un senso compiuto chiedersi quale debba essere lo schema di intervento ottimale, dal momento che tutto quello che conta è la coerenza tra misure sanzionatorie e principi concorrenziali. Esempio di questa impostazione è quanto afferma Sullivan [1980]: «l'economia serve per comprendere se la concorrenza, così come intesa dal giudice, opera, e non per determinare che cosa sia la concorrenza». L'unico ambito nel quale un problema normativo può essere posto è, in questa prospettiva, quello relativo all'efficienza nella raccolta di informazioni al fine di vagliare i comportamenti e di sostenere l'*enforcement* della legge.

Tuttavia questa chiave di lettura non appare convincente, in particolare quando si considerino le esperienze degli ultimi due decenni in tutti i paesi industrializzati. Una esplicitazione sempre maggiore di obiettivi di efficienza economica e la prevalenza in molti degli ambiti di intervento di procedure che premiano questo obiettivo rispetto ad una difesa formale della concorrenza sembrano aver risolto sempre più chiaramente l'iniziale ambiguità negli obiettivi dell'intervento antitrust tra tutela della concorrenza e efficienza allocativa a favore del secondo.

Se l'obiettivo dell'attività antitrust può essere identificato con l'efficienza allocativa, appare interessante esplorare una seconda possibile lettura dell'attività antitrust, che intende avvicinare questa disciplina

non tanto ai modi generali di operare della legge quanto alle forme di intervento regolamentativo dei mercati⁶. In questa seconda prospettiva l'antitrust può essere visto come un problema di disegno di meccanismi e quindi come un insieme di strumenti e di articolazioni istituzionali che possono essere disegnate al fine di conseguire particolari obiettivi di benessere sociale.

L'antitrust è in questo caso innanzitutto interessato alle proprietà di efficienza delle configurazioni di mercato e si propone di intervenire su di esse, condizionando indirettamente il comportamento delle imprese. La componente normativa dell'analisi può, in questo caso, essere sviluppata in modo compiuto, disegnando gli strumenti μ e q in modo che le configurazioni di equilibrio p da essi influenzate massimizzino sotto opportuni vincoli e in ogni circostanza la misura di benessere sociale $W(p)$. La concorrenza è secondo questa lettura un meccanismo sociale di interazione tra le imprese che può in determinati contesti indurre configurazioni efficienti, e rappresenta quindi un prezioso «alleato» del legislatore più che un fine in se stesso. L'attività antitrust e quella di regolamentazione dei monopoli naturali, possono in questa seconda lettura trovare un terreno di confronto più fertile, dal momento che l'obiettivo normativo, l'efficienza economica, è comune ad entrambi mentre gli strumenti, costruzione di condizioni concorrenziali o fissazione autoritativa dei prezzi, appaiono come soluzioni alternative che rendono più ricco il portafoglio di opzioni in mano all'operatore pubblico⁷.

Non sembra tuttavia possibile identificare i modi dell'operare dell'attività antitrust nemmeno con questo secondo paradigma. E questo non tanto e non solo perché il problema di informazione asimmetrica, che caratterizza l'antitrust così come i problemi di regolamentazione del monopolio naturale, è risolto nei due casi in modo diametralmente opposto: nella letteratura di *mechanism design* attraverso la defini-

⁶ A proposito dell'approccio di *mechanism design* al problema della regolamentazione, si veda Laffont e Tirole [1993]. Per quanto riguarda la teoria dell'implementazione un utile riferimento è a Moore [1993]. Sul confronto tra regolamentazione e altre forme di intervento nei mercati si veda anche Polo [1992].

⁷ Nella relazione dell'Autorità Garante italiana del 1994, a proposito del processo di privatizzazione avviato in numerosi servizi di pubblica utilità, si auspica di «orientare il processo di dismissione verso la prefigurazione di una struttura di mercati funzionale all'operare della concorrenza, consentendo quindi, ove e quando possibile, il superamento della stessa necessità di regolamentazione degli accessi e del processo di formazione dei prezzi».

zione di incentivi che inducono la rivelazione veritiera delle informazioni private da parte delle imprese e nella pratica antitrust mediante l'attività di monitoraggio *ex post*.

Il punto sostanziale che non consente di leggere l'attività antitrust nei termini di un problema di implementazione risiede nel fatto che in molti casi manca, nella pratica di sorveglianza dei mercati, quello che in un problema di disegno dei meccanismi è essenziale, e cioè la capacità e l'interesse ad implementare specifiche soluzioni che massimizzino la funzione obiettivo del principale in ogni possibile stato del mondo.

L'uso delle sanzioni nelle legislazioni antitrust non sembra invece rispondere all'obiettivo di intervenire sempre e comunque per assicurare le configurazioni più efficienti. L'attività antitrust tende ad intervenire in certe categorie di situazioni – concentrazioni, intese, abusi di posizione dominante – ma non in altre⁸. La parzialità e incompletezza con cui l'attività antitrust interviene potrebbero forse essere razionalizzate, in una logica di meccanismi di intervento ottimali, appellandosi all'entità dei costi di monitoraggio che costringono a selezionare gli ambiti di azione. Resta tuttavia il dubbio se l'approccio interventista tipico della regolamentazione sia realmente compatibile con l'ispirazione ultima delle politiche antitrust⁹.

L'attività antitrust si presenta quindi come una forma di intervento pubblico nel funzionamento dei mercati in qualche modo spuria, che sembra procedere nella direzione di un più accorto e modulato intervento nelle specifiche situazioni secondo criteri di efficienza allocativa, ma ancora, e forse irrimediabilmente, lontano da un approccio di tipo regolamentativo. La possibilità di condurre un'analisi normativa dell'intervento antitrust risulta quindi in parte limitata, poiché non è ovvio quale sia il *benchmark* ideale più appropriato per svolgere questa riflessione in termini generali.

⁸ Ad esempio, in un mercato con due imprese, se si stabilisse il prezzo di monopolio a seguito di pratiche collusive l'autorità antitrust sarebbe tenuta ad intervenire, ma nel caso in cui la configurazione di mercato, per quanto allocativamente inefficiente, fosse il risultato di strategie non cooperative che limitassero la capacità produttiva (equilibrio di Cournot), non vi sarebbe spazio, nelle normative antitrust vigenti in tutti i paesi industrializzati, per un intervento di sanzione.

⁹ Se l'intervento pubblico vada ispirato ad un «approccio delle regole» o debba includere indissolubilmente in sé obiettivi sostanziali circa gli esiti dell'interazione sociale è d'altra parte tema assai vasto, profondamente radicato nel dibattito sulla concezione liberale dello Stato e non certo limitato alle problematiche della disciplina antitrust.

1.2. Gli obiettivi dell'attività antitrust

L'esperienza dei diversi paesi industrializzati suggerisce come dietro la nozione di attività antitrust o di tutela della concorrenza si ritrovino una molteplicità di obiettivi e di accenti, alcuni dei quali possono essere riportati a temi di natura economica ed altri più propriamente appartenenti alla sfera degli obiettivi politici.

È utile distinguere a questo riguardo tra esperienze caratterizzate da un accento quasi esclusivo posto sul tema dell'efficienza economica e situazioni nelle quali questo obiettivo è affiancato da una pluralità di finalità aggiuntive, che possono riferirsi ad obiettivi di natura occupazionale, di sviluppo regionale o tecnologico, di difesa delle piccole e medie imprese, di integrazione tra mercati nazionali, sino a valori di sapore più tipicamente politico quali il contrasto a situazioni di eccessiva concentrazione del potere¹⁰. A questi vanno inoltre aggiunti obiettivi che nascono da rilevanti specificità settoriali, quali la tutela della stabilità delle aziende di credito o la difesa del pluralismo nel settore dei media.

Non è del tutto chiaro quali siano le ragioni che possano sostenere un criterio di tipo efficientista o piuttosto un approccio maggiormente pluralista¹¹: obiettivi «non efficientisti» quali quelli più sopra richiamati fanno infatti comunque parte dell'insieme di motivazioni che si ritrovano all'interno della politica economica di un paese, e che possono essere posti ad indirizzo di altre istituzioni diverse dall'autorità antitrust. Porre quindi a fondamento di quest'ultima solamente il perseguimento di obiettivi di efficienza non impedisce il fatto che la dialettica con altri obiettivi si possa manifestare in specifici contesti. Un aspetto che forse può far preferire un approccio efficientista ad uno pluralista è legato al fatto che nel primo caso la dialettica tra obiettivi diviene dialettica tra istituzioni distinte, consentendo quindi una maggior trasparenza e *accountability* nella formazione delle politiche.

All'interno degli obiettivi di natura economica, inoltre, si possono riscontrare differenze nella misura di benessere sociale utilizzata¹² — surplus dei consumatori, surplus totale del mercato, surplus totale

¹⁰ Gli obiettivi della legislazione antitrust sono sempre stati un tema di intenso dibattito nella letteratura economica e giuridica. Si vedano, tra i contributi più importanti, Hovenkamp [1982] e [1985], Lande [1982], Pitofsky [1979] e, tra gli esponenti della Scuola di Chicago, Bork [1978] e Easterbrook [1985].

¹¹ Su questo punto si vedano tuttavia le interessanti osservazioni in Tirole [1994].

¹² Si veda in particolare Crampton [1994].

considerando anche gli effetti sugli altri mercati – che implicano naturalmente conclusioni diverse tutte le volte che un'intervento antitrust comporta effetti redistributivi tra le diverse classi di soggetti. È interessante inoltre notare come l'adozione di una misura di benessere quale il surplus dei consumatori, come in certi capitoli della legislazione comunitaria avviene, trova una sua giustificazione ultima non tanto in una considerazione economica legata a nozioni di efficienza allocativa, quanto a ragioni di natura distributiva e ad un obiettivo «politico» di difesa relativa delle componenti più deboli all'interno del sistema economico.

Anche le esperienze caratterizzate da una pluralità di obiettivi hanno negli ultimi quindici anni marcato un progressivo aumento del peso delle motivazioni legate all'efficienza economica. Il peso crescente di obiettivi di natura economica ha d'altra parte aumentato il ruolo e la responsabilità delle ragioni che la teoria economica può offrire come base per una riflessione di natura normativa.

Un ruolo a parte è giocato da nozioni di efficienza di stretta natura economica ma legate ad un contesto dinamico invece che statico. Assenti tra gli obiettivi originari della legislazione antitrust, le considerazioni relative ai processi di innovazione tecnologica hanno oggi uno spazio nell'illustrazione dei miglioramenti di efficienza associati a pratiche solitamente considerate anticompetitive, e possono costituire ragione per un'astensione da provvedimenti sanzionatori¹³.

1.3. La visione del processo concorrenziale e l'intensità dell'intervento

L'incisività e l'ampiezza dell'intervento antitrust, e la sua stessa funzione generale, appaiono assai diverse a seconda delle esperienze nazionali ed anche confrontando fasi diverse nell'evoluzione delle politiche di tutela della concorrenza all'interno di singoli paesi¹⁴. Gli svi-

¹³ Una interessante discussione sulla revisione dell'intervento antitrust che tenga in conto sufficiente le ragioni dell'efficienza dinamica si trova in Jorde e Teece [1992].

¹⁴ Si veda Mueller [1993] e gli studi in esso citati. Naturalmente l'importanza degli interessi in gioco porta a considerare tra le determinanti di questo composito panorama fenomeni di più chiara valenza politica, legati al prevalere di gruppi di interesse o di istituzioni che di volta in volta hanno limitato o promosso il grado di intervento dell'autorità antitrust. Approfondire questo aspetto, d'altra parte, ci porterebbe su un terreno che richiede strumenti diversi da quelli dell'economista o del giurista. È interessante inoltre sottolineare che raramente l'influenza di gruppi di interesse sull'attività antitrust si è posta in termini di crudo potere, e più spesso ha coinciso con il progressivo affermarsi di correnti di pensiero politico, economico e giuridico che hanno nel tempo modificato gli orientamenti prevalenti nelle istituzioni preposte alla disciplina antitrust. È possibile quindi ricostruire i contrasti sul ruolo e sul grado di intervento

luppi della teoria dell'Organizzazione Industriale negli ultimi quindici anni hanno indubbiamente offerto un contributo forte all'evolversi del dibattito antitrust. Non è qui possibile ricostruire che per sommi capi le principali linee di evoluzione della teoria dell'Organizzazione Industriale¹⁵ nell'ultimo decennio, su cui rimandiamo al lavoro di Marrelli e Martina in questo volume.

La radicale critica esterna alle ragioni stesse dell'intervento antitrust, che deriva tradizionalmente dalla visione bertrandiana della concorrenza – *due imprese sono sufficienti per la concorrenza* – ed è stata riproposta in una versione moderna e sofisticata dalla scuola dei mercati contendibili di Baumol, Panzar e Willig [1982], è stata notevolmente ridimensionata dall'analisi della determinazione endogena delle forme della concorrenza: da questa è derivata una chiara visione di come le imprese siano in grado di allentare l'intensità della concorrenza di prezzo, determinando configurazioni di mercato lontane da quella bertrandiana. Il paradigma cournotiano – che lega l'efficienza delle configurazioni di equilibrio al numero di imprese attive e alle condotte di queste – consistente con questa visione del processo concorrenziale e fonte ispiratrice dell'approccio antitrust, ne è risultato quindi rafforzato.

