

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA 'TOR VERGATA'

Mario Sebastiani

ANTITRUST E REGOLAZIONE DEI MERCATI

a.a. 2024-25

Settembre 2024

*“Libertà dalla guerra e dalla paura della guerra,
libertà dall’ozio e dalla paura dell’ozio
causato dalla disoccupazione forzata.
Libertà dal bisogno e dalla paura del bisogno.
Queste sono le tre libertà fondamentali.
Questi sono gli obiettivi che dobbiamo perseguire
con incessante determinazione”*
(William Beveridge, *Full Employment in a Free Society*, 1942)

*“Il mercato non è una creazione naturale
ma il prodotto dell’uomo
e come tale dall’uomo va governato”*
(Federico Caffè, *Lezioni di un economista*)

*“L’iniziativa economica privata è libera.
Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale
o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente,
alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.
La legge determina i programmi e i controlli opportuni
perché l’attività economica pubblica e privata possa
essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali”*
(Costituzione della Repubblica Italiana, art. 41)

*“Se il mercato sia un eroe o un lestofante o un eroe tragico,
resta ancora da vedere”*
(John Richard Hicks, *A Theory of the Economic History*, 1969)

*“Da parte mia credo che il capitalismo, saggiamente governato,
può probabilmente essere reso più efficiente di qualsiasi altro sistema
ora in vista nel raggiungere obiettivi economici, ma che in sé stesso
è per molti aspetti estremamente criticabile.
Il nostro problema è di far sorgere un’organizzazione sociale
che sia la più efficiente possibile senza offendere
le nostre nozioni di un soddisfacente sistema di vita”.*
(John Maynard Keynes, *The End of the Laissez faire*, 1926)

*“Nessuno può sperare di comprendere i fenomeni economici
di qualunque epoca senza un adeguato senso della storia”*
(Joseph Alois Schumpeter, *History of Economic Analysis*, 1954)

<i>Indice</i>			
	Presentazione	p.	4
I	Introduzione	p.	6
1	Stato e mercato	p.	6
2	I fallimenti e i limiti del mercato	p.	13
3	Liberalizzazioni e privatizzazioni	p.	32
II	Antitrust e regolazione dei mercati -Introduzione	p.	46
1	Ambito di applicazione	p.	46
2	Antitrust e regolazione dei mercati	p.	46
3	Accesso al mercato e concorrenza	p.	48
4	Le public utilities	p.	51
5	Separazione verticale fra infrastrutture e servizi finali	p.	63
III	Politiche antitrust	p.	66
1	Introduzione	p.	66
2	Mercato rilevante	p.	72
3	Dominanza	p.	77
4	Abusi di posizione dominante	p.	81
5	Abusi di dipendenza economica	p.	100
6	Intese	p.	103
7	Concentrazioni	p.	115
8	Servizi di interesse economico generale	p.	123
9	Aiuti di Stato	p.	132
IV	Regolazione economica dei mercati	p.	155
IV.I	Contabilità regolatoria	p.	158
1	Introduzione	p.	158
2	Accertamento e allocazione dei costi	p.	159
3	Remunerazione del capitale investito	p.	166
IV.II	Regolazione dei prezzi	p.	179
1	Modelli “statici” di regolazione dei prezzi	p.	179
2	Modelli dinamici di regolazione dei prezzi	p.	185
3	Modelli di pricing con discriminazioni di prezzo	p.	195
4	Altre applicazioni e varianti dei modelli di pricing	p.	208
V	Regolazione ed enforcement della concorrenza in un mondo che cambia	p.	217
1	Controllo degli investimenti esteri diretti	p.	217
2	Concorrenza e regolazione in prospettiva	p.	224
3	Regolazione – non solo public utilities	p.	232
VI	Il Principe, gli arbitri dei mercati e la politica industriale	p.	234
1	Il “Principe”	p.	234
2	Gli Arbitri dei mercati	p.	237
3	Autorità di regolazione vs. Autorità antitrust	p.	239
4	Quando regolare i mercati	p.	241
5	La regolazione fra settori diversi	p.	242

PRESENTAZIONE

Questo volume rivede e integra il testo utilizzato nel corso di Economia della concorrenza e della regolazione nel precedente anno accademico, anche tenendo conto di cambiamenti normativi e del contesto economico e sociale intervenuti nel frattempo.

Per il resto mantiene viva l'*impronta* delle precedenti stesure, riconoscibile dalle citazioni di alcuni grandi del passato riportate in apertura.

L'economia politica, affermava Joan Robinson, è sempre stata in parte metodo di indagine scientifica (la *cassetta degli strumenti*) e in parte veicolo dell'ideologia dominante¹ o (chi scrive ritiene di dover aggiungere) di critica a essa. L'essenza dell'affermazione è comunque che, in quanto scienza sociale, nell'economia politica insieme alla cassetta degli strumenti convergono condizioni storiche, interessi, ideologie, sistemi di valori – in breve, visioni del mondo - anche molto distanti, che forgiavano la cassetta e ne indirizzano l'applicazione in direzioni coerenti con quelle visioni del mondo.

Un secondo elemento che fa dell'economia una scienza sociale è che il suo campo di studio è rappresentato da realtà che cambiano in modo irreversibile nel corso del tempo così come cambiano le visioni del mondo.

Di conseguenza il carattere evolutivo della realtà economica e sociale impone che non sia studiata isolatamente dalle condizioni storiche che l'hanno generata. Di qui la necessità di *storicizzare* l'economia, di interpretare una data realtà alla luce del processo di cui essa è il prodotto: in altre parole di considerare il presente come storia poiché, per citare Benedetto Croce, "la storia è sempre contemporanea".

Questa premessa è necessaria per introdurre la materia del corso, che in pillole può essere ridotta a "Stato e mercato": ossia *se, come e in che misura* i pubblici poteri debbano intervenire nel libero funzionamento dei mercati e dunque limitare l'esercizio della libertà di iniziativa economica, la quale rappresenta parte fondamentale dei diritti civili, come sancito dall'art. 41 della Costituzione italiana, sopra citato.

Quale che sia la forma e l'estensione dell'intervento pubblico, il suo fondamento sta nella constatazione che il calcolo individuale di convenienza non sempre coincide con il calcolo sociale di convenienza, cosicché l'intervento dello Stato si rende necessario per canalizzare gli interessi individuali verso l'interesse generale.

Mentre la categoria dell'interesse individuale può essere facilmente schematizzata - per tutti è massimizzare il proprio benessere, anche se ciascuno può declinarlo in modo diverso - la nozione di interesse generale è di molto più complessa definizione e non può essere intesa come la mera sommatoria dell'interesse di ciascuno, poiché ognuno ha al riguardo idee e obiettivi diversi che derivano dal proprio sistema di valori.

¹ J. Robinson, *Economic Philosophy*, 1962.

A loro volta i sistemi di valori cambiano nel tempo, cambia con esso la percezione del conflitto fra calcolo individuale e calcolo sociale di convenienza e dunque cambiano i confini dell'intervento pubblico sui mercati: di qui la necessità di storicizzare la nostra materia. Inoltre quei confini possono essere diversi fra paese e paese, e in ciascun paese mutano in funzione dell'avvicinarsi dei cicli politici, vale a dire, dall'alternanza al potere di classi dirigenti portatrici di sistemi di valori differenti.

In breve, la promozione dell'interesse generale – la conciliazione fra obiettivi individuali diversificati verso obiettivi di interesse comune, e le forme per perseguirla - sono l'espressione più alta della politica.

Sebbene la materia qui trattata prenda a riferimento le condizioni dei mercati nelle economie in cui oggi viviamo, essa è improntata alla “filosofia” di cui sopra e, date le strette connessioni fra economia e diritto, può essere inquadrata come *law and economics*.

Schematicamente, si articola in tre parti.

- Una prima di carattere storico - di storia delle idee e di come queste si siano avvicinate e con esse siano cambiati i rapporti fra Stato e mercato, secondo percorsi peraltro non lineari (Capitolo I) - a cui va associata la disamina dei rapporti fra le competenze dei governi e della pubbliche amministrazioni in generale, da un lato, e le autorità indipendenti della concorrenza e della regolazione economica dei mercati, dall'altro.
- Una seconda parte (Capitoli II, III, IV) incentrata invece sulla cassetta degli strumenti a disposizione delle autorità indipendenti.
- Infine una terza (Capitoli V e VI) dedicata all'evoluzione delle politiche antitrust nel quadro dei profondi cambiamenti del quadro dei mercati globali a cui oggi assistiamo.

La raccomandazione a quanti seguono il corso è di percepire le connessioni fra le tematiche qui affrontate, evitando uno studio puramente o prevalentemente nozionistico ma cercando di cogliere più in generale l'afflato culturale e dialettico che si è cercato di dare, di afferrare le interconnessioni fra le diverse questioni, farne oggetto di riflessione e di senso critico.

E' quanto di più importante e duraturo lo studio universitario debba sforzarsi di offrire.

I.- INTRODUZIONE

1.- Stato e mercato

E' comunemente accettato, almeno nella stragrande maggioranza del pianeta, che l'“economia di mercato” è la forma migliore e più efficiente di organizzazione sociale:

- *migliore* perché la libera iniziativa economica è parte fondamentale dei diritti civili;
- *più efficiente* poiché – da Adam Smith in poi – è comune il convincimento che nulla sia più efficiente dell'interesse individuale, nel senso che si dirà poi.

Minori consensi raccoglie invece l'altra proposizione di Smith, quella della *mano invisibile* (il mercato, appunto) che in modo inconsapevole armonizzerebbe interessi individuali configgenti canalizzandoli verso il bene comune. Infatti, anche a supporre che ciascuno si comporti in modo razionale per massimizzare il proprio benessere (il proprio tornaconto), ciò non assicura *necessariamente* il perseguimento dell'interesse di tutti: se tutti cercano di accaparrarsi quanta più “torta” riesce loro, qualcuno resterà all'asciutto (a meno che la dimensione della torta aumenti a dismisura).

Sta dunque nel *divario fra il calcolo individuale di convenienza e quello di convenienza sociale* (di convenienza collettiva) la radice dell'intervento pubblico sui meccanismi di mercato, ossia, sulle libere decisioni degli individui. Il ruolo dei pubblici poteri [per semplificare, per il momento, dello “Stato” - non solo il governo centrale ma anche regioni, province, comuni, enti pubblici, imprese a controllo pubblico, ecc.] è dunque di intervenire per modificare l'operare dei mercati e i comportamenti dei singoli soggetti, siano essi imprese o consumatori, al fine di promuovere l'*interesse generale*. Di qui la dibattuta questione dei confini fra il ruolo dei pubblici poteri e quello della libera iniziativa individuale.

E' una questione dibattuta per più ragioni: (i) poiché la nozione di interesse generale può essere declinata in modi diversi (ciascuno può averne un'idea diversa), così come è stato nel corso della storia; (ii) poiché possono essere diversi i punti di vista relativi all'effettiva esistenza – e alla misura – di un conflitto fra l'interesse individuale e quello collettivo, ossia alla capacità del “mercato” di riconciliare interessi contrastanti; (iii) poiché un intervento statale eccessivamente intrusivo comporta costi in termini di limitazione delle libertà individuali e di minore efficienza degli apparati produttivi (qui le controversie nascono dalle diverse opinioni circa l'altezza dell' “asticella” oltre la quale l'intervento pubblico diventerebbe dannoso).

Il rapporto e i confini fra la sfera dell'intervento pubblico e quella del libero mercato hanno subito nel corso della storia profonde evoluzioni. Schematicamente, possiamo disegnare due estremi.

Da un lato la concezione dello *Stato minimo*, ispirata dalla dottrina del *laissez faire*², tipica del capitalismo ottocentesco, la quale partiva dai seguenti presupposti, in gran parte ispirati a Smith:

- 1) la produzione materiale è la fonte del benessere, anzi sostanzialmente l'una coincide con l'altro – una posizione che aveva più che fondamento in un'epoca dove il livello di vita della popolazione era in media ancora estremamente basso;
- 2) sotto la spinta della domanda dei consumatori e dell'interesse dei produttori il libero mercato assicura la realizzazione della massima produzione possibile, compatibilmente con la disponibilità di fattori produttivi (lavoro, impianti, terra, tecnologia), da cui seguirebbe (i) che tutti i fattori disponibili vengono tendenzialmente impiegati e (ii) che lo sono in modo che siano quanto più possibile efficiente (assicurare la massima produzione possibile con le risorse di cui si dispone);
- 3) dai punti precedenti scaturisce che il libero mercato genera il massimo benessere per la collettività;
- 4) e che *dunque* la “mano invisibile” del mercato assicura che il mercato concili l'interesse degli uni con quello degli altri, cosicché non vi è conflitto fra interessi individuali e interesse collettivo.

Date queste premesse i pubblici poteri avrebbero dovuto astenersi dal mettere i bastoni fra le ruote al libero svolgersi del mercato e limitarsi invece a esercitare funzioni che solo a livello centrale possono essere svolte:

- a) la *sicurezza pubblica* (l'ordine pubblico, la giustizia, la difesa nazionale);
- b) il rispetto dei *diritti di proprietà*, ossia la costruzione di un sistema giuridico che garantisca il rispetto dei contratti - condizione essenziale per il corretto funzionamento del mercato, posto che questo si basa sullo scambio e che ogni scambio (anche quello più informale) configura un contratto fra l'acquirente e il venditore;
- c) il governo della moneta e la politica tributaria.

E' del tutto evidente che le virtù del libero mercato, come indicate nei punti 1-4) sopra, poggiavano su una concezione monca di interesse collettivo, se per esso intendiamo che non solo venga realizzata la massima produzione possibile ma anche che questa venga ripartita “equamente” all'interno della collettività.

Del fatto che il libero mercato non assicurasse anche l'equità distributiva erano del resto ben consapevoli i politici e gli economisti dell'epoca. Ciononostante di tutto quello che oggi consideriamo essenziale a questo fine (la sanità e l'istruzione pubblica, la previdenza, le condizioni abitative, la regolamentazione delle condizioni di lavoro, l'imposizione fiscale progressiva, l'assistenza sociale, ecc.) lo Stato non si occupava o lo delegava al “volontariato caritatevole” dell'epoca:

- a) in parte per ragioni che si vestivano con l'ideologia; ad esempio, introdurre un sistema di diritti dei lavoratori e condizioni di lavoro meno pesanti avrebbe ridotto l'incentivo a lavorare; oppure l'influenza della dottrina di Thomas Malthus, secondo la quale era congenita nell'umanità la propensione a moltiplicarsi oltre il limite della disponibilità di risorse, cosicché la povertà rappresentava il mezzo più sicuro per il controllo demografico;

² “Laissez fair, laissez passer” è la massima, attribuita all'economista francese J.de Gournay che nel sec. XVIII costituì una sorta di slogan per i liberisti nella loro campagna rivolta a ottenere l'abolizione di ogni vincolo imposto dallo stato all'attività economica, e divenuta quindi simbolo del liberismo economico.

o, ancora, la convinzione che, molto o poco che fosse, ciascuno riceva quello che meritava, anche se il “merito” era per lo più prodotto del diritto di nascita;

- b) in parte perché sarebbe stato eccessivamente costoso assicurare un sistema di sicurezza sociale e avrebbe richiesto di aumentare le tasse, in questo modo frenando l'intraprendenza e l'ambizione (gli “spiriti animali”) della borghesia imprenditoriale che fu il motore della rivoluzione industriale e della crescita dell'epoca;
- c) in parte per mere ragioni di potere, posto che le classi che politicamente contavano erano già più che ricche e tali volevano restare (l'aristocrazia terriera) oppure aspiravano a diventarlo (la borghesia imprenditoriale), e tutt'altro chiedevano ai governi che mettere a repentaglio le proprie conquiste.

E' questa la ratio della dottrina del *laissez faire*, del liberismo nella sua forma più estrema.

Per la verità questa concezione era stata precedentemente contestata dallo stesso Adam Smith (proprio l'inventore dell'espressione della mano invisibile). Secondo Smith, infatti, il mercato avrebbe realizzato l'interesse generale *solo se fosse stato veramente libero*: condizione assente anche all'epoca, a causa del prevalere degli interessi di pochi (i “padroni”)³ e della sottomissione a essi del potere politico⁴. Fino ad affermare che “*Dovunque vi siano grandi proprietà, là vi è grande ineguaglianza. Per uno molto ricco ci devono essere almeno cinquecento poveri, e l'opulenza dei pochi presuppone l'indigenza dei molti*”: concetto, questo, che (involontariamente) in certa modo anticipa il cavallo di battaglia del marxismo, secondo il quale ricchezza e povertà sono due facce di una stessa medaglia.

Ciononostante Smith è stato strumentalmente utilizzato come alfiere di un *laissez faire* che ha dominato per quasi tutto il secolo XIX – e quasi dappertutto – e che, è vero, si è accompagnato a uno sviluppo economico senza precedenti, ma i cui benefici sono andati a pochi.

Così, dalla seconda metà dell'800 sono andati crescendo quanti argomentavano che la mano invisibile era in realtà visibilissima ed era manovrata dai potentati economici, e che aver lasciato alle libere scelte degli individui servizi quali la sanità, l'istruzione, la previdenza, le condizioni di lavoro, ecc. aveva condotto a profonde ingiustizie sociali: si rendeva dunque necessario temperare l'interesse dei singoli con quello generale. In effetti l'impostazione integralista del *laissez faire* si è gradualmente affievolita già a partire dalla seconda metà del XIX secolo sotto la spinta di istanze sindacali e più in generale umanitarie, così come per la necessità di ampliare il consenso popolare. Non a caso il primo istituto di quello che verrà poi chiamato *welfare state*, il sistema pensionistico, fu istituito nella Germania di Bismark, un cancelliere non proprio progressista, per contrastare la resistenza della popolazione ad andare a combattere sui campi di battaglia, garantendo in contropartita sostegno a vedove e orfani.

³ “Le persone dello stesso mestiere raramente si ritrovano, anche solo per divertimento e distrazione, senza che la conversazione finisca in una cospirazione contro il pubblico, o in qualche marchingegno per aumentare i prezzi. [...] I padroni sono sempre ed ovunque in una sorta di tacita, ma costante e uniforme intesa volta a non aumentare i salari dei lavoratori al di sopra del loro livello attuale. [...] Allargare il mercato e ridurre la concorrenza è sempre nell'interesse dell'uomo d'affari. Ampliare il mercato può di frequente essere in sintonia con gli interessi del pubblico; ma restringere la concorrenza è sempre contrario all'interesse del pubblico, e può servire soltanto a mettere in grado gli uomini d'affari di imporre a proprio vantaggio una assurda tassa sul resto dei propri concittadini, elevando i propri profitti al di sopra del loro livello naturale” (A.Smith, *La Ricchezza delle Nazioni*, 1776, pp. 67, 76, 254).

⁴ “Tutte le volte che i legislatori tentano di comporre le dispute tra i padroni e i loro operai, i loro consiglieri sono sempre i padroni. Perciò, quando le regole che sono introdotte sono a favore dei lavoratori, sono sempre giuste ed eque; non lo sono quando favoriscono i padroni”. Di conseguenza “Tutte le volte che la legge ha cercato di regolare i salari dei lavoratori, è stato sempre piuttosto per abbassarli che per aumentarli” (A.Smith, cit., pp. 131-141).

Il seme della critica ha condotto dunque alla graduale affermazione di concezioni diverse, che partivano dalla constatazione che il *laissez-faire* aveva fatto arricchire pochi e lasciato la maggioranza delle popolazioni in condizioni di povertà. Pertanto l'interesse individuale andava temperato con un interesse collettivo *condiviso*, fermo restando che quest'ultimo avrebbe dovuto prevalere. Questa critica prenderà poi forme diverse, più o meno radicali.

Già la prima metà dell'800 ha visto fiorire in Francia e in Inghilterra una serie di dottrine che si rifacevano agli ideali della rivoluzione francese e alla critica delle ingiustizie prodotte dalla rivoluzione industriale. Per quanto variegate al loro interno, esse verranno poi identificate come "socialismo utopio"⁵. Di fondo queste proponevano la trasformazione dell'economia attraverso riforme il cui nucleo era l'abolizione della proprietà privata⁶, la collettivizzazione dei mezzi di produzione, l'uguaglianza di tutte le classi sociali. I socialisti "utopisti" proposero la creazione di comunità di produzione e di consumo chiamate "falansteri" e di fabbriche gestite dai lavoratori. Alcuni esponenti (Charles Fourier, in particolare) si spinsero oltre affermando che anche la vita privata doveva essere liberata dalle costrizioni, dal matrimonio, dal vincolo dell'amore eterosessuale, dalla dipendenza della donna, da pregiudizi sociali, ecc. Va da sé la radicalità di queste concezioni le rendevano *utopie* anche da quanti magari sotto simpatizzavano sotto il profilo etico.

A partire dalla seconda metà dell'800 il socialismo utopico è stato messo in ombra dal "socialismo scientifico" di Karl Marx e di Fiedericich Engels. Da questa impostazione derivava che: (i) l'interesse dei singoli individui è *inconciliabile* con quello collettivo; (ii) che dunque in campo economico non si può lasciare mano libera ai singoli (a cominciare dal diritto di proprietà privata), poiché la libertà di iniziativa individuale inevitabilmente genererebbe disuguaglianze e sfruttamento degli uni da parte degli altri, in questo modo riconducendo la società alle condizioni generate dal *laissez faire*. Di qui la necessità di una proprietà esclusivamente pubblica dei mezzi di produzione (terra, fabbriche, ecc.) e l'abolizione del mercato come "luogo" dove i consumatori indirizzano le decisioni dei produttori, sostituito con un meccanismo di programmazione statale di ciò che andava prodotto e dunque di ciò che andava richiesto dai consumatori.

Questo schiacciamento dell'individuo nella collettività aveva in sé un fine nobile quanto disatteso dai regimi del secolo precedente, quello di assicurare a tutti la libertà dal bisogno e dalla povertà ("il benessere a tutti nella stessa misura" - non a caso l'ideale comunista di uguaglianza è stato da molti assimilato a quello cristiano delle origini). Il prezzo però è stato la negazione alla radice del diritto di libertà economica e delle libere scelte individuali, ciò che ha inevitabilmente condotto al soffocamento di altri diritti civili – di espressione, di dissenso, di scelta dei propri modelli di vita, di organizzarsi in partiti politici.

Il prodotto delle idee di Marx condurrà poi alla reazione più estrema al capitalismo, incarnatasi nel 900 nei *regimi comunisti*. E' finita come sappiamo: dopo un primo entusiasmo popolare, una crescita veloce e passi avanti verso la libertà dal bisogno, il conseguimento di quest'ultima non è stato più sufficiente. Infatti la storia di sempre (di nuovo la Storia con la "S" maiuscola) ci mostra che la "fame" ci rende facilmente disponibili a sacrificare i nostri

⁵ I principali esponenti di questo orientamento sono stati Henri de Saint-Simon, Charles Fourier, Pierre Joseph Proudhon, in Francia, e Robert Owen in Inghilterra.

⁶ Celebre è rimasta l'affermazione di Proudhon che "la proprietà è un furto", conclusione che scaturisce dalla precedente teoria di David Ricardo (che socialista non era stato) secondo cui il valore dei beni è dato dal tempo di lavoro necessario a produrli (dal "lavoro contenuto" in essi). Pertanto, concludevano i socialisti utopici, tutto ciò che ha valore è frutto del lavoro e dunque solo a esso spetta trarne beneficio.

diritti di libertà, se questa rinuncia ce la fa passare, ma una volta che questa è stata saziata diventano sempre più importanti altre libertà. Questo non era accettabile per i regimi comunisti poiché concederle avrebbe secondo loro comportato la rinuncia al diritto alla libertà dal bisogno (almeno a quella di “pari bisogni” all’interno della collettività).

Del resto la Storia ci mostra anche che - salvo che nel paradiso terrestre (dove ce ne era per tutti) - l’interesse individuale, comunque inteso, è una molla fondamentale per progredire - almeno per il progresso personale di chi ha volontà e mezzi per raggiungerlo. Se il progresso personale non si può affermare, se viene appiattito su quello collettivo, viene a mancare l’incentivo individuale e con esso la crescita economica. Certo, si può giustamente obiettare che un ragguardevole contributo al fallimento dei regimi comunisti sia stato dato dall’ostilità di paesi tutt’altro che comunisti, i quali si sono operosamente adoperati a mettere loro i bastoni fra le ruote. Difficile tuttavia sostenere che questo atteggiamento ne sia stata la *causa causans*.

La verità (quella storica, beninteso, non la verità in assoluto) è che i tentativi di realizzare l’“uomo nuovo”, che è alla base del comunismo, sono falliti, come ci dimostra il crollo di tutti i regimi che coltivavano questa ambizione, finiti in collettive disillusioni se non anche in tragedie (si veda l’esperienza della Cambogia degli anni ’70, dove il regime portò avanti un vero e proprio genocidio delle persone che avevano un purché minimo grado di istruzione, finalizzato all’annullamento della cultura in quanto strumento di trasmissione della “memoria individuale”, nell’aberrante idea che l’“uomo nuovo” avrebbe potuto realizzarsi solo cancellando la memoria della storia).

La conclusione che ragionevolmente si ricava dalla Storia è che l’interesse individuale è un incentivo essenziale ma che non sempre (diciamo quasi mai) va a braccetto con quello collettivo. Di qui la necessità di trovare un compromesso, riconoscendo la libertà economica come parte indissolubile delle libertà civili, ma nel quadro e nei limiti del perseguimento dell’interesse generale.

E’ questo tentativo di conciliazione che caratterizza le odierne economie di mercato, con varianti anche molto diverse che si sono susseguite nel tempo e che ancor oggi si sperimentano.

Nei Paesi basati *sull’economia di mercato* la spallata alla dottrina del *laissez faire* si è avuta fra gli anni ’20 e ’40 del secolo scorso: in parte propiziata dalla Grande crisi che ha colpito l’economia mondiale sul finire degli anni ’20 e che ha dato impulso al New Deal (“il nuovo patto sociale”) rooseveltiano negli Stati Uniti; in parte dal riarmo della Germania di Hitler e, a cascata, di altri paesi, a cominciare dagli Stati Uniti.

Sul piano della teoria economica, fra i più importanti artefici della svolta vi è stato un economista inglese, John Maynard Keynes, conosciuto anche nei libri universitari di testo come fondatore della macroeconomia e dell’intervento pubblico a sostegno dell’occupazione.

Meno nota ma non per questo meno importante è la critica radicale che fin dagli anni ’20 Keynes ha portato a livello “micro” dei rapporti fra Stato e mercato, cominciando dall’attacco frontale alle basi del *laissez-faire*⁷:

“Sono tanto grandi la bellezza e la semplicità di una tale teoria che è facile dimenticare come essa non derivi dai fatti concreti, ma da un’ipotesi incompleta introdotta per amor di

⁷ J.M.Keynes, *La fine del laissez-faire*, 1926.

semplicità. A parte altre obiezioni, la conclusione che gli individui agenti indipendentemente per il proprio vantaggio producano il massimo volume complessivo di ricchezza dipende da una varietà di presupposti irreali, [...]. Per di più, molti di quelli che riconoscono che l'ipotesi semplificata non corrisponde accuratamente al fatto, concludono ciononostante che essa rappresenta ciò che è «naturale» e perciò ideale. Essi considerano l'ipotesi semplificata come benessere e le ulteriori complicazioni come malattia”.

E dunque:

“Liberiamoci dai principi metafisici o generali sui quali, in varie occasioni, si è basato il laissez-faire. Non è vero che gli individui posseggano una «libertà naturale» nelle loro attività economiche. Non vi è alcun patto che conferisca diritti perpetui a coloro che posseggono o a coloro che acquistano. Il mondo non è governato dall'alto in modo che gli interessi privati e sociali coincidano sempre. Esso non è condotto quaggiù in modo che in pratica essi coincidano. Non è una deduzione corretta dai principii di economia che l'interesse egoistico illuminato operi sempre nell'interesse pubblico. Né è vero che l'interesse egoistico sia generalmente illuminato; più spesso individui che agiscono separatamente per promuovere i propri fini sono troppo ignoranti o troppo deboli persino per raggiungere questi. L'esperienza non mostra che gli individui, quando costituiscono un'unità sociale, siano sempre di vista meno acuta di quando agiscono separatamente”.

Questa critica radicale non porta Keynes a concludere per il socialismo, cui è nettamente contrario, ma per una riforma del capitalismo:

“Da parte mia credo che il capitalismo, saggiamente governato, può probabilmente essere reso più efficiente di qualsiasi altro sistema ora in vista nel raggiungere obiettivi economici, ma che in sé stesso è per molti aspetti estremamente criticabile. Il nostro problema è di far sorgere un'organizzazione sociale che sia la più efficiente possibile senza offendere le nostre nozioni di un soddisfacente sistema di vita”.

Per perseguire questo obiettivo è essenziale demarcare i ruoli dello Stato e del mercato:

“L'intervento più importante dello Stato si riferisce non a quelle attività che gli individui privati esplicano già, ma a quelle funzioni che cadono al di fuori del raggio d'azione degli individui, a quelle decisioni che nessuno compie se non vengono compiute dallo Stato. La cosa importante per il governo non è fare ciò che gli individui fanno già, e farlo un po' meglio o un po' peggio, ma fare ciò che presentemente non si fa del tutto”.

Di qui le politiche monetarie e fiscali di sostegno all'occupazione e al reddito nazionale (la macroeconomia keynesiana, incorporata nella sua *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta* del 1936), ma anche le politiche settoriali, che più interessano la materia trattata in questo corso: la distinzione fra “i servizi che sono tecnicamente sociali”, che spetta allo Stato garantire, e quelli che sono “tecnicamente individuali”, da lasciare al libero mercato.

Di qui il modello dello *Stato sociale*, su cui Keynes ha lasciato un'impronta incancellabile e che è prevalso in Europa nel secondo dopoguerra, fino agli anni '70-'80 del secolo scorso. Questo postula l'intervento attivo dei pubblici poteri nell'imporre regole di condotta al mercato e, non di rado, nel sostituirsi ad esso. La sua giustificazione risiede essenzialmente nello scetticismo sulla capacità dei mercati di raggiungere spontaneamente gli obiettivi di efficienza e di benessere della collettività che l'impostazione tradizionale (quella, appunto dello Stato minimo) attribuisce loro. Il modello interventista si basa dunque sulla percezione dei limiti e dei fallimenti del mercato e sulla esigenza di rimediarvi, e si è tradotto nella diffusa presenza di imprese pubbliche, così come in generalizzate politiche assistenziali (sulle quali, per la verità, Keynes era assai più prudente).

La presenza pubblica così diffusa è andata in crisi quando è diventato evidente che un sistema assistenziale così ampio, dove i cittadini erano assistiti “dalla culla alla tomba”, comportava costi e tasse, o deficit dei bilanci pubblici insostenibili e al tempo stesso frenava gli investimenti privati e la crescita economica. A questo si aggiungeva che la pervasività dell’intervento statale si estendeva anche alla produzione di beni e i servizi, non solo in nome della nobile ragione di porre rimedio ai fallimenti del mercato ma anche a motivi di consenso sociale ed elettorale: di qui, in Italia, l’estensione del c.d. “sistema delle partecipazioni statali”, con imprese pubbliche o a controllo pubblico che producevano i beni e servizi più disparati, frequentemente in perdita, come si vedrà poi. Per la precisione va però aggiunto che ricondurre a Keynes questa degenerazione (come viene correntemente fatto) è del tutto infondato: sia riguardo all’estensività dell’intervento pubblico, sia riguardo ai disavanzi di bilancio, che egli predicava dovessero essere temporanei e utilizzati in funzione anticiclica.

L’invadenza dello Stato nell’economia è stata frenata:

- a) per un lato, dalla “crisi fiscale dello Stato” che – in particolare in Italia – a partire dalla fine degli anni ‘80 del secolo scorso ha imposto di fare cassa per la finanza pubblica privatizzando parte delle società pubbliche; così, nella seconda metà degli anni ‘90 le risorse affluite nelle casse dello Stato da operazioni di privatizzazione hanno fruttato cinquanta miliardi di euro, per raggiungere a oggi la cifra ragguardevole di 160 miliardi di euro.
- b) per altro lato, dai processi di liberalizzazione dei mercati avviati per impulso comunitario, che per un verso hanno dimostrato che il mercato poteva cavarsela abbastanza bene da solo (di qui l’affermarsi del principio comunitario di *sussidiarietà orizzontale*, secondo il quale lo Stato non dovrebbe fare quello che i privati possono fare altrettanto bene); per l’altro verso hanno per forza di cose frantumato o ridotto di estensione dei vecchi monopoli pubblici.

Questi fattori hanno interagito nel determinare un mutamento di ruolo dello Stato: (i) non più necessariamente diretto produttore di beni e servizi, ma (ii) garante che tali beni e servizi (tanto più se essenziali per il benessere della collettività) vengano comunque forniti, e dunque (iii) regolatore del mercato qualora questo fallisca.

Si è così gradualmente giunti a una mediazione che tende a considerare anche i “fallimenti dello Stato”, ossia gli insuccessi di interventi pubblici che vorrebbero porre rimedio ai fallimenti del mercato; di qui la necessità di soppesare i costi comparati dei fallimenti dell’uno e dell’altro.