Anche il *trade-off* fra efficienza statica ed efficienza dinamica, significativa *impasse* dell'approccio tradizionale, è stato analizzato in modo più soddisfacente, soprattutto nella letteratura sulla differenziazione per qualità e sugli oligopoli naturali. Un'analogia revisione si è in parte sviluppata anche in materia di intese orizzontali¹⁶ con riferimento a molti contesti nei quali il coordinamento tra imprese consente miglioramenti di efficienza e progresso tecnologico.

Un'altra problematica che ha subito negli ultimi quindici anni una profonda revisione teorica è quella legata alle pratiche contrattuali verticali. Tradizionalmente condannate nell'intervento antitrust americano e sottoposte a severo scrutinio nell'esperienza della Comunità Europea, molte forme contrattuali verticali sono state rilette come soluzioni efficienti, naturalmente in una logica di *second best*, in contesti di informazione perturbata ed investimenti idiosincratici delle parti.

dell'autorità antitrust rifacendoci al dibattito che ha sempre attraversato gli studiosi di Organizzazione Industriale tra propugnatori di un ruolo interventista e fautori di un approccio fortemente deregolamentativo. Si vedano ad esempio Armentano [1982], Baumol e Ordover [1985].

¹⁵ Si vedano in proposito Tirole [1991], Polo [1993], Grillo e Polo [1994 e 1996].

¹⁶ Si vedano Schmalensee [1992], Jorde e Teece [1992], Ghezzi [1994a].

Se gli sviluppi teorici relativi alle fusioni e alle intese verticali hanno complessivamente influenzato l'attività antitrust in una prospettiva di intervento meno rigido e più tollerante, altri capitoli della moderna Organizzazione Industriale, quale l'analisi della collusione, dei comportamenti predatori e delle barriere strategiche all'entrata, hanno invece rafforzato le ragioni di un attento e costante presidio del funzionamento dei mercati.

Solamente una lettura fortemente ideologica può quindi interpretare gli sviluppi dell'Organizzazione Industriale come univocamente indirizzati verso un ridimensionamento del ruolo e dell'importanza dell'attività antitrust. Sembra invece di poter dire che l'indicazione generale che emerge dal panorama teorico oggi disponibile spinge in quasi tutti i tradizionali campi di intervento dell'antitrust ad una analisi dettagliata che sostituisca divieti automatici e generali, al passaggio cioè da *per sé rules* a *rules of reason*. Le molteplici forme della competizione tra imprese condividono infatti un dato comune, la ricerca e l'appropriazione di posizioni di rendita oligopolistica, che tuttavia a seconda dei casi comportano ricadute in termini di benessere di segno totalmente diverso. Non è quindi possibile limitarsi ad una censura o approvazione dei comportamenti in generale, ma occorre valutare questi alla luce delle conseguenze in termini di benessere a cui conducono.

Questo mutato quadro comporta conseguenze assai rilevanti nel disegno delle forme concrete di intervento: da un lato richiede procedure più flessibili e adattabili alle specifiche fattispecie; dall'altra, essendo questa strada estremamente costosa in termini di monitoraggio, invita a riflettere su un'allocazione efficiente delle scarse risorse che possono essere dedicate all'attività di sorveglianza dei mercati.

1.4. Problemi informativi e costi di monitoraggio

Come abbiamo già suggerito più sopra, è utile considerare i problemi di informazione e di monitoraggio che l'attività antitrust incontra distinguendo tra informazioni relative all'esistenza di casi di possibile interesse per l'intervento regolamentativo e informazioni dettagliate su specifici casi analizzati, necessarie per giungere ad una decisione in merito¹⁷. L'intervento antitrust ha infatti come prerequisito di giungere a conoscenza di fatti specifici che ricadano sotto la sua

¹⁷ Si veda l'interessante lavoro di Mookherjee e Png [1992] sulla scelta tra monitoraggio e ispezione nell'*enforcement* della legge.

competenza; una volta accertata l'esistenza di questi fatti, qualora si ritenga di procedere occorre condurre un'istruttoria che consente di raccogliere informazioni dettagliate sulla particolare situazione indagata, fino a giungere ad una decisione. L'intensità dell'intervento, sintetizzata nel vettore di probabilità $q(a, s)$, si compone infatti della probabilità con cui l'autorità interviene in specifici contesti avviando indagini, e della probabilità che le indagini portino a comminare una multa¹⁸. In questo paragrafo concentreremo l'attenzione sul primo dei due termini, rinviando al successivo paragrafo l'analisi della trattazione dei singoli casi.

L'autorità antitrust può giungere a conoscenza di fatti di possibile rilevanza in diversi modi: su propria iniziativa di monitoraggio ad ampio raggio, su iniziativa di una delle parti che segnala il caso, a seguito di predisposizioni di legge che impongono l'obbligo di segnalazione ad una delle parti. Da questo parziale elenco è immediato notare come, solo in alcuni casi, la procedura prescelta imponga costi di monitoraggio e di indagine preventiva all'autorità antitrust, consentendo in altri di risparmiare risorse. Due sono i problemi cruciali che occorre considerare in quest'ultima prospettiva: se ciò comporti una distorsione nel contenuto dei fatti segnalati a giudizio e se questo implichi un grado insufficiente di segnalazione.

Con riferimento al primo problema, occorre chiedersi se l'affidare almeno in parte all'iniziativa dei privati l'attivazione dell'intervento antitrust non comporti distorsioni. Si possono infatti immaginare situazioni in cui la perdita di benessere di una parte sia più che compensata dai benefici ottenuti da altri soggetti, comportando un complessivo aumento del benessere sociale. Tuttavia, le parti penalizzate potrebbero ritenere lesi i propri diritti attivando una procedura di indagine dell'autorità antitrust.

Nel caso in cui l'antitrust fosse sempre in grado di giungere ad una decisione che rispecchia il vero «modello» della situazione, gli esiti che le parti possono attendersi dall'attivazione di un processo di indagine sarebbero quelli associati al perseguimento dell'efficienza. Un problema di distorsione in questo caso non si porrebbe, dal momento che le decisioni andrebbero comunque nel senso di un miglioramento del benessere sociale, mentre le parti avrebbero convenienza ad attivarsi solamente nei casi in cui interesse pubblico e privato fossero allineati. Nel caso tuttavia in cui con probabilità positiva la deci-

¹⁸ Da un punto di vista di ricostruzione dell'iter procedurale, è possibile individuare anche un numero di passaggi superiore a due, tenendo conto della conoscenza del fatto, dell'indagine preventiva o preistruttoria e dell'apertura dell'istruttoria formale.

sione non rispecchi la soluzione più efficiente dal momento che il modello che informa l'autorità antitrust, pur non venendo falsificato dai dati disponibili, non riproduce le vere relazioni di mercato, possiamo immaginare che le distorsioni nell'esito degli interventi offrano un incentivo alle parti a promuovere azioni che non sono desiderabili dal punto di vista del benessere sociale¹⁹.

Queste distorsioni sono ulteriormente amplificate dal fatto che in genere esistono costi privati e sociali legati all'esame approfondito dei diversi casi. Dal momento che le procedure istruttorie comportano costi sia per le parti che per l'autorità, seguire un meccanismo distorto di selezione dei casi comporta conseguenze reali nello svolgimento dell'attività antitrust²⁰.

Il secondo elemento da considerare riguarda il fatto che, anche in assenza di distorsioni, gli incentivi della parte lesa ad attivarsi possono essere insufficienti per un problema di *free riding* dei soggetti coinvolti rispetto a quelli che si attivano sopportando i costi. Per questa ragione non possiamo attenderci che i privati si facciano promotori di una iniziativa presso l'autorità antitrust in tutti i casi nei quali l'interesse collettivo verrebbe ben rappresentato da una loro segnalazione.

Sia il problema di distorsione che quello di *free riding* suggeriscono quindi la possibilità di uno schema misto, che affianchi all'autonoma segnalazione delle parti una iniziativa indipendente dell'autorità antitrust.

Il problema che abbiamo sin qui descritto nei suoi termini generali si presenta in modo diverso a seconda dei campi di intervento dell'autorità. Nel caso di abusi di posizione dominante, in genere una delle parti che interagiscono nel mercato ritiene di subire un danno non giustificato, e ha quindi l'interesse a promuovere un intervento dell'autorità: esiste in altri termini una parte lesa non dispersa che ha incentivo a portare a conoscenza dell'autorità antitrust il torto subito. Resta invece aperto, e non risolvibile in generale, il problema dell'eventuale distorsione nella segnalazione dei privati.

Diversa appare la situazione per quanto riguarda le intese, dal momento che in questo caso le parti coinvolte condividono un inte-

¹⁹ Esempi significativi in questo senso sono offerti da certi eccessi raggiunti negli Stati Uniti. Si vedano in proposito Martin [1994, cap. 10] e Mueller [1993].

²⁰ L'esistenza di costi privati legati all'attività antitrust e di incertezza sugli esiti della decisione spiega inoltre come possano sorgere pratiche ricattatorie basate sull'accusa di comportamenti anticompetitivi ai danni dei concorrenti, pratiche segnalate da numerosi autori quali Posner, Easterbrook e Martin.

resse a che la transazione si svolga nella forma concordata senza che intervenga l'autorità antitrust. Molto spesso i costi sociali di un'intesa, in particolare di un'intesa orizzontale, ricadono su soggetti dispersi quali i consumatori, riproponendo come centrale il problema di *free riding* più sopra richiamato. Questo problema può essere affrontato d'altra parte in due modi, attraverso l'attivazione diretta dell'autorità antitrust e favorendo il formarsi di associazioni dei consumatori che, risolvendo in modo efficiente il problema di bene pubblico, si attivino tutte le volte che questo sia conveniente²¹.

Veniamo infine alla disciplina dei *mergers*: vi sono sovente in quest'ambito situazioni nelle quali il mutamento delle performance di mercato non danneggia in modo sensibile gli altri competitori ma semmai i consumatori. In questo caso il problema di *free riding* è rilevante: gli effetti negativi in termini di benessere sarebbero dispersi tra molti operatori, e si manifesterebbero inoltre dopo che la fusione è avvenuta. In questo caso, quindi, sembra preferibile disegnare meccanismi che consentano di intervenire prima che la fusione avvenga, ad esempio attraverso l'obbligo di notifica preventiva e la conseguente autorizzazione.

Da queste brevi osservazioni si può cogliere quindi come non sia possibile in nessuno dei campi di intervento dell'autorità antitrust demandare completamente a soggetti privati l'iniziativa di segnalare i casi rilevanti. Resta, d'altra parte, la necessità di scegliere procedure che consentano una allocazione efficiente delle risorse tra i diversi compiti di monitoraggio.

Da questo punto di vista si possono immaginare molteplici soluzioni che emergono come combinazioni di questi elementi procedurali: imposizione di obbligo di notifica preventiva (tipicamente adottato per i *mergers*), notifica facoltativa con sanzione diversa, nel caso di un giudizio avverso, a seconda che la notifica sia stata inoltrata o meno (disciplina delle intese nella CEE e in Italia); fissazione di soglie dimensionali (*de minimis*) in termini di quote di mercato o di fatturato,

²¹ Un'esperienza interessante a questo riguardo è quella americana: per indurre i consumatori ad attivarsi in situazioni nelle quali si ritengano lesi dal comportamento delle imprese è prevista - *Clayton Act*, sez. 4 - per il soggetto danneggiato nella sua attività o nei suoi diritti da atti vietati dalle norme antitrust il risarcimento fino al triplo del danno subito, nonché il rimborso delle spese giudiziali. L'efficacia di questa norma è rafforzata dall'*Antitrust Improvement Act* del 1976 che, per evitare che una eccessiva frammentazione del danno non dia luogo alla proposizione di alcuna azione risarcitoria, prevede una legittimazione speciale degli *Attorneys General* dei singoli Stati ad agire per il danno triplo in rappresentanza dei soggetti coinvolti e a raccogliere e distribuire ad essi le somme del risarcimento.

oltre le quali obblighi di notifica sorgono; fissazione di standard contrattuali il cui rispetto assicura la conformità alle norme antitrust (regolamenti di esenzione in blocco dal divieto di intese nella CEE).

1.5. La valutazione dei singoli casi

Una volta considerati i problemi che sorgono per raccogliere le informazioni preliminari sulle quali l'autorità antitrust può basare il proprio compito di sorveglianza, studieremo alcuni elementi importanti che caratterizzano i modi e le procedure attraverso le quali l'autorità antitrust articola i propri interventi istruttori specifici. Forma e contenuto di questi interventi sono influenzati da numerosi fattori.

In primo luogo va considerato il «modello» che sintetizza la visione teorica di una specifica fattispecie da parte dell'Autorità Antitrust: non sempre questa visione emerge con chiarezza, o assume i connotati tipici di un modello economico, nelle argomentazioni che vengono portate a sostegno delle decisioni adottate. Resta tuttavia evidente che un modello, in senso più o meno stringente, sia necessario per selezionare le variabili economiche da considerare e più in generale per poter valutare le diverse situazioni.

Il secondo fattore di estrema importanza nel delineare le procedure di indagine e decisione richiama ancora una volta un problema di uso efficiente delle risorse disponibili per l'attività di intervento. Quando l'ispezione è costosa, torna utile distinguere tra casi che possono facilmente essere valutati anche senza un'indagine dettagliata e approfondita e casi che invece la richiedono.

La distinzione fondamentale che ritroviamo nelle diverse legislazioni è quella tra regole automatiche (*per sé rules*) e regole flessibili (*rules of reason*): nella classificazione convenzionale, le prime basano le decisioni su un numero estremamente limitato di elementi, spesso quantitativi, e di presunzioni, senza procedere ad una analisi approfondita del singolo caso, mentre le seconde giungono ad una decisione solo dopo aver considerato tutti gli elementi della situazione indagata.

Le regole flessibili si sono imposte negli ultimi dieci anni in numerosi ambiti di intervento laddove in precedenza prevalevano regole automatiche, seguendo un'evoluzione della letteratura di Organizzazione Industriale che abbiamo brevemente richiamato più sopra, e che è più diffusamente trattata nel saggio di Marrelli e Martina.

Come conseguenza di questa progressiva evoluzione, molti ambiti di intervento dove in precedenza era sufficiente verificare pochi indi-

catori richiedono ora la considerazione di un set di variabili assai più vasto. Questo ha a sua volta aggravato l'endemico problema della allocazione delle risorse scarse da destinare ai diversi campi di intervento dell'attività antitrust.

La soluzione che è stata solitamente adottata nell'implementazione di regole flessibili ha portato alla messa a punto di procedure sequenziali che consentano in numerosi casi di giungere ad una decisione senza aver analizzato l'intero set di variabili: vengono inizialmente considerati gli elementi ritenuti più importanti, alla luce del «modello» che informa l'autorità antitrust, nel discriminare tra esiti sicuramente negativi in termini di benessere ed esiti potenzialmente positivi. Ad esempio sono studiate le quote di mercato delle imprese coinvolte dopo aver predisposto due soglie: sotto un certo valore l'autorizzazione è concessa, sopra un altro valore incorre sicuramente il divieto mentre nell'intervallo tra i due si procede alla considerazione di ulteriori elementi²². Si procede quindi secondo lo stesso criterio considerando in modo sequenziale via via elementi più complessi dal punto di vista del monitoraggio, quali le condizioni di entrata, le prospettive di crescita del settore, ecc. Solamente se tutti i livelli di verifica vengono superati l'autorizzazione viene concessa.

Una lettura più attenta delle procedure seguite per istruire le regole flessibili suggerisce quindi che la differenza tra queste e le regole automatiche non sia di merito ma semmai di grado. Una regola automatica può essere letta come una procedura che applica un solo livello di test per giungere ad una decisione²³, mentre le regole flessibili operano in genere attraverso una sequenza di test successivi, sempre più raffinati. Entrambe sono basate su un'ipotesi nulla di condanna o di divieto, che può essere rigettata solamente se l'evidenza relativa alla specifica situazione contrasta con le predizioni di modelli via via più complessi che vengono sottoposti a verifica.

I costi e i pregi di queste diverse soluzioni possono essere brevemente richiamati: le regole automatiche assorbono un ammontare limitato di risorse, ma contengono un aspetto ineliminabile di arbitra-

²² Si considerino ad esempio i criteri adottati nelle Guidelines in materia di fusioni nel 1992 negli Stati Uniti utilizzando diversi valori dell'indice di Herfindhal.

²³ O alternativamente come una procedura che fissa un solo valore di soglia nell'analisi della variabile ritenuta più significativa, autorizzando o vietando a seconda del valore assunto dalla variabile. Per contro, l'ampiezza dell'intervallo tra i due valori di soglia precedentemente descritti esprime in una certa misura la flessibilità della regola seguita, dal momento che determina la probabilità di procedere all'esame di ulteriori variabili.

rietà e in genere sono distorte a favore di una opzione di divieto. Nel contempo le regole automatiche facilitano una previsione delle decisioni dell'autorità diminuendo l'incertezza delle imprese²⁴, mentre le regole flessibili, per quanto strutturate in modo sequenziale, mantengono un elemento maggiore di aleatorietà. Il grado di incertezza che permane circa gli orientamenti dell'autorità antitrust si accompagna infatti alla complessità delle informazioni utilizzate per implementare le regole seguite e alla prevedibilità e «oggettività» dei test utilizzati.

Uno dei punti più controversi che si ritrova in moltissime situazioni, ad esempio, è legato alla definizione del mercato, passaggio cruciale per individuare il peso delle imprese coinvolte, primo seppur parziale indicatore del loro potere di mercato. Le informazioni necessarie per implementare un criterio empirico soddisfacente capace di individuare il mercato rilevante sono spesso troppo complesse e costose per essere raccolte, e in mancanza di queste rimangono approcci e *rules of thumb* relativamente arbitrari.

Il problema diviene ancora più radicale quando si considerino indagini relativamente dettagliate, volte implicitamente a testare la significatività di una particolare lettura o «modello» di un problema specifico. Spesso i dati relativi alle variabili che il sottostante modello utilizza non sono disponibili. Inoltre è possibile che i dati a disposizione siano compatibili con spiegazioni (modelli) alternativi senza che sia possibile discriminare tra di essi²⁵.

Questa osservazione tocca un punto che in qualche modo è connesso ad una valutazione degli sviluppi teorici recenti dell'Organizzazione Industriale, valutazione che individua tra le possibili patologie della crescita di questa disciplina una sovrabbondanza di modelli teorici prodotti senza un'adeguata attenzione alla verificabilità e alla falsificabilità delle predizioni da essi offerte²⁶.

Il problema è senza dubbio rilevante per l'economista, ma è forse più interessante valutarne la portata riprendendo le parole di D. Ginsburg, giudice presso la Corte di Appello di Washington:

²⁴ Axter [1991] afferma che «businessmen strongly rejected a rule of reason as much too imprecise. A rule of reason would not give them, so they maintained, sufficiently precise guidelines as to what and what not could do». Un'analoga raccomandazione a favore di regole semplici e facilmente prevedibili è espressa in Easterbrook [1992].

²⁵ Si pensi in proposito all'annosa discussione per individuare indici quantitativi nell'analisi delle strategie di prezzo predatorio. Si vedano, ad esempio, Areeda e Turner [1975] e la discussione in Ordover e Saloner [1989].

²⁶ Per una discussione a più voci su questo punto si vedano Fisher [1989] e Shapiro [1989]. Da segnalare anche le osservazioni in Sutton [1991].

How much more informed are enforcement decisions by reason of the economic analysis? The answer, I fear, is modest. While decisions are much less likely to rest upon wholly irrelevant grounds, decisions based upon relevant grounds are not much more likely to be correct than if no economic analysis were done²⁷.

La conclusione che sembra affacciarsi è quindi quella per cui la tendenza verso una diffusione di argomentazioni economiche più articolate all'interno delle istruttorie non è giunta, e probabilmente non può giungere, sino al traguardo ideale di un'analisi economica dettagliata e ad una sua verifica empirica quale base per le decisioni in materia di antitrust. Resta quindi un grado di approssimazione più o meno elevato che impedisce all'intervento antitrust di adattarsi perfettamente alla complessità e alla variabilità delle situazioni di mercato.

La conseguenza di ciò è tendenzialmente un fenomeno di segno opposto, per cui sono le condotte delle imprese ad adattarsi a quelle direttrici che, consolidatesi nella giurisprudenza sulle diverse e specifiche fattispecie, sintetizzano gli orientamenti dell'autorità antitrust e garantiscono un trattamento certo della situazione²⁸.

Questi limiti dell'attività di tutela della concorrenza portano a chiedersi se siano da preferire le conseguenze negative di un eccesso o di una carenza di intervento. Rispondere a queste domande costringe a ritornare ancora una volta a riflettere su quali modelli siano più adatti a descrivere le configurazioni di equilibrio che si determinerebbero in assenza di intervento. E conduce a dividersi, ancora una volta, tra quanti valutano le forze della libera interazione tra imprese capaci di emendare alle carenze di un più limitato intervento regolamentativo e quanti invece ritengono queste stesse forze in grado di preservare in modo persistente situazioni di inefficienza dei mercati²⁹.

²⁷ Ginsburg [1991, 27]. Si veda inoltre Areeda e Kaplow [1988, 655].

²⁸ Un esempio eloquente in questo senso è rappresentato dai regolamenti di esenzione in blocco adottati dalla Comunità Europea. La materia cui questi regolamenti si riferiscono è sovente assai complessa da punto di vista economico e presenta rilevanti *trade-off* tra efficienza statica e dinamica. Lungi dal risolvere il problema in modo «scientifico», questi regolamenti offrono un ragionevole equilibrio tra le diverse componenti del problema, indicando le modalità attraverso cui accordi contrattuali di questa natura possono essere articolati garantendosi la conformità agli orientamenti antitrust.

²⁹ Esemplare è in questo senso quanto afferma il giudice Ginsburg a corollario delle considerazioni più sopra riportate: «In the merger context, errors of under-enforcement are surely to be preferred to those of over-enforcement. The self correcting forces of the marketplace will compensate relatively quickly for the inefficiencies following a merger that proves to be anticompetitive».

2. Le politiche antitrust nella recente esperienza italiana: alcune considerazioni d'insieme

Nella sezione precedente abbiamo individuato una serie di elementi che consentono l'analisi delle politiche antitrust e l'individuazione dei punti nodali nella loro attuazione concreta. Ci proponiamo quindi di utilizzare questo schema d'analisi per svolgere alcune considerazioni sulla recente esperienza italiana in materia di tutela della concorrenza, avviata con l'approvazione, il 10 ottobre 1990, della legge 287 e la conseguente istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Inizieremo dalla considerazione degli obiettivi che informano l'attività dell'Autorità Antitrust per poi cercare di individuare, dall'analisi delle relazioni e delle linee guida percorse in questi anni, se emerge dalle politiche promosse una visione d'insieme delle caratteristiche del processo concorrenziale del sistema produttivo italiano. Il terzo aspetto che considereremo riguarda le soluzioni adottate per far fronte al problema di monitoraggio *ex ante* dei mercati e di raccolta delle informazioni che possano servire come base per la selezione dei casi rilevanti su cui intervenire. Infine, ci soffermeremo brevemente sui criteri di definizione del mercato rilevante. L'analisi dell'esperienza italiana verrà ulteriormente approfondita nell'ultima parte di questo lavoro con riferimento alle decisioni relative alla disciplina delle intese, che abbiamo ritenuto rappresentare un campo di intervento particolarmente importante ed interessante.

2.1. Gli obiettivi dell'intervento nella legge e nell'attività antitrust italiane

La prima Relazione annuale dell'Autorità Garante³⁰ si apre con l'enunciazione dei motivi di fondo che hanno spinto all'introduzione di una legislazione antitrust in Italia e che devono informare l'attività di sorveglianza dei mercati:

Il perseguimento dell'efficienza produttiva e allocativa rappresenta la motivazione economica per l'introduzione di una legislazione per la tutela della concorrenza. Infatti, una delle conclusioni dell'analisi economica è che in generale, in presenza di un grado concorrenziale limitato, si osservano extra profitti stabili, costi più elevati dovuti a inefficienza produttiva e una minore introduzione di innovazioni e di progresso tecnico, il che conduce ad una minore crescita economica.

³⁰ Autorità Garante [1991, 5].

Obiettivi efficientisti sono quindi esplicitamente posti a riferimento dell'attività antitrust italiana, che tuttavia sembra associare al perseguimento di questo obiettivo di fondo una pluralità di fattori non necessariamente riconducibili ad una sintesi unitaria. Il riferimento agli extraprofitti, invece che alla contrazione dell'output o al *deadweight loss*, quale indicatore di una distorsione allocativa dei mercati sembra suggerire l'utilizzo di un indicatore di benessere sociale che premi relativamente il surplus dei consumatori rispetto ai profitti³¹. Tra gli obiettivi implicitamente segnalati dalla frase che abbiamo citato si ritrovano inoltre il mantenimento dell'efficienza produttiva e l'introduzione di innovazioni, elementi che indicano uno sforzo di equilibrio tra ragioni dell'efficienza statica e dell'efficienza dinamica. Infine, lo strumento che, nei termini più generali, deve consentire il raggiungimento di questa pluralità di obiettivi si identifica con la tutela delle condizioni concorrenziali del mercato.