Definire gli attuali sistemi in chiave di *economia sociale di mercato* è però alquanto schematico, posto che all’interno di questo modello sono convissuti e convivono impostazioni diverse.

Infatti, per quanto possano essere sostenute da raffinate tecniche di analisi economica, fanno da sfondo alle diverse impostazioni indicate sopra (e alle varianti contenute in esse) ideologie, sensibilità e orientamenti politici (insomma sistemi di valori) differenti.

Per questa ragione, i confini fra Stato e mercato differiscono fra Paese e Paese: si pensi ad esempio all’impostazione universalistica dell’accesso alla sanità pubblica in Europa a

confronto di quella tuttora individualistica (nonostante la riforma sanitaria introdotta dall'Amministrazione Obama) dominante negli USA, per la quale la sanità ognuno se la paga.

Inoltre in uno stesso Paese questa demarcazione Stato/mercato cambia continuamente nel corso del tempo, in un equilibrio mutevole determinato anche dal “ciclo politico”, ossia dall'alternarsi al governo di schieramenti politici che si ispirano a valori (e interessi) diversi. Ciò vale in primo luogo per le democrazie, dove tale alternanza fa sì che il pendolo oscilli nel tempo (per rifarsi alla denominazione di economia sociale di mercato) fra il “sociale” e il “mercato”: basti guardare all'impatto dell'avvicinarsi fra i partiti democratico e repubblicano negli Stati Uniti d'America, o fra i conservatori e i laburisti nel Regno Unito, ecc. Per la verità cambiamenti radicali sono accaduti anche in paesi dove la democrazia seguita a essere pura chimera. Così, con la dissoluzione dell'Unione Sovietica in Russia si è avuta l'apertura al mercato: meglio, a una libera iniziativa, purché gradita al potere politico, che si è risolta nell'improvviso e non limpido arricchimento di pochi⁸. Non dissimile l'evoluzione cinese, paese dove di comunismo è rimasto solo l'appellativo dell'unico partito.

2.- I fallimenti e i limiti del mercato

In questo capitolo si discutono, sotto il profilo della teoria economica, le *virtù* del libero mercato dichiarate dalla dottrina del laissez-faire, che sono state portate a fondamento del suo successo per oltre un secolo, e le critiche levate contro di esse (i “fallimenti del mercato” nel conseguire i benefici vantati dal laissez faire).

Dovendo dare a Cesare quello che è di Cesare, va detto che non tutti gli obiettivi desiderabili che il mercato non riesce a raggiungere sono da ascrivere a suoi “fallimenti”:

- come per chiunque, si può sostenere che il mercato fallisce quando non riesce a raggiungere gli obiettivi che si prefigge o quelli che tradizionalmente sono considerati alla sua portata;
- sarebbe invece ingeneroso dargli del “fallito” se non consegue obiettivi che non rientrano nelle sue finalità, quali tipicamente quelli di interesse generale e di uguaglianza; più corretto in questo caso parlare di “limiti” connaturati al mercato, di cui prendere atto e cercare di riparare per altre vie.

2.1.- Virtù e fallimenti del mercato

La teoria economica del laissez faire è stata in passato definita come la “*scienza della scarsità*”. La ragione è che i bisogni materiali della società sono illimitati mentre le risorse produttive per soddisfarli sono limitate. Ne segue il benessere dell'*insieme* della collettività lo si massimizza facendo in modo che la produzione che soddisfa i suoi bisogni sia la massima possibile compatibilmente con le risorse (i fattori produttivi) disponibili.

Dal momento che questa condizione sarebbe realizzabile in economie caratterizzate da mercati di concorrenza perfetta, le qualità e i fallimenti del mercato vengono in genere studiati avendo come standard ideale di riferimento il mercato di *concorrenza perfetta* - dove i soggetti

⁸ Sia consentito richiamare l'affermazione di Honoré de Balzac: “Dietro ogni grande improvvisa fortuna si cela un crimine”.

sono liberi di operare senza interferenze statali, i consumatori sono perfettamente informati delle condizioni di vendita proposte dalle imprese e queste ultime sono tanto piccole e numerose da non disporre di potere di mercato - e confrontando i concreti risultati dei mercati che esistono nella realtà con quelli che un mercato di concorrenza perfetta avrebbe raggiunto.

In altre parole, un mercato è tanto più “imperfetto” (tanto più fallisce) quanto più si allontana dalle ideali condizioni della concorrenza perfetta; con ciò implicitamente assumendo che i mercati perfettamente concorrenziali incarnino lo stato di salute e quelli che tali non sono rappresentino la deviazione e dunque la malattia, come si è notato prima.

Ciò premesso, le virtù che tradizionalmente vengono assegnate al mercato di piena concorrenza e i suoi fallimenti possono essere così riassunti.

1) Virtù. *Un mercato di piena concorrenza garantisce che la produzione complessiva sia la massima possibile, dati i fattori produttivi disponibili, poiché assicura (1) l'efficienza produttiva e l'efficienza allocativa e dunque (2) il pieno impiego dei fattori produttivi (le situazioni ottimali illustrate prima).*

Partendo dalla condizione (1), la premessa generale è che ogni scelta umana è guidata dal *principio di razionalità*, ossia dal confronto fra i benefici che ciascuno si aspetta di ricavarne e i sacrifici che la scelta stessa comporta.

Per restare sul terreno dell'economia, un consumatore razionale spingerà l'acquisto di un bene o di un servizio fino al punto in cui l'utilità di un'unità aggiuntiva di esso (l'*utilità marginale*) non superi il suo *costo marginale* - prezzo che deve pagare per quella stessa unità in più acquistata. Infatti, per i comuni mortali che non dispongono di un reddito infinitamente grande, il prezzo rappresenta il *costo opportunità* (il sacrificio di utilità) dell'essere costretto a rinunciare ad acquistare un'unità aggiuntiva di un *altro* bene. Parimenti, un'impresa spingerà la quantità prodotta fino al punto in cui il ricavo aggiuntivo [il *ricavo marginale* (MR)] ottenuto da un'unità venduta in più di prodotto supera o almeno uguaglia il costo aggiuntivo (MC) che dovrà sostenere per quella unità in più. Se infatti aumentando la produzione ottenesse ricavi aggiuntivi maggiori dei costi aggiuntivi che deve sostenere (dunque profitti in più), sarebbe irrazionale non farlo, posto che l'obiettivo che l'impresa persegue è di guadagnare quanto più è possibile.

Sotto le condizioni appena indicate la condotta dell'*impresa rappresentativa* in concorrenza perfetta (rappresentativa di tutte le imprese operanti nell'economia) è illustrata dalla Figura 1¹⁰.

Si ricorderà dalla microeconomia studiata nel primo anno di università che il modello di concorrenza perfetta assume che: (i) i beni scambiati su un determinato mercato (ad esempio scarpe) siano omogenei, ossia che le scarpe siano del tutto identiche quali che siano le imprese che le producono; (ii) che i consumatori ne siano pienamente informati e che siano anche informati dei prezzi praticati dalle diverse imprese, cosicché si rivolgono alle imprese che le offrono a minor prezzo; (iii) come conseguenza delle precedenti condizioni, (iv) le imprese sono costrette ad allineare i prezzi a quelli dei concorrenti.

In queste condizioni il prezzo delle scarpe è stabilito dal mercato nel suo insieme (dalla domanda di tutti gli acquirenti di scarpe e dall'offerta complessiva dei relativi produttori)

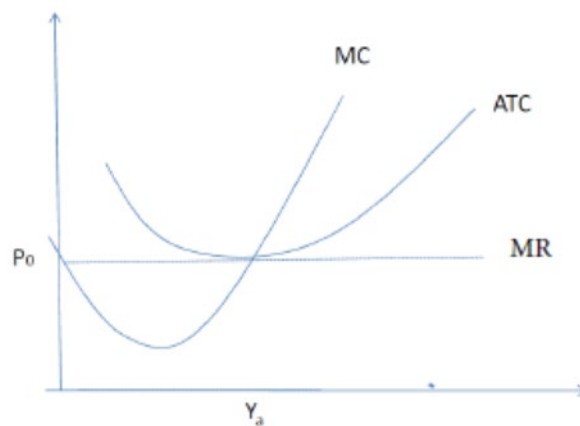
¹⁰ Quanto qui trattato è materia che è stata già affrontata nei corsi di Microeconomia a cui si fa rinvio. Relativamente alle Figure 1 e 3, sull'asse delle ordinate è il prezzo (P), sulle ascisse la quantità (Y); ATC è la funzione del costo medio totale, MC quella di costo marginale.

mentre è dato per ciascuna impresa presa singolarmente, come rappresentato dalla Figura 1. Dato il prezzo P^0 , l'impresa può solo decidere la quantità che le conviene produrre.

Dal momento che P^0 è costante al variare della quantità Y prodotta da una *singola impresa*, ogni unità venduta in più determina per essa un ricavo aggiuntivo pari a P^0 , cosicché la funzione del prezzo e quella di ricavo marginale (MR) coincidono. Ne segue che l'impresa è portata a produrre la quantità Y_a per la quale il costo marginale (MC) è pari al prezzo, che a sua volta è pari al ricavo marginale. Inoltre: (i) al livello Y_a l'impresa produce al costo medio totale ATC minimo, il che vuol dire che minimizzando i costi totali utilizza al meglio i fattori produttivi (di qui l'*efficienza produttiva*); (ii) consegue un normale profitto concorrenziale (incluso nella funzione di costo medio totale ATC), vale a dire, il costo opportunità della rinuncia a utilizzare i propri capitali in altri mercati caratterizzati dallo stesso grado di rischio (di qui l'*efficienza allocativa* – nessuna impresa guadagna più del dovuto).

Figura 1

L'equilibrio di lungo periodo dell'impresa rappresentativa in concorrenza perfetta

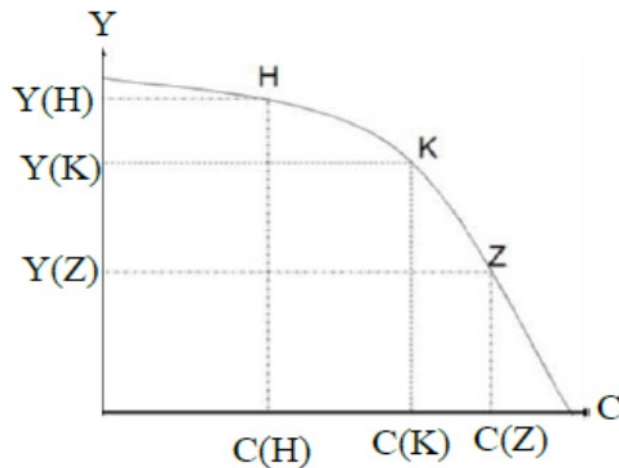


In conclusione [condizione (1) sopra], le imprese utilizzano al meglio i propri fattori produttivi: ciò secondo il modello di concorrenza perfetta sarebbe la conseguenza di comportamenti di imprese e consumatori orientati dal calcolo *individuale* di convenienza.

La condizione (2) guarda invece al calcolo sociale di convenienza: la massimizzazione del benessere della collettività. attraverso la massimizzazione della produzione. Secondo la dottrina del *laissez faire* questo obiettivo è raggiungibile poiché la concorrenza perfetta tendenzialmente assicurerebbe che i fattori produttivi complessivamente disponibili in un dato momento (a) siano totalmente utilizzati e (b) lo siano nel modo più efficiente.

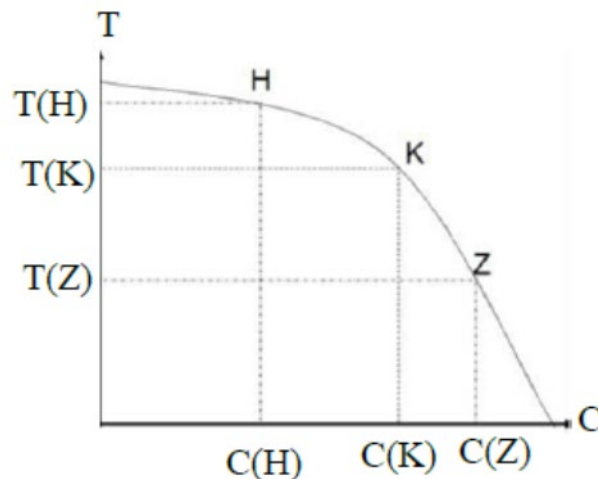
Seguendo Vilfredo Pareto e ipotizzando per semplicità che in un sistema economico immaginario si producano *due soli beni* (Y e X), la condizione di *efficienza produttiva* è “certificata” allorquando l'economia si trova sulla *frontiera delle possibilità produttive* (Figura 2A), ossia, allorquando non è possibile accrescere la produzione di un bene (Y) *se non* a scapito di quella di un altro bene (X): risulta evidente che trovandosi sulla frontiera e muovendosi *lungo* di essa l'aumento della produzione di uno dei due beni comporta la riduzione dell'altro bene. Se infatti fosse possibile aumentare la produzione di entrambi i beni (come nelle combinazioni di produzione Y, X al di sotto della frontiera), vorrebbe dire che vi sono fattori produttivi inutilizzati oppure che questi non sono utilizzati al meglio.

Figura 2A
Frontiera delle possibilità produttive



Seguendo ancora Pareto (ed estendendo l'ipotesi semplificata all'esistenza di *due soli consumatori* – o due gruppi di consumatori - T e C), il sistema è efficiente sotto il profilo allocativo (Figura 2B - *frontiera delle possibilità allocative* (o frontiera del benessere) - se le combinazioni di quantità consumate dai due soggetti T e C sono situate sulla curva, cosicché T potrebbe aumentare il proprio consumo solo se C riducesse il suo. In conclusione tutta la produzione viene quindi consumata e dunque il benessere *collettivo* è massimo (sui limiti di equità di questa condizione si dirà poi).

Figura 2B
Frontiera del benessere



Da considerare che queste rappresentazioni descrivono una situazione statica, vale a dire, una condizione secondo cui *in un dato momento* le risorse disponibili per la produzione sono in quantità data e l'efficienza con cui sono impiegate è determinata dalla capacità organizzativa e dalle tecnologie disponibili in quel momento.

Nel lungo periodo, invece, la quantità di risorse è destinata ad aumentare, così come migliorano organizzazione e tecnologie. Di conseguenza la frontiera delle possibilità

produttiva si sposterà verso destra, consentendo l'aumento di produzione di entrambi i beni Y e X . Ciò porterà a sua volta alla traslazione verso destra della frontiera del benessere e dunque maggiori opportunità di consumo per entrambi i gruppi T e C di consumatori.

Le posizioni Pareto-efficienti sono realizzate se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) imprese e consumatori si comportano nel modo illustrato dalla condizione (1);
- b) i prezzi dei fattori produttivi sono flessibili si da assicurare l'uguaglianza fra la domanda e l'offerta di ciascuno di essi – condizione assicurata dalla concorrenza perfetta.

Fallimenti (1)

Questa impostazione è alquanto schematica poiché trascura alcune questioni rilevanti.

La prima riguarda la nozione stessa di *benessere*:

- a) è ormai esperienza di tutti quanti viviamo in paesi sviluppati che i *bisogni* (che andrebbero in buona parte più propriamente ridefiniti *desideri*) sono potenzialmente illimitati poiché sono essi stessi un prodotto del mercato; i cosiddetti “nuovi” bisogni nascono dai nuovi prodotti che il mercato continuamente propone (basti pensare all'accaparramento dell'ultimo grido di i-phone o di altro), in una rincorsa senza fine che genera frustrazione per chi resta indietro. Ne segue che il divario fra i bisogni e la loro soddisfazione non necessariamente si riduce con l'aumento della produzione perché questa soddisfa bisogni (solo di alcuni) che ha preventivamente creato, cosicché la forbice fra i due non è detto che si riduca.
- b) il benessere non è il portato della sola produzione di beni e servizi ma anche di altri valori, tempo libero incluso (Bertrand Russell scriveva che “*nella nostra civiltà il progresso è nel produrre un numero doppio di spille nello stesso tempo di lavoro anziché lo stesso numero di spille in metà tempo di lavoro*”). E' sano che persone si dannino a fare straordinari sul lavoro per poter comprare l'i-phone di ultima generazione anziché dedicarsi, ad esempio, alla lettura? Costerebbe meno e ci farebbe crescere sotto ogni profilo.

La seconda attiene alla *distribuzione del benessere* all'interno della collettività, cioè a come la produzione è ripartita al suo interno.

Nella rappresentazione delle Figure 2A e 2B la crescita economica determina lo spostamento a destra delle due frontiere: maggiore produzione di entrambi i beni A e C e maggiori consumi di entrambi i gruppi T e C di consumatori. Supponendo di trovarci inizialmente (Figura 2B) nella combinazione di consumi H , dove il gruppo T di consumatori si mangia quasi tutta la torta e al gruppo C restano solo le briciole, quali effetti avrà lo spostamento a destra della curva, a seguito del processo di crescita della produzione, sulla ripartizione dei consumi (del benessere) fra i due gruppi? Certo, vi sarà spazio per un maggior consumo di entrambi, però non contano solo le quantità *assolute* di consumo ma anche quelle *relative*, ossia la riduzione o meno delle disuguaglianze.

E' questo un terreno su cui i mercati di concorrenza perfetta non sono in grado di dare risposta e lo stesso Pareto, che pure era un liberista, anticipa che i concetti di efficienza produttiva e allocativa prescindono da considerazioni di equità e a questo riguardo bisogna ricorrere ad altri mezzi.

Sulle questioni che attengono all'*equità* su cui si tornerà poi.

Fallimenti (2)

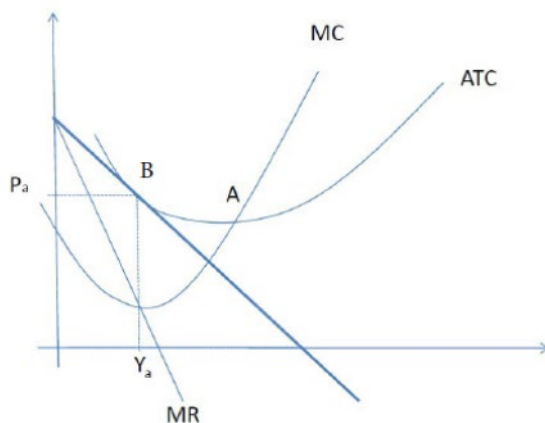
La conciliazione fra il calcolo individuale e sociale di convenienza, si è visto, si basa sulla coincidenza fra il costo marginale delle imprese, il costo opportunità marginale dei consumatori e il costo marginale sociale. Come si vedrà meglio in seguito, ogni attività produttiva e di consumo genera effetti che non ricadono sui soggetti che la realizzano ma sulla società nel suo insieme (ad esempio inquinamento), cosicché il costo marginale *sociale* di un'unità prodotta in più è la somma di quello che direttamente ricade su produttori e consumatori e di quello esterno. Ne segue che l'interesse individuale e quello collettivo divergono.

Avvicinandoci al mondo reale, parlare di “fallimento” dei mercati di concorrenza perfetta è inappropriato: non perché abbiano avuto successo ma perché mercati di tal fatta rappresentano una condizione ideale che nemmeno i suoi ideatori hanno mai considerato realizzabile.

Anche a prendere come modello di riferimento il mercato di *concorrenza imperfetta* che gli stessi sostenitori del laissez faire consideravano più realistico, le condizioni di ottimo paretiano non sarebbero realizzate. In questo contesto, infatti, (Figura 3) la funzione di domanda è negativamente inclinata e dunque lo è anche quella di ricavo marginale. Dato che la convenienza dell'impresa è di portare a casa un ricavo marginale non inferiore al costo marginale, la produzione non potrà eccedere il livello Y_a , con le seguenti conseguenze (si confronti la Figura 3 con la Figura 1): la produzione Y_a è inferiore a quella realizzabile in concorrenza perfetta e a questa corrisponde un costo medio totale (B) maggiore del livello minimo (A) conseguibile con una produzione maggiore. Ne segue che in queste condizioni il mercato non è efficiente perché (i) i fattori produttivi non sono sfruttati al meglio, (ii) non tutte le risorse sono utilizzate poiché il livello di produzione è inferiore a quello realizzabile in concorrenza perfetta; (iii) sempre in confronto con la concorrenza perfetta, i consumatori sono meno soddisfatti poiché i prezzi sono più elevati e le quantità disponibili minori. In conclusione, guardando alla Figura 2A le quantità prodotte sono al di sotto della frontiera delle possibilità produttive e il calcolo privato e quello sociale di convenienza divergono.

Figura 3

L'equilibrio di lungo periodo dell'impresa in concorrenza imperfetta



Se poi andiamo a guardare la concreta realtà, senza cercare che sia questa ad adattarsi alla teoria, anche la concorrenza imperfetta ne è piuttosto lontana:

- a) in forza delle economie di scala, le funzioni di costo marginale e medio sono decrescenti per un tratto considerevolmente più lungo di quanto ipotizzato sia dai modelli di concorrenza perfetta sia da quelli di concorrenza imperfetta, cosicché viene meno il quadro di micro-imprese considerato dal *laissez faire*, le imprese reali possono produrre a costi minori e sono dunque più efficienti di quelle a base della dottrina liberista;
- b) in quanto più competitive, le imprese maggiori sono in grado di eliminare quelle più piccole; al tempo stesso, disponendo di potere di mercato, la loro maggior efficienza non si traduce automaticamente in minori prezzi a vantaggio dei consumatori; sia nei confronti dei concorrenti che dei consumatori, dunque, “*il potere logora che non ce l’ha*”, come affermava un noto uomo politico del passato. Per questo sono necessari contrappesi.

2) **Virtù.** *Un mercato di piena concorrenza alimenta nuova concorrenza.*

Fallimenti

A questo si è già data parziale risposta al punto precedente. Da aggiungere che i mercati concretamente esistenti sono caratterizzati da *barriere* all’entrata di nuove imprese, a causa di: (i) economie di scala (per essere competitivi è necessario entrare con dimensioni consistenti, dunque con grandi investimenti e conseguenti rischi); (ii) segue dal punto precedente l’esistenza di *sunk costs*, costi irrecuperabili in caso di fallimento dell’operazione, che rappresentano un disincentivo all’entrata; (iii) esistono barriere tecnologiche e derivanti dal *know how* per essere competitivi; (iv) comportamenti strategici delle imprese presenti sul mercato, volti a difendere il proprio orticello da altrui incursioni.

Paradossalmente la dottrina del *laissez faire* ha continuato a predicare questa virtù anche in presenza di una realtà che si sviluppava in direzione opposta. La seconda metà del secolo XIX è stata caratterizzata infatti da processi di concentrazione fra imprese, proprio nella ricerca di catturare economie di scala e potere di mercato, che contraddicevano il quadro di microimprese assunto a base di quella dottrina. Inoltre, soprattutto negli Stati Uniti di America si è diffusa la pratica dei *trust*, vale a dire di intese anticoncorrenziali fra grandi imprese. Non a caso è del 1890 lo *Sherman Antitrust Act*, che ha rappresentato la prima azione del governo statunitense per limitare i monopoli e i cartelli (*trust*).

- ## 3) **Virtù.** *Un mercato di piena concorrenza assicura che il calcolo individuale di convenienza sia coerente con quello sociale* (la mano invisibile di Smith), almeno per quella parte della popolazione che può pagare (ma questo è un’altra questione su cui si torna poi).

Fallimenti

Questa concezione è contestabile, come abbiamo visto, ma vi sono anche altri profili che conviene analizzare con attenzione.

Il problema della compatibilità fra calcolo individuale e calcolo sociale nasce dal fatto che, se condotta a livello della collettività nel suo insieme, l’analisi costi-benefici (a questo punto l’analisi dei benefici e dei costi sociali) non conduce sempre agli stessi risultati di quella

individuale: in altre parole, il benessere della collettività non è la mera sommatoria del benessere dei singoli che la compongono.

Vediamone alcune delle ragioni.

a) Esternalità

Qualunque attività umana, sia di produzione che di consumo, genera conseguenze *esterne* (“*esternalità*”, appunto), vale a dire, costi e benefici che non ricadono su chi svolge quella attività o ricadono su di lui solo parzialmente. A titolo di esempio, la produzione genera inquinamento, così come lo generano i consumi (si pensi all’uso delle auto a combustione interna, alla produzione di rifiuti, ecc.). *Ne segue che la libera iniziativa non produce solo beni e servizi richiesti dai consumatori (dunque utili e dunque pagati) ma anche “beni” (effetti) non richiesti e dannosi.*

All’opposto di quanto esemplificato sopra, produzione e consumo possono generare anche esternalità positive, ossia benefici che non ricadono sugli “attori” ma sulla collettività. A titolo di esempio, le foreste (si pensi a quelle dell’Amazzonia, considerate come “il polmone della terra”) migliorano lo stato ambientale ma economicamente non rendono ai proprietari; ancora, quanti usano la bicicletta non danneggiano l’ambiente (più precisamente: lo migliorano rispetto alla scelta utilizzare l’auto) ma ne beneficiano solo in minima parte.

Nel decidere se è quanto produrre o consumare gli individui tengono conto dei soli benefici che ne possono direttamente ricavare e dei soli costi che debbono sostenere, trascurando i costi o i benefici che le loro scelte generano per altri. Il calcolo sociale mette invece in conto anche le esternalità

Ne segue che *il calcolo privato di convenienza diverge inevitabilmente dal calcolo sociale.* A titolo di esempio, il beneficio “privato” per l’impresa della produzione di un determinato bene è dato dalla differenza fra i ricavi e i costi a suo carico, mentre il beneficio sociale è misurato dalla differenza fra i ricavi dell’impresa (poiché è da presumere che i beni siano acquistati in quanto utili), da un lato, e la somma dei costi di produzione e dei costi esterni (ad esempio ambientali), dall’altro. Ne segue che l’uguaglianza fra prezzo e costo marginale (che si è prima declinata come virtù della concorrenza) assicura il massimo benessere della collettività solo se incorpora il costo marginale sociale – condizione che non può essere spontaneamente realizzata dal mercato.

La soluzione è di *internalizzare* i costi e i benefici esterni nel calcolo privato di convenienza: una soluzione che può essere solo parzialmente “di mercato” e che va quindi regolamentata dai pubblici poteri imponendo sui produttori o sugli acquirenti un prezzo da pagare alla collettività (o una compensazione se l’esternalità è positiva) a fronte dell’esternalità prodotta. Riprendendo l’esempio precedente, il proprietario della foresta andrebbe indennizzato affinché decida di mantenerla integra anziché utilizzare il terreno per guadagnarci su. Considerazioni in parte analoghe valgono per le esternalità prodotte dai consumatori. Così, il “road pricing” (il pedaggio) che alcune città impongono a quanti vogliono accedere in auto ai centri urbani è giustificato come compensazione per i costi esterni (inquinamento, congestione) che ciò determina; le stesse accise (le tasse che tutti noi paghiamo sui carburanti e che rappresentano la quota maggioritaria del prezzo) dovrebbero servire a internalizzare nelle scelte degli automobilisti i costi esterni della circolazione.

Esiste poi una questione diversa da quelle considerate prima ma che comunque attiene alle esternalità, quello della localizzazione di infrastrutture o impianti sulla cui necessità tutti convengono a condizione vengano realizzate “altrove”. E la cosiddetta “sindrome di Nimby” (“*Not in my back yard*” - “Non nel mio cortile”) che rappresenta uno dei principali ostacoli

alla riduzione delle esternalità e più in generale alla realizzazione di opere pubbliche e dove, ancora una volta, si scontra l'interesse individuale o di singole comunità con quello collettivo (per l'Italia, fra gli innumerevoli casi si pensi al gasdotto TAP (*Trans-Adriatic Pipeline*) che dalla Grecia collega la Puglia, alla costruzione della rete di alta velocità ferroviaria fra Lione e Torino, alla localizzazione dei depositi sotterranei di smaltimento delle scorie nucleari, al rigassificatore a Piombino e al termovalorizzatore a Roma). Ovvio che nessuno desidera avere nei paraggi una centrale elettrica o un parco eolico che gli rovini il paesaggio dove vive; ; molto più comodo scaricarlo su altri. Nei paesi democratici il ricorso a misure imperative deve essere l'ultima ratio e sono altamente preferibili procedure di conciliazione attraverso incentivi diretti a compensare le popolazioni coinvolte¹¹. Dato però che queste strutture sono o devono essere disperse sul territorio e che dunque fra le diversi territori esiste un dare/avere (nella località X esiste una centrale elettrica che fornisce energia anche alla località Y e quest'ultima ha un impianto di trattamento dei rifiuti che serve anche alla località X), anziché indennizzare, con conseguenti enorme dispendio di finanze pubbliche, sarebbe razionale istituire una stanza di compensazione nazionale che attribuisca a ciascuno una compensazione pari al saldo netto del danno subito.

b) Beni pubblici

Sono chiamati beni pubblici quelli caratterizzati (i) da *non rivalità* (il loro consumo da parte di alcuni non ne impedisce quello da parte di altri) e, per quanto qui più interessa, (ii) da *non escludibilità* dal consumo (non è tecnicamente possibile o non è economicamente conveniente precludere il consumo a quanti non pagano). Ad esempio, gli armatori delle navi sarebbero disposti a pagare un prezzo per l'esistenza di un faro ma imporlo loro è tecnicamente impossibile. La condizione di non escludibilità comporta che non vi saranno imprese spontaneamente disposte a fornire beni o servizi per i quali non possono ricevere il pagamento di un prezzo da chi ne usufruisce. *Non è vero quindi che la libera iniziativa fornisca tutti i beni e servizi che i singoli e la collettività sarebbero disposti a pagare* in quanto tali utili.

E' necessario l'intervento dei poteri pubblici per fornire direttamente questi beni o per incentivare i privati a fornirli.

c) Beni meritori

Sono quei beni e servizi che il pubblico spesso preferirebbe non acquistare perché non ne vede per sé un'utilità diretta e immediata. A titolo di esempio, l'assicurazione per responsabilità civile auto da parte dei consumatori, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro da parte delle imprese, l'obbligo di versare una quota delle retribuzioni nei fondi previdenziali ecc. Trattandosi di "beni" essenziali per tutelare l'interesse pubblico gli Stati ne impongono il pagamento.

Sono assimilabili a questa fattispecie anche situazioni che non comportano il pagamento di un prezzo ma limitazioni alle libere scelte individuali. A titolo di esempio, l'obbligo di patente per guidare automezzi, le limitazioni imposte dal codice della strada, ecc.. Analogo l'obbligo di green pass per accedere a determinate attività o di usufruire di determinati servizi offerti al pubblico. Non si tratta in questi casi di obblighi imposti *erga omnes* (nessuno è obbligato a prendere la patente di guida o a vaccinarsi) ma di condizioni per svolgere

¹¹ I costi di realizzazione della rete ferroviaria ad alta velocità fra Napoli e Torino sono aumentati di oltre 5 miliardi di euro per compensare le popolazioni lungo il suo tragitto, finanziando la costruzione di scuole, parchi sportivi, piscine e quant'altro anche in comuni contigui.

determinate attività o per accedere a determinati servizi. La ratio è sempre la stessa: la ricerca di un equilibrio fra l'interesse individuale e quello collettivo.

d) Lungo periodo

L'interesse pubblico può richiedere un orientamento al lungo periodo che è estraneo alla logica del mercato. E' il caso, ad esempio, della realizzazione di grandi infrastrutture il cui ritorno economico per il costruttore può richiedere un orizzonte temporale tanto lontano da disincentivare l'investimento privato.

2.2.- I limiti del mercato

AmMESSO pure che il mercato non fallisca, restano suoi limiti che hanno soprattutto a che vedere con una dimensione che gli è estranea: l'*equità*, vale a dire la distribuzione del benessere all'interno dei componenti della collettività.

a) Equità distributiva

Si ricorderà (sezione 2.1) che, secondo il criterio paretiano, un sistema economico è efficiente sotto il profilo allocativo in quanto – dato il livello di produzione - non è possibile aumentare il consumo di un soggetto senza dover ridurre quello di un altro. Ne segue che l'efficienza allocativa è parimenti raggiunta quale che sia la distribuzione dei consumi all'interno della collettività: non importa che la “torta” dei consumi (il benessere) sia appannaggio di pochi oppure che siano spartita fra tutti – ciò che conta è che nulla vada sprecato.

Se dunque l'efficienza allocativa è definita come sopra, ne segue che, come lo stesso Pareto avvertiva, *un assetto distributivo efficiente non è necessariamente un assetto equo*. Di conseguenza, anche ammesso che il libero mercato conduca verso condizioni di efficienza allocativa, resta aperto un problema di equità, strutturalmente estraneo alla logica del mercato.

La scelta fra possibili distribuzioni del benessere non può dunque che essere politica. Infatti, qui le categorie economiche (la “cassetta degli strumenti” dell'economista) che permettono, ad esempio, di identificare condizioni di efficienza, ecc., ci aiutano meno a districarci, posto che il concetto di equità è soggettivo, esposto a giudizi e a sistemi di valori, a sensibilità diversi da persona a persona e variabili da società e società.

L'economia può aiutare a individuare le relazioni fra equità ed efficienza (ad esempio un sistema molto egualitario accresce i consumi nell'immediato ma può disincentivare gli investimenti e dunque la crescita a lungo andare), ma alla fine la scelta è soggettiva a livello individuale e politica a quello collettivo.

Gli strumenti della politica a questo riguardo spaziano dai sistemi di tassazione e di trasferimento di risorse all'interno della collettività (gli stessi sistemi fiscali progressivi sono diretti a questo) alla messa a disposizione di servizi essenziali.

A quest'ultimo riguardo, il massimo che si può chiedere al mercato è di produrre beni e servizi richiesti dalla *domanda pagante*, vale a dire, da quanti possono o sono disposti a pagare il prezzo di mercato. Quanti non si trovano in questa situazione (quelli che, su una funzione

di domanda si situano nel tratto a valle del prezzo fissato dal mercato) non sono interlocutori per le imprese: il mercato serve chi può pagare, non chi non può.

Ciò assume grande rilevanza nel caso dei *servizi di interesse generale (SIEG)*, che possiamo definire come servizi che gli Stati ritengono sia essenziale che siano garantiti a tutta la collettività a condizioni “abbordabili”, ossia accessibili a tutte le “tasche”, ma che le imprese guidate dalla logica del profitto non fornirebbe spontaneamente *alle condizioni richieste* poiché il relativo costo eccede il livello abbordabile del prezzo.

Come si vedrà diffusamente poi (Capitolo III.8), in questi casi gli Stati devono intervenire assicurandone la fornitura a condizioni coerenti con gli interessi collettivi che intendono tutelare.

Volendo rappresentare il prodotto nazionale di un Paese come una torta da distribuire fra la popolazione, abbiamo visto in precedenza che i modelli distributivi sono cambiati nel tempo, avendo sperimentato come estremi il modello dello “Stato minimo” e quello dello “Stato socialista”: secondo il primo la torta andrebbe ripartita fra i singoli in base al loro “merito”, ossia alla loro produttività, al loro contributo alla produzione della torta stessa¹²; il secondo modello postula invece che la torta sia distribuita in parti uguali fra tutti.

Alla crisi di entrambi i modelli ne sono seguiti altri, intermedi ma contrassegnati da impostazioni anche significativamente diverse.

Tuttavia nelle economie mature si è affermato un principio che possiamo considerare legato indissolubilmente alla nostra civiltà: *l'indispensabile per vivere a tutti e il superfluo a chi se lo merita, garantendo però un'accettabile uguaglianza delle opportunità* (condizione per misurare il “vero merito”).

Questo “modello” è largamente condiviso proprio in forza della sua genericità e infatti viene declinato in modo diverso da Paese a Paese e in funzione del ciclo politico. Infatti, cosa si intende per “indispensabile”, come si fissa l’asticella del livello di reddito da garantire a tutti? In che misura e come garantire l’uguaglianza delle opportunità?

Il mercato, *se funziona*, è in grado di garantire la meritocrazia, non certo l’indispensabile a tutti indipendentemente dal merito, né l’uguaglianza delle opportunità di partenza (ad esempio, l’istruzione universitaria a chi non è in grado di pagarla). Il ruolo redistributivo dello Stato è proprio finalizzato a rimediare a questi suoi limiti.

b) Equità intergenerazionale

La distribuzione del benessere fra generazioni di persone che si susseguono nel tempo è un altro caso di divario fra calcolo privato e calcolo sociale, quest’ultimo condotto in ottica intertemporale.

In un mercato di piena concorrenza il meccanismo di determinazione dei prezzi (la domanda e l’offerta) fa di questi segnali di scarsità relativa che incentivano le imprese a porvi rimedio: nella Figura 4A un aumento della domanda ($D_1 \rightarrow D_2$) rispetto all’offerta genera un aumento di prezzo che a sua volta spingerà le imprese ad accrescere la produzione sì da porre rimedio alla scarsità che si era verificata ($O \rightarrow O'$ nella Figura 4B).

¹² Trascurando peraltro che la produttività di una persona dipende dagli strumenti messi a sua disposizione dal datore di lavoro, cosicché cosicché perde il suo carattere “oggettivo”.

Figura 4A

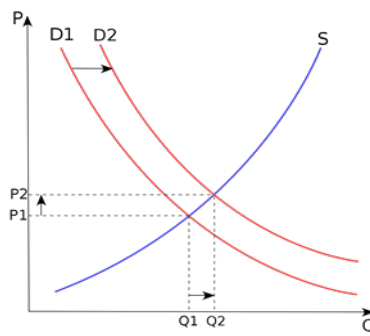
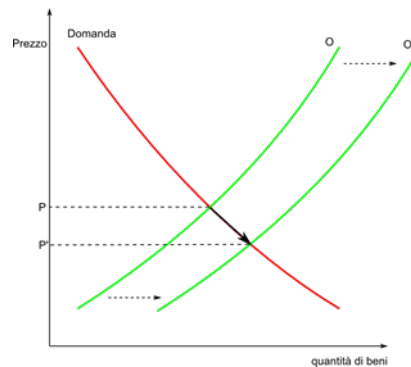


Figura 4B



Che dire però delle scarsità future, vale a dire, delle risorse naturali *oggi* abbondanti ma destinate nel tempo a esaurirsi? A titolo di esempio, non esiste attualmente scarsità di petrolio o di gas naturale, cosicché se il mercato fosse realmente libero i loro prezzi sarebbero una frazione di quelli attualmente vigenti, con conseguente aumento del consumo presente e accelerazione dell'esaurimento delle risorse in un domani più ravvicinato.

Considerazioni analoghe valgono per il dissesto ambientale e i cambiamenti climatici in atto e a venire, in assenza di interventi radicali e immediati. Spetta agli Stati introdurre politiche di transizione ecologica che guardino a una prospettiva di deterioramento ambientale ormai già fra di noi, ma che – quali che siano gli strumenti adottati – comportano l'internalizzazione a carico delle attuali generazioni degli oneri degli interventi, consistano questi in maggiori prezzi pagati dai consumatori per beni e servizi meno rispettosi dell'ambiente o in investimenti in nuovi processi produttivi e in nuove fonti di energia, oppure, infine, in beni meritori, quali restrizioni alla circolazione di mezzi, obblighi di risparmio energetico, ecc.

In sintesi, se i prezzi sono determinati da meccanismi di mercato, questo al massimo *massimizza il benessere della generazione presente* a scapito di quello delle future generazioni. Il mercato (come gli interessi individuali) è miope: guarda all'oggi, non al benessere intertemporale, se questo va oltre l'orizzonte individuale (“*in definitiva, che hanno fatto i posteri per noi?*”).

Infine il debito pubblico che è di per sé una tassa sulle generazioni a venire. Esiste però il debito “buono” e quello “cattivo”. Il primo è quello destinato a interventi che hanno effetti duraturi – la costruzione di infrastrutture, il risanamento idrogeologico, ecc. – che si verrà in parte ripagato da quelli che verranno poi ma che in contropartita almeno lascia loro capitale sociale, che potrà aiutarli a far fronte agli impegni assunti da quanti li hanno preceduti. E’ invece debito cattivo quello utilizzato per far fronte alle spese correnti dirette a “tenere su” il tenore di vita di quelli che ci sono a scapito di quelli che seguiranno.

c) Equità internazionale

Le considerazioni svolte fin qui hanno implicitamente preso a riferimento un determinato paese, ossia una collettività nazionale composta da consumatori, contribuenti, imprese e loro rappresentanze politiche.

Se guardiamo alla storia economica dell'umanità ci rendiamo conto che il raggiungimento del benessere è cosa veramente recente. Non che nel corso di essa siano mancati miglioramenti e periodi di maggiore larghezza; tuttavia i miglioramenti sono stati estremamente lenti o, quando è capitato che siano stati rapidi, si sono rivelati di breve durata, presto seguiti da subitanee inversioni di tendenza: segno che le cause che li hanno determinati non erano di natura sistematica ma accidentale (ad esempio, raccolti particolarmente grassi dovuti non a miglioramento delle tecniche – le quali avrebbe avuto effetti permanenti - ma a stagioni climatiche particolarmente favorevoli; o anche guerre ed epidemie che, riducendo la pressione demografica, miglioravano il tenore di vita della popolazione superstite).

Alcune popolazioni, è vero, hanno goduto di periodi di prolungata prosperità, ma questo è stato dovuto più allo sfruttamento di altre popolazioni - attraverso le varie forme di conquista (coloniale e non) che si sono succedute nel corso della storia - che alla loro capacità di produrre quantità crescenti di beni. In conclusione, la storia economica dimostra che in gran parte del suo corso l'umanità non è stata capace di accrescere in misura sensibile la produzione di risorse; non vi è stato un duraturo aumento di benessere e quando ciò è accaduto è stato solo per alcuni e a scapito di altri.

Anche il *capitalismo mercantile* (che possiamo collocare fra la metà del '600 e la fine del '700), e la dottrina mercantilista che ne esprimeva la filosofia economica si muovevano per lo più all'interno di questo quadro: in un mondo di risorse complessivamente date o solo lentamente crescenti il modo migliore per un paese di arricchirsi è di imporre una redistribuzione di quelle risorse a suo favore; di qui l'enfasi sul ruolo dei commerci con altri paesi - in genere più deboli - piuttosto che sulla crescita della capacità produttiva interna. I dati disponibili (attendibili quanto possono essere le stime relative a periodi così lontani) confermano questa tendenza: fino al secolo XV il prodotto pro-capite nei paesi europei è rimasto sostanzialmente costante, mentre è aumentato in media dello 0,1% all'anno fra il XV e il XVII secolo e dello 0,2% nel periodo del capitalismo mercantile.

Il salto di qualità avviene con la *rivoluzione industriale*, che segna il passaggio al capitalismo vero e proprio (al capitalismo industriale): il tasso di crescita del prodotto pro-capite dei più importanti paesi oggi industrializzati si porta all'1,1% nel periodo 1820-1870, fino a raggiungere il 3,8% nel periodo 1950-73.

Tuttavia il progresso economico non è stato universale ma ha portato a crescenti divari di benessere.

La Tabella 1.A che segue mostra la dinamica del divario di ricchezza fra paesi a partire dal 1500, periodo in cui non vi erano sostanziali differenze fra le diverse aree del mondo. Spicca nel '700 la crescita del Regno Unito, trainata dall'espansione coloniale, e a partire dall'800 gli effetti della rivoluzione industriale con il progressivo depauperamento dell'area asiatica.

Tabella 1.A- Andamento del reddito-procapite per aree geografiche (1500-2001)

	PIB/hab. (« dollars internationaux » de 1990)						
	1500	1700	1820	1913	1950	1973	2001
France	727	910	1135	3485	5271	13114	21092
Royaume Uni	714	1250	1706	4921	6939	12025	20127
Etats-Unis	400	527	1257	5301	9561	16689	27948
Mexique	425	568	759	1732	2365	4845	7089
Japon	500	570	669	1387	1921	11434	20683
Chine	600	600	600	552	439	839	3583
Inde	550	550	533	673	619	853	1957

Source : OCDE, 2003

La Tabella 1.B mostra che il PIL pro-capite dell'Europa occidentale è aumentato fra il 1820 e il 2020 di 17 volte e quello di USA, Canada e Australia di 23 volte. Stando a periodi più vicini, dal 1950 al 2010 il PIL è aumentato, rispettivamente per i due gruppi di Paesi, di 4,6 e 3,2 volte, mentre di 14 volte è cresciuto quello di Cina e Giappone. Non per tutti, però, le cose sono andate così bene. Nell'insieme dell'Africa sub-sahariana fra il 1950 e il 2010 il PIL è aumentato del solo 70%.

Tabella 1.B.- PIL pro-capite per regioni (1820-2010)¹⁴

Table 3.2. Regional averages of GDP per capita, 1820–2010

US dollars at 1990 PPPs

Decade	Western Europe (WE)	Eastern Europe (EE)	Western Offshoots (WO)	Latin America and Caribbean (LA)	East Asia (EA)	South and South-East Asia (SSEA)	Middle East and North Africa (MENA)	Sub-Saharan Africa (SSA)	World
1820	1 226	..	1 294	595	579	..	580	..	605
1830	1 344	..	1 489
1840	1 522	..	1 641
1850	1 589	..	1 809	663	599	706
1860	1 823	..	2 200	676
1870	1 976	719	2 421	754	543	516	720	..	837
1880	2 190	..	3 135	846
1890	2 506	1 002	3 375	998	582	572	1 058
1900	2 912	1 273	4 013	1 129	607	597	1 225
1910	3 172	1 433	4 915	1 433	..	674	1 399
1920	3 070	927	5 396	1 540	..	662	1 381
1930	4 006	1 597	6 025	1 795	723	756	1 673
1940	4 472	2 097	6 837	1 981	..	749	1 878
1950	4 518	2 583	9 258	2 502	655	675	1 459	843	2 082
1960	6 825	3 627	10 954	3 119	1 082	814	1 977	987	2 709
1970	10 108	5 138	14 554	3 977	1 796	977	3 020	1 239	3 599
1980	13 127	6 216	18 054	5 436	2 479	1 196	4 102	1 282	4 372
1990	15 919	6 389	22 347	5 047	3 782	1 609	3 807	1 135	5 023
2000	19 315	4 950	27 572	5 848	5 451	2 198	4 497	1 099	5 957
2010	20 841	8 027	29 581	7 109	9 804	3 537	5 743	1 481	7 890

Se poi guardiamo ai livelli del PIL pro-capite (Tabella 1.C) accertiamo il crescente baratro che separa Paesi come il Kenia (KEN) e Nigeria (NGA) da quelli più ricchi, nonostante quest'ultima sia ricca di risorse minerarie molto appetite dai Paesi sviluppati. Da aggiungere che nell'Africa sub-sahariana esistono Paesi ancor più poveri di quelli qui censiti.

Le teorie prevalenti del commercio internazionale sostengono che la libertà degli scambi non è un gioco a somma zero, nel senso non si limita a redistribuire una data ricchezza ma accresce la ricchezza complessiva. E' questa idea che è alla base della *globalizzazione*, inizialmente accolta con entusiasmo dai paesi sviluppati, fino a che parte di essi si è accorto che è come la gerla della Befana: contiene balocchi e carbone, i quali non sono paritariamente distribuiti fra tutti i players. In altri termini, la globalizzazione farà pure aumentare la ricchezza globale, ma non a tutti tocca la stessa fetta della torta. E' costantemente rilevato dagli organismi internazionali che si sta assistendo a un aumento senza precedenti delle

¹⁴ OECD, Global Well-Being since 1820, 2014, pp. 65.

disuguaglianze di massa. Sia all'interno di ciascun paese che fra i diversi paesi, i ricchi si arricchiscono e i poveri si impoveriscono, almeno in termini comparativi. Né ci si può consolare per il fatto che il reddito pro-capite medio nella maggioranza dei paesi poveri è, seppure di poco, aumentato.

Tabella 1.C.- PIL pro-capite in alcuni Paesi (1820-2010)¹⁶

Table 3.4. GDP per capita in selected countries, 1820-2010

US dollars at 1990 PPPs

Decade	Western Europe (WE)							Eastern Europe (EE)		Western Offshoots (WO)			Latin America and Caribbean (LA)			Middle East and North Africa (MENA)		Sub-Saharan Africa (SSA)			East Asia (EA)		South and South-East Asia (SSEA)		
	GBR	NLD	FRA	DEU	ITA	ESP	SWE	POL	RUS	AUS	CAN	USA	MEX	BRA	ARG	EGY	TUR	KEN	NGA	ZAF	CHN	JPN	IND	IDN	THA
1820	2 074	1 874	1 135	..	1 511	..	888	518	904	1 361	627	683	998	475	740	745	600	528	570
1830	2 227	1 893	1 191	..	1 507	..	921	848	1 000	1 547	525	..
1840	2 521	2 257	1 428	..	1 537	..	984	1 374	1 162	1 690	736	564	..
1850	2 330	2 355	1 597	1 428	1 481	1 079	1 076	1 975	1 330	1 849	656	683	1 251	654	600	681	..	462	..
1860	2 830	2 392	1 892	1 639	1 459	1 236	1 218	2 894	1 451	2 241	573	680	1 355	812	523	..
1870	3 190	2 755	1 876	1 839	1 542	1 207	1 345	946	..	3 273	1 695	2 445	651	713	1 468	649	825	807	530	737	533	517	608
1880	3 477	2 927	2 120	1 991	1 589	1 646	1 480	4 285	1 816	3 184	..	752	1 604	1 439	..	863	..	665	..
1890	4 009	3 186	2 376	2 428	1 690	1 624	1 635	1 284	866	4 458	2 378	3 392	976	794	2 416	1 148	540	1 012	584	657	784
1900	4 492	3 329	2 876	2 985	1 855	1 786	2 083	1 536	1 196	4 013	2 911	4 091	1 319	678	2 875	937	545	1 180	599	734	..
1910	4 611	3 783	2 965	3 348	2 176	1 895	2 543	1 690	1 348	5 210	4 066	4 964	1 694	769	3 822	1 151	..	1 304	697	807	..
1920	4 548	4 220	3 227	2 796	2 153	2 177	3 004	..	575	4 766	3 861	5 552	1 823	963	3 473	1 696	635	899	..
1930	5 441	5 603	4 532	3 973	2 631	2 620	4 238	1 994	1 448	4 708	4 811	6 213	1 618	1 048	4 080	..	1 249	1 413	568	1 850	726	1 087	..
1940	6 856	4 831	4 042	5 403	2 897	2 080	4 855	..	2 144	6 166	5 368	7 010	1 852	1 250	4 161	..	1 675	2 145	..	2 874	686	1 127	..
1950	6 939	5 996	5 186	3 881	3 172	2 189	6 739	2 447	2 841	7 412	7 291	9 561	2 365	1 672	4 987	910	1 623	651	753	2 535	448	1 921	619	817	817
1960	8 645	8 287	7 398	7 705	5 456	3 072	8 688	3 215	3 945	8 791	8 753	11 328	3 155	2 335	5 559	991	2 247	726	820	3 041	662	3 986	753	1 015	1 078
1970	10 767	11 967	11 410	10 839	9 367	6 319	12 716	4 428	5 575	12 024	12 050	15 030	4 320	3 057	7 302	1 254	3 078	915	1 094	4 045	778	9 714	868	1 231	1 694
1980	12 931	14 705	14 766	14 114	12 927	9 203	14 937	5 740	6 427	14 412	16 176	18 577	6 320	5 195	8 206	2 069	4 022	1 051	1 305	4 390	1 061	13 428	938	1 898	2 554
1990	16 430	17 262	17 647	15 929	16 313	12 055	17 609	5 113	6 894	17 173	18 872	23 201	6 085	4 920	6 433	2 523	5 399	1 117	1 112	3 834	1 871	18 789	1 309	2 514	4 633
2000	21 046	22 148	20 392	18 944	18 761	15 724	20 871	7 309	5 261	21 378	22 488	28 702	7 275	5 418	8 410	3 258	6 502	1 013	1 041	3 920	3 421	20 481	1 882	3 229	6 440
2010	23 777	24 303	21 477	20 661	18 520	16 797	25 306	10 762	8 660	25 584	24 941	30 491	7 716	6 879	10 256	4 267	8 225	1 141	1 876	5 080	8 032	21 935	3 372	4 722	9 372

Ciò per almeno due ragioni.

La prima è che al di sopra di una soglia minima di sopravvivenza il concetto di povertà è relativo: va misurato in rapporto alla ricchezza di altri. Sotto questo profilo, basti considerare a titolo di esempio che nel 1950 il PIL pro-capite USA era 14,7 volte quello del Kenya contro 27 volte nel 2010. La seconda è che il reddito medio pro-capite è una misura ancor più imperfetta nei paesi poveri, al cui interno le disuguaglianze sono più accentuate ancora, cosicché larghe parti della popolazione vivono in condizioni di povertà assoluta.

Se infine esaminiamo i dati a partire dal 1990, quando ha preso piede la globalizzazione dei mercati, ricaviamo che dalla redistribuzione di produzione e di benessere fra, soprattutto, Europa e Asia orientale (Cina in particolare) i Paesi più poveri sono rimasti sostanzialmente esclusi. Nel 1990 il PIL pro-capite USA era 20,4 volte quello del Kenya e 27 volte nel 2010.

¹⁶ Ibid., p. 67.

La domanda centrale è perché i paesi più poveri progrediscono molto lentamente mentre la crescita sta accumulando sempre più ricchezza nei paesi più ricchi?

Le spiegazioni possono essere varie:

- a) la scarsità di risorse naturali, siccità, ecc.;
- b) l'eccessiva crescita della popolazione nei paesi poveri, causa ma anche conseguenza del sottosviluppo;
- c) ragioni sociali, storiche, culturali e istituzionali; in particolare la qualità del capitale umano a causa dei bassi livelli di istruzione, sanitari, ecc., l'inefficienza delle amministrazioni pubbliche e, spesso, la corruzione delle classi politiche;
- d) la tirannia delle esternalità e dei rendimenti crescenti, in forza dei quali gli investimenti si autoalimentano laddove già esiste un'elevata dotazione di capitale.

Questi fattori interagiscono nell'alimentare quello che è stato chiamato il circolo vizioso della povertà e, per contro, il circolo virtuoso della ricchezza.

Tutto fondato, quanto sopra, sulla “cassetta degli strumenti” dell'economista, ma guarda alla superficie. La ragione di fondo – come sempre quando si tratta di equità – è *politica*: senza necessità di dissotterrare il credo marxista - secondo il quale lo sviluppo e il sottosviluppo sono due facce di una stessa medaglia, nel senso che il primo trae forza dal secondo – spetta alla politica internazionale spezzare i meccanismi del circolo vizioso della povertà, i quali altrimenti tendono ad autoalimentarsi.

I due “circoli” caratterizzano anche le diverse aree dei paesi sviluppati, dove regioni ad alto sviluppo convivono con altre arretrate e dove il divario è destinato a crescere se non viene governato da appropriate politiche di incentivazione e di trasferimenti di reddito e di risorse, ecc. In altre parole, la coesione territoriale e sociale impone a ciascun paese di attivarsi per ridurre i divari *al suo interno*, non solo per ragioni etiche ma anche per non frenare la competitività di ciascun “sistema paese” e, non ultimo, per ragioni di consenso elettorale.

Analoghe considerazioni sembrano invece non valere – non finora - nei rapporti fra i paesi ricchi e quelli poveri: per i primi, questi ultimi sono “terra di nessuno” (se va bene); spesso sono terra di conquista e di confronti fra le grandi potenze, se dispongono di risorse naturali o occupano posizioni geografiche strategiche, complici le élite politiche e industriali locali che in contropartita a forme di colonialismo di fatto traggono benefici personali che in minima parte sono trasferiti alle popolazioni.

Il nuovo colonialismo è meno direttamente cruento e meno apertamente di rapina di quello tradizionale. A titolo di esempio, dal 1962 (sic!) il Congo non *appartiene* più alla famiglia reale belga ma sarebbe difficile negare che alle sue odierne traversie siano estranei i paesi cosiddetti civilizzati; parimenti, sempre allo Stato belga nel 1919 venne “affidato” il Ruanda dalle grandi potenze e dopo l'indipendenza ottenuta nel 1962 ci sono voluti anni perché la comunità internazionale intervenisse per porre fine ai genocidi che le divisioni interne a uno Stato artificialmente disegnato cinquant'anni prima dalle grandi potenze. E che dire della Nigeria, se non che è una colonia delle grandi compagnie petrolifere?

Qui la *sponda* politica riguarda i paesi ricchi, i quali hanno immense responsabilità, storiche e attuali, ma che sono sordi quanto a pagare “riparazioni”.

Si dirà che le Istituzioni internazionali (dal FMI alla Banca Mondiale, all'UNDP) si sono attivamente adoperate per sostenere la crescita dei paesi più poveri: però con politiche che dagli anni '80 sono state dettate dai principi del c.d. *Washington Consensus*, con ricette neoliberiste basate su lotta all'inflazione, riduzione della spesa e del debito pubblico, contrazione delle politiche sociali, diminuzione delle dimensioni e delle funzioni degli stati, privatizzazioni, deregolamentazioni, liberalizzazione del commercio internazionale, degli investimenti esteri, dei tassi di interesse, vincoli al debito estero come proporzione del PIL, ecc. I piani di aggiustamento strutturale hanno comportato un elevato costo sociale: la crescita economica (dove c'è stata) non ha generato redistribuzione del reddito e miglioramento della qualità della vita per i gruppi sociali più vulnerabili.

Se, come è accertato dalla scienza, esiste uno stretto legame fra emissioni e cambiamenti del clima, la responsabilità della crescente desertificazione del pianeta ricade sui paesi industrializzati e su quelli (la Cina, in particolare) che stanno crescendo a ritmo accelerato. Di questo inconcludente braccio di ferro pagano ancora una volta il conto le popolazioni più povere, che vivono di un'agricoltura che si va a sua volta desertificando e che, unitamente ai conflitti più o meno apertamente alimentati dalle grandi potenze ("guerre finte" sono state chiamate da qualche "benpensante"!), è fra le principali molle dei flussi migratori. Qui i paesi ricchi si limitano a riprodurre le politiche del "contenimento" che hanno contrassegnato la guerra fredda: stavolta i muri vengono alzati all'insegna del "prima gli italiani/americani/ecc.", dell'enunciazione che non si possono accogliere masse smisurate di migranti e dello slogan che questi "vanno aiutati a casa loro". Giustissimo, se non fosse che il solenne impegno preso da queste nazioni negli anni '60 – destinare ad aiuti allo sviluppo almeno l'1% del proprio PIL – non è mai stato, nemmeno lontanamente, onorato. E se non fosse che molti degli "invasori" la casa l'hanno persa a causa delle guerre che, per interposta persona, le grandi potenze (o aspiranti tali) seguitano a farsi.

Per stare all'oggi, è ammirevole l'impegno di accoglienza dei profughi ucraini da parte dell'Europa, a causa della guerra con la Russia. Ma è anche sintomatico di una certa diffusa miopia etica, per la quale la solidarietà si ferma ai "vicini", siano essi familiari, amici, o cittadini di paesi che appartengono alla nostra civiltà o che sono contigui ai nostri interessi. Come spiegare altrimenti il diverso "umore" e il diverso trattamento riservato a quanti – per storia, mentalità, religione o colore della pelle – sentiamo "lontani"?

Infine un'ultima notazione. La globalizzazione si basa sul principio della libera circolazione dei capitali, delle materie prime e dei beni prodotti, rispetto ai quali si è affermata una netta distinzione di ruoli: (i) i paesi poveri in realtà sono ricchi di materie prime e dunque sono esportatori netti di queste verso i paesi sviluppati; (ii) ancora, soprattutto questo gruppo di paesi poveri sono esportatori netti di capitali – in parte perché le opportunità di investimento al loro interno mancano o non sono sfruttate, in parte perché finiscono nelle mani delle oligarchie locali che preferiscono invertirli all'estero (si pensi alla Libia di Geddafi) – che vanno a finanziare investimenti e debito sovrano dei paesi ricchi; (iii) infine i paesi poveri sono mercati di sbocco di beni prodotti da quelli ricchi che ne trasformano le materie prime e ne utilizzano i capitali. Questo sistema dei vasi comunicanti funziona "perfettamente". Peccato però che sia incompleto: infatti l'unico fattore produttivo che non può liberamente circolare è il lavoro.

2.3.- Conclusioni non conclusive

E' rimasta celebre l'affermazione di Winston Churchill che "la democrazia è la peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre che si sono sperimentate finora". Ragionevolmente, l'aforisma può essere applicato anche all'economia di mercato: è imperfetta ma non ci sono modelli radicalmente alternativi che abbiano funzionato meglio. Insomma tocca fare i conti con quello che abbiamo, ma bisogna lavorarci su.

Magari ispirandoci al discorso per la pace (e per l'uguaglianza, binomio indissolubile) che J.F. Kennedy pronunciò nel 1962: "Che tipo di pace cerchiamo? Sto parlando di una pace vera. Il tipo di pace che rende la vita sulla terra degna di essere vissuta. Non solamente la pace del nostro tempo, ma la pace in tutti i tempi. I nostri problemi vengono creati dall'uomo, perciò possono essere risolti dall'uomo. Perché, in ultima analisi, il legame fondamentale che unisce tutti noi è che abitiamo tutti su questo piccolo pianeta. Respiriamo tutti la stessa aria. Abbiamo tutti a cuore il futuro dei nostri figli. E siamo tutti solo di passaggio".

Purtroppo la rivoluzione industriale, il capitalismo ottocentesco e la dottrina del laissez faire ci hanno lasciato un retaggio culturale ancora oggi dominante: l'identificazione del benessere con la crescita della produzione materiale, trascurando il più ampio concetto di sviluppo - teorizzato dai grandi economisti, sociologi, filosofi del primo '900, il cui testimone sembra oggi passato al solo Papa Francesco - che abbraccia valori legati alla qualità della vita, personale e sociale, all'equità e quant'altro.

La crescita del PIL è considerata termometro dello stato di salute dell'economia e della società, indice del successo della politica e metro di posizionamento di ciascun paese nella comunità internazionale. E non importa che sia di comune osservazione che – superata una determinata soglia – il PIL non possa essere considerato come unico driver del benessere di una società e che la crescita sia una gerla che contiene balocchi e carbone. Basti pensare che se venissero legalizzate droga e prostituzione (con tanto di fatture emesse dai venditori) il metro del PIL ci avvertirebbe che quanto a benessere ce la passiamo meglio di prima: certo, droga e prostituzione sono deplorevoli, ma si tratta di esternalità, disallineamenti da un modello che va qua e là emendato; guai però a metterlo in discussione alle radici.

Una società economicamente in crescita è come una colonna in marcia, dove quelli che stanno in coda si aspettano che prima o poi potranno raggiungere la posizione che oggi occupano quelli che sono in testa, i quali nel frattempo saranno andati a loro volta avanti. Un'economia stazionaria è invece come una colonna ferma dove tocca pestare i piedi sul posto o per andare avanti spintonare altri indietro. In questo contesto operazioni di redistribuzione delle risorse avrebbero effetti dirompenti, non sostenibili da regimi democratici.

In definitiva, prevale oggi la convinzione che la crescita sia collante della società, preconditione per una qualche equità distributiva e per la qualità della vita. Applicata a questa crescita basata sull'autoalimentazione dei consumi è una "falsa verità" come già cavallo fra l'800 e il '900 denunciava Thorstein Veblen fustigando la logica del "consumo vistoso", status symbol fonte di una continua e sterile rincorsa nei consumi e di frustrazione e disagio sociale per chi non ce la fa a tenere il ritmo; e come dimostra la crescente concentrazione della

ricchezza in mano di pochi e le crescenti disparità fra paesi. Per non menzionare il consumo di risorse naturali e i danni ambientali che provoca.

3.- Liberalizzazioni e privatizzazioni

Liberalizzazioni e privatizzazioni vengono talvolta confuse le une con le altre. Erroneamente, poiché si tratta di processi diversi.

Liberalizzare un mercato significa aprirlo alla libera iniziativa economica di nuovi operatori e dunque aprirlo alla concorrenza. Gli obiettivi perseguiti sono, per un verso, il riconoscimento di una libertà fondamentale (quella di iniziativa economica, appunto) e, per altro verso, la promozione della concorrenza nell'assunto – e a condizione - che questa produca benefici per i consumatori e più in generale per la collettività.

Come tuttavia si vedrà, non sempre la libera concorrenza si concilia con l'interesse generale; in questi casi il perseguimento di quest'ultimo deve prevalere sugli obiettivi di concorrenza, cosicché questa potrà essere ristretta: ristretta comunque nei limiti *strettamente necessari* a garantire l'interesse generale (*principio di proporzionalità* delle misure restrittive).

Privatizzare vuol dire invece cedere a soggetti privati la proprietà o il controllo (insomma la gestione) di una determinata attività.

Il primo è un obbligo comunitario che gli Stati debbono rispettare. Il secondo non lo è, posto che il Trattato europeo sancisce il principio di neutralità della proprietà delle imprese¹⁷, ma risponde al principio di sussidiarietà orizzontale di cui si è detto.

Dal momento che in epoca pre-liberalizzazioni parte consistente dei servizi pubblici erano affidati in monopolio a imprese pubbliche, l'apertura di questi mercati a nuovi operatori ne ha almeno in parte privatizzato l'offerta.

3.1.- I processi di liberalizzazione

3.1.1.- Breve storia

I processi di liberalizzazione dei mercati in Europa sono un fenomeno relativamente recente, imposto dall'adesione all'Unione europea, a partire dal Trattato di Roma del 1957 che istituiva la Comunità economica europea, e dal perseguimento dell'obiettivo fondante di essa: la realizzazione di un *mercato unico europeo*, un mercato senza frontiere caratterizzato dalla libera iniziativa economica e dalla concorrenza¹⁸, e dunque:

- dalla *libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone*;
- dalla *libertà di stabilimento*, ossia il diritto di ciascun cittadino o impresa comunitaria di stabilirsi e di esercitare la propria attività in Stati diversi da quello di appartenenza¹⁹.