Queste osservazioni di carattere generale appaiono coerenti con l'individuazione degli obiettivi di intervento così come possono essere dedotti dal testo della legge³². Nell'art. 2 della legge 287/90 vengono posti al centro dell'intervento regolamentativo decisioni e comportamenti *che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*. Una deroga a questo divieto può sorgere solamente nei casi in cui, a fronte di una restrizione della concorrenza, si realizzino vantaggi che pertengono più propriamente alla dinamica del sistema produttivo. Ancora una volta è il riferimento alle disposizioni in materia di intese che consente di apprezzare esplicitamente questo approccio generale. L'art. 4 della legge 287/90, che disciplina il regime di esenzione al divieto di intese, consente l'autorizzazione di intese restrittive della concorrenza *che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o il miglioramento qualitativo della*

³¹ Questo relativo favore nei confronti dei consumatori risulta coerente con specifici elementi del testo di legge, quale l'art. 4 in cui si indica, tra le condizioni per l'esenzione al divieto di intese, il trasferimento in modo sostanziale di eventuali guadagni di efficienza e innovazione agli utenti.

³² Ci riferiremo in proposito principalmente alle disposizioni in materia di disciplina delle intese, poiché è in quegli articoli che la legge più esplicitamente enuncia quali fattori economici debbano essere presi in considerazione.

produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico.

Questi enunciati possono essere pienamente apprezzati considerando in relazione alle analoghe disposizioni del Trattato CEE, contenute nell'art. 85(1) e 85(3): l'esperienza comunitaria rappresenta infatti per l'Italia al contempo l'ispirazione principale nel disegno delle politiche antitrust e il naturale punto di raccordo, laddove le competenze nazionale e comunitaria su particolari materie sono determinate essenzialmente dalla dimensione territoriale degli specifici eventi ma non da differenze di merito.

Gli obiettivi della disciplina antitrust CEE ed italiana sono, come noto, pressoché identici. Non solo la formulazione italiana delle norme di diritto sostanziale sulle intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni riprende in modo fedele il testo italiano degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE e del regolamento n. 4064/89 CEE sulle concentrazioni, ma l'art. 1 della legge italiana stabilisce che questa deve essere interpretata alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario³³.

2.2. La scelta delle priorità di intervento: esiste una visione implicita dell'Autorità Garante?

La legge 287/90, analogamente a quanto avviene nella legislazione europea, precisa una serie di fattispecie in merito alle quali l'Autorità Antitrust è chiamata ad intervenire: le intese (artt. 2 e 4), gli abusi di posizione dominante (art. 3) e le concentrazioni (art. 6). La competenza dell'Autorità Antitrust è peraltro estesa all'insieme dei settori produttivi, con la parziale eccezione del settore bancario e di quello dell'editoria, rispetto a cui l'Autorità può esprimere pareri e segnalazioni ma non sovrapporsi alle decisioni assunte, rispettivamente, dalla Banca d'Italia e dal Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria³⁴. Di fronte a competenze di tale portata, è naturale che gli sforzi di intervento siano stati concentrati soprattutto in certi ambiti giudicati più rilevanti.

Le Relazioni annuali del 1993 e del 1994 offrono un primo spunto a questo riguardo. In esse viene esplicitamente riconosciuta una

³³ Una comparazione più dettagliata tra disposizioni comunitarie e legge italiana è svolta in Ghezzi, Polo e Preite [1994, 23-24], e viene qui omessa per ragioni di spazio.

³⁴ Sull'art. 20 della legge 287/90, che disciplina le competenze della Banca d'Italia e del Garante in applicazione della legislazione antitrust si vedano Siri [1993], Ghezzi e Notari [1993], Silva [1994].

valutazione di urgenza nella sorveglianza di quei settori produttivi nei quali operino «imprese titolari di diritti speciali ed esclusivi o comunque privilegiate, rispetto ad altri concorrenti, da disposizioni normative di favore»³⁵. Analoghe considerazioni vengono svolte per le imprese che operano in regime di monopolio legale nei servizi di pubblica utilità, considerate *un territorio di primaria importanza ai fini del controllo che l'Autorità deve esercitare sull'eventuale presenza di comportamenti abusivi*³⁶ *posti in essere da imprese in regime legale di esclusiva, che sono unitariamente riconducibili all'obiettivo di estendere la posizione dominante nell'ambito di mercati contigui e aperti alla concorrenza*³⁷.

Gli stessi limiti posti dal regime di esclusiva sono in qualche misura sottoposti a sorveglianza: *le imprese che per disposizione di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, restano in ogni caso soggette alla normativa di tutela della concorrenza, con la sola eccezione relativa alle attività strettamente connesse all'adempimento degli specifici compiti loro assegnati; eccezione che l'Autorità, tenendo presenti i recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, intende comunque interpretare in maniera fortemente restrittiva*³⁸.

Un'attenzione particolare viene giudicata infine necessaria anche per quei settori, sottoposti di recente a liberalizzazione dei prezzi, nei quali è ritenuto importante che «i comportamenti delle imprese si adeguino al nuovo contesto normativo, superando la tendenza originata da decenni di abitudine a regole poco concorrenziali»³⁹.

Si configura quindi un quadro interpretativo della realtà produttiva italiana nel quale i momenti di maggior resistenza al diffondersi di pratiche concorrenziali e le conseguenti situazioni di inefficienza sono individuate in quelle situazioni settoriali nelle quali l'operatore pubblico esercita un ruolo, diretto o indiretto, preponderante. Questa lettura appare in gran parte confermata da una valutazione circa la scelta delle industrie in cui avviare indagini conoscitive⁴⁰. La scelta dei settori è di competenza dell'Autorità, e rappresenta quindi un buon indicatore di quali siano le caratteristiche settoriali a cui è associata una

³⁵ Autorità Garante [1994, 10].

³⁶ *Ibidem* [1994, 158].

³⁷ *Ibidem* [1994, 160].

³⁸ *Ibidem* [1993, 8].

³⁹ *Ibidem* [1994, 9].

⁴⁰ Questo strumento, assegnato all'Autorità Garante dall'art. 12 della legge 287/90, consente di svolgere indagini di natura generale «nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata».

più probabile presunzione di inefficienza. Queste scelte rispecchiano pienamente i criteri generali più sopra enunciati: la massima parte delle indagini aperte entro il 1993⁴¹ riguarda infatti realtà in cui appare particolarmente rilevante la presenza del settore pubblico, di imprese che operano in regime di monopolio legale o di concessione esclusiva, oppure in comparti fortemente regolamentati. Questa visione d'insieme sui caratteri del processo concorrenziale in Italia appare per molti aspetti vicina all'impostazione della cosiddetta scuola revisionista, che nell'ambito dell'antitrust riassume le posizioni dell'approccio di Chicago. Due dei punti di attacco portati avanti da questa consolidata tradizione giuridica ed economica riguardano l'eccessiva espansione del settore pubblico, indicato come il principale responsabile delle limitazioni della concorrenza e dei conseguenti effetti negativi sul benessere sociale, e le conseguenze di una eccessiva regolamentazione che, limitando le possibilità di ingresso dei mercati, vanifica le conseguenze positive che la concorrenza potenziale e l'entrata di nuovi produttori possono esercitare nel lungo periodo anche in mercati strutturalmente concentrati⁴².

Sovrapporre al concreto attuarsi delle linee di intervento antitrust un modello interpretativo forte quale quello di Chicago è indubbiamente un'operazione eccessiva, anche perché nei documenti ufficiali dell'Autorità Garante si ritrovano riflessioni legate alla peculiare evoluzione del settore pubblico in Italia più che riconoscimenti e riferimenti espliciti alla tradizione revisionista. Con queste dovute cautele riteniamo tuttavia che il parallelismo tra le linee prioritarie di intervento seguite in Italia e le impostazioni più sopra richiamate possa rappresentare un elemento di riflessione interessante nella valutazione dell'esperienza italiana.

2.3. La raccolta di informazioni sui casi di possibile intervento

La legge 287/90 ha introdotto notevoli differenze nel modo con cui le informazioni giungono all'Autorità, trattando in modo sensibil-

⁴¹ Queste riguardano i settori del calcestruzzo preconfezionato, della radiotelefonica mobile cellulare, del latte, dei servizi portuali, del cinema, del materiale rotabile, del trasporto ferroviario ad alta velocità, della distribuzione del GPL per riscaldamento, dell'energia, delle tariffe aeree nazionali, della trasmissione dati. Si veda in proposito Ghezzi [1994b].

⁴² Tra gli autori più rappresentativi di questa tradizione si vedano, ad esempio, Posner [1975] e Bork [1978]. Per una lettura critica di questa impostazione si veda Denozza [1988].

mente diverso le tre fattispecie sulle quali si articola l'intervento di tutela della concorrenza. Le operazioni di concentrazione devono essere preventivamente comunicate all'Autorità nel caso in cui la dimensione delle imprese coinvolte superi una soglia minima⁴³.

Non è invece previsto dalla legge italiana alcun obbligo di comunicazione delle intese che, nel caso vengano vietate a conclusione dell'indagine, risultano nulle a tutti gli effetti. Qualche forma di incentivo alla notifica spontanea delle intese è stato introdotto, quale ad esempio la non punibilità attraverso sanzioni pecuniarie nel caso in cui un'intesa giudicata vietata sia stata notificata prima della sua esecuzione, o procedure di silenzio assenso nell'esame dei casi. Non è stato infine utilizzato nel panorama italiano l'istituto delle esenzioni per categoria (*block exemptions*), che sono previste nella legislazione comunitaria in merito a determinate categorie di accordi tra imprese: questa modalità dispensa dalla notifica delle intese e ne garantisce la non punibilità qualora vengano rispettate le condizioni precisate nei Regolamenti. Le esenzioni per categoria si sono rivelate estremamente utili in sede CEE poiché hanno reso più certa e trasparente la materia proprio in relazione a classi di intese non riportabili ai tradizionali accordi di fissazione dei prezzi; inoltre, indicando in modo esplicito forma e contenuti di intese che sicuramente verranno autorizzate, sono venute incontro all'interesse delle imprese ad ottenere un attestato di liceità degli accordi.

L'abuso di posizione dominante, costituendo in sé un comportamento vietato in ogni circostanza dalla legge, viene infine perseguito su iniziativa dell'Autorità Garante o su segnalazione di parti private.

Il quadro complessivo che abbiamo descritto ha portato in questi anni ad un notevole assorbimento di risorse nella considerazione delle operazioni di concentrazione: a questo riguardo sino al marzo 1994 risultavano conclusi oltre 1.000 procedimenti su operazioni di concentrazione contro 59 relativi alle intese e 15 riferiti ad abuso di posizione dominante⁴⁴. Non sembra d'altra parte che questo considerevole impegno sul fronte delle concentrazioni risulti proporzionato all'intensità dell'effettivo intervento di censura, come può facilmente essere

⁴³ Questo valore *de minimis* è stato inizialmente posto a 500 miliardi di fatturato per l'insieme delle imprese coinvolte, oppure a 50 miliardi con riferimento alla sola impresa da acquisire. Questi valori di soglia sono stati successivamente rivisti tenendo conto della crescita dell'indice dei prezzi. Nel 1994 sono posti, rispettivamente, a 586 e 58,6 miliardi.

⁴⁴ Questo conteggio è basato sull'Indice delle decisioni al 31.3.1994 predisposto dall'Autorità Garante.

apprezzato confrontando il numero di casi esaminati con il numero di istruttorie aperte, circa una ventina, e con il numero di operazioni che sono state, alla fine di queste, vietate, che ammonta a soli quattro casi. Va segnalato a questo riguardo che i criteri seguiti dall'Autorità italiana nel tradurre il mandato dell'art. 5 legge 287/90 sembrano inutilmente restrittivi anche rispetto all'analoga esperienza comunitaria, dal momento che, secondo l'impostazione seguita, un parere formale di autorizzazione su ogni specifico caso è stato richiesto sino al maggio 1995 ad esempio anche per operazioni di concentrazione tra imprese appartenenti allo stesso gruppo, o per acquisizioni di imprese operanti esclusivamente in mercati esteri⁴⁵.

Questa allocazione apparentemente distorta delle risorse interne, assieme al necessario «rodaggio» dei primi anni di attività, può inoltre aver ridotto nei privati le aspettative di un intervento dell'Autorità, disincentivandoli dall'attivarsi in quelle fattispecie, intese o abusi di posizione dominante, per le quali non esistono obblighi di segnalazione.

La carenza del numero di segnalazioni da parte di privati – imprese concorrenti e consumatori – è stata in parte corretta dall'uso intelligente delle indagini conoscitive promosse dall'Autorità, che in molti casi hanno consentito di approfondire lo studio di realtà settoriali nelle quali si erano inizialmente riscontrate condotte anticompetitive, con la possibilità di individuare ulteriori motivi di intervento. Meno frequente è stato invece l'uso delle indagini conoscitive come «apripista» per una successiva fase di istruttorie mirate a specifici casi: solamente nel caso del calcestruzzo l'apertura di istruttorie è coincisa o ha seguito lo svolgimento di indagini conoscitive generali sul settore.