¹⁷ “I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri” (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) (TFUE) art. 345).

¹⁸ “1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati. 3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati” (art. 26, TFUE).

¹⁹ Artt. 49 e 54, TFUE.

Va detto che la normativa comunitaria disciplina gli scambi *fra* gli Stati membri (*non direttamente* quelli interni a ciascuno di questi), cosicché i processi di liberalizzazione imposti dall'Unione riguardano direttamente il divieto di misure restrittive della concorrenza fra imprese appartenenti a Stati membri diversi (la concorrenza "infra-comunitaria"). Tuttavia, il diritto comunitario della concorrenza sancisce la presunzione che misure restrittive in un singolo Stato, tali da alterare la concorrenza fra le imprese al suo interno, hanno impatto anche sulla concorrenza fra imprese appartenenti a Stati diversi. Ne segue che la portata delle liberalizzazioni è andata ben oltre gli scambi infra-comunitari e ha riguardato le attività economiche gestite anche nei singoli Stati.

Dal momento che libera iniziativa e concorrenza sono strumenti per assicurare l'obiettivo finale del benessere della collettività, possono essere sottoposti a limitazioni nella misura in cui possono, di caso in caso, rivelarsi controproducenti rispetto a quell'obiettivo.

L'apertura alla concorrenza ha seguito un passo diverso, settore per settore.

La liberalizzazione dei *mercati delle merci*²⁰ è stata progressivamente realizzata con una certa rapidità, con il graduale abbattimento delle barriere doganali, e con il riconoscimento della libertà di stabilimento. Del resto, come precursore del processo di integrazione europea, è del 1951 il trattato istitutivo della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) - fra Belgio, Francia, Germania Occidentale, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi - con l'obiettivo di creare un mercato comune del carbone e dell'acciaio, caratterizzato dalla libera circolazione di tali risorse e dal libero accesso alle fonti di produzione²¹.

Più lenta nel partire ma più veloce poi la liberalizzazione del *mercato dei capitali*²², oggi completata. Dal canto suo la libera *circolazione delle persone*, realizzata dal Trattato di Schengen non si è ancora tradotta pienamente in libera circolazione dei *lavoratori*, ossia in piena liberalizzazione del mercato del lavoro.

Più lento ancora è stato anche l'affermarsi della *concorrenza nei servizi*.

Definiamo intanto il concetto di servizi elencandone alcune tipologie:

- il commercio al dettaglio e all'ingrosso di beni e servizi
- le attività professionali (legali, notarili, ingegneristiche, di consulenza, ecc.)
- le attività legate alle costruzioni e manutenzioni (elettricisti, idraulici, ecc.)
- il turismo, i servizi ricreativi, l'organizzazione di eventi
- i servizi bancari e assicurativi
- i servizi sanitari, di assistenza e previdenziali

²⁰ "1. L'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi" (art. 28, TFUE).

²¹ Al di là dei vantaggi economici della CECA, alla base della sua istituzione vi erano ragioni ben più profonde. Infatti i maggiori leader europei dell'epoca (Alcide De Gasperi dall'Italia, Jean Monnet e Robert Schuman dalla Francia e Paul-Henri Spaak dal Belgio), consapevoli che il carbone e l'acciaio erano le due industrie essenziali per ogni guerra, si convinsero che future guerre europee avrebbe potuto essere scongiurate legando insieme le industrie nazionali.

²² "1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi" (TFUE, art. 63).

- l'istruzione e la ricerca
- l'amministrazione dell'ordine pubblico e della giustizia
- la fornitura di energia e di acqua
- i servizi di telecomunicazioni e audiovisivi
- il trattamento dei rifiuti
- i servizi di trasporto e quelli postali.

Il complesso dei servizi, di cui quelli elencati sono solo una parte, costituisce il cosiddetto settore terziario (per distinguerlo dal settore agricolo e dall'industria), che nelle economie sviluppate assume valore sempre maggiore e sempre maggiore impatto sul benessere della collettività. Basti pensare che in Italia questo settore contribuisce per oltre il 70% al PIL e in misura largamente maggioritaria all'offerta di lavoro.

Sebbene i trattati europei prevedessero fin dall'inizio la libera di circolazione dei servizi²³ e la menzionata libertà di stabilimento, la liberalizzazione del settore ha tardato ad affermarsi e, dove è riuscita, è stato prevalentemente per impulso delle istituzioni comunitarie. Questa maggiore lentezza è stata dovuta a varie ragioni.

Gli Stati europei si sono a lungo opposti a ogni tentativo di accelerare il processo concorrenziale in materia di servizi, in ciò agevolati dal fatto che *i servizi vanno prodotti negli stessi luoghi di consumo* (l'elettricista che viene chiamato a riparare un impianto elettrico deve per forza di cose operare, ossia produrre il servizio, presso l'abitazione dell'utente): dunque sono più al riparo dalla concorrenza geografica, propria della mobilità dei beni che possono essere esportati o importati senza necessità che il produttore si stabilisca nel luogo di vendita.

Un'opposizione, quella degli Stati, dove l'Italia in particolare ha messo "del suo" contrastando sia la concorrenza internazionale che quella interna.

Del resto il nostro Paese è stato – ed è – terra di corporazioni che storicamente hanno cercato di autotutelarsi invocando, "di regola" a sproposito, l'interesse generale. Basti pensare al numero chiuso per l'accesso alle professioni; al potere di interdizione degli ordini professionali; alle tariffe minime che fino a poc'anzi alcune professioni stabilivano [in altre parole, i professionisti (ad esempio gli avvocati e i notai)] non potevano praticare alla clientela tariffe *minori* di quelle stabilite dal proprio ordine professionale – un modo evidente di restringere la concorrenza fra gli associati; al divieto di apertura di nuovi esercizi commerciali entro una determinata distanza da altri già attivi (tanto meno aprire supermercati) e ai vincoli di orario degli stessi; ai mille adempimenti amministrativi, e ai relativi costi, per l'avvio di un'attività, ecc. Non a caso, la direttiva comunitaria che impone la liberalizzazione di parte dei servizi²⁴ ha avuto una gestazione quasi decennale a causa delle resistenze degli Stati membri: proverbiale, ad esempio, l'opposizione della Francia che sventolava il pericolo dell'"idraulico polacco" che avrebbe potuto mettere fuori mercato quello nazionale praticando prezzi più bassi.

La protezione dalla concorrenza ha determinato un altro fenomeno che si è tradotto in ulteriore resistenza all'apertura del mercato. Dove non vi è concorrenza mancano stimoli all'efficienza, vale a dire a ridurre i costi. Anche per questo il settore terziario ha potuto

²³ "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione" (artt. 54-58, TFUE).

²⁴ Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. *Bolkenstein*).

permettersi di assumere il ruolo di assorbire manodopera che veniva via via espulsa dall'agricoltura e dall'industria a seguito delle liberalizzazioni di questi settori. Questo ruolo sociale di serbatoio di occupati è stato a sua volta propiziato dalla presenza di imprese pubbliche, sollecitate a questo fine da ragioni di consenso politico elettorale. Va da sé che l'apertura di questi mercati alla concorrenza, con il conseguente obbligo per le imprese di rendersi efficienti avrebbe messo a rischio la loro funzione sociale e il consenso elettorale della classe politica.

A complicare ulteriormente le cose, ai *servizi pubblici*, genericamente intesi come quelli che servono a soddisfare bisogni collettivi, a lungo (e strumentalmente) si è voluta dare una connotazione *soggettiva*: erano considerati servizi pubblici quelli prestati da parte dei pubblici poteri o da imprese pubbliche. Ciò evidentemente nel duplice l'assunto che i servizi in questione (i) fossero essenziali per soddisfare l'interesse pubblico e (ii) che solo un soggetto pubblico ne avrebbe garantito la fornitura a condizioni coerenti con tale interesse. Questa è la ragione che ha storicamente giustificato l'affidamento in monopolio a imprese pubbliche di un'ampia gamma di servizi di pubblica utilità; una pratica legittimata dalla Costituzione (art. 43²⁵) che disciplina i servizi pubblici denominati "essenziali" prevedendo la possibilità di una riserva delle relative attività in capo ai pubblici poteri.

A seguito dei processi di liberalizzazione si è però affermata una concezione diversa dei servizi pubblici, una concezione *oggettiva* che, indipendentemente dalla natura del soggetto erogatore, riconosce la natura di servizio pubblico in virtù del suo carattere essenziale per il benessere della collettività. In forza del principio di sussidiarietà, ben venga dunque la fornitura privata anche di essi, *a patto* che questa assicuri condizioni conformi agli interessi della collettività: *lo "Stato" si ritrae dunque dalla produzione per assumere il ruolo di garante di quelle condizioni.*

La tipologia di servizi che più interessano la materia qui trattata sono le c.d. *public utilities*, che possono essere distinte in due categorie: (a) i *servizi a rete*, che per essere forniti richiedono l'utilizzo di infrastrutture le quali, sempre nell'interesse pubblico, per lo più vanno gestite in condizioni di monopolio, e (b) i *servizi di interesse economico generale* (SIEG), intesi come quei servizi che i pubblici poteri ritengono essenziale siano forniti alla collettività a determinate condizioni (universalità, qualità, prezzi, ecc.) *ma* che le imprese private non sarebbe disposte a offrire a quelle condizioni.

Vedremo in seguito che queste due categorie spesso si sovrappongono (anche i SIEG possono richiedere l'uso di infrastrutture) e che i confini di entrambe sono mobili nel tempo a seguito dello sviluppo economico, del progresso tecnologico e della concorrenza: così, servizi che prima non erano redditizi possono diventarlo, in tal modo diventando appetibili anche da parte di operatori privati e dunque uscendo dal perimetro dei SIEG in senso stretto; per altro

²⁵ "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

verso, nel tempo possono maturare condizioni di sostituibilità fra infrastrutture e dunque l'uscita di esse da condizioni di monopolio.

E' il caso della massima parte dei servizi pubblici che più interessano il presente corso e che in passato (ma ancora in parte oggi) erano forniti da monopoli pubblici: elettricità (ENEL), gas (ENI), comunicazioni (STET - poi Telecom Italia), poste (Poste italiane), trasporto ferroviario (Ferrovie dello Stato), trasporto aereo (Alitalia), servizi idrici e dei rifiuti.

In linea con l'inclinazione prevalente dei Paesi europei, l'Italia ha generalmente subito i processi di liberalizzazione promossi dall'Unione europea, come è dimostrato dai ritardi con i quali le direttive comunitarie sono state recepite nella legislazione nazionale e come mostra la frequente previsione di regimi "transitori" di proroga dei regimi di esclusiva, estremamente generosi in termini di conservazione dello statu quo.

La ragione della resistenza era la difesa dei "campioni nazionali" dalla concorrenza di quelli di altri paesi comunitari a cui si saldavano quelle della tutela di obiettivi sociali.

Dal canto suo, l'Unione europea ha impresso ai processi di liberalizzazione un passo diverso a seconda dei settori, tenendo conto delle caratteristiche oggettive di essi, del grado di concorrenza internazionale, della resistenza opposta dagli Stati membri a seconda dei settori. Di base, la velocità della liberalizzazione è stata in funzione della diversa "mobilità internazionale" della domanda e dell'offerta, vale a dire, della difficoltà di imporre barriere nazionali o locali.

Si è così realizzata per prima (o è in fase più o meno avanzata) la liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche, seguita nell'ordine dall'energia, dai trasporti, dalle poste, dal trattamento dei rifiuti e dai servizi idrici, questi ultimi due settori, insieme al trasporto locale, essendo frenati anche dalla loro natura più prettamente locale.

3.2.- I processi di privatizzazione

Mentre le liberalizzazioni sono un obbligo comunitario che gli Stati debbono rispettare, tale obbligo non sussiste in generale per le privatizzazioni, posto che il trattato europeo (TFUE, art. 345) sancisce il principio di *neutralità* della proprietà delle imprese: pubbliche o private che siano, le imprese sono soggette agli stessi obblighi, regole e disciplina comunitaria.

Tuttavia, aprendo i mercati a nuovi operatori, i processi di liberalizzazione inevitabilmente hanno determinato il passaggio in mano privata di quote di produzione prima monopolizzate da imprese pubbliche: non necessariamente la privatizzazione di queste ultime ma, a causa della concorrenza, la "privatizzazione" di parti crescenti della produzione complessiva. Per altro verso l'Unione europea ha esercitato una *moral suasion* per la concreta affermazione del *sussidiarietà orizzontale*²⁶, secondo il quale è opportuno che lo Stato si ritiri da attività che possono essere svolte altrettanto bene da soggetti privati, salvo mantenere a se stesso funzioni di garanzia, come si vedrà.

²⁶ La *sussidiarietà verticale* consiste invece nel decentramento delle funzioni pubbliche dai governi nazionali a quelli regionali e locali.

3.2.1.- Un po' di storia

1.- Gestioni pubbliche vs, gestioni private: introduzione

Le motivazioni che possono condurre lo Stato a farsi imprenditore piuttosto che intervenire con altri strumenti, come la regolazione dei mercati, sono di diverso tipo: (i) fornire beni e servizi legati a bisogni di interesse generale a condizioni migliori rispetto agli operatori privati; (ii) gestire monopoli naturali quando la regolazione dei mercati si rilevi irrealizzabile o inefficace; (iii) far fronte a fallimenti del mercato realizzando opere o fornendo servizi rispetto ai quali l'iniziativa economica privata è carente; (iii) intervenire in situazioni di crisi per il salvataggio di determinate aziende; (iv) disporre di uno strumento di politica industriale al fine di incentivare questo o quel settore produttivo e più in generale (v) perseguire obiettivi economici e strategici di più ampia portata a difesa dell'interesse comune.

L'insieme di questi fattori ha portato a un'ampia diffusione delle società pubbliche nella maggior parte delle principali economie mondiali (USA esclusi). A questi fattori "sani" se ne sono tuttavia aggiunti altri che sani non sono, quali la ricerca del consenso che l'esercizio del potere di direzione delle imprese pubbliche può fruttare alle classi politiche, nazionali e locali. Poco infatti è più produttivo di consenso immediato quello generato dalla creazione di "clientele" realizzata attraverso l'elargizione qua e là di risorse pubbliche, posti di lavoro, infrastrutture, ecc.

Purtroppo ciò è tanto più vero nella storia italiana, anche a causa della brevità dei cicli politici che porta spesso la classe politica a cercare il successo in elezioni che, a causa della concreta brevità delle legislature, sono costantemente a portata di mano. Infatti, portare avanti politiche lungimiranti finalizzate a razionalizzare l'economia, eliminare le rendite, rendere più produttive e competitive le imprese può generare nell'immediato diffusi malumori che solo a lungo andare si traducono in apprezzamento. Se la classe politica, a causa delle interruzioni anticipate delle legislature, teme di non avere davanti a sé un tempo sufficientemente lungo perché maturi il consenso e le permetta di "incassarlo", è portata ad astenersi da interventi di lungo respiro.

Una volta ammessa l'opportunità di operare attraverso società pubbliche, si pone la questione degli strumenti da adottare per garantirne la migliore gestione. La particolare natura del soggetto proprietario rende infatti la definizione di un efficace sistema di *governance* più complessa per le imprese pubbliche rispetto a quanto accade per quelle private.

Nelle società private la *corporate governance* è posta a presidio del disallineamento che può sorgere nel "rapporto di agenzia" tra i proprietari, interessati alla massimizzazione del profitto, e i dirigenti dell'impresa. La situazione delle società pubbliche si differenzia da questo schema sotto un triplice profilo: (i) esse rispondono a una molteplicità di obiettivi, tra i quali la massimizzazione del profitto è tendenzialmente subordinata al perseguimento di finalità di interesse pubblico (ad esempio, il raggiungimento di obiettivi di politica industriale o la necessità di fornire servizi accessibili all'insieme della collettività); (ii) il proprietario "ultimo" di una società pubblica – la collettività – esercita le proprie prerogative delegandole ad altri soggetti (i politici e i burocrati); ciò determina ulteriori problemi di agenzia – tra elettori e politici e tra politici e manager – rispetto a quelli tipici delle società private; (iii) i soggetti pubblici, oltre al ruolo di socio (presente anche nelle società private), rivestono anche altre funzioni, quali quelle di regolatori o di titolari della funzione di indirizzo della politica

economica. In questo quadro complesso gli assetti di governance – come, ad esempio, la concessione di maggiori margini di autonomia ai manager – assumono un’importanza centrale e possono incidere sui risultati delle imprese a partecipazione pubblica, rappresentando una valida risposta all’alternativa tra privatizzazione e mantenimento della proprietà pubblica.

Guardando al rapporto tra elettori e politici e assumendo che il politico persegua un obiettivo “privato” (per esempio la massimizzazione della probabilità di essere rieletto), la letteratura e la storia evidenziano come le inefficienze del “mercato della politica”, dovute alla presenza di asimmetrie informative tra elettori ed eletti, possano favorire l’uso improprio delle imprese pubbliche, con ripercussioni negative sulla loro gestione.

La spinta all’efficienza nella gestione delle imprese pubbliche è limitata anche dal fatto che esse non sono soggette ad alcuni vincoli, quali la “minaccia” di scalata e di fallimento: poiché le imprese pubbliche agiscono spesso in settori regolati con barriere all’ingresso, sono meno contendibili e quindi meno soggette alla disciplina del mercato; analogamente, le società pubbliche generalmente non sono soggette a fallimento poiché nei fatti sono sistematicamente “salvate” dall’azionista, facendo venire meno gli incentivi a una efficiente gestione dell’impresa.

Il ricorso alle società pubbliche è diffuso a livello internazionale. L’OECD ha stimato che nel 2015 le quasi 2.500 società di proprietà “statale” (escluse quelle appartenenti ad Amministrazioni locali) allora presenti in quaranta grandi economie (escludendo la Cina) avessero un valore complessivo di 2.400 miliardi di dollari e impiegassero oltre 9 milioni di persone. In termini dimensionali, escludendo la Cina il massimo valore dell’insieme delle imprese “statali” è riscontrato in India, seguita dalla Corea del sud e dall’Italia. Negli ultimi anni, a livello globale, si è assistito a un’espansione dell’incidenza delle società pubbliche, dovuta soprattutto alla crescita delle grandi società di Stato cinesi.

Circoscrivendo il confronto ai paesi europei, e quindi a paesi più omogenei sotto il profilo istituzionale e in termini di sviluppo economico, l’incidenza sull’occupazione delle imprese partecipate dallo Stato è particolarmente elevata in Francia e in alcune economie del Nord e dell’Est Europa.

Le imprese partecipate dallo Stato non esauriscono tuttavia il complesso delle società pubbliche, che includono anche quelle controllate dagli enti locali. Il perimetro delle società pubbliche va dunque definito in senso più ampio di quelle “statali”, considerando tutte le unità economiche (società di capitali, società cooperative, consorzi, società consortili, associazioni, fondazioni, ecc.) il cui capitale è partecipato, direttamente o indirettamente, da un soggetto appartenente al settore delle Amministrazioni pubbliche che confluiscono nel conto consolidato della Pubblica amministrazione.

2.- Gestioni pubbliche vs. gestioni private: Italia

In Italia (in gran parte dell’Europa) lo Stato come grande imprenditore si materializzò nel 1933 con la fondazione dell’Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), la cui prima finalità fu di evitare il collasso dell’economia con il salvataggio soprattutto delle principali banche (Credito Italiano, Banca Commerciale e Banco di Roma). Le ragioni furono sostanzialmente: (i) la crisi economica avviata dalla Grande depressione del 1929 e le conseguenti difficoltà delle imprese; (ii) il rigido controllo dell’economia che il regime fascista ha voluto assicurarsi; (iii) l’avvicinarsi della seconda guerra mondiale e la conversione dell’industria civile in bellica, con la conseguente pressione dei governi sui settori strategici.

Per più ragioni la propensione degli Stati europei a farsi imprenditori ha subito una forte accelerazione nel dopoguerra:

- a) per un verso l'esigenza della ricostruzione post-bellica;
- b) per altro verso l'affermarsi dei principi del welfare state, che portavano gli Stati a garantire in via diretta la disponibilità di beni e di servizi a condizioni, economiche e territoriali, accessibili alla gran parte della popolazione;
- c) a cui si sommava (con distorsioni che diventeranno eclatanti dalla metà degli anni '60), il sostegno all'occupazione.

Significativa al riguardo (e virtuosa) l'istituzione nel 1962 dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) che, salvo qualche eccezione, ha acquisito tutte le attività delle aziende, all'epoca private, operanti nella produzione, trasformazione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica.

Alla fine degli anni '80, le partecipazioni statali in Italia abbracciavano tutti i rami dell'attività economica ed erano presenti specialmente nei settori delle infrastrutture, delle *utilities* (energia, acqua, trasporti, telecomunicazioni), degli idrocarburi, dell'acciaio, del manifatturiero, oltre che nel settore bancario e assicurativo. Nel 1991, 12 su 20 delle più grandi società per fatturato e un terzo delle prime 50 società erano in mano pubblica; le partecipazioni pubbliche in Italia erano al primo posto in Europa per contributo al valore aggiunto, all'occupazione e agli investimenti. Il sistema delle banche pubbliche giocava un ruolo fondamentale, rappresentando circa il 70% del valore totale dei depositi e degli impieghi bancari in Italia.

Fino al 1992, la maggior parte dei cespiti era posseduta da tre grandi holding: IRI, ENI (Ente Nazionale Idrocarburi) e EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), a cui si aggiungevano l'ENEL, l'Istituto Mobiliare Italiano (IMI), la Banca Nazionale del Lavoro (BNL), l'Azienda Autonoma Monopoli di Stato, le Ferrovie dello Stato (FS) e l'Azienda autonoma delle poste e delle telecomunicazioni.

A partire dagli anni '70 le partecipazioni pubbliche furono sottoposte a crescenti pressioni politiche tese a ridurre l'autonomia imprenditoriale a favore di esigenze "pubbliche", molto spesso guidate da obiettivi di consenso immediato. Esse erano concepite più come strumenti di politica sociale che come aziende orientate all'efficienza e al profitto, cosicché la scelta dei manager avveniva secondo criteri che spesso privilegiavano la fedeltà politica e la disponibilità ad assecondare il soddisfacimento di istanze assistenziali e clientelari.

Alla fine degli anni '80 ciò finì per ripercuotersi con estrema pesantezza sui risultati aziendali: le imprese subivano pesanti perdite, mentre gli investimenti registravano una netta contrazione. Alla fine del 1991, il fatturato complessivo di IRI, ENI ed ENEL era l'equivalente di 80 miliardi di euro e il risultato netto, comprendendo le quote di interesse di terzi, di poco superiore a 500 milioni di euro (nell'IRI era negativo per oltre 191 milioni). I debiti finanziari lordi superavano i 59 miliardi di euro a fronte di un patrimonio netto di circa 38 miliardi (MEF, 2011, p. 13). Sempre nel 1991, la posizione finanziaria netta di EFIM, singolarmente preso, era addirittura peggiore dell'insieme del sistema delle partecipazioni statali, con debito di 9 miliardi di euro (1% del PIL) che portò al fallimento l'Ente l'anno successivo.

Alle perdite delle imprese pubbliche si sommavano crescenti criticità a livello macroeconomico. Le finanze pubbliche, infatti, si deteriorarono progressivamente durante gli anni '80, anche a causa degli ingenti trasferimenti alle imprese pubbliche. Nel 1992, il debito pubblico superò il prodotto interno lordo sotto la pressione di un disavanzo superiore al 10% del PIL. Nello stesso periodo, il servizio del debito diventò progressivamente più costoso, con differenziali nei tassi di rendimento sui nostri titoli pubblici di entità drammatica rispetto ai titoli degli altri principali paesi europei.

Questo e la preoccupante crisi politica sono stati i fattori scatenanti dell'attacco speculativo di metà 1992 alla lira, che in una sola estate perse il 20% del suo valore rispetto al marco tedesco e che portò all'uscita dell'Italia dal Sistema monetario europeo.

La "crisi fiscale" dello Stato rendeva inevitabile fare cassa attraverso dismissioni di grandi imprese statali, per finanziare la spesa e per ridurre un debito pubblico che già all'epoca superava il 110% del PIL e che era in rapida crescita (122% nel 1996).

Un impulso determinante alle dismissioni di partecipazioni pubbliche giunse dall'adesione dell'Italia al Trattato di Maastricht nel febbraio del 1992. Per un verso, la normativa europea imponeva processi di liberalizzazione; per altro verso l'Italia e tutti i Paesi dell'Unione erano consapevoli che le privatizzazioni potevano essere uno strumento fondamentale per la riduzione del debito pubblico e quindi rientrare nei vincoli comunitari stabiliti per poter accedere all'Unione monetaria europea. Inoltre la Commissione europea minacciava l'Italia di sanzioni per i ripetuti interventi di ripianamento delle perdite delle imprese pubbliche, incompatibili con la disciplina sugli aiuti di Stato. Fu così che nell'estate del 1993 venne stipulato il c.d. "accordo Andreatta - Van Miert", rispettivamente Ministro degli esteri e Commissario comunitario alla concorrenza, che impegnava il governo italiano a ridurre entro il 1996 il debito delle imprese pubbliche fino a portarlo a livelli accettabili per un investitore privato operante in condizioni di economia di mercato. Lo stesso accordo prevedeva che l'Italia cedesse quote di capitale delle imprese statali, in quanto la gestione pubblica totale di un'impresa e di interi settori economici era in contrasto con il principio della concorrenza, fondamento dei Trattati dell'Unione Europea.

3.2.2.- I processi di privatizzazione

La nozione di privatizzazione può essere intesa in due modi distinti e come due passaggi successivi.

La *privatizzazione formale*, consistente nella trasformazione di un'amministrazione o di un ente pubblico in società di capitali (normalmente in società per azioni), di cui tuttavia il pubblico mantiene la totale proprietà. In questo caso il soggetto diventa giuridicamente di diritto privato ed è quindi soggetto alle norme del codice civile e alla disciplina delle società. Sotto il profilo sostanziale cambia tuttavia relativamente poco, posto che sulla società lo Stato (o chi per esso) mantiene un controllo totale.

In Italia, la legge 359/1992 ha trasformato in SpA IRI, ENI, INA ed ENEL, che all'epoca erano enti pubblici economici; inoltre la stessa legge ha attribuito al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) il potere di trasformare in SpA qualunque altro ente pubblico: è per questa via che sono state trasformate in SpA Ferrovie dello Stato e Poste italiane. Infine nel 2003 la legge n. 326/2003 trasforma Cassa Depositi e Prestiti in una società

per azioni (70% del Ministero dell'Economia e delle Finanze e 30% di 66 Fondazioni di Origine Bancaria).

La *privatizzazione sostanziale* è quando la proprietà (totalitaria o di controllo) viene ceduta a soggetti privati, che dunque ne assumono la gestione. In questo caso la gestione dell'impresa non risponde più in via gerarchica al socio pubblico e dunque sarà a tutti gli effetti privatistica.

La privatizzazione formale dovrebbe rappresentare un passaggio verso quella sostanziale: l'apprestamento di un soggetto di diritto privato, assoggettato al diritto societario, in funzione dell'obiettivo di cederlo sul mercato o addirittura di quotarlo in borsa. La cessione può anche essere graduale (la cessione nel tempo di quote crescenti), il discrimine essendo allorché lo Stato viene a perdere la partecipazione di controllo a favore di soggetti privati.

Tuttavia, anche se lo Stato mantiene il controllo, la presenza di soci privati non può non determinare mutamenti di gestione: pur se seguita a rispondere al socio pubblico di maggioranza, infatti, la gestione deve tenere conto anche degli interessi dei soci privati e quindi orientarsi verso logiche commerciali e di mercato proprie del privato. Ciò vale tanto più allorché la società sia quotata in borsa.

A titolo di esempio e limitandoci allo Stato centrale, questo ha ceduto nel tempo l'intero pacchetto azionario di Telecom Italia, Alitalia, Aeroporti di Roma, Autostrade per l'Italia, ecc., mentre mantiene ancora partecipazioni di controllo in società quotate quali ENI, Enel, Finmeccanica e Poste Italiane, e l'intero capitale di Ferrovie dello Stato.

Infine, nel caso delle infrastrutture, la privatizzazione delle società che le gestiscono non sempre comporta la perdita della proprietà pubblica (o del diritto di proprietà pubblica) delle infrastrutture stesse. Se infatti queste ultime sono gestite in concessione dello Stato (ex art. 43 della Costituzione), la privatizzazione ha per oggetto la cessione delle partecipazioni pubbliche nelle società concessionarie della *gestione* delle infrastrutture, mentre la proprietà di queste ultime resta pubblica o sussiste l'obbligo da parte del concessionario di devolverle al soggetto pubblico concedente alla scadenza del periodo di concessione.

La Tabella 2.A che segue illustra le grandi privatizzazioni *nazionali* compiute in Italia e gli importi realizzati.

Tabella 2.A.- PRINCIPALI OPERAZIONI DI DISMISSIONE DI PARTECIPAZIONI PUBBLICHE NAZIONALI (€/milioni) (1) (2)							
	1985-91	1992-95	1996-2000	2001-2005	2006-2008	2009-2016	Totali
A) BANCHE, FINANZA, ASSICURAZIONI							
IMI		1.398	259				1.657
Banca commerciale italiana	264	1.493					1.757
Banco di S.Spirito	412						412
Crediop	2.181						2.181
Mediobanca	197						197
EFIM		191					191
Credito italiano		930					930
Banca di Roma (Unicredit)			2.006				2.006
San Paolo di Torino (Intesa)			148	80			228
Banco di Napoli			494				494
BNL			3.464				3.464
Mediocredito centrale			2.037				2.037
Montepaschi			1.966				1.966
Cofiri				508			508
Borsa italiana				116			116
Banca di Perugia	81						81
Finanziaria CBD		160					160
Fondo Italiano investimento						1.654	1.654
Cassa Depositi e Prestiti				1.050			1.050
SACE						6.050	6.050
SIMEST						233	233
INA		3.211	1.684				4.895
Totale A	3.136	7.384	12.057	1.755		7.937	32.268
B) UTILITIES							
B1) Energia							
ENI	308	3.253	18.359	2.895		2.829	27.644
ENEL			16.552	22.625			39.177
ILVA Energia		1.298					1.298
SAIPEM			743				743
Snam rete gas				2.553			2.553
Terna				2.244			2.244
Totale B1	308	4.552	35.653	30.318		2.829	73.659
B2) Elettronica e comunicazioni							
Telecom Italia	297		11.872	1.434			13.603
STET	295	1.515	121				1.931
WIND				12.059			12.059
Basictel			109				109
Sirti	95						95
SEAT			854				854
MAC			144				144
Poste Italiane						3.101	3.101
STMicroelectronics* (a CdP)				1.160			1.160
Totale B2	687	1.515	13.100	14.653		3.101	33.056
B3) Trasporti e attività connesse							
Autostrade S.p.A.			6.722				6.722
Aeroporti di Roma			1.617				1.617
Aeroporto Venezia				139			139
ENAV						828	828
Finmare			347				347
Tirrenia			288				288
Sidermar		87					87
Lloyd Triestino Di Navigazione			204				204
Alitalia	281		406		1.052		1.739
Fincantieri			372				372
Iritecna			148				148
Ansaldo STS					405		405
F.S. - Portafoglio				183			183
Totale B3	281	87	10.105	321	1.457	828	13.079
C) ALTRE							
Ente nazionale tabacchi				2.325			2.325
Finmeccanica			5.684				5.684
Fintecna (a CdP)			83		297	2500	2.880
Industria acciaio		1.413					1.413
Società del settore immobiliare		310		285			595
Manufatturiero - alimentare		869	116				984
Alf Romeo Avio			137				137
Lottomatica				221			221
Totale C		2.592	6.020	2.831	297	2.500	14.240
Totale dismissioni nazionali (A+B+C)	4.411	16.129	76.936	49.879	1.754	17.195	166303
(1) Elaborazione da Corte dei Conti 2010 (anni 1985-2008) e da MEF 2017 (anni 2009-2016)							
(2) I dati sono approssimativi: a) per difetto (solo operazioni oltre 80 mln di euro); per eccesso, posto che in misura considerevole si è trattato di trasferimenti interni alla PA, specie fra MEF e CdP, che hanno prodotto introiti per il MEF ma che non comportano la cessione di quote a terzi esterni alla pubblica amministrazione							

Venendo a oggi le partecipazioni statali (ossia quelle direttamente o indirettamente partecipate dal MEF) in società *quotate* sono illustrate, rispettivamente, dalle Tabelle 2B e 2c che seguono.

Tabella 2.B. Partecipazioni dirette del Ministero dell'Economia in società quotate (2024)					
Società	Partecipazione pubblica	Partecipazione del MEF	Partecipazione CDP	Capitale di mercato	Valore della partecipazione del
	(percentuale)	(percentuale)	(percentuale)	(milioni di euro)	(milioni di euro)
Banca Monte dei Paschi	39,23	39,23	-	4.740	1.860
ENAV	53,28	53,28	-	1.780	948
Enel	23,59	23,59	-	62.890	14.836
Eni	32,37	4,67	27,7	49.630	2.318
Leonardo	30,2	30,2	-	11.473	3.465
Poste Italiane	64,3	29,26	35,0	15.059	4.406
Fonte: elaborazioni su dati MEF.					

Tabella 2.C. Partecipazioni del Ministero dell'Economia tramite CDP in società quotate (2024)				
Società	Quota di partecipazione	Tipo di influenza	Capitalizzazione	Valore quota
	(percentuale)		(milioni di euro)	(milioni di euro)
Italgas	17,87	Controllo di fatto	4.251	760
Snam	18,53	Controllo di fatto	14.682	2.720
Terna	17,61	Controllo di fatto	15.163	2.670
Autostrade	44,91	Controllo congiunto	8.100	3.638
Fincantieri	71,32	Controllo	1.066	760
Saipem	12,82	Controllo congiunto	4.213	540
Webuild	16,67	Influenza notevole	2.469	412
GPI	18,41	Influenza notevole	340	63
Poste Italiane	35,00	Influenza notevole	15.059	5.271
Fonte: elaborazioni su dati MEF.				

A quelle elencate si aggiungono:

- Cassa Depositi e prestiti S.p.A. (84% MEF, 16 Fondazioni bancarie), che a sua volta controlla o partecipa in una serie vastissima di altre società
- Ferrovie dello Stato S.P.A. (100% MEF), holding di un Gruppo che gestisce la rete e il trasporto ferroviario in Italia e in vari paesi europei
- Invitalia (100% MEF)
- Circa 40 ulteriori società non quotate.

Questo consistente patrimonio statale è il “tesoretto” rimasto dopo le privatizzazioni finora compiute e sembra destinato ad alimentarne altre: ancora una volta per fare cassa per la finanza pubblica. Infatti nel tentativo di contenere la dinamica del debito pubblico il governo ha programmato, per tre anni a partire dal 2024, di effettuare cessioni di quote di partecipazione per complessivi circa 20 miliardi di euro, pari all'1% per cento del PIL. Obiettivo secondo molti arduo da realizzare in così breve tempo, considerata la strategicità delle imprese potenzialmente coinvolte e dunque la necessità di contemperare l'obiettivo con il mantenimento del controllo su di esse.

Capitolo a parte riguarda le partecipate *locali*, ossia le imprese controllate dalle regioni o dai comuni, che nel 2013 contavano ben 8.000 imprese partecipate (stando al censimento del Ministero dell'economia e delle finanze – dunque solo una parte di quelle effettivamente esistenti), in gran parte di piccolissime dimensioni e create per mere esigenze di consenso locale. Basti pensare che nel 2015 su oltre 8.000 società in circa il 30 per cento dei casi il numero di amministratori superava quello dei dipendenti!

Fu per questo che nel 2016 venne varato dal governo il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016) con l'obiettivo di realizzare un piano di razionalizzazione, consistente nella chiusura di imprese non rispondenti agli obiettivi indicati nel paragrafo 1 o costantemente in perdita, nella privatizzazione di altre, nelle fusioni fra imprese, ecc. L'obiettivo era di portare il numero da 8.000 a 1.000.

In concreto, nel 2018 il numero era sceso a 7.300 e quelle dismesse erano prevalentemente società di dimensioni ridotte (una su due aveva meno di 5 addetti) e caratterizzate da gestioni in perdita (in circa la metà dei casi erano imprese con risultati di esercizio negativi).

La Tabella 2.D riporta le principali dismissioni locali, che hanno avuto un indubbio successo. In gran parte hanno concorso a generare le cosiddette *multiutilities*, società che offrono congiuntamente servizi pubblici diversificati (energia, acqua, servizi ambientali, ecc.), che si sono espanse territorialmente, spesso quotate in borsa e spesso ancor oggi controllate da comuni che hanno aggregato le proprie aziende.

Tabella 2.D.- PRINCIPALI OPERAZIONI DI DISMISSIONE DI PARTECIPAZIONI PUBBLICHE LOCALI (€/milioni)				
	1996-2000	2001-2005	2006-2008	Totali
A) Multiutilities				
AMGA	100			100
AEM Milano	667	279		946
ACEA	792			792
AEM Torino	254			254
Enel rete Roma	559			559
ACEA GAS	157			157
Fiera di Milano		103		103
Siciliacque		288		288
HERA		380		380
APS		216		216
Enia			378	378
Totale A	2.529	1.266	378	4.172
B) Altre				
Torri EUR		167		167
Immobiliare Ascopiave			183	183
Totale B)		167	183	350
Totale dismissioni locali	2.529	1.433	560	4.522
(1) Elaborazione da Corte dei Conti 2010 (anni 1985-2008)				
(2) I dati sono approssimativi per difetto (solo operazioni oltre 80 mln di euro).				

3.3.- Liberalizzazioni, privatizzazioni, regolazione dei mercati

Si è detto che liberalizzazioni e privatizzazioni sono processi distinti. Chiarito questo, va aggiunto un altro profilo di riflessione che riguarda la sequenza dei due processi, con l'aggiunta di un terzo che in effetti dovrebbe rappresentarne il primo stadio, quello della regolazione e della tutela della concorrenza.

Nei mercati dove vi è effettiva concorrenza e un sostanziale equilibrio di potere fra i diversi operatori, si può assumere che le regole del gioco concorrenziale siano tendenzialmente rispettate: le imprese competono sulla qualità dei prodotti e sui prezzi, ciò che le costringe a

essere efficienti e ad accontentarsi di profitti ragionevoli. E' sufficiente l'azione delle autorità della concorrenza a dissuadere o a punire quanti barano e non vi è necessità di imporre *ex ante* regole che il mercato potenzialmente è in grado di far rispettare.

In epoca pre-liberalizzazioni queste condizioni erano per lo più assenti, soprattutto nel settore dei servizi di pubblica utilità che, diversamente da quelli di produzione dei beni, erano più protetti dalla concorrenza internazionale ed erano per lo più affidati a monopoli pubblici, magari inefficienti perché protetti dalla concorrenza e perché spesso seguivano logiche di consenso piuttosto che di tipo imprenditoriale. Per molto tempo i servizi che più interessano la materia affrontata da questo corso (trasporti, comunicazioni, energia, servizi idrici, servizi postali, servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti) sono stati offerti in regime di riserva pubblica: ciascun mercato era servito in monopolio da un'impresa di proprietà pubblica.

Sebbene la proprietà pubblica comportasse la sovrapposizione nei governi di competenze diverse e potenzialmente conflittuali (tutori dei propri interessi di azionisti e al tempo stesso tutori dei consumatori, dei dipendenti, dei contribuenti, ecc.) si poteva ragionevolmente ritenere che, proprio in funzione del consenso immediato, si sarebbero evitate azioni di sfruttamento a danno dei consumatori, magari accollando ai contribuenti le conseguenze di politiche allegre.

Tuttavia, nel momento in cui i monopoli o i quasi monopoli pubblici fossero stati ceduti a privati, non era da pensare che questi avrebbero continuato a manifestare le inclinazioni "francescane" dei predecessori; magari sarebbero stati più efficienti, ma *pro-domo propria*, non certo dei consumatori. Né i processi di liberalizzazione avrebbero prodotto in breve tempo una condizione realmente concorrenziale: certo l'apertura dei mercati avrebbe scalfito il predominio degli ex monopolisti, ma questo avrebbe richiesto tempo e regole per impedire che essi ponessero troppi ostacoli al nuovo corso.

Per evitare questo si rendeva necessario istituire organismi pubblici che, da un lato, sanzionassero *ex post* condotte anticoncorrenziali degli ex monopolisti, dall'altro imponessero loro di rispettare corrette regole di condotta, fissate *ex ante*, a evitare che il perdurante potere di mercato fosse sfruttato a danno dei consumatori. Non è un caso che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è stata istituita in Italia nel 1990 (con la legge 287) e non è un caso che da lì a poco seguirà l'istituzione di Autorità settoriali di regolazione.

Razionalità avrebbe voluto che le privatizzazioni fossero realizzate dopo l'apertura dei mercati e l'apprestamento delle regole di condotta cui si è accennato. Infatti, una volta passati in mano private, magari anche a caro prezzo, è logico temere che gli ex monopoli faranno di tutto per ostacolare i processi di liberalizzazione, magari pretestuosamente invocando che cambiamenti successivi delle quadro concorrenziale e della "regole del gioco" rappresentano una violazione del principio del legittimo affidamento.

La sequenza corretta cui si è accennato all'inizio dovrebbe dunque consistere nel definire, nella fase precedente dell'avvio dei processi di liberalizzazione, regole certe di comportamento e organismi capaci di imporle il rispetto, a cui far seguire l'attuazione di tali processi e infine le operazioni di privatizzazione. Si tratta di una sequenza che non sempre è stata seguita da noi, oppure è stata troppo spesso caratterizzata da cambiamenti in corso delle regole, in tal modo allontanando l'incentivo privato a investire.

II.- ANTITRUST E REGOLAZIONE DEI MERCATI: INTRODUZIONE

1.- Ambito di applicazione

1.1.- Nozione di attività economica e di impresa

Il diritto della concorrenza e la regolazione economica si applicano unicamente alle *attività economiche*, intese come attività consistenti nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro un corrispettivo, che possono essere esercitate – anche solo in linea di principio – a fini di lucro²⁷. In altre parole, non importa che un'attività non produca profitti e non importa nemmeno che chi la svolge non si proponga di guadagnarli (ad esempio le associazioni c.d. senza fini di lucro): ciò che conta è che *potrebbe* generarne.

Parallelamente si intende per *impresa* qualsiasi soggetto che esercita un'attività economica. Da precisare che:

- è irrilevante la natura giuridica dell'impresa; questa può indifferentemente essere pubblica o privata, può essere una grande società o un'impresa individuale oppure un singolo professionista; anche un'amministrazione pubblica può essere considerata impresa nella misura in cui offra beni o servizi sul mercato e pertanto essere soggetta al diritto della concorrenza, seppure limitatamente alla sola parte di attività che si traduce in produzione per il mercato;
- non costituiscono “impresa” i lavoratori dipendenti, ossia quelli legati al datore di lavoro da vincoli di subordinazione (è il datore di lavoro a essere impresa).

2.- Antitrust e regolazione dei mercati

Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea (oggi Unione europea) del 1957 (*Trattato di Roma*) ha introdotto norme sulla concorrenza dirette ad abbattere gli ostacoli al libero commercio di beni e di servizi fra gli Stati membri in vista della realizzazione, in prospettiva, di un mercato unico europeo. Di queste norme si prevedeva un'applicazione graduale, al passo con il concretizzarsi dei processi di liberalizzazione che in effetti seguiranno più tardi e per gradi.

Il Trattato di Roma è stato oggetto nel tempo di integrazioni ed emendamenti, fino all'attuale vigente *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (TFUE). Inoltre il diritto comunitario della concorrenza è stato oggetto di integrazioni anche e soprattutto attraverso norme secondarie, quali i Regolamenti e le Direttive, così come attraverso le Comunicazioni della Commissione europea e le sentenze della Corte europea di giustizia.

²⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofaer*.

La differenza fra i provvedimenti indicati è sostanzialmente che i *Regolamenti* UE hanno direttamente forza di legge per gli Stati membri, mentre le *Direttive* debbono essere recepite negli ordinamenti degli Stati attraverso proprie leggi che ne incorporano principi e criteri. Le *Comunicazioni* della Commissione, invece, spesso hanno per finalità di interpretare le norme introdotte dal TFUE, dai Regolamenti o dalle Direttive, oppure forniscono agli Stati linee guida su come comportarsi per rispettare quelle norme; esse non sono in sé direttamente cogenti ma, anticipando gli orientamenti che la Commissione intende seguire nel valutare la condotta degli Stati e delle imprese, svolgono un ruolo importante, almeno di *moral suasion*. Allorché uno Stato assume misure in contrasto, infatti, la Commissione può aprire contro di esso una *procedura di infrazione*, il cui esito può consistere nell'imporre sanzioni e la cessazione delle condotte considerate contrarie alle norme.

Inoltre la Commissione può aprire procedimenti contro “imprese” (nel senso ampio che si è detto) per violazioni del diritto della concorrenza che possono concludersi con *decisioni* che sanzionano le imprese.

Le imprese sanzionate dalla Commissione possono far ricorso al *Tribunale europeo di I Istanza* e successivamente alla *Corte europea di giustizia*; gli Stati invece possono ricorrere direttamente alla Corte europea di giustizia (ossia, salvo taluni casi, saltare lo step del Tribunale di I istanza). In entrambi i casi la sentenza della Corte di giustizia chiude definitivamente la “partita”.

Può sembrare che la Corte di giustizia svolga a livello europeo le medesime funzioni che nell'ordinamento italiano esercita il Consiglio di Stato. Non è così poiché può annullare anche atti delle stesse Istituzioni comunitarie e imporre sanzioni a esse allorché giudichi che questi violino i trattati o i diritti fondamentali; lo stesso vale anche per le leggi emanate dagli Stati membri. In tal modo la Corte di giustizia somma delle competenze che, in Italia, sono riservate alla Corte costituzionale.

Infine, la Corte può agire sia d'ufficio che su ricorso di altre istituzioni dell'UE, degli Stati nazionali e, in alcuni casi, di singole imprese o cittadini, i cui interessi siano stati lesi da un'azione o omissione dell'UE o del suo personale.

La gradualità delle liberalizzazioni era d'obbligo per vincere le resistenze degli Stati membri, ciascuno attento a proteggere il proprio orticello e timoroso di repentine invasioni di concorrenti, magari più forti e competitivi, di altri Stati. Il passaggio da singoli mercati nazionali a un mercato unico europeo richiedeva peraltro cambi di mentalità delle popolazioni e delle classi politiche, la rinuncia a quote consistenti di sovranità nazionale, la necessità di armonizzare per quanto possibile le condizioni economiche e sociali nei diversi Paesi, lo sviluppo di amministrazioni pubbliche culturalmente e professionalmente all'altezza di gestire i cambiamenti; insomma, processi che richiedevano tempo per evitare lo sviluppo di anticorpi che avrebbero messo a repentaglio l'obiettivo. D'altra parte è più agevole per tutti (classi politiche in primis) assumere impegni differiti nel tempo piuttosto che impegni cui dare immediata attuazione.

Sta di fatto che la creazione di un mercato unico europeo richiedeva un corpus unitario di regole della concorrenza, cogenti per tutti gli Stati membri; anche questi ultimi furono tenuti a inserire nei propri ordinamenti regole nazionali di concorrenza, ovviamente conformi a quelle europee.

A sua volta il diritto della concorrenza richiedeva l'istituzione di organismi preposti a imporne il rispetto, esigenza via via più impellente con il progredire dei processi di liberalizzazione dei mercati. Così, a livello comunitario è stata da subito istituita la direzione generale della concorrenza, così come gli organi giurisdizionali - il Tribunale di prima istanza e la Corte europea di giustizia - competenti a dirimere le controversie (anche ma non solo) in

materia di concorrenza. Più tardi anche gli Stati hanno provveduto a istituire Autorità nazionali della concorrenza, in Italia nel 1990 con la legge 287 che, sostanzialmente mutuando le previsioni del Trattato europeo, introduceva il diritto della concorrenza anche nell'ordinamento italiano.

Regolazione dei mercati e antitrust hanno in comune lo scopo di assicurare un corretto gioco concorrenziale e, per il suo tramite, non discriminazione, qualità, prezzi orientati a costi efficienti e beni e servizi disponibili a condizioni eque.

Il compito delle *autorità della concorrenza* (o Autorità antitrust) è di vigilare sul rispetto delle regole della concorrenza da parte delle imprese, sanzionando comportamenti difforni da esse²⁸. Il loro intervento è dunque tipicamente *ex post* – avviene una volta che l'illecito concorrenziale sia stato compiuto – e la loro competenza è trasversale, vale a dire, abbraccia *tutte le attività economiche*.

Le *autorità di regolazione* hanno invece solitamente competenza su singoli settori di servizi pubblici (trasporti, energia, comunicazioni elettroniche, servizi idrici, rifiuti). Esse impongono *ex ante* alle imprese le regole del gioco concorrenziale laddove questo non sia ancora sufficientemente vivace o non possa esserlo per ragioni di interesse generale. Come si vedrà, il grosso della regolazione economica sta nell'imporre alle imprese che hanno notevole potere di mercato di praticare politiche di prezzo eque.

Come le autorità di regolazione di regolazione, le Autorità della concorrenza sono *indipendenti* in un duplice senso: (i) indipendenti dalle imprese, ovviamente, ma anche (ii) indipendenti dai governi nazionali e soggette solo alle leggi approvate dai parlamenti nazionali e, prima ancora, alle norme comunitarie, come si vedrà nella Parte V, tenuto conto che in caso di difformità le seconde prevalgono sulle prime.

3.- Accesso al mercato e concorrenza

La regolazione pro-concorrenziale si esplica secondo due approcci “canonici” che corrispondono ad altrettanti modelli alternativi di concorrenza.

Il primo è la promozione della *concorrenza nel mercato*, vale a dire, della compresenza di più operatori in competizione fra di loro sullo stesso mercato. In questo caso i compiti della regolazione sono di:

a) Abbattere le *barriere all'entrata*.

Queste possono essere causate:

- (i) dall'esistenza di monopoli legali (ossia istituiti da leggi) non giustificati da ragioni di interesse generale, oppure da regolamenti (ad esempio quelli che limitavano la possibilità di aprire esercizi commerciali entro una determinata distanza dai

²⁸ Il diritto della concorrenza e le Autorità antitrust hanno alle spalle più storia della regolazione. Infatti l'introduzione del diritto della concorrenza negli Stati Uniti è del 1890, con lo *Sherman antitrust act* che vietava e sanzionava la creazione di trust, ossia di intese fra grandi imprese dirette a monopolizzare i mercati, all'epoca molto diffuse nel Paese.

concorrenti, ecc.): in questi casi la regolazione pro-concorrenziale consiste nel suo opposto, la *deregolamentazione* ossia l'eliminazione di regole restrittive della concorrenza;

- (ii) altre barriere possono nascere da comportamenti illeciti di imprese già operanti sui mercati in posizione dominante (*incumbent*), che ricorrano a mezzi illeciti per ostacolare l'ingresso di concorrenti (terreno questo di competenza soprattutto dell'antitrust).
- b) garantire regole di un *gioco concorrenziale "pulito"*, a evitare che la concorrenza si estingua per effetto del potere di mercato degli *incumbent*.
- c) imporre regole concorrenziali di condotta a quanti dispongono – e fino a quando ne disporranno - di *notevole potere di mercato*.

L'altro modello consiste nella promozione della *concorrenza per il mercato*, applicato allorché i pubblici poteri ritengono che la concorrenza *nel* mercato non sarebbe coerente con l'interesse generale e che pertanto il mercato vada gestito da un numero ristretto di imprese o, più spesso, da un'unica impresa. In questo caso la concorrenza possibile viene salvaguardata ponendo in competizione, attraverso una gara pubblica, più soggetti e dove il vincitore acquisisce il diritto *temporaneo* di gestire il mercato in via esclusiva.

Affinché questo modello raggiunga i suoi scopi – affinché nella gara prevalga il migliore e il più efficiente - è necessario che: (i) tutte le imprese partecipanti alla gara possano accedere alle stesse condizioni agli input di produzione e alle informazioni per formulare le proprie proposte; (ii) i concorrenti non colludano (non si accordino su chi deve vincere); (iii) la durata della concessione sia fissata in modo equilibrato, sì da consentire la ripetizione della gara in tempi non troppo lontani.

Però questo non basta: è necessario anche garantire che la maggiore efficienza del vincitore non si traduca poi in extraprofitti monopolistici ma vada a vantaggio degli acquirenti. Per questo servono regole efficaci e regolatori efficienti che impediscano all'impresa di sfruttare a proprio vantaggio il potere di mercato acquisito (alti prezzi, bassa qualità del servizio) ma, all'opposto, le impongano i medesimi comportamenti che sarebbe costretta a seguire se operasse in un mercato concorrenziale.

La concorrenza *nel* mercato è il modello-principe comunitario di liberalizzazione ed è seguito per i mercati finali, ossia per i beni e servizi venduti al pubblico, salvo il caso di servizi che rientrano nei servizi di interesse economico generale, come si vedrà poi.

E' da ritenere (almeno da auspicare) che con il progredire delle liberalizzazioni il potere di mercato degli attuali *incumbent* (gli ex monopolisti) venga progressivamente meno e con esso la necessità di regolazione *ex ante* della loro condotta. A titolo di esempio, fino a non molto tempo fa, pur essendo stato liberalizzato il mercato e pur essendo presenti più operatori in concorrenza, i prezzi praticati da Telecom Italia ai propri clienti di telefonia fissa sono stati regolamentati dall'Autorità di settore, mentre non lo erano quelli dei suoi concorrenti; nel tempo, con il crescere di questi ultimi, il potere di mercato dell'*incumbent* si è via via diluito e con esso la necessità di sottoporlo a regolazione dei prezzi.

Ne segue che quando il quadro della concorrenza nel mercato si sarà sufficientemente sviluppato – quando si avrà un bilanciamento del potere di mercato fra i diversi *players*,

cosicché nessuno sia dominante sugli altri - verrà meno il ruolo della regolazione e il mercato potrà essere consegnato nelle mani delle sole Autorità antitrust.

La concorrenza per il mercato è invece applicata ai casi nei quali esistono oggettivi motivi di limitazione del numero degli operatori, quali:

- a) l'esistenza di *essential facilities*, infrastrutture essenziali che rientrano nella tipologia dei monopoli naturali, cioè di attività la cui gestione monopolistica corrisponde a un interesse generale della collettività e in quanto tali esercitate in regime di concessione statale²⁹ (si veda poi);
- b) la presenza di risorse scarse (ad esempio le radio frequenze)³⁰;
- c) l'offerta di SIEG, che il mercato non fornisce spontaneamente e che dunque spetta allo Stato garantire, se necessario anche introducendo misure limitative della concorrenza³¹.

Quando ricorrono le condizioni indicate sopra la regolazione del mercato assume carattere permanente: permanente fino a quando tali condizioni permangono.

Il discrimine fra i due modelli è dunque l'ingresso libero vs. l'ingresso limitato. Se non esistessero obiettivi diversi da quello di garantire il massimo pluralismo, pochi sarebbero disposti a negare che una soluzione che prefiguri una concorrenza continuativa fra operatori liberi di entrare nel mercato sia preferibile a una che la concorrenza nell'accesso la garantisce solo "una volta ogni tanto", vale a dire a scadenze più o meno ravvicinate nel tempo a seconda della durata degli affidamenti, e bene che vada permette la compresenza di pochi operatori.

La concorrenza nel mercato rispetta maggiormente le preferenze del pubblico, stabilendo fra questo e l'impresa un rapporto contrattuale diretto; non limita i diritti di libera iniziativa; incentiva maggiormente l'efficienza creando una competizione diretta e continuativa fra gli operatori. Ed è "più piena", in quanto contiene in sé anche la concorrenza *per* il mercato (per essere presenti su di un mercato bisogna esserci entrati, e anche questo richiede di competere). Soprattutto, la concorrenza nel mercato – se non viene soffocata da comportamenti sanzionabili sotto il profilo antitrust – può autoalimentarsi: non genererà certo il quadro della concorrenza perfetta, ma quello di un effettivo pluralismo, caratterizzato da un numero – anche limitato – di operatori con un potere di mercato uniformemente distribuito fra di essi.

²⁹ In Italia sono soggette a regime riserva statale, ex art. 43 della Costituzione, e affidate in concessione di gestione le seguenti infrastrutture:

- Settore elettrico: Infrastrutture di trasmissione ad alta tensione e di distribuzione ai clienti finali
- Settore del gas: Infrastrutture di coltivazione, stoccaggio, trasporto e distribuzione
- Trasporti: autostrade, rete ferroviaria, infrastrutture portuali e aeroportuali.

³⁰ Si veda la gara effettuata nel 2018 fa per assegnare a operatori di telefonia mobile le quattro frequenze 5G.

³¹ E' il caso degli affidamenti di servizi pubblici locali di trasporto, dei servizi di rifiuti e di quelli idrici, di una parte di servizi postali, ecc.

4.- Le public utilities

“Public utilities” è un termine largamente utilizzato per indicare servizi (quali telecomunicazioni e televisioni, energia elettrica e gas, trasporti, servizi postali, idrici e raccolta e trattamento dei rifiuti) che per lo più presentano una *configurazione “a rete”*.

Costituiscono parte importante di questo corso poiché rappresentano il terreno che solleva considerevoli criticità concorrenziali e come tali sono attentamente vigilate dal diritto della concorrenza e dalla regolazione.

4.1.- Caratteristiche dei mercati dei servizi a rete

Il mercato dei servizi a rete è composto da due segmenti:

- 1) il *segmento a monte (upstream)*, relativo alla offerta di servizi infrastrutturali (ad esempio, la messa a disposizione della rete ferroviaria, degli aeroporti, dei porti e delle strade, delle infrastrutture di trasmissione e distribuzione dell’energia elettrica, di quelle di trasporto e distribuzione del gas naturale, di quelle delle telecomunicazioni, delle reti idriche, ecc.);
- 2) il *segmento a valle (downstream)*, relativo alla produzione e alla vendita di servizi finali (o *retail*) al pubblico (ad esempio, il trasporto ferroviario e aereo, la vendita di energia elettrica e di gas, i servizi internet e di telefonia fissa e mobile, la fornitura di acqua, ecc.), dove i servizi infrastrutturali rappresentano input essenziali di produzione dei servizi finali.

Storicamente la massima parte dei servizi a rete che rientrano sotto la denominazione di public utilities sono stati svolti da monopolisti pubblici *verticalmente integrati*: imprese o enti pubblici che contemporaneamente gestivano le infrastrutture e vendevano i servizi finali in condizioni di esclusiva. Così era nel settore ferroviario (Ferrovie dello Stato), in quello elettrico (ENEL), del gas (ENI), delle telecomunicazioni (Telecom Italia), delle televisioni (RAI), delle poste (Poste Italiane) - tutte società di proprietà dello Stato centrale. Altri servizi quali l’idrico e i rifiuti erano direttamente svolti da soggetti pubblici (regioni o comuni) o da imprese di loro proprietà.

Il carattere pubblico si riteneva che avrebbe garantito che i monopolisti non avrebbero sfruttato il proprio potere di mercato a danno dei consumatori; al tempo stesso, proprio la natura pubblica delle imprese e la condizione di monopolio non ne incentivava una gestione efficiente.

Con l’avvento dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione nei settori delle public utilities – dopo la metà degli anni ’90 – il quadro di mercato è sostanzialmente mutato:

- mentre la gestione delle infrastrutture (il segmento *upstream* del mercato) è per lo più rimasta in esclusiva a un’unica impresa (e parte delle società di gestione sono state privatizzate),
- nel mercato a valle sono entrate nuove imprese in concorrenza con gli ex monopolisti.

Va da sé che la *condizione* affinché nuove imprese possano operare è assicurare loro il diritto di utilizzare le infrastrutture esistenti (il *diritto di accesso*) laddove queste siano indispensabili per l'offerta dei servizi finali.

La garanzia del rispetto del diritto di accesso alle infrastrutture si rende tanto più necessaria allorché una stessa impresa mantenga il controllo della gestione della propria infrastruttura e al tempo stesso competa sul mercato a valle con altre imprese che utilizzano tale infrastruttura come input produttivo - allorché, cioè, si sia in presenza di imprese verticalmente integrate, situazione oggi comune per gli ex monopolisti pubblici.

Infatti la normativa, nazionale e comunitaria sull'accesso si è concentrata soprattutto sul caso di operatori verticalmente integrati, tenuto conto del loro interesse a precludere ai nuovi entranti l'uso delle infrastrutture da essi controllate (o a boicottarli), in questo modo escludendoli dal competere sul mercato dei servizi finali. In altre parole, la preoccupazione maggiore delle Autorità di regolazione e di quelle della concorrenza è di scongiurare e sanzionare comportamenti tesi a escludere i concorrenti dal mercato.

Tuttavia la regolazione dell'accesso si è estesa anche al caso di imprese che gestiscono le infrastrutture *ma* che non operano anche sul mercato a valle. Mentre infatti esse non dovrebbero avere interesse alcuno a escludere i nuovi entranti, clienti attraverso i quali alimentano i ricavi dall'uso delle infrastrutture, potrebbero invece averne a praticare prezzi ingiustificatamente elevati o discriminazioni di prezzo fra clienti diversi.

In generale, il diritto della concorrenza e la regolamentazione dell'accesso ad asset che rientrano nella fattispecie di *essential facilities* (vedi sezione che segue) comporta diversi obblighi in capo ai gestori:

- a) l'obbligo di consentirne l'uso agli operatori che ne facciano richiesta (*obbligo a contrarre*);
- b) l'obbligo di praticare *prezzi equi*, ossia prezzi orientati al costo sostenuto, inclusa una ragionevole remunerazione del capitale investito;
- c) il *divieto di discriminazione* fra i diversi operatori nelle condizioni di accesso;
- d) il divieto di utilizzare a proprio favore *informazioni commerciali* che i concorrenti debbono comunque fornire per accedere all'uso dell'infrastruttura, sì da avvantaggiare altri richiedenti o (se verticalmente integrate) permettere alla propria impresa interna di contrastare anticipatamente le mosse dei concorrenti;
- e) infine, nel caso di imprese verticalmente integrate, l'obbligo di *separazione* (a seconda dei settori contabile, societaria, decisionale o proprietaria – si veda in seguito) fra i segmenti upstream e quelli downstream.

A questa si aggiunge (si dovrebbe aggiungere) – a monte – un'ulteriore misura pro-concorrenziale: la concorrenza per l'*accesso alla gestione dell'infrastruttura*, quando questa sia svolta in regime di concessione pubblica³²; in altre parole, l'impresa a cui affidare la concessione di gestione di una infrastruttura essenziale dovrebbe essere selezionata attraverso procedure competitive.

³² In Italia sono soggette a regime riserva statale, ex art. 43 della Costituzione, e affidate in concessione di gestione le seguenti infrastrutture:

- Settore elettrico: Infrastrutture di trasmissione ad alta tensione e di distribuzione ai clienti finali
- Settore del gas: Infrastrutture di coltivazione, stoccaggio, trasporto e distribuzione
- Trasporti: autostrade, rete ferroviaria, infrastrutture portuali e aeroportuali.

4.2.- Le essential facilities

4.2.1.- Caratteristiche delle essential facilities

La regolazione dell'accesso alle infrastrutture poggia sulla loro natura di “essential facilities”, ossia di essere infrastrutture essenziali alle quali non può essere rifiutato l'accesso in quanto *non sostituibili* con altre e *non duplicabili*.

La nozione di essential facility è stata sviluppata per impulso della giurisprudenza delle Corti in materia di concorrenza, prima negli Stati Uniti e successivamente in Europa (la Corte Suprema USA e la Corte di giustizia europea, rispettivamente)³³. Sebbene la materia riguardi anche altri campi (ad esempio l'accesso allo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale, brevetti, ecc.) nel nostro contesto interessa l'applicazione in materia di accesso alle infrastrutture.

Il primo caso che si è manifestato al riguardo è stato oggetto di una celebre sentenza della Corte Suprema degli USA nel 1912 sul caso “Terminal railroad”.

Il caso può essere così sintetizzato: (i) all'epoca i servizi di trasporto ferroviario erano svolti negli USA in regime di concorrenza *nel* mercato; (ii) un consorzio di imprese ferroviarie aveva rilevato e ampliato la stazione ferroviaria di Saint Louis in Missouri; (iii) imprese ferroviarie concorrenti, estranee al consorzio, chiedevano di accedere con i propri treni a questa stazione; (iv) le imprese appartenenti al consorzio negavano l'accesso, eccependo il diritto di sfruttamento esclusivo di un asset di loro proprietà.

La questione era alquanto delicata, dovendosi trovare un compromesso fra due interessi da tutelare: da un lato il *diritto di proprietà* e dunque di sfruttamento esclusivo di un proprio asset da parte del consorzio ferroviario; dall'altro il *diritto di libera prestazione di servizi*, posto che il rifiuto a contrarre avrebbe pregiudicato la concorrenza delle imprese richiedenti l'accesso. La Corte Suprema sentenziò che – tenuto conto della essenzialità della stazione per l'esercizio di servizi ferroviari da e per Saint Louis, tale che il rifiuto all'accesso avrebbe gravemente ridotto la concorrenza sul mercato dei servizi ferroviari - il secondo interesse doveva prevalere sul primo. La Corte Suprema impose dunque al consorzio di garantire l'accesso ai concorrenti alle medesime condizioni applicate alle imprese appartenenti ad esso.

Da quel momento in poi la giurisprudenza, prima statunitense e poi comunitaria, è stata densa di casi.

Secondo la giurisprudenza prevalente, la condizione di essenzialità di una *facility* e il conseguente obbligo di consentirne l'uso implicano il *congiunto* sussistere di una serie di condizioni, qui sotto illustrate.

³³ La base legale della dottrina delle *essential facilities* è la sezione 1 dello *Sherman Act*, nel diritto antitrust degli Stati Uniti, e negli artt. 101-102 del TFUE. Classico è ormai il riferimento alle Sentenze della Corte di giustizia europea RTE (casi riuniti C-241/242/91) e O.Bronner (caso C-7/97).