2.4. L'individuazione del mercato rilevante

Le procedure seguite dall'Autorità Garante, ma analoghe considerazioni si potrebbero svolgere per tutte le esperienze straniere, prevedono una prima valutazione della significatività del caso esaminato attraverso la quantificazione del peso relativo delle imprese coinvolte. L'individuazione del mercato rilevante rappresenta quindi il primo passaggio in qualunque procedura di esame, e riveste in questo senso un'importanza fondamentale, dal momento che definizioni più o me-

⁴⁵ Più della metà dei casi di concentrazione esaminati ricade in una di queste due categorie.

no restrittive dello stesso influenzano la stima del potere di mercato ottenuta attraverso la valutazione delle quote di mercato. Da qui spesso può derivare la scelta di aprire o meno una istruttoria formale o di esaminare con maggior o minor dettaglio un caso.

Mentre da un punto di vista teorico il mercato appare come l'ambito naturale in molta della letteratura microeconomica di equilibrio parziale che fa da sfondo all'attività antitrust, una traduzione di questo concetto in termini operativi e quantitativi ha sempre comportato difficoltà nello sviluppo dell'intervento. Un criterio astratto che è stato proposto negli Stati Uniti e ripreso anche dall'Autorità italiana

consiste nell'identificare come mercato rilevante quello per cui, se l'industria divenisse un monopolio, il monopolista potrebbe fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo a tale livello per un significativo periodo di tempo⁴⁶.

È tuttavia chiaro come questo criterio non sia operativo e, se preso letteralmente, richieda non solo la valutazione precisa di elementi strutturali del settore, ma anche la considerazione di scenari ipotetici nell'evoluzione dei rapporti competitivi ben difficilmente individuabili in modo rigoroso. Esso va quindi inteso come riferimento per sviluppare una procedura più semplice e operativa. L'intento principale che informa il criterio sopra enunciato è quello di individuare tutti gli attori che, effettivamente o potenzialmente, concorrono alla definizione dello scenario di mercato, valutando nel contempo il grado di autonomia che le imprese considerate godono rispetto alle reazioni dei rivali.

L'individuazione dei concorrenti effettivi e potenziali viene così condotta con riferimento ad una dimensione geografica e di prodotto. Dal primo punto di vista vengono considerate l'entità dei costi di trasporto, le esigenze da parte degli acquirenti di una prossimità ai punti di vendita del prodotto, l'esistenza di vincoli amministrativi. La rilevanza delle importazioni sui consumi interni di un prodotto e l'osservazione se i prezzi praticati in Italia siano quelli in uso sui mercati internazionali sono fattori rilevanti nell'identificazione di mercati geografici di dimensioni più ampie rispetto a quelli nazionali.

La definizione del mercato dal punto di vista merceologico è condotta tenendo conto in primo luogo della sostituibilità sia tecnica che economica del prodotto per gli acquirenti. Viene quindi considerata, almeno in linea teorica, la sostituibilità dal lato dell'offerta, aggregan-

⁴⁶ Autorità Garante [1993, 70].

do assieme ai produttori del bene in oggetto anche quegli impianti, attualmente caratterizzati da altre destinazioni, che siano convertibili con rapidità e senza costi significativi alla produzione di beni sostituiti ad esso.

Il margine di indeterminazione che rimane anche all'interno di queste procedure più operative consente infine di mantenere un grado di libertà attraverso il quale l'Autorità Garante è in grado di riportare un caso nel novero delle situazioni che non meritano un esame approfondito, o invece di far seguire a questo primo elemento di valutazione le fasi successive stabilite per l'indagine sulla specifica fattispecie.

Da un'analisi dei provvedimenti dell'Autorità nei vari settori di intervento non risulta, ad esempio, che la sostituibilità dal lato dell'offerta sia stata utilizzata in modo frequente ai fini dell'individuazione del mercato rilevante. Ne è derivata, in taluni casi, una eccessiva limitazione di questo e, *coeteris paribus*, un'eccessiva enfattizzazione delle quote di mercato delle imprese coinvolte. Peraltro, la stessa Autorità sembra aver in parte riequilibrato l'eccessivo rigore nell'individuazione del mercato rilevante attraverso un'interpretazione più flessibile del concetto di restrizione della concorrenza e di potere di mercato delle imprese partecipanti all'intesa.

3. La disciplina delle intese nell'esperienza antitrust italiana

Seguendo la logica dello schema analitico predisposto, restano da considerare a questo punto gli elementi caratterizzanti nello studio dei singoli casi con riferimento alle diverse fattispecie indagate dall'Autorità Antitrust. La materia si presenta tuttavia estremamente ampia, e comporta problematiche procedurali ed economiche differenti a seconda che si tratti di concentrazioni, abusi di posizione dominante o intese. Abbiamo quindi preferito dedicare la nostra attenzione alle intese, materia che appare, sia dal punto di vista attuativo, sia con riferimento alle tematiche di natura economica, estremamente interessante.

In questa sezione⁴⁷ intendiamo presentare un quadro dei modi con cui le disposizioni normative sul divieto di intese e sull'esenzione da tale divieto sono state concretamente attuate. Considereremo ini-

⁴⁷ Un'analisi più articolata dal punto di vista giuridico della disciplina delle intese nell'esperienza italiana si trova in Ghezzi, Polo e Preite [1994], ed è stata qui sintetizzata per ragioni di spazio.

zialmente alcuni problemi procedurali relativi alle competenze in materia di divieto e di esenzione, passando successivamente ad esaminare le decisioni più rilevanti assunte dall'Autorità Garante italiana in materia.

3.1. Competenze in materia di divieto e di esenzione dal divieto di intese

Oltre a predisporre le norme sostanziali in tema di intese, gli ordinamenti comunitario ed italiano assegnano ad un complesso di organismi giudiziari ed amministrativi la competenza a decidere in materia di proibizione di intese, motivabile alla luce dell'obiettivo di difesa della concorrenza, e di concessione dell'esenzione dal divieto, giustificabile alla luce di altri obiettivi dell'intervento antitrust. La facoltà di intervenire sull'una o sull'altra materia spetta ad organismi differenti e rappresenta un aspetto essenziale nell'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza.

Il divieto ai sensi dell'art. 85(1) CEE o dell'art. 2 legge 287/90 può essere fatto valere sia nell'ambito del procedimento amministrativo da parte dell'autorità amministrativa competente⁴⁸, sia in una controversia tra privati davanti ai giudici ordinari nazionali. Questi ultimi infatti possono applicare *direttamente* la norma di divieto comunitaria⁴⁹, così come la norma di divieto interna.

Invece, tanto le norme comunitarie, quanto quelle italiane escludono esplicitamente qualsiasi competenza dei giudici nazionali in relazione al rilascio delle esenzioni previste, rispettivamente, dall'art. 85(3) CEE e dall'art. 4 legge 287/90. La peculiarità dell'ordinamento comunitario e di quello italiano che lo ha seguito consiste infatti nel-

⁴⁸ Commissione CEE e Autorità Garante della concorrenza, con il controllo di legittimità rispettivamente della Corte di Giustizia e della giustizia amministrativa. A ciò si aggiunga che le norme del Trattato CEE in materia di concorrenza possono essere applicate direttamente anche dalle autorità amministrative nazionali. In base all'art. 9 del Regolamento CEE 17/62 le autorità degli Stati membri possono applicare l'art. 85(1) e l'art. 86 fino a quando la Commissione non abbia intrapreso una procedura formale. Pertanto le autorità amministrative possono applicare gli articoli 85 e 86 del *Trattato soltanto per vietare le intese* e gli abusi di posizione dominante in contrasto con queste norme.

⁴⁹ Si noti che il compito di «cerniera» fra ordinamento comunitario e diritti nazionali è affidato alla Corte di giustizia CEE. È infatti previsto l'istituto del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte, obbligatorio nei giudizi di ultima istanza davanti alle giurisdizioni nazionali, la cui finalità è quella di «uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie [...] e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse». Si veda Spolidoro [1994, 16 e 32].

l'aver riservato ad organismi amministrativi (Commissione CEE e Autorità Garante della concorrenza e del mercato) la competenza a concedere le esenzioni dal divieto di intese, seppur sotto il controllo di legittimità della Corte di giustizia CEE nell'ordinamento comunitario e del TAR del Lazio nonché, in seconda istanza, del Consiglio di Stato, nell'ordinamento nazionale.

A livello comunitario, l'originaria attribuzione alla sola Commissione della competenza in materia di esenzione significava riservare alla stessa il potere di attuazione e gestione della politica comunitaria della concorrenza. Ciò appariva del tutto logico e giustificabile: da un lato, si evitava il rischio di frustrare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dal trattato a causa dell'esistenza di competenze in capo ai giudici degli Stati membri, portatori, quantomeno potenzialmente, di interessi «nazionali» più che «comunitari»³⁰; d'altro lato, e soprattutto, si prevedeva un unico organismo specializzato detentore del potere di indirizzare la politica della concorrenza comunitaria in materia antitrust, salvaguardando il ruolo politico della Commissione.

Il ruolo di indirizzo della Commissione è stato notevolmente rafforzato dall'applicazione particolarmente rigorosa dell'art. 85(1) CEE. L'estrema severità con la quale tale organo ha, almeno inizialmente, applicato il divieto di intese restrittive della concorrenza ha infatti consentito ad un tempo di gestire in modo più flessibile lo strumento delle esenzioni individuali e di limitare i gradi di libertà dei giudici nazionali, sottratti dal potere di concedere le esenzioni e vincolati dalla giurisprudenza comunitaria ad applicare in modo restrittivo l'art. 85(1).

Una prima conseguenza del modello comunitario, e di quello italiano che lo ha seguito, è probabilmente la sua maggiore attitudine a farsi strumento di istanze di politica industriale, quali l'aumento della produzione, il progresso tecnico o la ristrutturazione produttiva, se non addirittura di istanze di sviluppo regionale e difesa occupazionale.

Una seconda conseguenza è la centralità che assume non solo il problema tradizionale del bilanciamento dei vari obiettivi antitrust, ma quello, particolare, della definizione precisa di «restrizione della concorrenza», definizione essenziale per delimitare gli ambiti di applicazione dell'art. 85(1) o 85(3) CEE, o dei corrispondenti articoli 2 e

³⁰ Si veda Munari [1990, 637]. Peraltro, tale rischio, al tempo dell'emanazione del Regolamento CEE 17/62, era amplificato dalla circostanza che numerosi Stati membri erano a quel tempo privi di normative antitrust o comunque dotati di legislazioni a tutela della concorrenza affatto differenti da quella vigente in sede comunitaria.

4 della legge italiana, e quindi nel determinare le competenze relative dei poteri amministrativi e giudiziari.

In merito, mentre l'esperienza italiana è ancora troppo recente per potere trarre valutazioni significative, l'orientamento della giurisprudenza CEE si è evoluto secondo due linee. Innanzitutto si è progressivamente ampliata l'importanza dell'analisi del contesto di mercato in cui l'intesa opera. L'effettiva riduzione della competizione delle imprese non deve essere valutata sul contenuto dell'intesa isolatamente preso, ma in relazione all'esistenza di altre intese analoghe, alla sua idoneità a costituire una barriera all'entrata nei confronti di imprese terze, alla necessità dell'intesa ai fini dell'entrata di una delle imprese interessate.

In secondo luogo si è riconosciuto che alcune intese sono di per sé necessarie per assicurare la presenza sul mercato di determinati prodotti, in particolare in relazione alla loro qualità o ai servizi di vendita ad essi connessi. In tal senso può dirsi che in assenza di certe intese *quel* tipo di prodotto, con quella qualità e quei servizi di vendita, non sarebbe presente sul mercato, con una conseguente riduzione della competizione tra imprese e del benessere dei consumatori.

Entrambe queste linee evolutive hanno evidentemente ampliato l'ambito di applicazione dell'art. 85(1) e ristretto quello dell'art. 85(3), nel senso che si sono affermate ragioni per autorizzare un'intesa in quanto l'art. 85(1) non è applicabile, invece di ricorrere alla più tortuosa strada che conduce all'autorizzazione partendo da un divieto che viene poi esentato attraverso l'applicazione dell'art. 85(3). Un minor numero di intese viene ora colpito dal divieto di intese e, di conseguenza, un minor numero di intese vietate necessita di esenzione.

3.2. La disciplina delle intese in Italia: tipologie, impostazioni e linee di intervento

Dall'entrata in vigore della legge 287/90 sino al luglio 1994, arco temporale su cui si sofferma il presente studio, l'Autorità Garante italiana ha pubblicato 59 provvedimenti in materia di intese, assumendo in particolare 40 decisioni al termine di un'istruttoria e dichiarando invece 19 casi compatibili con l'art. 2 senza aprire l'istruttoria³¹.