1) Condivisibilità

L'infrastruttura deve essere tale da poter essere utilizzata (condivisa, appunto) da più operatori (dal gestore e dai suoi concorrenti, in caso di integrazione verticale). In questo caso il rifiuto a contrarre da parte del gestore deve essere giustificato da *ragioni oggettive*.

Prescindendo da quelle strettamente tecniche (ad esempio, particolari specifiche tecniche o la non inter-operabilità fra reti³⁴ – barriere che la normativa comunitaria si è adoperata per abbattere), altre ragioni opponibili all'accesso sono oggetto di discussione, con prevalente riferimento al caso di soggetti verticalmente integrati che, gestendo in esclusiva l'infrastruttura ma competendo con altri sul mercato a valle, possono avere interesse a negare l'accesso.

Secondo la giurisprudenza debbono sussistere *valide ragioni economiche* per il rifiuto a contrarre. Escluso che la motivazione possa consistere nella convenienza in sé a escludere concorrenti a valle, quali altre ragioni possono essere opposte?

Consideriamo per il momento quella più frequentemente dichiarata dai gestori: la *congestione*.

Questi gli aspetti in gioco:

- a) La massima parte dei servizi a rete è caratterizzata da “picchi” di domanda che si alternano con flessioni della stessa: il traffico (ferroviario, aereo, stradale) si addensa in particolari fasce orarie, giorni, stagioni; lo stesso vale per la domanda di energia elettrica, di gas, di telefonia, di servizi postali, ecc.
- b) Le infrastrutture hanno una determinata capacità massima, che può essere certo ampliata seppure con costi notevoli. Così una determinata linea ferroviaria permette oggi di far passare non più di x treni per ogni ora, un aeroporto non può consentire più di y atterraggi e decolli all'ora; allo stesso modo le reti di trasmissione dell'energia elettrica o di trasporto del gas hanno una capacità data.
- c) Se la capacità delle infrastrutture fosse sempre dimensionata per soddisfare pienamente i picchi di domanda, resterebbe sotto-utilizzata nei momenti di domanda debole, con conseguente spreco di risorse e costi elevati accollati agli utenti. Di conseguenza, un certo grado di congestione delle infrastrutture è fisiologico e positivo (è raccomandato dalla Commissione europea) nei casi nei quali il razionamento della domanda³⁵ e il fenomeno delle code siano socialmente sostenibili³⁶ (su questo si tornerà nel cap. IV)
- d) Ne segue, ancora, che la condivisione con nuovi operatori in una certa misura inevitabilmente “spiazza” il ramo downstream dell'impresa verticalmente integrata, la quale potrà essere costretta a ridurre il proprio uso dell'infrastruttura (e con esso la propria attività sul mercato a valle) per permettere l'accesso ai concorrenti.

Tuttavia la congestione *non* costituisce un motivo valido per rifiutare l'accesso a terzi: l'operatore verticalmente integrato non ha diritto di precedenza nell'uso della propria

³⁴ Ad esempio, nel settore ferroviario, il differente voltaggio o il differente scartamento dei binari, che preclude l'accesso alla rete di un paese dei treni provenienti da un altro.

³⁵ Ad esempio, l'imporre un tetto alla quantità di energia elettrica che può essere fornita agli utenti.

³⁶ Ad esempio: le code ai caselli autostradali nelle ore di rientro dai weekend, i ritardi di aerei e treni nelle ore di punta, i rifiuti che possono talvolta accumularsi nei cassonetti, ecc. In altri casi (elettricità, gas, acqua) la capacità deve essere dimensionata sui picchi, poiché la sua saturazione provocherebbe *blackout* non sostenibili socialmente o economicamente.

infrastruttura, poiché gli argomenti che solitamente opporre sono giudicati inconsistenti o anticoncorrenziali :

- a) il *ripagamento dell'investimento infrastrutturale*. L'impresa verticalmente integrata può avere investito ingenti risorse nello sviluppo della propria infrastruttura, attendendosi di recuperarne il costo attraverso l'uso in esclusiva. Questo argomento non può però essere giustificato motivo per vietare l'accesso a terzi poiché se il prezzo per l'uso dell'infrastruttura, fissato dal regolatore, è tale da coprirne il costo, il ritorno dell'investimento è garantito, chiunque utilizzi l'infrastruttura e ne paghi il prezzo.
- b) il *ripagamento dell'investimento nei servizi finali*, che l'operatore integrato potrebbe aver realizzato nell'assunzione di poter fornire il mercato finale per tutta la capacità che la sua rete gli avrebbe permesso. Casi giurisprudenziali al riguardo non mancano: operatori ferroviari verticalmente integrati che hanno investito nell'acquisto di treni tanto che per utilizzarli appieno avrebbero necessità di usare in esclusiva o quasi la rete ferroviaria; imprese che hanno costruito centrali elettriche di tale capacità produttiva che per sfruttarla hanno bisogno di avere precedenza su altre nell'accesso alla infrastrutture di trasmissione e vendita al pubblico, ecc. Anche questo argomento non può però essere accettato, posto che perpetuerebbe la condizione di monopolio anche sul mercato finale.

2) Non sostituibilità

Per essere considerata essenziale l'infrastruttura deve essere “*di per sé indispensabile per l'esercizio dell'attività*” del soggetto che richiede l'accesso, “*nel senso che non deve esistere alcuna facility che possa realmente o potenzialmente sostituirsi*” a quella di cui si valuta l'essenzialità³⁷. In altre parole l'operatore non potrebbe competere *efficacemente* se gli fosse negato l'utilizzo.

Anche questo concetto si presta a interpretazioni diverse e soprattutto a interessanti evoluzioni in alcuni settori. Ciò che al riguardo va tenuto in mente è l'obiettivo ultimo dell'impresa che chiede di utilizzare un'infrastruttura: quello di produrre un determinato servizio da offrire sul determinato mercato finale a una determinata tipologia di domanda. Per essere più chiari: l'impresa deve essere messa nelle condizioni di poter competere con altri operatori presenti sul medesimo mercato finale (il c.d. *mercato rilevante* di cui si dirà poi). Il punto centrale è dunque se esistono infrastrutture alternative che possano permettergli di produrre il medesimo servizio o uno che la domanda consideri sufficientemente sostituibile da non pregiudicare l'obiettivo dell'impresa.

Esaminiamo alcuni casi.

Può avvenire che sia in astratto possibile sostituire l'uso di una infrastruttura con un'altra già esistente, ma che ciò sia meno conveniente per il richiedente. Ad esempio, con riferimento al trasporto ferroviario, la linea ad alta velocità (AV) che congiunge le città A e B è sostituibile da una linea ferroviaria tradizionale sulla stessa direttrice ma che consente velocità sensibilmente minori? Può l'impresa verticalmente integrata negare l'accesso alla rete AV a un operatore che le fa richiesta dirottandolo sull'altra rete? La risposta è ovviamente che non

³⁷ ECJ, Sentenza 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, par. 37.

può, posto che il servizio veloce che il richiedente vorrebbe attivare non sarebbe considerato da gran parte del pubblico sostituibile con uno più lento.

In conclusione, affinché il rifiuto a contrarre sia legittimo non è sufficiente che esistano infrastrutture astrattamente alternative a quella di cui si richiede l'accesso, ma le prime devono esser tali da non compromettere la competitività del concorrente.

Altro aspetto da considerare riguarda la sostituibilità fra infrastrutture di diversi settori derivante dalla *sostituibilità fra i servizi* che di esse si avvalgono. Alcuni esempi potranno essere utili a chiarire la questione:

- a) *reti fisse e reti mobili di comunicazioni elettroniche*. Esiste effettiva sostituibilità per i consumatori fra i servizi di telefonia/internet fissi e quelli mobili? Se la risposta è sì, ciò comporta anche sostituibilità fra reti fisse e reti mobili, con il conseguente venir meno di una delle condizioni essenziali per classificare tali reti come *essential facilities*.
- b) *reti di telecomunicazioni e reti postali*. E' evidente oggi la crescente sostituzione delle comunicazioni elettroniche al tradizionale invio di corrispondenza postale; il processo è tale da produrre condizioni di effettiva concorrenza fra i due servizi e dunque di sostituibilità fra le rispettive reti?
- c) *infrastrutture ferroviarie e aeroportuali*. Sulle medie percorrenze (400-500 km), i servizi ferroviari ad alta velocità sono destinati a diventare sempre più competitivi rispetto ai servizi aerei; se dunque esiste (esisterà) un'effettiva sostituibilità per i passeggeri fra gli uni e gli altri, ciò implicherà anche sostituibilità fra le infrastrutture ferroviarie e quelle aeroportuali, e con essa il venir meno del loro carattere di *essential facilities*?

Gli esempi riportati descrivono situazioni complesse e di grande rilevanza per gli interessi in gioco e dunque per la regolazione e per l'antitrust.

3) *Non duplicabilità*

Va premesso che le attività produttive sono normalmente caratterizzate dalla presenza di economie di vario tipo:

- a) nel breve periodo, le *economie di densità* che comportano costi di produzione per unità di prodotto decrescenti al crescere del grado di sfruttamento di un impianto di *capacità data*; ciò è in buona misura dovuto al fatto che – essendo data la capacità e dunque costanti i costi fissi – al crescere della produzione questi ultimi si spalmano su quantità prodotte maggiori;
- b) nel lungo periodo le *economie di scala*, quando i costi unitari diminuiscono al crescere degli investimenti in *ulteriore capacità produttiva*, ovviamente in parallelo con l'aumento della domanda;
- c) le *economie di scopo* (o di gamma) quando l'impresa offre beni o servizi differenti e dalla *produzione congiunta* di essi possa ricavare economie di costo.

La presenza di economie di scala e di scopo è ciò che più spiega l'esistenza di grandi imprese, la cui competitività riposa anche sui bassi costi unitari che le loro dimensioni consentono. Tuttavia l'esperienza mostra che le economie di scala nei processi produttivi non sono illimitate e che oltre un determinato livello di produzione i costi unitari cessano di diminuire e possono cominciare ad aumentare.

Ciò contribuisce a spiegare perché le grandi imprese preferiscono diversificare la propria produzione fra stabilimenti diversi anziché concentrarla in uno solo più grande: oltre un determinato livello produttivo le economie di scala in uno stabilimento si invertono in diseconomie, cosicché conviene realizzare altrove la produzione aggiuntiva.

Caso a parte sono le attività - tipicamente la gestione di molte infrastrutture - che presentano economie di scala così “lunghe” da assumere le caratteristiche di *monopoli naturali*: una sola impresa è in grado di soddisfare l'intera domanda del mercato a costi minori di quelli di più imprese che si ripartissero la medesima domanda. Se sussiste questa condizione l'infrastruttura in questione viene considerata *non duplicabile*, poiché è nell'interesse generale che i servizi siano venduti agli utenti al costo più basso possibile.

Il requisito di non duplicabilità viene normalmente associato alla condizione di *subadditività dei costi*. Secondo una definizione consolidata “*un'industria è detta in monopolio naturale se, in corrispondenza dell'intervallo di produzione rilevante, la funzione di costo dell'impresa è subadditiva*”³⁸.

Semplificando, posti:

- Y_I il livello di produzione di un determinato servizio complessivamente richiesta dal mercato a un prezzo concorrenziale – ossia a un prezzo pari al costo di produzione, incluso un ragionevole margine di profitto (dunque un prezzo che si affermerebbe in un mercato di effettiva concorrenza);
- ATC la funzione di costo medio totale, decrescente con l'aumentare della produzione (Y) in forza delle economie di scala;
- $CT_a(Y_I)$ il costo totale che un'impresa monopolista (a) sosterebbe per produzione dell'intera quantità Y_I ;
- $CT_b(Y_I/2)$ e $CT_c(Y_I/2)$ i costi totali che invece sosterebbero due imprese (b) e (c) se si dividessero (poniamo) a metà la produzione Y_I ;

la condizione di subadditività dei costi è:

$$(1) \quad CT_a(Y_I) < [CT_b(Y_I/2) + CT_c(Y_I/2)]$$

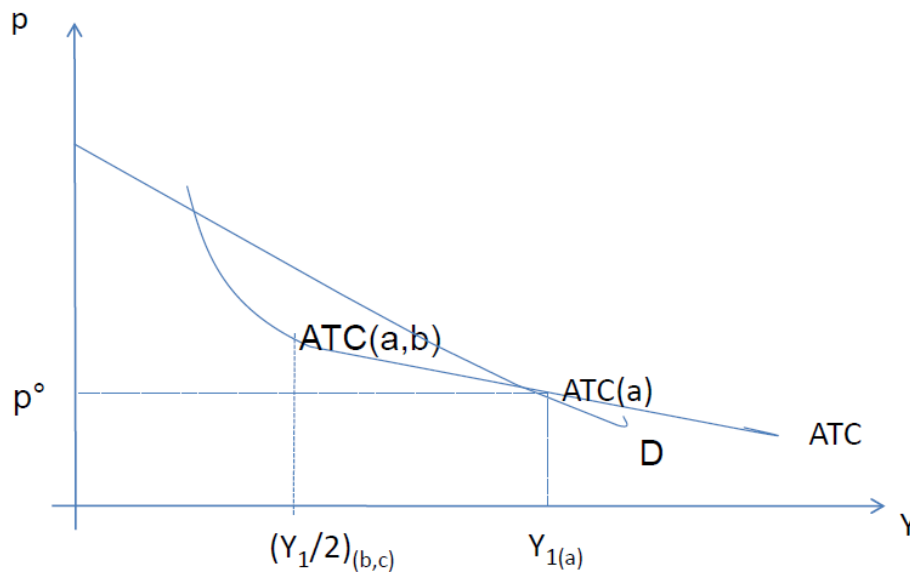
vale a dire un'unica impresa fornirebbe l'intero mercato a costi totali – dunque anche a costi unitari - più bassi rispetto al caso in cui la medesima produzione fosse realizzata da più imprese.

Se ricorre tale situazione è dunque *potenzialmente* più efficiente che il mercato sia monopolizzato da un'unica impresa anziché essere concorrenziale.

La condizione di monopolio naturale è rappresentata dalla Figura 5, che rappresenta le condizioni di costo di un'impresa, dove il decrescere della funzione di costo medio totale per unità di prodotto (ATC), comprensivo di un ragionevole margine di profitto, è dovuto all'esistenza di economie di scala. Nella figura i costi unitari decrescono fino a coprire l'intera domanda del mercato (Y_I) in corrispondenza del prezzo $p^o = ATC(a)$ qualora questa domanda sia soddisfatta da un'unica impresa (a). Qualora invece le imprese (b) e (c) si dividessero il mercato (poniamo a metà), ciascuna produrrebbe $Y_I/2_{(b,c)}$ ma con un $ATC(a,b)$ più elevato e ciascuna vendendo a un prezzo non inferiore al proprio costo medio (altrimenti sarebbe in perdita) e dunque più elevato di p^o .

³⁸ Baumol, W.J., Panzer, J.C., Willig, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Javanovich, Dan Diego, California.

Figura 5
Monopolio naturale (1)



E' importante notare che l'impresa monopolista è *potenzialmente* più efficiente (la funzione ATC è decrescente) ma che potrà sfruttare in pieno questa possibilità solo abbassando il prezzo al livello $p^{\circ}=ATC(a)$ e producendo dunque la quantità Y_1 . Si tratta però di un comportamento che l'impresa non ha alcun interesse a tenere, posto che dovrebbe in tal caso accontentarsi del normale profitto incluso nell' ATC . Se infatti essa riducesse la produzione al di sotto di Y_1 , dalla funzione di domanda si ricava che potrebbe praticare un prezzo più elevato e maggiore di ATC , in tal modo ottenendo extra-profitti. In altri termini, al monopolista non conviene sfruttare le economie di scala ma utilizzare il potere di monopolio a esclusivo suo vantaggio.

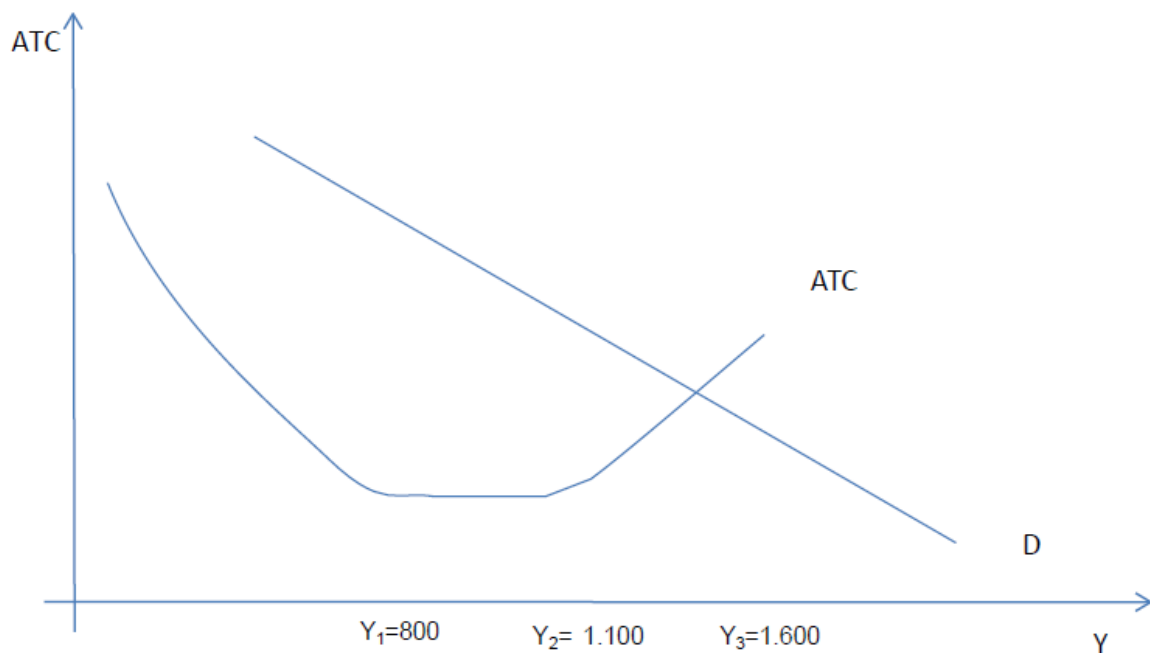
Ne segue che il monopolio naturale si giustifica nell'interesse della collettività *solo se* l'impresa viene costretta a praticare prezzi allineati all' ATC , vale a dire, se si comporta *come se* fosse in concorrenza: questo è il compito della regolazione. Di più: *se fosse* in concorrenza, per sopravvivere l'impresa sarebbe indotta non solo ad allineare il prezzo al costo, ma a cercare anche di ridurre quest'ultimo, rendendosi ancora più efficiente e competitiva; con il che, tornando alla Figura 5, la funzione ATC si sposterebbe verso il basso (il costo medio unitario si abbasserebbe per tutti i livelli di produzione in ascissa) cosicché il prezzo potrebbe ulteriormente scendere e la quantità prodotta aumentare. Anche questo è compito della regolazione, come si vedrà.

Tuttavia la subadditività dei costi può venire meno a seguito di un'ulteriore espansione della produzione, allorché alle economie di scala subentrino, oltre un certo livello di produzione, *diseconomie* di scala. La Figura 6 mostra che i costi medi unitari decrescono fino al livello Y_1 di produzione (800), restano costanti fino al livello Y_2 (1100) e successivamente aumentano. Nel caso illustrato dalla figura il livello di produzione di un'impresa in monopolio ($Y_3=1600$, ossia quello che la domanda del mercato è disposta ad assorbire a un prezzo pari all' ATC) si situa sul tratto crescente della curva dei costi unitari, quando le economie di scala hanno ceduto il passo a diseconomie di scala. Se questo è l'andamento dei costi, almeno a partire da quel livello di produzione complessiva, due imprese che producano

ciascuna la quantità $Y_1=800$ (dunque nell'insieme la quantità Y_3) sosterebbero ATC minori del monopolista e dunque, praticando prezzi minori potrebbero ulteriormente accrescerla.

Dalla Figura 6 si ricava altresì che la condizione di monopolio naturale può cessare anche con lo sviluppo del mercato. Se infatti ipotizziamo la crescita della domanda - con conseguente spostamento della funzione di domanda sensibilmente più in alto della D - le diseconomie di scala a cui andrebbe incontro il monopolista - o anche le due imprese che abbiamo ora supposto si spartiscano la produzione Y_3 - sarebbero tali da rendere conveniente per la collettività l'entrata di ulteriori concorrenti.

Figura 6
Monopolio naturale (2)



Il criterio di subadditività è stato fin qui applicato con riferimento ai *costi di produzione* del servizio infrastrutturale (al costo di realizzazione e di gestione dell'infrastruttura). Su questa base la decisione di duplicare o meno l'infrastruttura riposerebbe sull'andamento dei costi di produzione.

La realizzazione di nuove infrastrutture può però comportare anche *costi esterni* notevoli, come danni paesaggistici, riduzione di aree agricole, spostamento di centri abitati, disagi per le popolazioni durante i lavori, smaltimento di prodotti di scavo talvolta pericolosi, inquinamento elettromagnetico o da rumore, ecc. In questo caso la sub-additività dei costi esterni si esprime:

$$(2) \quad CT_{est}(Y_1)_{(a)} < [CT_{est}(Y_1/2)_{(b)} + CT_{est}(Y_1/2)_{(c)}], \text{ con } a, b, c \text{ le imprese considerate.}$$

Il calcolo sociale richiederebbe dunque di *internalizzare* questi costi nelle decisioni di realizzazione di nuove infrastrutture, dunque di duplicazione di quelle esistenti.

Ne segue che, essendo il costo sociale (CT_s) la somma del costo di produzione (CT_p) e di quello esterno CT_{est}), la sub-additività va riformulata come:

$$(3) \quad CT_s(Y_1)_{(a)} < [CT_s(Y_1/2)_{(b)} + CT_s(Y_1/2)_{(c)}]$$

Per effetto di queste considerazioni, dovendo incorporare anche i costi esterni la funzione ATC si sposta verso destra, cosicché il suo minimo sarà associato a un livello più elevato di produzione.

In presenza di costi esterni, dunque la condizione di monopolio naturale si allunga poiché l'eventuale presenza di diseconomie di scala l'aumento dei costo medio di produzione (ATC) dell'infrastruttura gestita in monopolio (come nella Figura 6) è in parte compensato – o più che compensato - dall'economia di costi esterni derivante dalla sua non duplicazione, con la conseguente estensione delle dimensioni di interesse generale del monopolio naturale.

In conclusione, ove anche sia conveniente duplicare un'infrastruttura sotto il profilo del calcolo privato, può non esserlo in base al calcolo sociale. Ne segue che in tal caso un'infrastruttura duplicabile sotto il solo primo profilo va comunque considerata un'*essential facility* con connesso obbligo a contrarre per chi la gestisce.

4.2.2.- Considerazioni aggiuntive

La regolazione dell'accesso alle infrastrutture – l'obbligo a contrarre, l'obbligo di non discriminazione e la regolazione dei prezzi - è giustificata dal *sostanziale danno* alla concorrenza nel mercato prodotto dal rifiuto a contrarre³⁹. Tali condizioni sono in diverso grado presenti a seconda dei settori e dei comparti al loro interno, ed evolvono nel tempo in misura differenziata da caso a caso.

Fra le *condizioni soggettive* che possono giustificare il rifiuto a contrarre, più o meno stringenti a seconda delle legislazioni, è l'aderenza a normali pratiche di affari ("*valid business reasons*"), quali ad esempio la poca affidabilità del richiedente a far fronte agli impegni presi⁴⁰, che devono basarsi su elementi dimostrabili e sull'esistenza di un chiaro nesso causale fra la condizione soggettiva del richiedente e il rifiuto a contrarre.

³⁹ Secondo la Commissione europea, in linea di principio l'obbligo a contrarre da parte di un operatore verticalmente integrato va imposto ai sensi dell'art. 102 del TFUE (che vieta gli abusi di posizione dominante) quando ricorrono le seguenti condizioni:

- a) "la fornitura del fattore [...] è obiettivamente necessario per poter competere in maniere effettiva su un mercato a valle". Con la specificazione che "Un fattore di produzione è indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare — almeno a lungo termine — le conseguenze negative del rifiuto. In questo senso, la Commissione valuterà di norma se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall'impresa dominante in un futuro prossimo. Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa dominante nel mercato a valle".
- b) il ricorrere delle condizioni indicate sopra comporta la presunzione che il rifiuto a contrarre "sia generalmente atto a eliminare, immediatamente o nel tempo, la concorrenza effettiva nel mercato a valle", presunzione avvalorata dal possesso, da parte del monopolista *upstream*, di un significativo potere di mercato anche sul mercato a valle;
- c) infine la probabilità che il rifiuto determini un danno per i consumatori, valutando "se per i consumatori le probabili conseguenze negative di tale rifiuto sul mercato rilevante superano nel tempo le conseguenze negative dell'imposizione di un obbligo di fornitura" [Commissione europea, Comunicazione 2009/C 45/02, par. 83-86 (enfasi aggiunta)].

⁴⁰ La Corte Suprema (caso Aspen Skiing Co.) ha stabilito che "*valid business reasons*" possono essere considerate un argomento legittimo per il rifiuto a contrarre. Fra queste, ad esempio, l'affidabilità economica del richiedente.

Può pesare anche la storia dell'impresa. Così, l'orientamento della Commissione europea è che la condotta anticoncorrenziale nel rifiuto a contrarre può sussistere, anche in assenza delle condizioni che qualificano un'infrastruttura come *essential facility*, “[...] *quando la posizione sul mercato a monte dell'impresa dominante si è sviluppata grazie a diritti speciali o esclusivi o è stata finanziata mediante risorse statali*”⁴¹. La ratio di questo obbligo più stringente in capo al gestore dell'infrastruttura consiste nel riequilibrio di condizioni fra nuovi operatori e quelli che a lungo hanno goduto della protezione statale in epoca pre-liberalizzazioni.

D'altra parte la nozione di “sostanziale danno” alla concorrenza può essere a seconda dei casi declinata in modo diverso: ad esempio una restrizione nell'immediato potrebbe favorire maggiore concorrenza a lungo andare.

Mentre in alcuni settori e comparti la non duplicabilità delle infrastrutture può essere considerata permanente, in altri può progressivamente venire meno a causa dello sviluppo della domanda, dei processi di liberalizzazione e del progresso tecnico.

In questi casi la duplicazione delle infrastrutture da parte di nuovi operatori comporta l'estensione della concorrenza dai mercati *downstream* (la concorrenza c.d. “*service based*”) a quelli *upstream* (concorrenza “*facility based*”), vale a dire, a una concorrenza fra operatori più piena e innovativa. E' illuminante al riguardo il settore delle comunicazioni elettroniche dove la concorrenza fra operatori di servizi finali ha portato non solo a un drastico calo dei prezzi, ma dove si è anche affermata, con la duplicazione delle reti elettroniche (seppure al momento in modo incompleto), la concorrenza fra i gestori di queste. La diffusione della banda larga (ossia di nuove reti di trasmissione di grande capacità) è senza dubbio il prodotto della concorrenza fra imprese che si è realizzata anche attraverso la competizione sul progresso tecnico e la qualità. Se invece le reti di comunicazioni elettroniche avessero seguito a essere gestite in monopolio non vi sarebbe stato impulso (o sarebbe stato comunque minore) a costruirne di più innovative e veloci.

Laddove sia possibile e conveniente sotto il profilo dell'interesse generale, la regolazione deve dunque incentivare anche la realizzazione di infrastrutture alternative e in concorrenza con quelle esistenti.

Ciò comporta la necessità di ricercare un equilibrio fra le esigenze di promozione della concorrenza nel breve e quella nel medio/lungo periodo, esigenze che possono rivelarsi conflittuali nell'immediato. Infatti un accesso aperto e a condizioni convenienti all'infrastruttura esistente, da un lato incoraggia nuovi operatori a entrare sul mercato dei servizi finali, ma dall'altro può disincentivarli dall'intraprendere onerosi investimenti in proprie reti, in tal modo compromettendo una più piena concorrenza e migliori servizi a lungo andare.

Ove ricorrano condizioni di duplicabilità, la composizione dei due obiettivi potrebbe avvenire garantendo solo *temporaneamente* l'accesso alle infrastrutture esistenti, dando così tempo ai nuovi operatori di costruirsi di nuove. In effetti, sotto il profilo del regime dell'accesso, sostituibilità e duplicabilità possono essere due facce di una stessa medaglia: la prima riferita al breve e la seconda al medio/lungo periodo; infatti, un'infrastruttura non sostituibile a breve ma duplicabile a medio/lungo termine non costituisce una barriera *duratura* alla concorrenza.

⁴¹ “In tali casi specifici la Commissione non ha motivo di discostarsi dai normali criteri dell'attuazione coercitiva delle norme e può dimostrare la potenziale preclusione anticoncorrenziale prescindendo dalla sussistenza delle tre condizioni di cui al punto 81” (Commissione europea, Comunicazione (2009/C 45/02), cit., par. 82).

4.2.3.- Le essential facilities nei servizi a rete in Italia

Al momento sono considerate in Italia *essential facilities* e come tali gestite in esclusiva, per un determinato arco di tempo, da un operatore selezionato (auspicabilmente) attraverso il modello della concorrenza *per* il mercato:

- a) *telecomunicazioni*: rete fissa di accesso (il così detto “ultimo miglio” che collega le reti dei diversi operatori alla residenza dell’utente) per la massima parte gestita da Telecom Italia, siti per il collocamento di apparati di trasmissione, scavi per il collocamento di linee;
- b) *elettricità*: reti di trasmissione ad alto e medio voltaggio e reti di distribuzione locale;
- c) *gas*: reti di trasporto e di distribuzione, a seconda dei casi, siti di stoccaggio;
- d) *acqua*: reti di distribuzione ed estrazione;
- e) *aeroporti*: infrastrutture *aviation* (terminal, infrastrutture di volo, infrastrutture centralizzate);
- f) *ferrovie*: rete ferroviaria, stazioni passeggeri, parte dei terminal merci;
- g) *strade*: strade e autostrade a pagamento;
- h) *porti*: a seconda dei casi banchine e aree di movimentazione delle merci.

4.2.4.- I mercati a valle liberalizzati nei servizi a rete in Italia

Come è stato prima ricordato, i processi di liberalizzazione hanno consentito l’entrata di concorrenti in parte consistente dei mercati dei servizi finali, in tal modo sottraendo quote di mercati agli ex monopolisti e realizzando condizioni concorrenziali: almeno in prospettiva, posto che gli ex monopolisti non si sono affannati a fare largo ai concorrenti, cosicché sono riusciti a lungo a mantenere posizioni di dominanza sui propri mercati, che in alcuni casi ancora conservano.

Una schematica ricognizione dello stato dello sviluppo della concorrenza *nel* mercato emerge il quadro che segue.

Sono sufficientemente concorrenziali da non richiedere di essere sottoposti a regolazione *ex ante*, ma solo alla vigilanza delle autorità della concorrenza:

- a) i mercati delle comunicazioni elettroniche, salvo alcuni terreni su cui si tornerà
- b) la generazione e la vendita di energia elettrica
- c) l’importazione e la vendita del gas naturale
- d) il trasporto stradale, aereo, marittimo e ferroviario.

Questa situazione non si è invece realizzata nei *servizi pubblici locali (SPL)* che rientrano fra i SIEG. Ne segue che essi vengono per lo più offerti da imprese, anche private, ma in regime di esclusiva – vale a dire sono sottratti alla concorrenza nel mercato. E’ il caso dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale (su strada, su ferrovia o su metropolitane), della vendita dell’acqua e della raccolta dei rifiuti.

5.- La separazione fra infrastrutture e servizi

In presenza di *essential facilities* nei mercati a monte e insieme di concorrenza su quelli a valle, il diritto della concorrenza e la regolazione devono far sì che i gestori si comportino come un soggetti terzi rispetto ai richiedenti l'uso.

Tuttavia gli obblighi imposti loro - l'obbligo a contrarre, il divieto di discriminazione e l'imposizione di prezzi equi - possono non essere sufficienti a garantire a operatori terzi un accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture, specie allorché queste siano gestite da soggetti verticalmente integrati.

Questi infatti possono comunque riuscire ad adottare pratiche dirette a danneggiare i propri concorrenti sui mercati a valle:

- a) realizzando investimenti infrastrutturali e scelte tecnologiche orientati a soddisfare le proprie necessità a scapito di quelle dei concorrenti, così come ad evitare di accrescerne la capacità, sì da frapporre barriere all'entrata di nuovi operatori;
- b) discriminando le condizioni di accesso di questi ultimi a favore di se stessi; è il caso in cui l'impresa verticalmente integrata applica a se stessa un prezzo per l'uso dell'infrastruttura minore di quello praticato ai concorrenti (si parla in questo caso di discriminazione interna/esterna); oppure quando assume pratiche dilatorie per dare accesso ai concorrenti;
- c) contabilizzando come costi delle infrastrutture (accollati dunque anche ai concorrenti) costi che invece sono di pertinenza dei suoi servizi finali, in tal modo rendendosi più competitive dove vi è concorrenza;
- d) utilizzando a proprio favore le informazioni commerciali che i concorrenti debbono comunque fornire per accedere all'uso dell'infrastruttura, sì da permettere alla propria impresa interna di anticipare o di contrastare anticipatamente le mosse dei concorrenti.