³¹ In alcuni di questi ultimi l'Autorità ha deliberato di non aprire l'istruttoria in quanto gli accordi segnalati o comunicati non apparivano ledere la concorrenza, mentre in altri le intese sono state giudicate lesive della concorrenza ma non in modo «consistente». Deve essere inoltre precisato che in 3 casi il provvedimento è consistito in un «parere» alla Banca d'Italia o al Garante per l'Editoria e la Radiodiffusione.

Per quanto concerne più specificamente i provvedimenti assunti a seguito di istruttoria, le intese dichiarate nulle risultano 22, quelle autorizzate 3, mentre in 15 casi l'Autorità ha chiuso l'istruttoria in quanto ha ritenuto che gli accordi fossero compatibili con l'art. 2.

Le tipologie di intese considerate sono state:

- i) intese orizzontali sui prezzi e/o le quantità o su altre condizioni contrattuali;
- ii) accordi verticali, in particolare di acquisto o di distribuzione in esclusiva;
- iii) accordi orizzontali di cooperazione e sviluppo;
- iv) *joint ventures* verticali, orizzontali e miste di natura «cooperativa».

Sembra opportuno esaminare, per ciascuna tipologia, le decisioni più importanti adottate dall'Autorità, segnalando sia le chiavi di lettura adottate nell'analizzare le diverse fattispecie che le problematiche più rilevanti che sono emerse. Sarà inoltre nostra preoccupazione condurre un confronto con la prassi e la giurisprudenza comunitaria in materia.

3.2.1. Accordi orizzontali «puri»

Per quanto concerne gli accordi orizzontali³² la maggior parte dei provvedimenti di divieto ha riguardato intese volte alla fissazione dei prezzi, o di loro componenti significative, al contingentamento della produzione e alla ripartizione dei mercati. Sotto questo profilo le decisioni italiane appaiono del tutto conformi alla prassi comunitaria: l'atteggiamento assunto dalla Commissione CEE è, in materia, di netta chiusura, trattandosi di intese escluse a priori anche da opportunità di esenzione dal divieto *ex art.* 85(3). In particolare sono nulle anche le intese, sotto forma di raccomandazione di associazioni di imprese, che pubblichino listini prezzi pur consentendo agli associati di concedere sconti e ribassi, nonché intese che stabiliscono una struttura comune per il calcolo delle tariffe; sono altresì nulle intese su formulari contrattuali comuni qualora siano combinati con un accordo anche tacito sui prezzi, o condizioni contrattuali uniformi.

³² I procedimenti hanno riguardato i seguenti soggetti: Latte Associazione Esercenti, Assirevi, English Language Book, Assicurazione rischi di massa, ANIA, Federazione Nazionale Spedizionieri, Nord Calce, Ristrutturazione rete carburanti, Centro GPL, Manzoni/Spi/Spe/Publikompass, Cardile e Bros., Marsano Tirrenia, CEDIC, Cementir/Merone, Cementir/Sacci, Coem, Consorzio AB, Consorzio Perugia, Consorzio Piceno Calcestruzzi, Consorzio Salemi, Consorzio Sciacca e Procal, Ncs/Casco Nobel.

Dall'insieme delle istruttorie condotte spiccano alcuni elementi che possono essere utili anche nell'orientare l'attività dell'Autorità Garante nel futuro. In primo luogo è emersa in numerosi casi³³ una posizione centrale delle associazioni di categoria nel funzionamento di intese poi condannate dall'intervento dell'Autorità, ad esempio attraverso la pubblicazione di listini o raccomandazioni ai soci sulle tariffe da praticare.

Un significativo numero di decisioni ha inoltre riguardato uno specifico settore, quello del calcestruzzo, nel quale sono stati indagate e sanzionate intese intercorse tra imprese operanti a livello locale e organizzate in forma consortile. È interessante notare che questi procedimenti sono stati originati o appaiono comunque connessi allo svolgimento di una indagine conoscitiva di natura generale sul settore avviata nel corso del 1991³⁴.

Le decisioni più significative nell'ambito delle intese orizzontali pure hanno riguardato il settore assicurativo, e in particolare i provvedimenti ANIA e Assicurazione Rischio di Massa. Oltre che per la rilevanza delle decisioni adottate, queste istruttorie appaiono interessanti per le tematiche relative agli scambi di informazioni ad esse connesse e per il riferimento alle norme e alla giurisprudenza CEE che ha informato l'attività dell'Autorità Garante in materia.

L'attività assicurativa richiede, come noto, la stima delle probabilità di eventi aleatori coperti dalle polizze, e richiede quindi l'utilizzo della più ampia base statistica sulle realizzazioni degli eventi stessi. Le imprese assicuratrici hanno quindi un interesse allo scambio di informazioni, indipendentemente da intenti anticompetitivi, in modo da migliorare le proprie stime per la determinazione dei premi puri. Questa esigenza è stata riconosciuta nella disciplina comunitaria attraverso la definizione del regolamento 3932/92, che dispone l'esenzione automatica dal divieto di intese qualora lo scambio di informazioni si limiti all'elaborazione statistica, sia basato su ipotesi e metodologie giustificabili e si riferisca esclusivamente alla definizione dei premi puri di rischio.

³³ Si vedano i provvedimenti Assirevi, Ania, Assicurazioni Rischio di massa, Cardile e Bros., English Language Book, Federazione Italiana Spedizionieri, Latte Associazione Esercenti, Centro Italiano GPL, Sindacato laziale Comm. Prodotti.

³⁴ Appare in questo senso significativo che quasi la metà dei provvedimenti di divieto assunti dall'Autorità Garante sia stata sollecitata dall'unica indagine conoscitiva che abbia riguardato un settore nel quale operano in prevalenza imprese private e ove non è particolarmente evidente il ruolo della regolamentazione, indagine quindi promossa al di fuori delle dichiarate priorità di intervento in settori caratterizzati da una presenza significativa del settore pubblico.

Gran parte del provvedimento nei confronti dell'ANIA si basa sull'applicabilità dei criteri comunitari nei confronti di due circolari diffuse dall'Associazione di categoria³³ con indicazioni sulla determinazione dei premi e sulla loro revisione ben al di là dei limiti fissati dal regolamento comunitario. Inoltre la cadenza irregolare delle circolari, coincide con fasi di turbolenza del mercato, accentuava la plausibilità di un loro uso a fini di coordinamento delle politiche di prezzo delle imprese, mentre mancava qualunque base metodologica convincente di tipo statistico che si sovrapponesse a valutazioni di natura puramente commerciale circa la revisione dei premi. Queste motivazioni hanno portato al divieto delle intese intercorse attraverso la pubblicazione delle due circolari, pur senza comminare sanzioni pecuniarie all'Associazione di categoria.

Il secondo provvedimento rilevante in materia assicurativa riguarda invece una pluralità di intese intercorse tra compagnie di assicurazione nei diversi rami danni. È interessante osservare che questa istruttoria, esempio forse unico nella recente esperienza italiana, è stata avviata su segnalazione di un'associazione nazionale di consumatori.

Le risultanze istruttorie e le evidenze documentali hanno consentito di riscontrare una serie di accordi e di pratiche concordate volte al reciproco scambio di informazioni commerciali, alla fissazione delle tariffe di polizze e di franchigia e al rispetto di patti di non concorrenza e di ripartizione dei mercati attraverso il meccanismo delle deleghe. Il complesso delle intese è risultato di particolare gravità in quanto i gruppi partecipanti detenevano una quota di mercato prossima al 70%. L'impegno al coordinamento delle politiche di prezzo risultava inoltre rafforzato dall'esistenza di un sistema di verifica puntuale degli accordi raggiunti.

3.2.2. *Accordi verticali*

L'Autorità Garante ha vagliato numerose intese verticali, alcune delle quali dichiarate lecite già in fase preistruttoria, altre in seguito

³³ In particolare le circolari contenevano indicazioni di tassi di premio puro, di franchigia e di condizioni generali di polizza relative ai contratti di assicurazione contro il furto e l'incendio dei veicoli a motore, e auspicavano un aumento dei tassi tariffari di oltre il 30% sia nel 1991 che nel 1992 e l'introduzione di franchigie e tariffe differenziate per area geografica e classe di autovettura. Per un approfondimento si veda Ghezzi e Marchetti [1994].

ad istruttoria formale e in conseguenza delle modifiche apportate all'accordo iniziale ed una - INA / Banca di Roma - esentata ai sensi dell'art. 4 legge 287/90. In linea di principio l'Autorità si è mostrata piuttosto flessibile nei confronti degli accordi verticali, discostandosi dalla prassi comunitaria.

La prassi seguita dalla Commissione CEE ha trascurato, in contrasto con l'approccio seguito dalla Corte di giustizia, un'analisi economica dettagliata degli effetti di accordi di distribuzione esclusiva, privilegiando un'impostazione più formalistica. Gli accordi di distribuzione esclusiva sono ritenuti ledere la concorrenza in quanto restringono la libertà di azione del distributore, che si obbliga a non distribuire prodotti in concorrenza con quello oggetto del contratto, e del produttore, che si obbliga a sua volta a non fornire prodotti ad altri distributori in una determinata area territoriale. Tali contratti possono usufruire dell'esenzione solamente se tutte le condizioni previste dall'art. 85(3) vengono soddisfatte, e in particolare quando i contratti non prevedono divieti di esportazione assoluti e l'imposizione dei prezzi di rivendita³⁶. La posizione assunta dall'Autorità Garante appare più sfumata. Pur riconoscendo che, nel contesto degli accordi verticali, le clausole di esclusiva possono rappresentare uno strumento idoneo ad innalzare barriere all'entrata in un mercato, essa ha peraltro affermato che tali intese «possono risultare restrittive quando si verifichino simultaneamente due circostanze: il mercato rilevante è di difficile accesso e il rapporto di esclusiva è realizzato da imprese dotate di una posizione di rilievo sul mercato e per una durata notevole»³⁷.

L'attività in materia di intese verticali, pur spaziando in diversi campi, si è in particolare concentrata sulla distribuzione di prodotti assicurativi attraverso gli sportelli bancari³⁸. L'Autorità ha valutato con maggior rigore gli accordi contenenti clausole di esclusiva reciproca, ovvero i contratti che prevedono ad un tempo l'approvvigionamento e la distribuzione di prodotti in esclusiva da parte di una ban-

³⁶ L'atteggiamento piuttosto rigido della Commissione non sembra tanto derivare da considerazioni di efficienza, quanto piuttosto dal fatto che i contratti di esclusiva possono isolare i mercati nazionali degli Stati membri, in contrasto con l'obiettivo principe della creazione del mercato unico. Si veda in proposito Bellamy e Child [1993, 120].

³⁷ Autorità Garante [1994, 154].

³⁸ INA / Banca di Roma, Gruppo Bancario San Paolo / La Fondiaria / Milano Assicurazioni, Monte dei Paschi di Siena / SAI, Alleanza Assicurazioni / Banco Ambrosiano Veneto.

ca e di un'assicurazione, quali pratiche potenzialmente di ostacolo all'entrata nel mercato.

Nell'esaminare le decisioni assunte dall'Autorità in questa materia va tenuto presente che la distribuzione di prodotti assicurativi attraverso il canale bancario copre solamente una quota limitata – circa il 6% nel 1992 – del totale dei prodotti assicurativi intermediati. Nonostante ciò, l'intervento dell'Autorità è stato motivato dalla valutazione complessiva del settore assicurativo, e in particolare dalla presenza di consistenti barriere all'ingresso nell'attività distributiva, a causa della normativa vigente, che limita la tipologia dei soggetti abilitati ad operarvi, e degli ingenti costi necessari per impiantare una rete distributiva capillare e diffusa. L'accesso attraverso la rete bancaria è considerato quindi dall'Autorità come una modalità di entrata con limitati costi specifici che si aggiunge a quelle esistenti, che tuttavia potrebbe essere precluso ai potenziali concorrenti da accordi di esclusiva.

Nello svolgimento delle istruttorie l'Autorità ha quindi richiesto l'abbandono della clausola di esclusiva reciproca e un accorciamento dei limiti temporali del contratto, concendendo a queste condizioni l'autorizzazione all'intesa ai sensi dell'art. 2⁹⁹.

3.2.3. Accordi di cooperazione e sviluppo

L'Autorità ha esaminato alcune intese con finalità cooperativa, volte alla commercializzazione di nuovi prodotti, all'ingresso in nuovi mercati o all'integrazione fra le parti per il conseguimento di economie di scala e risparmi di costi in progetti specifici.