Esemplari del caso d) sono state le pratiche di *retention* (trattenimento del cliente) attuate da Telecom Italia dopo che fu riconosciuto ai clienti degli operatori di comunicazioni elettroniche il diritto di “migrare” dagli uni agli altri. Essendo Telecom Italia proprietario della rete fissa di accesso (l'“ultimo miglio” per collegare le reti dei concorrenti alle abitazioni) e avendo questi ultimi il diritto di averne da Telecom, previa richiesta, l'uso per servire i clienti “migranti”, era invalso la pratica di Telecom – prima che la migrazione richiesta si concretizzasse – di cercare di trattenere i propri clienti offrendo loro condizioni più vantaggiose di prima. Ciò era reso possibile poiché il ramo di azienda “gestore di rete” di Telecom Italia, una volta ricevuta la richiesta di accesso da parte dell'operatore concorrente, ne informava il suo “ramo” commerciale di servizi a valle, il quale si attivava per trattenere i clienti “fuggiaschi”. In tal modo il gestore della rete di Telecom Italia violava l'obbligo di terzietà. Questa pratica è stata sanzionata dall'Autorità di regolazione perché diretta a danneggiare i concorrenti. Casi non dissimili sono stati a suo tempo denunciati da concorrenti di Trenitalia i quali richiedevano di poter utilizzare la rete ferroviaria di Ferrovie dello Stato per attivare nuovi servizi di trasporto; nelle more dell'autorizzazione Trenitalia, informata dalla direzione rete del gruppo, avrebbe anticipato i concorrenti nell'avvio di medesimi servizi in tal modo canalizzando verso di sé la domanda di quei servizi da parte degli utenti finali.

Soprattutto a causa delle asimmetrie informative, le Autorità di regolazione e della concorrenza non sono in grado di scongiurare del tutto le situazioni indicate sopra, posto che esse dipendono dalle informazioni fornite dall'impresa e che questa è abitualmente reticente o tenta di fornire informazioni che tornino a suo vantaggio.

A evitare ciò, le normative comunitarie e nazionali impongono una serie di *remedies* tendenti a costringere il gestore dell'infrastruttura a comportarsi come un soggetto terzo rispetto al mercato dei servizi finali, un soggetto neutrale nei confronti delle imprese a valle, inclusa quella appartenente al suo stesso gruppo.

Rientrano fra i *remedies* l'imposizione di diverse tipologie di *separazione verticale* fra la gestione delle infrastrutture e quella dei servizi a valle, che possono essere classificate come segue (la normativa al riguardo dell'UE varia a seconda dei settori):

- a) La *separazione contabile* fra i due rami di attività costituisce l'obbligo minimo e ha per finalità di distinguere i costi pertinenti l'uso delle infrastrutture (da accollare a tutti quanti ne fanno uso) da quelli relativi ai servizi *retail* dell'ex monopolista, con l'obiettivo ultimo di scongiurare il trasferimento di costi dal segmento in concorrenza a quello monopolistico, con conseguente aumento dei costi regolamentati e compressione dei margini dei concorrenti a valle. L'inconveniente di questo modello è la scarsa affidabilità della separazione contabile, che consente di aggirare il divieto di sussidi incrociati fra due rami di una stessa impresa.
- b) La *separazione societaria*, con la formazione di due distinte società – una per la rete e una per i servizi finali - che tuttavia fanno capo ad uno stesso azionariato (è il caso più frequente: ad esempio, RFI e Trenitalia). Questo modello è un avanzamento rispetto alla sola separazione contabile ma assicura una trasparenza contabile formale (bilanci separati e certificati), non una trasparenza sostanziale, posto che le transazioni fra l'una impresa e l'altra possono celare sussidi incrociati fra le due; (ii) non garantisce in sé terzietà nelle funzioni sensibili né nelle scelte di investimento, tenuto conto che la *governance* di gruppo seguita ad abbracciare entrambe le società.
- c) Sempre in tema di obbligo di separazione societaria esiste una casistica piuttosto ampia di imprese che contemporaneamente agiscono in monopolio su alcuni mercati e in concorrenza su altri. Ciò che le distingue è che i mercati su cui operano non sono interrelati da relazioni di tipo upstream e downstream come nei casi precedenti: può trattarsi di mercati completamente distinti (ad esempio, un'impresa che gestisce in monopolio il trasporto urbano di una città ma fornisce anche servizi extraurbani in regime di libera concorrenza); Di Norma⁴² anch'essa dovrebbero operare con società distinte,, a evitare che sussidi le sue attività svolte in concorrenza con risorse derivanti da quelle esercitate in monopolio, in tal modo estendendo alle prime il potere di mercato di cui gode nelle seconde. La *separazione decisionale* o funzionale, nel qual caso le funzioni del gestore dell'infrastruttura che sono sensibili sotto il profilo della concorrenza (l'allocazione della capacità infrastrutturale e la fissazione dei prezzi) sono affidate a un *board* indipendente, che eventualmente vede la presenza della Autorità settoriale di regolazione, così come dei concorrenti (ad esempio, *Openreach* per la rete di accesso TLC in Gran Bretagna - un esempio mutuato in Italia con *Openaccess*, per la rete di accesso di Telecom Italia). Il modello deve ovviamente essere accompagnato almeno dalla separazione contabile.

⁴² Art. 8, comma 2-bis, legge 287/1990.

- d) Infine la *separazione proprietaria*, allorché la società dell'infrastruttura e quella dei servizi finali fanno capo ad azionariati diversi. In questo caso vengono (almeno in linea di principio) a cadere alla radice le ragioni che potrebbero spingere il gestore della infrastruttura a frapporre ostacoli all'accesso dei concorrenti.

La separazione proprietaria è dunque il modello che più può garantire la neutralità del gestore delle *essential facilities*. E' ovviamente anche la forma più avversata dalle società – in Italia e in Europa – per ragioni più o meno confessabili. Va aggiunto che la condizione di totale separatezza dell'azionariato fra i due rami di attività è difficile da realizzare per grandi imprese.

Così, in Italia Snam, che controlla le infrastrutture di trasporto e stoccaggio del gas, è stata scorporata da ENI, la quale vende gas sul mercato finale in concorrenza con altri. Tuttavia la partecipazione di controllo di Snam è stata conferita a Cassa depositi e prestiti che controlla anche ENI. Le reti di trasmissione dell'energia elettrica sono state conferite da Enel e da Edison, che vendono elettricità sul mercato finale, a Terna, società il cui controllo è passato anch'esso a Cassa depositi e prestiti; tuttavia quest'ultima è posseduta al 100% dal Ministero dell'economia e delle finanze il quale possiede anche la partecipazione di controllo di Enel. Ancora, non vi è chi non veda che l'appartenenza di RFI (Rete Ferroviaria Italiana) e di Trenitalia al gruppo Ferrovie dello Stato solleva sospetti di poca neutralità della prima. Fra i progetti per porre rimedio a ciò è stata anche esplorata la possibilità di scorporare RFI da Ferrovie dello Stato e di conferirne l'azionariato al Ministero dell'economia e delle finanze: il quale però è azionista unico di Ferrovie dello Stato e dunque, indirettamente, di Trenitalia.

Insomma, le misure illustrate sono in realtà mezzi rimedi posto che con essi la “presa” diretta dell'azionista sui gestori delle infrastrutture e sulle imprese di servizi si diluisce perché viene ricondotta a un livello più alto (il Ministero dell'economia e delle finanze che alla fine resta proprietario di tutto) ma non viene eliminata del tutto.

III.- POLITICHE ANTITRUST

1.- Introduzione

1.1. Quadro unionale

Come è stato anticipato, il diritto della concorrenza è stato introdotto nell'Europa comunitaria con il Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea. Il testo originario del trattato è stato più volte aggiornato e integrato, fino a quello attualmente in vigore: il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nel quale le regole di concorrenza sono affrontate negli articoli 101-108.

Nel tempo il diritto della concorrenza ha subito considerevoli evoluzioni e ampliamenti, a seguito di numerosi *Regolamenti* del Consiglio e del Parlamento europei e della copiosissima *giurisprudenza* prodotta dalla Corte europea di giustizia (CEG), che hanno integrato le disposizioni del TFUE. Infatti i Regolamenti e le sentenze della CGE hanno a tutti gli effetti *forza di legge*, sia a livello comunitario che negli ordinamenti dei singoli Stati membri dell'Unione.

A questi si sono aggiunte le molte *Direttive*, il cui rispetto da parte degli Stati è imperativo ma che, diversamente dai provvedimenti dianzi indicati, debbono essere recepite da leggi nazionali, sia pure con modesti margini di flessibilità.

Infine le *Comunicazioni* della Commissione europea, che non hanno forza di legge per gli Stati membri ma che indicano gli orientamenti cui la Commissione intende attenersi per trattare, nel caso di specie, materie di concorrenza. Dal momento che a livello comunitario la Commissione è titolare del potere di avviare azioni per violazioni del diritto della concorrenza, ne segue che Stati e imprese, per evitare contenziosi, sono obbligati a tenere in debita considerazione le Comunicazioni della Commissione; lo stesso vale per le imprese.

Da precisare che non solo le norme comunitarie prevalgono su quelle nazionali, ma che gli organi di uno Stato, incluse le Autorità nazionali della concorrenza, sono tenute a disapplicare norme nazionali in contrasto con quelle comunitarie. Ne segue che *eventuali comportamenti anti- concorrenziali da parte delle imprese non vanno indenni da sanzioni comunitarie anche se previsti o disciplinati da norme statali*⁴⁴.

Dal momento che la finalità del diritto UE della concorrenza è di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione del mercato unico dell'Unione, il diritto comunitario della concorrenza sanziona le condotte che possono alterare gli scambi (la concorrenza) infra-comunitari, ossia *fra* gli Stati membri.

Ciò non significa però che il diritto UE della concorrenza non si applichi anche agli scambi *all'interno* di ciascuno Stato; infatti la Corte europea di giustizia ha stabilito che affinché possano esservi alterazioni degli scambi infra-comunitari *è sufficiente che le condotte anticoncorrenziali interessino soggetti che svolgono attività economica in mercati nei quali esistono scambi fra gli Stati membri*. In sostanza, si presume che qualunque comportamento

⁴⁴ E' quanto è stato ribadito da una storica sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 2003 (causa C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), per la quale gli Stati membri sono tenuti a non adottare misure suscettibili di pregiudicare l'effetto delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. Pertanto, qualora determinate misure statali violino tale obbligo, qualsiasi organo dello Stato, inclusa l'Autorità, ha il dovere di disapplicare le misure stesse, in ossequio al principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale.

lesivo della concorrenza, attuato all'interno di uno Stato, direttamente o indirettamente distorca anche la concorrenza infra-comunitaria.

Il rispetto delle regole di concorrenza (salvo il caso di aiuti di Stato, come si vedrà) è affidato anche alle leggi nazionali, che debbono però essere conformi a quelle comunitarie, e alle Autorità antitrust dei singoli Stati.

Le principali fattispecie di *illeciti antitrust* di cui si occupano le Autorità della concorrenza, a livello comunitario e nazionale (di seguito con specifico riferimento a quella italiana - AGCM), sono gli abusi di posizione dominante, le intese e le concentrazioni. La materia degli aiuti di Stato è invece di competenza esclusiva della Commissione europea, mentre le Autorità nazionali affrontano anche la casistica (che non rientra nel diritto della concorrenza) delle pratiche commerciali scorrette. Queste competenze sono in linea di principio esercitate *ex post* nei confronti delle imprese i cui illeciti siano stati dimostrati dall'Autorità stessa.

Unitamente a questi compiti, le Autorità ne svolgono altri in ottica *ex ante*, variabili a seconda dei Paesi, che latamente rientrano nella c.d. funzione di *advocacy*. Rientrano fra questi (l. 287/1990):

- a) *Segnalazioni* al Parlamento e al Governo nel caso di norme di legge, di regolamenti o di provvedimenti amministrativi che ad avviso dell'Autorità determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale (art. 21).
- b) Se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità emette un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma al parere, può presentare ricorso al TAR (art. 21-bis).
- c) Pareri al Governo e ad Amministrazioni pubbliche su problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato (art. 22).
- d) Indagini conoscitive (art. 12).

1.2. I procedimenti

Utile fornire una brevissima descrizione di come operano i procedimenti delle Autorità della antitrust: qui di seguito qui si fa riferimento a quella italiana (art. 14, l. 287/1990).

I procedimenti possono essere avviati sia su denuncia delle parti che si ritengono lese, sia d'ufficio dalla stessa Autorità sulla base di informazioni che può raccogliere (non di rado anche da organi di stampa), sia a seguito di notifica preventiva delle concentrazioni da parte delle imprese interessate (non è invece prevista alcuna forma di controllo preventivo degli abusi e delle intese, essendo in questi casi le imprese chiamate a una forma di autovalutazione responsabile).

Dopo un preliminare esame, l'Autorità decide se archiviare con il non luogo a procedere oppure se avviare l'istruttoria formale. In quest'ultimo caso ne informa le parti (l'impresa interessata e gli eventuali denuncianti), richiede documentazione e, avvalendosi della Guardia di finanza, svolge perquisizioni nelle sedi dell'impresa o ovunque ritenga di poter trovare elementi utili, sequestrando documenti, computer, ecc. Al tempo stesso l'Autorità tiene udienze per sentire tutte le parti interessate.

Il primo round del procedimento si conclude con l'elaborazione di un documento ("documento delle risultanze istruttorie" – *CRI*) che viene reso pubblico alle parti interessate alle quali vengono richieste controdeduzioni scritte.

Sulla base delle risultanze istruttorie e delle controdeduzioni delle parti il Collegio dell'Autorità decide se archiviare oppure se deliberare la sussistenza dell'illecito. In questo secondo caso vengono irrogate sanzioni a carico dell'impresa, che possono raggiungere il 10% del suo fatturato mondiale, graduate in funzione della gravità, della durata dell'infrazione e dell'eventuale recidiva.

In ogni caso le parti interessate possono ricorrere ai tribunali amministrativi (il TAR e poi il Consiglio di Stato) contro i provvedimenti dell'Autorità, i quali diventano esecutivi solo dopo essere stati confermati dai tribunali.

Le attività istruttorie seguono i seguenti steps:

- 1) L'individuazione del mercato in cui le imprese interessate operano (il *mercato rilevante*);
- 2) L'accertamento del potere di mercato di tali imprese (la verifica della *dominanza* o meno di esse o degli effetti su di essa di intese o concentrazioni);
- 3) La sussistenza e la natura dell'*abuso di posizione dominante* eventualmente compiuto dalle imprese interessate, se questa è la fattispecie di illecito considerata);
- 4) Nel caso di intese o concentrazioni gli effetti di restrizione della concorrenza o di maggiore efficienza, e la ricaduta complessiva sui consumatori.

L'onere della prova della restrizione della concorrenza spetta all'Autorità, mentre incombe sull'impresa l'onere di dimostrare (nel caso di intese e concentrazioni) gli eventuali effetti positivi della loro condotta. Sempre in questi ultimi due casi i procedimenti si possono concludere con il riconoscimento della liceità, oppure con il divieto, o infine con *rimedi*, ossia con l'imposizione di condizioni per l'approvazione. Di questi ultimi di parlerà nella sezione relativa alle concentrazioni.

Due ultimi elementi vanno menzionati. Il Regolamento comunitario 1/2003⁴⁵, il decreto legge 223/2006 e la legge 118/2021 hanno introdotto alcune importanti innovazioni nella disciplina antitrust italiana (oggi, rispettivamente, articoli 14-bis, 14-ter e 14-quater della legge 287/90): le misure cautelari, la disciplina degli impegni e le procedure di transazione.

In forza delle *misure cautelari* nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può d'ufficio, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure consistenti nell'ordinare all'impresa di cessare condotte presunte come illecite sebbene, non essendo ancora concluso il procedimento, queste non siano state ancora accertate.

La disciplina degli *impegni*, invece, consente all'Autorità di interrompere il procedimento avviato per abusi di posizione dominante qualora le imprese coinvolte propongano impegni per il futuro a realizzare condotte conformi al diritto della concorrenza (dunque cessare il presunto illecito). L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni e previa consultazione degli operatori del mercato, può renderli obbligatori per le imprese. In questo caso il procedimento si interrompe senza l'accertamento dell'illecito e senza sanzione.

⁴⁵ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 (oggi 101 e 102) del trattato, articoli 8 e 9.

La decisione dell'impresa di proporre impegni e quella dell'Autorità ad accettarli riflettono le strategie della teoria dei giochi, in cui i giocatori non conoscono le carte in mano agli altri, cosicché, prima ancora che di vincere la partita si propongono di non perderla e minimizzare i "danni". Infatti l'impresa non conosce a fondo gli elementi che l'Autorità ha in mano e quelle di cui potrà disporre per arrivare all'accertamento di "colpevolezza". D'altra parte nemmeno l'Autorità è a conoscenza degli argomenti difensivi che l'impresa potrà mettere in campo nel prosieguo del procedimento; inoltre non è certa che l'eventuale accertamento sia confermato dai tribunali amministrativi a cui l'impresa certamente farebbe ricorso. In sostanza, quindi, si patteggia un "pari e patta" (meglio: una mezza vittoria dell'Autorità), in virtù del quale quest'ultima raggiunge lo scopo di far cessare l'illecito (presunto) e l'impresa quello di evitare che questo sia formalmente accertato e di pagare la sanzione. Con la precisazione, tuttavia, che l'Autorità monitorerà il rispetto degli impegni assunti e potrà riaprire d'ufficio il procedimento qualora gli impegni non siano stati rispettati o siano stati assunti e accettati sulla base di informazioni incomplete o inesatte fornite dall'impresa.

Infine la *procedura di transazione*. Dopo l'apertura del procedimento, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione. A questo scopo l'Autorità può informare le parti: (i) degli addebiti che intende muovere nei loro confronti, (ii) degli elementi probatori di cui dispone (iii) della forcella (min/max) delle potenziali ammende. In caso di esito positivo delle discussioni le imprese possono presentare proposte transattive coerenti, riconoscendo l'infrazione agli artt. 101 o 102 del TFUE (intese o abusi). Il procedimento si conclude con l'irrogazione di una sanzione ridotta rispetto a quelle previste in via generale dall'art. 15, c. 1-bis, della l. 287/1990.

Come si vede, *rispetto agli impegni*, è una procedura più semplificata che non richiede la consultazione degli operatori danneggiati dall'illecito commesso ma che comporta per l'impresa un esito più penalizzante (l'accertamento dell'infrazione e la sanzione, seppure ridotta) di quello degli impegni. La sua ratio è di offrire alle imprese l'opportunità di uscirne riducendo minimizzando i danni; un'alternativa che può essere appetibile per le imprese allorché ritengano che l'Autorità abbia in mano carte sufficienti per respingere proposte di impegni.

Nel precedente paragrafo si è detto che fra le incombenze delle Autorità della concorrenza rientrano le indagini conoscitive, dirette a valutare l'esistenza o meno di criticità concorrenziali in determinati settori. Al riguardo vale la pena menzionare una recente norma nazionale (d.l. 104/2023, art. 1) che, seppure limitatamente a una specifica casistica (i prezzi praticati sui voli nazionali):

- a) sollecita l'AGCM a condurre un'indagine volta ad accertare se "il coordinamento algoritmico delle tariffe praticate dalle compagnie nel settore aereo faciliti, attui o comunque monitori un'intesa restrittiva della concorrenza, anche preesistente, ovvero accerti che il livello dei prezzi fissati attraverso un sistema di gestione dei ricavi costituisce abuso di posizione dominante".
- b) in tal caso "se [...] l'Autorità riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza".

- c) in alternativa “Nel corso dell’indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori”.

Va da sé che la norma in questione (soprattutto quanto al punto b), seppure circoscritta ai soli collegamenti aerei nazionali, ha determinato una sollevazione di scudi da parte delle imprese interessate, posto che (i) abilita l’Autorità a imporre alle imprese misure cautelari sulla base di un presupposto - riscontro di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il funzionamento del mercato – non ancora dimostrato e tanto ampio e generico da risultare potenzialmente illimitato e suscettibile di tradursi in un esercizio arbitrario del potere⁴⁶; e (ii) potrebbe essere precursore di analoghe norme estese ad altri settori (ad esempio al prezzo dei carburanti e ai premi assicurativi).

1.3. *Public e private enforcement*

L’azione delle Autorità antitrust si configura come *public enforcement* delle regole di concorrenza, vale a dire, come repressione degli illeciti concorrenziali in danno della *collettività*, da parte di pubbliche autorità; infatti le sanzioni irrogate alle imprese vengono incamerate dallo Stato.

A questa può affiancarsi il c.d. *private enforcement*, consistente dall’avvio di azioni legali di risarcimento del danno da parte di quanti si ritengano vittime di comportamenti illeciti. Il *public enforcement* rientra nell’ambito del diritto pubblico, il *private enforcement* in quello del diritto privato e i relativi ricorsi delle parti lese sono di pertinenza del giudice civile.

Nei Paesi nei quali le azioni di risarcimento del danno sono molto diffuse, nella forma di iniziative di singoli o di *class action*, queste rappresentano un deterrente contro gli illeciti concorrenziali alquanto più efficace del timore di sanzioni da parte delle Autorità della concorrenza a causa del valore estremamente elevato che possono raggiungere i risarcimenti da danno antitrust.

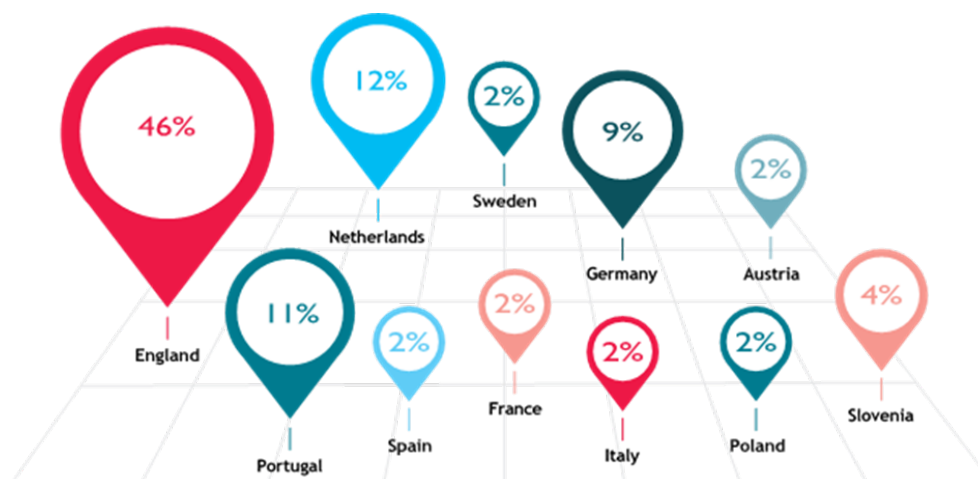
Da precisare che la *class action* (azione collettiva) non si esercita solo in materia di concorrenza ma può riguardare tutti i rapporti contrattuali imprese e *categorie omogenee* di soggetti che ritengono di essere stati danneggiati dalle prime e ne chiedono il risarcimento del danno. In Italia, fino al 2019 l’azione collettiva era disciplinata dal Codice del consumo del ... a tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici. Con la l. 31/2019 (artt. 840-bis - 840-quinquiesdecies) l’esercizio dell’azione di classe è stata estesa a tutela dei diritti non solo dei consumatori, ma anche dei lavoratori, dei cittadini, degli investitori, delle imprese (dunque anche *business-to business*), ecc.

La nuova normativa nazionale ha ampliato il ricorso allo strumento delle azioni collettive che tuttavia resta a alquanto limitato rispetto ad altri paesi europei (cfr. Figure 7.A-7.B⁴⁷) che disciplinano l’istituto in modo diverso.

⁴⁶ In tal senso Assonime, Position paper 2/2024.

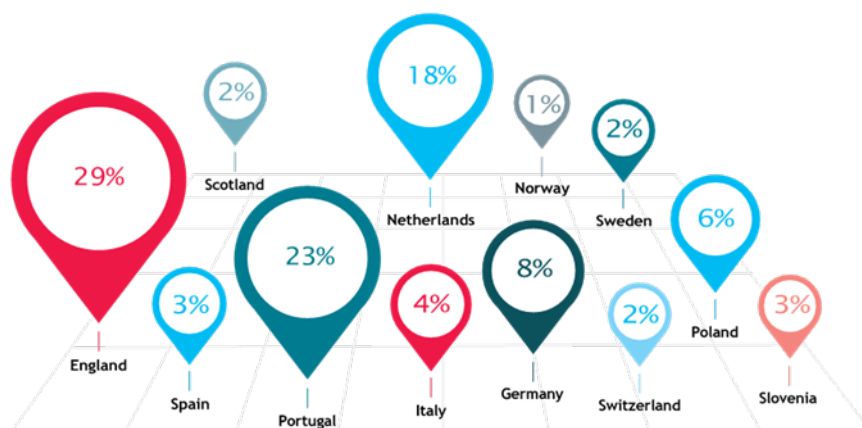
⁴⁷ CMS, *European Class Action Report*, 2024, pp. 13-16..

Figura 7.A. - Azioni collettive esercitate nei paesi europei (2018-2023)



Panorama del tutto diverso troviamo negli Stati Uniti, dove la disciplina è stata introdotta fin dal 1842. Le ragioni sono molteplici ma vale da pena di rimarcare che negli USA si applica invece il regime cosiddetto “*opt-out*” in forza del quale i ricorrenti sono tutti quanti *potenzialmente* interessati all’azione, salvo tirarsene fuori individualmente (di qui il termine menzionato). In Italia, invece, come in vari paesi europei, vige il regime “*opt-in*” con il quale i ricorrenti (individualmente o come associazioni rappresentative) debbono esprimere la propria volontà a partecipare.

Figura 7.B. - Azioni collettive esercitate nei paesi europei (2023)



Nella trattazione che segue si affrontano (nell’ordine) le seguenti fattispecie di illeciti concorrenziali:

- 1) gli abusi di posizione dominante
- 2) le intese
- 3) le concentrazioni
- 4) gli aiuti di Stato.

2.- Mercato rilevante

Gli illeciti concorrenziali che il diritto antitrust vieta e sanziona sono essenzialmente quelli compiuti da imprese che dispongono di un considerevole potere di mercato, definito dalla giurisprudenza comunitaria come la “*capacità di comportarsi in misura alquanto indipendente dai concorrenti e, in definitiva, dai consumatori*” e dunque di alterare la concorrenza nel mercato in cui operano. Ad esempio, se un piccolo esercizio commerciale di vendita di alimenti si fondesse (si concentrasse) con un altro altrettanto piccolo, la concorrenza nel mercato complessivo degli alimenti non ne risentirebbe; altro sarebbe se la fusione avvenisse fra grandi catene di supermercati che con ciò sostituirebbero alla concorrenza la cooperazione fra di esse.

Per stabilire però se un'impresa dispone di rilevante potere di mercato (o potrebbe acquisirlo con operazioni di concentrazione) è prioritario individuare il mercato in cui essa opera e nel quale può esercitare il suo potere.

Nel linguaggio antitrust si parla al riguardo di *mercato rilevante*, inteso come “*l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro*”⁴⁸. La concorrenza fra imprese che producono uno stesso bene *A* dipende dalla volontà o dalla capacità dei consumatori di quel bene di cambiare fornitore. Tuttavia, prima di concludere che il mercato rilevante è rappresentato dal solo bene *A*, l'Autorità deve verificare se quel bene sia considerato dagli acquirenti sostituibile con altri beni simili, supponiamo con il bene *B*. In tal caso infatti le imprese produttrici di *A* si troverebbero a competere anche con quelle che producono *B*, cosicché il mercato rilevante abbraccerebbe entrambi i mercati *A* e *B*. L'operazione potrebbe però andare avanti, verificando la sostituibilità di *A* e *B* con un ulteriore bene *C* e, in caso positivo, estendere ulteriormente il mercato rilevante a ricomprendere anche *C*.

Perché è fondamentale l'accertamento di cui si è detto e perché rappresenta uno dei punti di maggiore controversia fra le imprese e le Autorità antitrust? Per rispondere prendiamo il caso in cui un'impresa *Y* venga accusata dall'Autorità di aver commesso un abuso di posizione dominante:

- a) Affinché la sua condotta sia illecita va dimostrato che ha una posizione dominante nel mercato rilevante (disponga del notevole potere di mercato di cui si è detto prima), posto che il prerequisite per parlare di abuso è che l'impresa sia dominante.
- b) Se supponiamo che l'impresa sia effettivamente dominante nel mercato *A* e che il mercato rilevante si fermi ad *A*, l'abuso (semplificando) è provato; se invece il mercato rilevante abbraccia *A+B+C*, allora la dominanza di *Y* nella produzione di *A* si andrebbe a diluire all'interno di un mercato rilevante ben più ampio e potrebbe dunque venire meno. In questo modo l'impresa se la caverebbe senza danni.

E' per questa ragione che le imprese che incappano in procedimenti antitrust tentano in tutti i modi di dimostrare che il mercato rilevante è il più ampio possibile.

Approfondiamo i temi legati alla definizione del *mercato rilevante del prodotto dal lato della domanda*, misurato sotto il profilo della sostituibilità dei beni da parte dei consumatori: maggiore è la tipologia di beni diversi ma sostituibili, maggiore la dimensione del mercato rilevante.

⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sul mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, [1997] C327/3, par. 2.

Come si valuta tuttavia il grado di sostituibilità fra beni? L'esercizio è complesso perché richiede l'utilizzo di diversi strumenti e si basa più su congetture e simulazioni che su concreti dati quantitativi.

Il criterio più utilizzato consiste nel valutare la sostituibilità fra (poniamo) due beni *A* e *B* a seguito di un aumento di prezzo del primo bene da parte di *tutti* i suoi produttori. E' il cosiddetto *test del monopolista ipotetico* (o SSNTIP - *Small but significant non transitory increase in price*) - che consiste nell'assumere che tutte le imprese produttrici di *A* aumentino il prezzo del 5%-10% e nel simulare il grado di spostamento dei consumatori verso il bene *B*: *se lo spostamento è tale da non rendere profittevole per l'impresa l'aumento del prezzo di A* (se la perdita di clienti è tale che il loro guadagno diminuisca o perlomeno non aumenti) la conclusione è che *A* e *B* appartengono allo stesso mercato rilevante.

Giunta a questa conclusione l'Autorità antitrust estende la simulazione al mercato *C* (ipotizzando quindi un aumento del 5%-10% di entrambi i beni *A* e *B*), e così via per il bene *D*, ecc., fino a quando non vi siano ulteriori beni sostituibili.

A titolo di esempio, supponiamo che il problema sia di accertare se bibite di gusto diverso appartengono allo stesso mercato. In pratica, il problema da risolvere sarebbe questo: i consumatori del gusto *A* passerebbero ad un altro gusto di fronte ad un rialzo permanente del 5-10 % del prezzo delle bibite del gusto *A*? Se un numero sufficiente di consumatori passasse al gusto *B*, tanto che l'aumento del prezzo del gusto *A* non sarebbe redditizio a causa della diminuzione delle vendite che ne risulterebbe, allora il mercato dovrebbe comprendere almeno i gusti *A* e *B*. La stessa prova andrebbe estesa anche ad altri gusti disponibili fino ad individuare un insieme di prodotti per i quali un incremento di prezzo non indurrebbe una sufficiente sostituzione della domanda.

Va da sé che la profittabilità dell'aumento del prezzo di *A* è in ragione inversa all'elasticità della sua domanda rispetto al suo prezzo (più l'elasticità è elevata più un aumento di prezzo fa perdere clienti, in parte perché passano al bene *B*, in parte perché rinunciano del tutto al consumo), cosicché la convenienza per l'impresa sussiste solo se la domanda ha elasticità minore o uguale a -1. La sostituibilità con il bene *B* dipende dunque dall'elasticità incrociata delle funzioni di domanda dei due beni, ossia:

$$(4) \quad \varepsilon_i = \% \Delta q_A / \% \Delta p_B$$

Si è detto che il test ipotizza uno stesso aumento del prezzo del bene *A* da parte di tutte le imprese produttrici (che dunque si comportano come fossero un'unica impresa – di qui la definizione di test del monopolista ipotetico). La simulazione, tuttavia, non andrebbe realizzata a partire dal prezzo *esistente*, poiché ciò potrebbe distorcere il risultato. Due ragioni possono essere portate a sostegno di ciò.