I criteri seguiti, che consentono un'esenzione dal divieto di intese, riprendono la giurisprudenza CEE in materia. Si richiede in primo luogo che le parti separatamente considerate non abbiano le risorse finanziarie, tecnologiche e distributive per procedere autonomamente allo sviluppo e alla produzione di un determinato bene e per accedere autonomamente al mercato rilevante; viene considerata inoltre la capacità dell'intesa di fungere da barriera all'entrata per i terzi (*foreclosure*), l'effetto di *spill-over* della restrizione della concorrenza tra le imprese partecipanti all'accordo anche in settori non coperti da esso e

⁹⁹ Nel caso INA / Banca di Roma le parti non hanno inteso rinunciare alla clausola di esclusiva reciproca, ma hanno beneficiato dell'esenzione dal divieto in forza dell'art. 4 in quanto il vincolo di esclusiva è stato ritenuto strumento essenziale alla diffusione della nuova forma distributiva di prodotti assicurativi.

il grado di innovazione prodotto dall'intesa. In assenza di effetti di *foreclosure* e di *spill-over*, la mancanza di risorse e di *know-how* nelle singole imprese per procedere in modo indipendente alla produzione ha portato addirittura la Commissione a dichiarare inapplicabile l'art. 85(1) in quanto, non potendosi considerare le parti come concorrenti effettive o potenziali, non vi è alcuna restrizione della concorrenza a seguito dell'intesa. In presenza di restrizioni della concorrenza, invece, maggiore è l'integrazione tra le parti e quindi più lontano l'accordo è dal modello di intesa e più vicino a quello di concentrazione, e più cospicui sono i miglioramenti delle condizioni di offerta sul mercato, più probabile è l'autorizzazione in deroga al divieto⁶⁰.

I casi più rilevanti in materia hanno riguardato il comparto della creazione di infrastrutture o di vettori per il trasporto ferroviario. Le valutazioni delle intese per la produzione in comune di materiale rotabile da parte del Consorzio Capri, di armamento ferroviario nel Consorzio Fercomit e di treni ad alta velocità nel Consorzio Trevi appaiono in linea con i criteri sopra indicati. Nel primo caso il consorzio è stato dichiarato nullo, dal momento che i beni in oggetto potevano essere forniti autonomamente da ciascuno dei partecipanti. Il Consorzio Trevi al contrario è stato ritenuto lecito proprio per l'impossibilità delle parti di entrare in modo autonomo sul nuovo mercato dei treni ad alta velocità, non essendo in possesso ciascuna di esse della tecnologia completa del settore. Il Consorzio Fercomit, infine, è stato autorizzato in quanto il patto di non concorrenza fra le consorziate si limitava esclusivamente alle gare alle quali il Consorzio era direttamente interessato, lasciando invece alle singole imprese totale autonomia riguardo alla possibilità di partecipare in concorrenza tra di loro a tutte le altre gare di appalto.

3.2.4. «Joint ventures» orizzontali e verticali di natura cooperativa

Tematiche in parte analoghe a quelle sollevate nella sezione precedente si ritrovano nell'ultima categoria di intese esaminate, quella delle imprese comuni, ovvero società sottoposte al controllo congiunto da parte di due o più imprese, quale ad esempio il caso delle *fifty-*

⁶⁰ Al riguardo, si può osservare che la recente Comunicazione in materia di imprese comuni cooperative «strutturali» afferma che la Commissione intende esentare quasi automaticamente le imprese comuni che si occupano di ricerca, sviluppo e produzione di prodotti nuovi qualora la quota di mercato congiunta non superi il 20% del mercato. L'esenzione automatica vale anche nel caso in cui la collaborazione di estenda alla fase di commercializzazione, con una soglia massima del 10%.

fifty joint ventures. Le imprese comuni possono essere valutate in base alla disciplina delle intese oppure a quella delle concentrazioni: sono considerate «concentrative» le imprese comuni che svolgano su base stabile tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e che non implicino il coordinamento del comportamento competitivo tra le imprese fondatrici. In mancanza di uno di questi due requisiti, le imprese comuni, che definiremo «cooperative», sono invece esaminate alla luce degli articoli 2 e 4 della legge antitrust.

La ricostruzione degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di imprese comuni cooperative è alquanto problematica⁶¹. Da un lato, infatti, essa sembra aver ampliato notevolmente rispetto ai principi comunitari la nozione di impresa comune concentrativa, cosicché il numero di imprese comuni classificate come cooperative è notevolmente diminuito. D'altro lato, in molti casi, pur considerando le imprese comuni alla stregua di un'intesa, l'Autorità ha ritenuto lecita la loro costituzione senza neppure aprire l'istruttoria.

È possibile comunque tentare di sintetizzare l'approccio valutativo al problema delle imprese comuni, così come sembra emergere dai primi interventi effettuati dall'Autorità in questo campo. In primo luogo vengono analizzate la struttura di mercato, la posizione che in esso occupano le imprese che costituiscono l'impresa comune e la relazione di mercato esistente tra le imprese fondatrici. Chiameremo a questo riguardo imprese comuni *verticali* quelle costituite tra imprese madri che operano in fasi diverse del processo produttivo e *orizzontali* quelle create da società fondatrici concorrenti, effettive o potenziali, sullo stesso mercato rilevante.

Nei confronti delle imprese comuni verticali le decisioni assunte hanno evidenziato una significativa tolleranza da parte dell'Autorità Garante. In particolare, nelle situazioni in cui siano presenti numerosi e qualificati operatori sul mercato dell'impresa comune (Himont/Commerfin), in cui i mercati siano particolarmente frammentati (Mitt, Rinascente/Sogema, Benetton/Csp), non evidenzino rilevanti barriere all'entrata (Cementir/Sacelit) o siano in forte espansione e caratterizzati da un'insufficienza dell'offerta (Ibm/Generali/Igi), l'Autorità sembra ritenere che le restrizioni alla concorrenza tra le parti non siano di per sé rilevanti e che sia dunque possibile dichiarare lecita la costituzione della *joint venture* già in fase preistruttoria.

Ben diverso è risultato l'atteggiamento dell'Autorità nei confronti delle *joint ventures* orizzontali, promosse da imprese operanti nello

⁶¹ Si veda in proposito Ghezzi [1994a].

stesso mercato⁶². Il maggior rigore sembra possa essere ascrivito, oltre al fatto che le imprese coinvolte detenevano un notevole potere di mercato, alla constatazione che imprese comuni costituite da imprese madri che operano sullo stesso mercato rilevante possano divenire un veicolo ottimale per l'attuazione di un accordo di cartello controllando la distribuzione se operano a valle (Nord Calce) o l'utilizzo di determinati input qualora operino a monte (Cementir/Sacci).

4. Alcune osservazioni per un più efficace intervento antitrust in Italia

A cinque anni dall'istituzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, l'esame dell'esperienza italiana in materia di antitrust lascia intravedere, assieme a positivi risultati, alcune problematiche che necessitano di un qualche aggiustamento, al fine di assicurare una più efficace ed incisiva opera di tutela della concorrenza. È importante sottolineare sin d'ora che in gran parte gli aggiustamenti che dalla discussione svolta sembrano auspicabili non richiedono modifiche al testo della legge 287/90, ma possono essere invece attuati ridefinendo impostazioni, pratiche procedurali e consuetudini di lavoro scelte discrezionalmente dall'Autorità Garante.

Una prima osservazione può essere riferita all'individuazione delle priorità di intervento che hanno caratterizzato l'azione di tutela della concorrenza, così come sono state esplicitamente enunciate nelle ultime Relazioni annuali e discusse in questo testo. L'attenzione ai settori nei quali l'intervento pubblico è rilevante, nella forma di monopolio legale, concessione, fissazione amministrativa dei prezzi o altre forme di regolamentazione, appare senza alcun dubbio giustificata e offre un ambito di attività fondamentale anche alla luce dei processi di privatizzazione promossi o in via di maturazione⁶³. Questo riconoscimento non può tuttavia automaticamente portare a ritenere che, nei settori nei quali operino principalmente imprese private e nei quali non siano presenti forme estese di regolamentazione, fenomeni di distorsione

⁶² In tutti e quattro i casi esaminati si è ritenuto necessario aprire l'istruttoria giungendo in due casi al divieto e in altrettanti all'esenzione in forza dell'art. 4.

⁶³ Sotto questo profilo ci si potrebbe chiedere se i poteri di intervento dell'Autorità Garante, ed in special misura quelli di segnalazione di norme e provvedimenti distorsivi della concorrenza e di consultazione in merito a norme in corso di emanazione, previsti dagli artt. 21 e 22, non debbano essere rafforzati. Attualmente, gli organi nei confronti dei quali tali segnalazioni sono inviate non solo non devono rispettare le indicazioni dell'Autorità Garante, ma non devono nemmeno «tenerne conto».

della concorrenza siano trascurabili, in particolare con riguardo ad intese ed abusi di posizione dominante. Lo strumento delle indagini conoscitive, che può essere forse reso più snello e flessibile nella sua utilizzazione, si è rivelato in questo senso utile per valutare le condizioni concorrenziali dei settori, e ha sortito effetti rilevanti anche nei casi, peraltro assai limitati, in cui è stato utilizzato fuori dai criteri di priorità sopra enunciati.

Le indicazioni che la moderna Organizzazione Industriale suggerisce sulle caratteristiche strutturali che consentono più facilmente l'emergere di pratiche collusive o anticompetitive possono costituire un'utile guida nel selezionare nuovi settori da monitorare. Una esplicitezza approfondita di questi elementi non può essere qui sviluppata, e costituisce in sé materia per un ulteriore lavoro di ricerca. Si possono tuttavia richiamare alcune parole chiave attorno a cui ruota l'analisi delle condotte collusive ed anticompetitive, quali le condizioni di entrata, la trasparenza del mercato, l'esistenza di investimenti irrecuperabili, la rilevanza o meno di forme di competizione basate su strumenti diversi dal prezzo, l'organizzazione centralizzata o decentralizzata della domanda, le pratiche contrattuali prevalenti. Tradurre queste indicazioni in una griglia di parametri più operativi potrebbe rappresentare un utile punto di riferimento per indirizzare l'attività di monitoraggio al di là della considerazione prioritaria della presenza dell'intervento pubblico.

Un secondo e importante terreno di riflessione riguarda la pluralità di meccanismi che portano ad attivare, a seconda dei casi in misura ritenuta insufficiente o eccessiva, i provvedimenti dell'Autorità Garante nei vari campi di intervento. Si è già accennato al quadro quantitativo dei procedimenti conclusi dall'Autorità Antitrust, il quale sembra evidenziare una notevole distorsione, che sino al luglio 1994 aveva portato ad oltre 1.000 casi esaminati in materia di concentrazioni, conclusisi peraltro con solo 4 divieti, contro 59 provvedimenti in materia di intese e 15 decisioni su abusi di posizione dominante. Ci si chiede, pertanto, come sia necessario modificare i meccanismi obbligatori di comunicazione delle concentrazioni e gli incentivi alle parti che notificano volontariamente o segnalano intese e abusi di posizione dominante all'Autorità Garante.

Per quanto riguarda la disciplina delle concentrazioni, si è osservato⁶⁴ che le soglie quantitative predisposte al fine di individuare dove sorga per le imprese promotrici l'obbligo di richiesta dell'autoriz-

⁶⁴ Si veda in particolare Gobbo, Cazzola e Salonicco [1994].

zazione sono mal disegnate, imponendo ai privati e all'Autorità l'apertura di procedimenti anche laddove gli effetti anticoncorrenziali siano modesti o inesistenti. Una modifica delle soglie dimensionali o delle loro modalità di funzionamento è materia che richiede di intervenire sul testo di legge, ed in particolare sugli articoli 6 e 16. Va registrato invece con favore il mutamento, introdotto nel maggio 1995, nei criteri predisposti dall'Autorità in attuazione alla legge e riguardanti alcune categorie di concentrazioni: in particolare ci riferiamo all'esclusione dall'obbligo di notifica per le concentrazioni intragruppo. Rimangono tuttavia ancora numerose categorie di concentrazioni per le quali non è da attendersi alcun rilevante effetto anticompetitivo, e che tuttavia sono tuttora sottoposte agli obblighi di notifica⁶⁵.

Il quadro distorto che abbiamo più sopra segnalato non è tuttavia determinato solo dal numero esorbitante di procedimenti in materia di concentrazioni, ma anche dal numero apparentemente esiguo di comunicazioni e segnalazioni nel campo delle intese, e di segnalazioni in quello degli abusi di posizione dominante. Il dato, soprattutto se si prendono in considerazione le intese, desta infatti una certa sorpresa, laddove si pensi che in ambito comunitario, che prevede un sistema di incentivi alla comunicazione delle imprese del tutto simile a quello italiano⁶⁶ la Commissione ha ricevuto per anni migliaia di comunicazioni volontarie di intese ed accordi da parte delle imprese coinvolte⁶⁷.

Sotto questo profilo riteniamo che una più chiara esplicitazione delle linee guida di intervento dell'Autorità possa favorire, almeno in parte, un'attivazione sia delle imprese coinvolte che di eventuali parti lese. È nostra convinzione infatti che in molti casi la mancata segnalazione di un'intesa possa dipendere dalla scarsa conoscenza o prevedibilità dei criteri di intervento dell'Autorità Garante, più e oltre che dalla coscienza di attuare comportamenti illeciti potenzialmente sanzionabili.

Una più articolata redazione delle motivazioni alle decisioni può

⁶⁵ Sulla revisione dei criteri per l'obbligo di segnalazione di veda inoltre Rossi e Ghezzi [1994].

⁶⁶ Ci riferiamo in particolare alla non sanzionabilità degli accordi comunicati prima della loro esecuzione e alla nullità e impossibilità di usufruire dell'esenzione per gli accordi vietati ai sensi dell'art. 85 CEE e non comunicati preventivamente.

⁶⁷ Ed è opportuno notare che un numero altissimo di comunicazioni continua ad essere inviato alla Commissione nonostante l'emanazione di numerosi Regolamenti di esenzione per categoria e l'introduzione della Comunicazione sugli accordi di rilevanza minore, che dovrebbe escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 85, secondo varie stime, gli accordi stipulati fra più del 90% delle imprese comunitarie.

in questo senso aiutare a comprendere le ragioni che informano l'intervento antitrust. Ed alla ricostruzione complessiva del caso può concorrere anche la pubblicazione degli argomenti presentati dalle parti. Può essere in questo senso utile anche l'esperienza dei paesi di più lunga tradizione in materia di antitrust, dove la pubblicazione di linee guida, comunicazioni esplicative e opuscoli illustrativi dell'intervento di tutela della concorrenza, assieme alla promozione di incontri con associazioni d'imprese e di consumatori, costituiscono parte integrante dell'attività antitrust. Il ricorso allo strumento dei regolamenti di esenzione per categoria⁶⁸ e, eventualmente, a comunicazioni che stabiliscano la liceità di accordi che non raggiungono certamente la soglia della «restrizione consistente», costituisce un ulteriore importante momento di explicitazione dei termini entro i quali la liceità di un accordo può essere sancita.

Una volta individuati alcuni elementi che possono concorrere a delinare linee più chiare e certe di intervento, favorendo le iniziative di comunicazione di imprese che non intendano violare la legge, resta tuttavia il problema di come affrontare quei casi nei quali coscientemente le imprese attuano comportamenti illegali, confidando nella bassa probabilità di intervento dell'Autorità. Il problema che si pone è particolarmente complesso nel caso delle intese: la bassa probabilità di punizione rende infatti le imprese promotrici dell'accordo solidali nel mantenerne la segretezza, mentre non esistono spesso parti esterne che dispongano dell'informazione necessaria per segnalare la presunta infrazione. La predisposizione di criteri premiali per le imprese, coinvolte in comportamenti anticompetitivi, che collaborassero con l'Autorità non sembra da questo punto di vista di molto aiuto: i benefici derivanti alle imprese dalle pratiche anticompetitive sarebbero sicuramente maggiori di quelli ottenibili attraverso una riduzione delle sanzioni attese, togliendo ogni incentivo alla collaborazione⁶⁹.

⁶⁸ Va ricordato a questo proposito che vi sono autori che dubitano che l'Autorità Garante abbia il potere di emanare regolamenti di esenzione quali quelli vigenti in sede comunitaria. Si veda in proposito Pardolesi [1993].

⁶⁹ Il sistema sanzionatorio previsto dalla legge in materia di intese può essere comunque migliorato nella direzione di una sua maggiore flessibilità. Da un lato andrebbe forse rivisto il minimo attualmente previsto nel caso di gravi violazioni della legge, pari all'1% del fatturato. Questa misura tende a colpire in misura diversa le imprese a seconda del grado di integrazione verticale e alla posizione lungo il ciclo produttivo, e può comportare in alcuni casi una riduzione troppo severa del risultato economico, tale da rendere l'Autorità restia ad un uso frequente delle sanzioni pecuniarie. Inoltre, si è

Non sembra quindi facile individuare strade alternative rispetto a quella della diretta sorveglianza e indagine da parte dell'Autorità Antitrust, che consentano di raccogliere informazioni relative all'esistenza di pratiche collusive, per quanto nel caso delle intese l'attività di monitoraggio risulti assai complessa. Anche in questo caso, così come già osservato con riferimento alle metodologie di scelta dei settori per lo svolgimento delle indagini conoscitive, l'attività di monitoraggio può essere resa più efficace selezionando indicatori che consentano di semplificare il lavoro preliminare di individuazione delle situazioni meritevoli di ulteriori indagini. La teoria della collusione tacita è in questo senso di aiuto nel richiamare l'attenzione su circostanze, quali la trasparenza del mercato e la frequenza e la centralizzazione degli scambi, l'esistenza di ambiti e organismi attraverso cui la comunicazione tra le imprese risulta facilitata, le scarse opportunità di rifarsi a forme di competizione non di prezzo, il limitato *turn over* delle imprese, che possono rendere più agevole l'emergere di pratiche collusive.

Le parziali indicazioni che abbiamo raccolto in queste pagine conclusive si ispirano ad un comune convincimento, secondo cui l'efficacia e la visibilità delle politiche antitrust in una realtà ancora poco permeata dalla cultura della concorrenza quale quella italiana abbiano da guadagnare da un intervento che eviti automatismi burocratici, vissuti dalle imprese come inutili oneri, e che riesca invece ad esplicitare attraverso i suoi atti più importanti le ragioni dell'efficienza e dello sviluppo del mercato. In questa prospettiva la capacità di monitoraggio e intervento selettivo, e l'utilità della teoria economica nel predisporre le metodologie per cui questo si realizzi, appaiono importanti terreni per il lavoro futuro.

Riferimenti bibliografici

- Areeda, P. e Kaplow, L. (1988), *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Boston, Little, Brown & Company.
- Areeda, P. e Turner, D. (1975), *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in «Harvard Law Review», vol. 88.
- Armentano, D. (1982), *Antitrust and Monopoly*, New York.

già ricordato come la formulazione attuale della norma rende difficile sanzionare organismi quali le associazioni di categoria quando queste si rendano protagoniste di comportamenti illeciti.

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (1991-1995), *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma.
- Axter, O. (1991), *Joint Ventures under EEC Law*, Panel Discussion, in «*Fordham Corporation Law Journal*», p. 611.
- Baumol, W., Panzar, J. e Willig, R. (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich.
- Baumol, W. e Ordover, J. (1985), *Use of Antitrust to Subvert Competition*, in «*Journal of Law and Economics*».
- Becker, G. (1968), *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «*Journal of Political Economy*», vol. 76, pp. 169-217.
- Bellamy, C. e Child, G. (1993), *Common Market Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell.
- Bork, R. (1978), *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books.
- Crampton, P. (1994), *Alternative Approaches to Competition Law*, in «*World Competition Law and Economics Review*».
- Denoza, G. (1988), *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in «*Giurisprudenza Commerciale*», pp. 5-34.
- Easterbrook, F. (1985), *Workable Antitrust Policy*, in «*Michigan Law Review*», pp. 1696-713.
- (1992), *Ignorance and Antitrust*, in T. Jorde e D. Teece (a cura di), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford, Oxford University Press.
- Fisher, F. (1989), *Games Economists Play: A Non Cooperative View*, in «*Rand Journal of Economics*», vol. 20, pp. 113-24.
- Ghezzi, F. (1994a), *Le imprese comuni nella disciplina antitrust comunitaria e nazionale. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Collana di contributi alla Ricerca di Base «Regole di mercato, difesa della concorrenza e razionalità delle politiche industriali nel quadro internazionale», Università Bocconi, Milano.
- (1994b), *L'attività consultiva, di segnalazione e conoscitiva dell'Autorità Garante: una premessa*, in «*Concorrenza e Mercato*», p. 229.
- Ghezzi, F. e Motari, M. (1993), *La disciplina della concorrenza nei settori dell'informazione, del credito e delle assicurazioni (art. 20, l. 287/90)*, in «*Rivista delle Società*», p. 119.
- Ghezzi, F., Polo, M. e Preite, D. (1994), *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, Collana di contributi alla Ricerca di Base «Regole di mercato, difesa della concorrenza e razionalità delle politiche industriali nel quadro internazionale», Università Bocconi, Milano.
- Ghezzi, F. e Marchetti, P. (1994), *L'Autorità garante della concorrenza e le autorità di vigilanza settoriali: i principi e le procedure di applicazione della legge 287/90 nei settori speciali*, in «*Concorrenza e Mercato*», p. 188.
- Ginsburg, D. (1991), *The Goals of Antitrust Revisited. Comment*, in «*Journal of Institutional and Theoretical Economics*», vol. 147, pp. 24-30.
- Gobbo, F., Cazzola, C. e Salonic, T. (1994), *Contributi per un dibattito sulla tutela della concorrenza*, in «*l'industria*», pp. 387-406.

- Grillo, M. e Polo, M. (1994), *Tutela della concorrenza e antitrust: quali contributi dalla nuova teoria dell'Organizzazione Industriale?*, in «Economia e Politica Industriale», vol. 20, pp. 169-96.
- (1996), *Le ragioni teoriche delle politiche di tutela della concorrenza*, in F. Silva e A. Ninni (a cura di), *Le politiche industriali*, Roma-Bari, Laterza.
- Hovenkamp, H. (1982), *Distributive Justice and the Antitrust Law*, in «George Washington Law Review».
- (1985), *Antitrust Policy after Chicago*, in «Michigan Law Review».
- Jorde, T. e Teece, D. (1992), *Innovation, Cooperation and Antitrust*, in T. Jorde e D. Teece (a cura di), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford, Oxford University Press.
- Laffont, J. J. e Tirole, J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge (Mass.) MIT Press.
- Lande, R. (1982), *Wealth Transfers and the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenge*, in «Hastings Law Review».
- Martin, S. (1994), *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, New York, Macmillan.
- Mookherjee, D. e Png, I. (1992), *Monitoring vis-a-vis Investigation in Enforcement of Law*, in «American Economic Review», vol. 82, pp. 556-65.
- Moore, J. (1992), *Implementation in Environments with Complete Information*, in J. J. Laffont (a cura di), *Advances in Economic Theory, Sixth World Congress*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Mueller, D. (1983), *Lessons from the United States's Antitrust History*, mimeo.
- Munari, F. (1990), *L'applicazione dell'art. 85 del Trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali*, in «Diritto del commercio internazionale», p. 629.
- Ordover, J. e Saloner, G. (1989), *Predation, Monopolization and Antitrust*, in R. Schmalensee e R. Willig (a cura di), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, North Holland.
- Pardolesi, R. (1993), *Commento all'art. 2 legge 287/90*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi e Ubertazzi, Bologna, Zanichelli, p. 145.
- Pitofsky, R. (1979), *The Political Content of Antitrust*, in «University of Pasadena Law Review».
- Polo, M. (1992), *Deregolamentazione, regolamentazione e impresa pubblica: una comparazione normativa*, in «Politica Economica», vol. VIII, pp. 225-41.
- (1993), *Teoria dell'oligopolio*, Bologna, Il Mulino.
- Polo, M. e Scarpa, C. (1996), *La riforma del settore elettrico in Italia: una privatizzazione al bivio?*, in F. Giavazzi et al. (a cura di), *Le nuove frontiere nella politica economica 1996*, Milano, Il Sole - 24 Ore.
- Posner, R. (1975), *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, in «Journal of Political Economy», vol. 83, pp. 807-27.
- Rossi, G. e Ghezzi, F. (1994), *I falsi difetti dell'antitrust*, in «Il Sole - 24 Ore», 11 ottobre.

- Salop, S. (1987), *Symposium of Mergers and Antitrust*, in «Journal of Economic Perspectives», vol. 1, pp. 3-12.
- Schmalensee, R. (1992), *Agreements between Competitors*, in T. Jorde e D. Teece (a cura di), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, Oxford, Oxford University Press.
- Shapiro, C. (1989), *The Theory of Business Strategies*, in «Rand Journal of Economics», vol. 20, pp. 125-37.
- Silva, F. (1994), *La difesa del pluralismo e della concorrenza nei mass media*, in questo volume.
- Siri, M. (1994), *Aziende e istituti di credito, imprese assicurative e dei settori della radiodiffusione e dell'editoria*, in V. Affermi (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Milano, Giuffrè, p. 41.
- Spolidoro, M. (1994), *Rapporto tra diritto della concorrenza comunitario e diritto italiano*, Collana di contributi alla Ricerca di Base «Regole di mercato, difesa della concorrenza e razionalità delle politiche industriali nel quadro internazionale», Università Bocconi, Milano.
- Sullivan, L. (1980), *Antitrust Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships*, in «Columbia Law Review».
- Sutton, J. (1991), *Sunk Costs and Market Structure*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- Tirole, J. (1991), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- (1994), *The Internal Organization of Government*, in «Oxford Economic Papers», vol. 46, pp. 1-29.
- Williamson, O. (1968), *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Off*, in «American Economic Review», vol. 58, pp. 18-36.