Una è che, salvo i casi (del tutto teorici) di funzioni di domanda con elasticità costante costante⁴⁹, questa cambia in ogni punto della funzione: l'elasticità è variabile lungo la curva

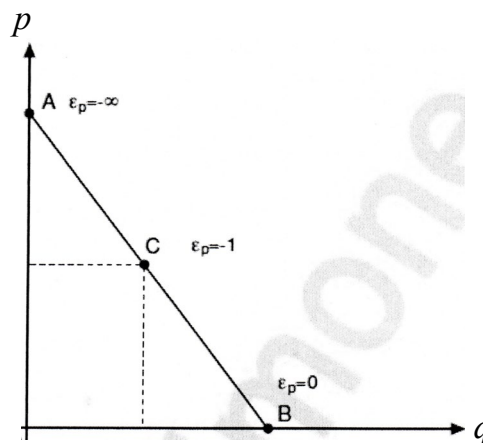
⁴⁹ Tre sono le possibili forme di funzioni di domanda con elasticità costante. Ponendo il prezzo (*p*) sull'asse verticale e la quantità domandata (*q*) su quello orizzontale, l'elasticità è costante e pari a: (i) $-\infty$, quando la funzione è una retta orizzontale; (ii) 0, quando è una retta verticale; (iii) -1, quando la funzione ha forma di iperbole equilatera, ossia quando $p \cdot y = \text{costante}$, cosicché variazioni del prezzo sono compensate da variazioni opposte della quantità tali da mantenere la spesa immutata.

di domanda e cresce (in valore assoluto) all'aumentare del prezzo. Essendo infatti l'elasticità rispetto al prezzo:

$$(5) \quad \varepsilon_p = [(\Delta q/q)/(\Delta p/p)] = (\Delta q/\Delta p) * (p/q)$$

dove $\Delta q/\Delta p$ misura la pendenza della funzione rispetto alle ascisse, se per semplicità consideriamo una funzione lineare di domanda ($\Delta q/\Delta p = \text{cost.}$ - Figura 8), l'elasticità varia in funzione del rapporto p/q . Ne segue che $\varepsilon_p = -\infty$, quando il prezzo è massimo e q tende a 0; invece $\varepsilon_p = 0$ quando p tende a 0.

Figura 8
Elasticità variabile della domanda



In sostanza il grado di sostituibilità di un bene X con altri beni a seguito di un dato aumento di prezzo sarà tanto maggiore quanto più elevato è il suo *prezzo di partenza*. Di conseguenza se il prezzo del bene fosse già in partenza alto *a causa* del potere di mercato delle imprese che lo producono, la simulazione di un ulteriore aumento darebbe per risultato un crescente grado di sostituibilità con altri beni, per ciò stesso ampliando il mercato rilevante ad altri beni. In tal modo un'impresa monopolista sul mercato X potrebbe “vantare” un mercato rilevante così ampio da sminuirne la dominanza al suo interno, e ciò proprio in virtù del praticare prezzi di monopolio sul suo proprio mercato.

Un esempio può aiutare a chiarire il punto. Supponiamo di avere due beni – aragoste e sardine – entrambi prodotti su mercati concorrenziali ma i cui prezzi sono estremamente diversi perché riflettono la diversa scarsità dell'offerta (poniamo che un chilo di aragoste costi cinque volte un chilo di sardine). Applicando il test del monopolista ipotetico (un aumento del 5%-10% del prezzo delle sardine) il risultato sarebbe che i due prodotti non sono sostituibili per i consumatori e dunque appartengono a mercati rilevanti distinti. Se ora ipotizziamo che il mercato delle sardine venga improvvisamente monopolizzato da un'unica impresa, la quale approfitta del venir meno della concorrenza per triplicare il prezzo, il test darebbe probabilmente risultato opposto: riducendosi il divario nei prezzi di partenza dei due beni, i consumatori passerebbero dalle sardine alle aragoste, cosicché il monopolista nell'offerta delle prime potrebbe reclamare di non essere dominante nel mercato rilevante che a quel punto comprenderebbe entrambi i beni.

In conseguenza di quanto sopra, l'Autorità antitrust deve basare le simulazioni di impatto di variazione del prezzo non a partire dal livello effettivamente praticato ma da quello che lo sarebbe in un mercato effettivamente di concorrenza.

Oltre al test del monopolista ipotetico altri elementi possono essere considerati per valutare la sostituibilità di un prodotto per i consumatori, quali:

- l'effettiva sostituzione fra beni diversi nel recente passato (misurata anche facendo riferimento ai valori dell'elasticità);
- indagini sulle preferenze dei consumatori e sui punti di vista dei clienti e dei concorrenti;
- il grado di informazioni di cui dispongono gli acquirenti in ordine ai prezzi praticati;
- i costi di transazione nel passaggio a prodotti sostitutivi.

Le conclusioni circa il grado di sostituibilità della domanda non esauriscono la perimetrazione del mercato rilevante di un prodotto. Va analizzata anche la *sostituibilità nell'offerta*.

Si ha sostituibilità dal lato dell'offerta quando - in risposta a piccole variazioni permanenti del prezzo del bene *A* - fornitori di altri prodotti (poniamo *B*) siano in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da iniziare a fabbricare il prodotto *A* e a immetterlo sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi. In sostanza il test del monopolista ipotetico viene replicato non più per verificare la sostituibilità del bene da parte dei consumatori ma da parte di nuove imprese.

A titolo di esempio consideriamo un caso di cui si è occupata la Commissione europea⁵⁰, quello degli *autobus urbani e dei bus gran turismo*: i primi sono costruiti per una tipologia di viaggi brevi e quindi privilegiano, rispetto al comfort, lo spazio a bordo, il numero e l'ampiezza delle porte. I secondi privilegiano invece l'ampiezza del bagagliaio e il comfort. Per la maggior parte dei viaggiatori i due beni non sono sostituibili (i pullman non sono adatti al trasporto urbano). Tuttavia la meccanica e la carrozzeria dei due prodotti sono simili (differiscono solo nell'allestimento), cosicché i produttori di bus gran turismo potrebbero essere in grado di modificare rapidamente le loro linee di produzione per realizzare autobus urbani e viceversa. È quindi possibile che, in caso di aumento dei prezzi da parte di imprese produttrici di autobus urbani, i produttori di bus gran turismo siano in grado, con la loro offerta, di non rendere profittevole l'aumento di prezzo degli autobus urbani.

In conclusione l'analisi del mercato rilevante del prodotto va realizzata accertando la *sostituibilità sia da parte dei consumatori sia da parte dei produttori*. *Affinché due prodotti siano considerati appartenenti a uno stesso mercato rilevante è sufficiente che sia provata la sostituibilità da parte di almeno una delle categorie di soggetti sopra indicati.*

Non è finita qui, perché il mercato rilevante va affrontato anche sotto il *profilo geografico*. Mentre finora si è discusso della sostituibilità *in astratto* fra prodotti da parte degli acquirenti o delle imprese, si tratta ora di affrontarne la sostituibilità geografica.

Il test da applicare è, di base, sempre quello del monopolista ipotetico, ma la domanda che ci si pone è diversa. Vi è sostituibilità in senso geografico se, a seguito dell'aumento

⁵⁰ Decisione della Commissione del 14 febbraio 1995, *Mercedes-Benz/Kiissbohrer*.

del prezzo del bene A in una *data area*, (i) i compratori sono disposti a recarsi in altre aree per acquistare il medesimo prodotto, oppure (ii) i produttori operanti in altre aree sono disposti a vendere i loro prodotti nell'area in questione.

Ad esempio, supponiamo che il prezzo di una data marca X di birra a Milano aumenti del 5%-10%. Se, a fronte di tale aumento di prezzo, i consumatori sono disposti a recarsi fino a Pavia per acquistare quella birra, oppure risulta profittabile per i grossisti di birra pavese arrivare fino a Milano per venderla, si conclude che Milano e Pavia appartengono al medesimo mercato rilevante geografico del “prodotto birra X ”.

L'ampiezza del mercato geografico rilevante dipende in misura considerevole dai *costi di trasporto* del prodotto. I grossisti di Pavia trasporteranno birra a Milano solo se il maggior prezzo che spunteranno a Milano è tale da coprire i loro costi di trasporto: altrimenti, essi non riusciranno a ottenere margini di profitto ragionevoli dalla vendita di birra a Milano e converrà loro rimanere a Pavia. Analogamente, i consumatori milanesi di birra potranno essere disposti a recarsi per gli acquisti a Pavia solo se il differenziale di prezzo compensa il costo dello spostamento da Milano e il tempo perso. E' improbabile che per prendersi un caffè a 10 centesimi di euro in meno una persona sia disposta a farsi qualche chilometro; opposto è il caso della compravendita di pietre preziose, dove il costo del trasporto da una località e l'altra incide in misura minimale sul prezzo da pagare (ad esempio, acquistare o vendere un gioiello il cui prezzo è di 4 mila euro può giustificare spostarsi di qualche centinaio di chilometri; se invece il prezzo fosse (poniamo) di 1 milione di euro varrebbe la pena di fare il giro del mondo).

In generale, *più i costi di trasporto incidono sul costo unitario totale del bene, più il mercato geografico rilevante sarà ristretto.*

In conclusione, l'ampiezza del mercato rilevante nell'ambito del quale va valutato un determinato problema di concorrenza risulta dalla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevanti.

3.- Dominanza

In precedenza è stato già definito il concetto di potere di mercato e si è detto che esso rappresenta la principale fonte di lavoro sia delle Autorità antitrust che di quelle di regolazione dei mercati.

La circostanza che un'impresa disponga di un notevole potere di mercato – che sia dominante nel mercato rilevante in cui opera – rappresenta in sé un “ferita” alla concorrenza, posto che una concorrenza piena si realizza fra operatori che hanno pari potere e dunque nessun vero potere l'una sull'altra. Un'impresa che detiene una posizione dominante, invece, riesce a operare sul mercato in maniera relativamente autonoma, vale a dire, senza essere troppo condizionata dalla reazione dei concorrenti o degli acquirenti.

Infatti nella giurisprudenza comunitaria la posizione dominante è definita come “*una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori*”⁵¹.

Il fatto che un'impresa raggiunga dimensioni tali da assumere una posizione dominante non è di per sé illecito: talvolta, per operare in modo efficiente è infatti necessario essere attivi su larga scala o in più mercati. Inoltre, un'impresa può crescere proprio grazie al suo comportamento “virtuoso”, offrendo prodotti che meglio di altri, per il prezzo o per la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori.

Detenere una posizione dominante è dunque consentito, purché l'impresa non bari alle regole del gioco concorrenziale, ossia, non approfitti della sua dominanza con condotte mirate a danneggiare i concorrenti o i consumatori. In altre parole: è lecito (è sano) combattere i concorrenti, non lo è se si abusa del proprio potere di mercato: in questi casi si parla di abusi di posizione dominante. In altre parole, condotte che sono lecite per imprese che non dispongono di notevole potere di mercato possono non esserlo per quelle dominanti, poiché su di esse – proprio in virtù della loro forza – incombe una speciale responsabilità: quella di non restringere una concorrenza che già è limitata dalla loro stessa presenza (questo tema è trattato nella prossima sezione).

La liceità della dominanza va tuttavia circoscritta: lo è se è frutto dell'efficienza dell'impresa e della sua capacità di espandersi sul mercato, anche fino a conquistare quella posizione. E' invece da verificare da parte della Autorità antitrust allorché l'impresa intraprenda operazioni “esterne”, quali intese o concentrazioni con altri operatori dalle quali possa scaturire la costituzione di una posizione dominante che prima non aveva o il rafforzamento di essa.

In conclusione l'impresa in posizione dominante è un vigilato speciale, sia nel caso che già lo sia, sia nel caso che cerchi di diventarlo con le operazioni di cui si è detto. L'accertamento della dominanza da parte di un'impresa è dunque preliminare sia a stabilire se una condotta sia abusiva, sia a consentire o meno intese o concentrazioni.

Vediamo ora quali criteri seguire per stabilire se un'impresa riveste posizione dominante nel mercato rilevante in cui opera.

⁵¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*, § 65.

Frequentemente – sia pure con notevole semplificazione – si tende a ritenere che il potere di mercato di un’impresa si riverberi nella sua capacità di fissare prezzi più remunerativi dei propri concorrenti.

L’indice di Lerner misura questo potere come:

$$(6A) \quad L = (P-MC)/P$$

dove P è il livello del prezzo e MC il costo marginale, oppure:

$$(6B) \quad L = (P-ATC)/P$$

con ATC il costo medio totale comprendente anche una ragionevole remunerazione del capitale.

Nella 6B, L è dunque il margine di extra-profitto in percentuale del prezzo, dove l’extra-profitto ($P-ATC$) è quello che eccede la remunerazione, inclusa in ATC , che un’impresa potrebbe normalmente conseguire se operasse in un mercato effettivamente concorrenziale.

Tuttavia limitarsi a stabilire l’esistenza di una posizione dominante sulla sola base dell’indice di Lerner sarebbe una scorciatoia inattendibile. Ad esempio, le imprese che introducono prodotti innovativi possono godere di un iniziale vantaggio competitivo (dunque di prezzi elevati) fino a quando i concorrenti non si saranno attrezzati, imitandola o con altri mezzi. In questo caso l’applicazione dell’indice di Lerner testimonierebbe una dominanza che tuttavia è destinata a essere transitoria e che magari riguarda solo una nicchia del mercato rilevante.

La Commissione e le Corti comunitarie hanno dunque progressivamente individuato una serie di criteri per accertare l’esistenza di una posizione dominante.

In primo luogo, la detenzione di una *quota di mercato* elevata (in genere misurata dal fatturato dell’impresa rispetto al fatturato complessivo delle imprese operanti nel medesimo mercato rilevante) per un periodo sufficientemente prolungato è considerata in genere un indice importante dell’esistenza di una posizione dominante: (i) se un’impresa detiene una quota di mercato del 50%, si presume che essa goda di una posizione dominante, salvo prova contraria; (ii) se la sua quota di mercato è inferiore al 25% è poco probabile che un’impresa sia dominante, mentre (iii) una quota di mercato al di sotto del 10% è un chiaro indice di assenza di dominanza⁵²; infine (v) se la quota di mercato è compresa fra 25% e 50% si renderanno necessari ulteriori accertamenti.

Va però precisato che ulteriori accertamenti vanno compiuti comunque, posto che la valutazione non può basarsi sul solo criterio quantitativo. Come ha infatti stabilito la Corte europea di giustizia: “*La detenzione di una quota di mercato notevole, come elemento probante dell’esistenza di una posizione dominante, non è un dato assoluto, e la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi, specie per quel che riguarda la produzione, l’offerta e la domanda*”⁵³.

⁵² Sentenza della Corte di Giustizia del 22 ottobre 1986, causa 75/84, *Metro*, § 85.

⁵³ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche*, § 40.

Criterio complementare è la *struttura del mercato*, tenuto conto che il potere di mercato di un'impresa va misurata dalla capacità di esercitarlo nei confronti dei suoi concorrenti: dunque esso non dipende solo dalla sua quota di mercato ma anche da quelle dei concorrenti e dal loro numero, che determinano il grado di concentrazione del mercato stesso. Più concentrato è il mercato minore potrebbe essere la concorrenza.

I criteri seguiti per misurare la concentrazione del mercato si basano sostanzialmente su due indici.

Il primo è il *rapporto di concentrazione (CR)* che spesso somma le quote di mercato delle prime quattro imprese più grandi:

$$(7) \quad CR_4 = x_1 + x_2 + x_3 + x_4$$

con x_1, x_2, x_3, x_4 le quote di mercato delle prime quattro imprese.

Nella prassi il mercato viene considerato concentrato se la somma delle quote di mercato è oltre il 75%. Questo indice è però poco significativo poiché non distingue le quote di ciascuna impresa: ad esempio un indice $CR_4 = 60\%$ può essere il risultato della somma delle quote di quattro imprese, ciascuna con il 15%, così come essere la somma della quota di un'impresa che detiene il 50% e delle altre tre che si dividono il restante 10%. In sostanza, oltre alla misura della concentrazione, contano le *quote relative* di mercato dei singoli concorrenti.

A limitare questo inconveniente si preferisce oggi utilizzare un altro indice ("*Hirshman Hinderdhal*" – *HHI*), sommatoria delle quote di mercato di tutte le imprese presenti, ciascuna elevata al quadrato:

$$(8) \quad HHI = \sum_{i=0}^n (x_1^2 + x_2^2 + x_3^2 + \dots x_n^2)$$

L'indice HHI tiene conto del "peso" le quote di mercato: più alta è la quota di un'impresa, maggiore è l'effetto moltiplicatore della sua elevazione al quadrato - tant'è che il massimo valore dell'indice (10000) si ha in caso di monopolio.

Nella prassi della Commissione europea un mercato viene considerato allorché $HHI > 2000$ e non concentrato per $HHI < 1000$. Anche questo indice tuttavia non permette di verificare automaticamente la presenza di posizioni dominanti, come risulterà chiaro dagli esempi riportati sopra sulla poca significatività dell'indice CR.

Se infatti nel mercato fossero presenti due sole imprese, ciascuna con una quota del 50% (è il caso del duopolio), risulterebbe un valore dell'indice HHI di 5000, mentre nessuna delle due imprese dovrebbe poter essere dominante sull'altra. Oppure (caso più frequente) se si avessero 3-4 imprese (caso dell'oligopolio) con quote di mercato pressoché simili, sarebbe difficile concludere che una di esse è dominante, pur essendo il mercato altamente concentrato.

Altro elemento da valutare è l'*andamento della quota di mercato* dell'impresa nel tempo. Ad esempio, con i processi di liberalizzazione le imprese che in precedenza erano monopoliste (detenevano dunque il 100% del mercato) sono destinate a perdere gradualmente quote di mercato. Se questa flessione è relativamente rapida e continuativa, è segno che l'impresa non dispone di potere di mercato sufficiente a contrastarla. Considerazioni analoghe valgono per l'*andamento dei prezzi* praticati da essa che, se in costante flessione, è indice che l'impresa è sottoposta a una forte pressione concorrenziale.

Rilevante è anche l'*elasticità della domanda*, posto che più questa è sensibile al prezzo, minore è la possibilità per l'impresa di praticare prezzi più elevati – in altri termini più elastica è la domanda più forte è la concorrenza basata sui prezzi.

L'elasticità della domanda è importante anche per la *contendibilità* del mercato in cui l'impresa opera. Un mercato viene definito contendibile quando anche la sola *minaccia* di entrata di nuovi concorrenti costringe le imprese già operanti nel mercato a evitare di praticare prezzi sufficientemente alti da stimolare l'appetito dei potenziali concorrenti.

Questi ultimi valuteranno la convenienza o meno a entrare nel mercato non tanto in base al prezzo *oggi* praticato dalle imprese presenti ma anche (e soprattutto) sulla base di quello che esse potranno praticare *una volta entrate*: il quale sarà inevitabilmente più basso del prezzo attuale a causa dell'aumento della produzione riversata sul mercato che il loro ingresso determinerebbe. Ebbene, a parità di aumento dell'offerta complessiva, la diminuzione del prezzo sarà tanto minore quanto più elastica è la domanda del mercato così da non costituire un ostacolo all'entrata di nuovi concorrenti. Ne segue che l'elasticità della domanda accresce il rischio di ingresso di nuovi concorrenti e dunque limita il potere di mercato dell'impresa dominante.

Infine, il potere dell'impresa di cui l'Autorità valuta la dominanza dipende anche dall'altro lato del mercato – dalla capacità degli acquirenti di esercitare un contropotere (*countervailing power*). Caso estremo al riguardo è il *monopolio bilaterale*, allorché esiste un unico produttore di un bene ma anche un unico acquirente dello stesso, cosicché ciascuno dipende in pari misura dall'altro e nessuno dei due è in grado di dominare il mercato. Si pensi alle condizioni presenti nel trasporto ferroviario fino a qualche anno fa, quando la rete ferroviaria era (lo è tuttora) gestita da un'unica impresa ma al tempo stesso vi era un unico operatore di trasporto ferroviario a poterla utilizzare. Vi sono però anche situazioni più realistiche o attuali, quali ad esempio imprese utilizzatrici di un determinato bene o servizio che si consorziano insieme per controbilanciare come acquirente unitario il potere di mercato del venditore; oppure, all'opposto, il coordinamento fra produttori per controbilanciare il potere di mercato dell'acquirente⁵⁴. La situazione descritta può verificarsi anche se non esiste un'impresa dominante sul lato della produzione, nel qual caso il consorzio degli acquirenti non avrebbe finalità difensiva ma, all'opposto, potrebbe configurarsi come un'intesa finalizzata alla costituzione di una posizione dominante per abusarne nei confronti dei venditori.

Questo ci porta a un ultimo aspetto. La posizione dominante può essere detenuta da una sola impresa (*dominanza unilaterale*) oppure congiuntamente da due o più imprese (*dominanza collettiva* o congiunta). Quest'ultima situazione si verifica quando più imprese, pur essendo legalmente ed economicamente indipendenti fra di loro, si presentano o agiscono su un dato mercato rilevante *come una sola entità*. In altre parole, ciascuna impresa singolarmente può non essere dominante (non vi è dominanza unilaterale) mentre può diventarlo l'insieme delle imprese che agiscono in modo coordinato fra di loro. Non a caso, come si vedrà di seguito, l'articolo 102 del TFUE vieta lo sfruttamento abusivo *da parte di una o più imprese* di una posizione dominante sul mercato.

⁵⁴ Cfr., ad esempio, la decisione della Commissione 12.04.1991, *Alcatel/Teletra*, che ha rilevato il contropotere di Telefonica, allora unico acquirente di apparati per telecomunicazioni in Spagna prodotte da Teletra; la decisione 02.12.1994, *Thomson/Deutsche Aerospace*, dove quest'ultima era l'unico acquirente di prodotti per la difesa; la decisione 18.10. 1995, *ABB/Daimler-Benz*, dove la fusione tra i due produttori di veicoli ferroviari è stata autorizzata in considerazione del fatto che l'unico acquirente era Deutsche Bahn e che pertanto la fusione fra i due produttori avrebbe potuto controbilanciare il potere di mercato dell'acquirente.

4.- Abusi di posizione dominante

4.1.- Introduzione

L'articolo 102 del TFUE (prima articolo 82 del Trattato CE), a livello comunitario, e l'articolo 3 della legge 287/90, a livello nazionale, vietano l'abuso di una posizione dominante da parte di una o più imprese.

Art. 102, TFUE

È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque;*
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*

L'articolo menziona solo macro categorie di abusi che, come vedremo, la giurisprudenza comunitaria e la prassi della Commissione europea e delle Autorità nazionali della concorrenza hanno poi declinato in molto più numerose fattispecie di illeciti. La ragione di ciò è che il diritto della concorrenza si è sviluppato affrontando nel tempo una casistica vastissima di forme diverse di illeciti concorrenziali e dunque si è gradualmente sviluppato per affrontarli.

La giurisprudenza comunitaria ha comunque chiarito che l'abuso è una nozione *oggettiva* che riguarda il comportamento di un'impresa che detiene una posizione dominante e che, tramite il ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la normale concorrenza fra imprese, ha l'effetto di impedire che la concorrenza esistente continui a sussistere o si sviluppi ulteriormente⁵⁵. L'abuso ha natura oggettiva nel senso che deriva dagli *effetti* della condotta dell'impresa, anche indipendentemente delle sue *intenzioni*.

Da aggiungere che il divieto di abuso di posizione dominante si estende anche ai casi in cui i suoi effetti si manifestano in mercati diversi da quelli dove l'impresa è dominante. Come si vedrà, è frequentissimo che un'impresa sfrutti la propria dominanza su di un mercato per restringere a suo vantaggio la concorrenza su altri mercati su opera.

⁵⁵ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, § 91.

Come già anticipato, la posizione dominante, pur essendo pienamente legittima in quanto tale, comporta una *speciale responsabilità* per l'impresa che la detiene, perché quest'ultima è tenuta a non compromettere ulteriormente, con il proprio comportamento, il grado di concorrenza residua che risulta già fortemente indebolita a causa del significativo potere di mercato dell'impresa dominante.

Pertanto anche comportamenti commerciali comuni - del tutto legittimi, se adottati da imprese non dominanti - possono essere ritenuti abusivi se adottati da un'impresa dominante⁵⁶. Distinguere tra “normali” comportamenti concorrenziali e comportamenti abusivi è tuttavia operazione difficile e di esito incerto. Ad esempio, se l'impresa dominante abbassa i propri prezzi a un livello competitivo con quello dei concorrenti, tale ribasso dei prezzi sarà legittimo nella misura in cui costituisce una *ragionevole e proporzionata* reazione difensiva alle strategie dei suoi concorrenti, volta a salvaguardare la propria redditività; sarà invece illecito qualora il suo obiettivo sia di danneggiare i concorrenti più di quanto rientri nel normale gioco concorrenziale. In altre parole è centrale la *proporzionalità* della condotta dell'impresa dominante per escludere che sia abusiva e che sia lesiva degli interessi dei concorrenti più di quanto sia inevitabile per conseguire i propri, legittimi, obiettivi.

Gli abusi di posizione dominante vengono solitamente distinti in due tipologie:

- a) gli *abusi di esclusione*, comportamenti dell'impresa dominante volti a danneggiare i concorrenti o addirittura a espellerli, oppure a impedire l'accesso al mercato di nuovi concorrenti;
- b) gli *abusi di sfruttamento*, allorché un'impresa dominante utilizza il proprio potere di mercato a danno di fornitori o clienti (ad esempio, imponendo prezzi eccessivi ai clienti o prezzi ingiustificatamente bassi ai propri fornitori o comunque condizioni non eque).

Come si vedrà poi, le due fattispecie possono talvolta sussistere congiuntamente.

Va per completezza anticipato che alle fattispecie indicate se ne aggiunge un'altra, gli *abusi di dipendenza economica*, che verranno poi separatamente illustrati a causa della loro peculiarità (capitolo 5 che segue).

4.2.- Abusi escludenti

Un'impresa in posizione dominante può cercare di impedire l'entrata di nuovi concorrenti sul mercato o costringere i concorrenti esistenti a uscirne, attraverso comportamenti escludenti (*foreclosure*): le condotte in tal senso posso basarsi su politiche di prezzo o su altri mezzi (o su una combinazione dei due).

Passiamo dunque in rassegna i principali comportamenti di questo tipo, discutendo prima gli abusi di esclusione non basati sui prezzi e successivamente quelli di prezzo.

⁵⁶ La nozione di speciale responsabilità è stata enunciata per la prima volta nella sentenza della Corte di Giustizia del 9 novembre 1993, causa 322/81, *Michelin c. Commissione*. In quel caso, la condotta abusiva posta in essere da Michelin consisteva nell'aver attuato, nel periodo 1975-1980, un sistema di sconti che induceva una forte pressione sui rivenditori ad acquistare solo pneumatici Michelin, limitando così la loro possibilità di scegliere fornitori alternativi e ostacolando l'accesso al mercato per i concorrenti.

4.2.1.- Abusi escludenti non di prezzo

1) Rifiuto a contrarre

Consiste nel rifiuto di vendere un determinato input produttivo essenziale alla produzione di beni finali. Come già anticipato, si tratta di una fattispecie fra le più frequenti e gravi, soprattutto nel caso di soggetti verticalmente integrati, i quali siano monopolisti o quasi nella produzione di input essenziali (dunque sul mercato a monte) e al tempo stesso competano con altre imprese nella produzione di beni finali (il mercato a valle).

1.1) Le infrastrutture come input essenziale

Va da sé che il rifiuto di dare accesso a un input che riveste la caratteristica la caratteristica di *essential facility* mette i concorrenti nell'impossibilità di competere sul mercato a valle ed è dunque senz'altro abusivo, salvo che sia giustificato da ragioni oggettive: ad esempio dalla non solvibilità del richiedente o da cause insuperabili di carattere tecnico (nel caso del trasporto aereo, piste di atterraggio troppo corte per permetterne l'uso ad aerei di grandi dimensioni). Il rifiuto può assumere varie forme: da quello "secco" a una serie di condotte dirette a porre strumentalmente ostacoli alle richieste o che abbiano finalità dilatorie.

Il rifiuto a contrarre può anche prendere la forma di praticare ai concorrenti sul mercato a valle prezzi per l'uso della *facility* più elevati di quelli praticati all'impresa interna al soggetto verticalmente integrato, operante sullo stesso mercato finale: si tratta in questo caso però di un abuso di prezzo, di cui si tratterà a breve.

Il rifiuto abusivo a contrarre: il caso Commercial Solvents

L'Istituto Chemioterapico Italiano (ICI), filiale italiana di Commercial Solvents Corporation (CSC), aveva rifiutato di continuare a vendere l'aminobutanolo, sostanza di cui era l'unica produttrice al mondo, a Zoja, impresa che aveva fino ad allora utilizzato tale materia prima per la fabbricazione di un prodotto derivato, l'etambutolo.

Nel 1972 la Commissione adottava una decisione (*) in cui dichiarava che tale comportamento integrava gli estremi di un abuso di posizione dominante. Tale conclusione derivava dalla constatazione che il comportamento posto in essere dal gruppo CSC era "atto a causare l'eliminazione di uno dei principali produttori di etambutolo del mercato comune". Tale condotta, limitando gli sbocchi della materia prima e la produzione di etambutolo, era idonea ad arrecare "un pregiudizio grave al mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva nel mercato comune stesso".

La Corte di Giustizia (CEG), con sentenza del 1974 (**), respingeva i ricorsi presentati da ICI e CSC contro la decisione della Commissione. Dopo aver puntualizzato, in contrasto con quanto sostenuto dalle ricorrenti, che era possibile distinguere il mercato delle materie prime necessarie alla fabbricazione di un prodotto dal mercato in cui viene smerciato il prodotto stesso, ne traeva la conseguenza che "lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante detenuta sul mercato delle materie prime può ripercuotersi sfavorevolmente sulla concorrenza in seno al mercato dei prodotti finiti; di questi ultimi si deve perciò tenere conto nel valutare gli effetti di una trasgressione, anche se il loro mercato non costituisce un mercato separato".

Passando poi a valutare la condotta di ICI e CSC consistente nel "limitare, se non [...] cessare completamente, le proprie forniture di aminobutanolo a terzi al fine di facilitare a CSC l'ingresso sul mercato dei prodotti finiti", la CEG censurava tale comportamento dal momento che, detenendo CSC "una posizione dominante sul mercato delle materie prime e di conseguenza controllando le forniture ai fabbricanti di prodotti finiti, la decisione di intraprendere essa stessa la produzione dei prodotti finiti in concorrenza con coloro che prima erano i suoi clienti non la legittimava a eliminare, sfruttando la propria posizione dominante, la concorrenza di questi ultimi, né, in particolare, ad eliminare dal mercato uno dei maggiori produttori di etambutolo".

Pertanto, la CGCE concludeva che il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuti di rifornirne il proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante, in violazione dell'art. 82 CE (ora 102, TFUE).

(*) Decisione della Commissione del 14.12.1972, *Zoia-CSC*. (**) Sentenza della CEG del 6.03.1974, cause riunite 6- 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents*.

Rifiuto a contrarre ed essential facilities: il caso Bronner "

Oscar Bronner (Bronner), società austriaca editrice del quotidiano "Dee Standard", aveva chiesto al gruppo Mediaprint, anch'esso operante nel mercato austriaco dell'editoria di quotidiani, di concederle l'accesso, dietro equo corrispettivo, al proprio sistema di distribuzione porta a porta di quotidiani. In particolare, Bronner argomentava che il sistema di distribuzione giornaliera creato da Mediaprint era l'unico avente copertura nazionale e in grado di assicurare una consegna dei quotidiani nelle prime ore del mattino (la consegna a mezzo posta non avrebbe rappresentato un'adeguata alternativa dato che, in questo caso, la consegna veniva effettuata solo in tarda mattinata). Bronner aggiungeva inoltre che, stante l'esiguo numero di abbonati al suo quotidiano, non le sarebbe stato economicamente possibile creare un efficiente sistema alternativo di distribuzione. In conclusione, secondo Bronner la rete di distribuzione di Mediaprint aveva tutti i requisiti (condivisibilità, non sostituibilità e non duplicabilità) di una essential facility e come tale il suo proprietario era tenuto all'obbligo a contrarre.

La Corte di Giustizia (CEG) si pronunciò nel 1998 contro il ricorso di Bronner (*). Queste le principali motivazioni che escludevano l'obbligo a contrarre da parte di Mediaprint:

- a) La necessità di tenere in considerazione, nell'applicazione della dottrina delle essential facilities, le possibili implicazioni nel lungo termine dell'imposizione di un diritto di accesso. Accordare un diritto di accesso a terzi in maniera troppo "disinvoltata" avrebbe infatti potuto indurre a una contrazione degli investimenti nella creazione di nuove infrastrutture o per l'ampliamento di quelle esistenti e quindi, in prospettiva, a una diminuzione del livello di concorrenza sul mercato.
- b) L'obiettivo dell'art. 82 CE (ora 102, TFUE) è di prevenire distorsioni della concorrenza - e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori - piuttosto che proteggere la posizione di singoli concorrenti.
- c) Il sistema di distribuzione di Mediaprint non rivestiva carattere "essenziale", posto che Bronner aveva a disposizione sistemi alternativi di distribuzione, pur se non efficienti quanto quello creato da Mediaprint.
- d) Le quote di mercato di Bronner erano incrementate notevolmente nell'ultimo anno, sia in termini di abbonati che di raccolta di pubblicità, circostanza che comprovava il carattere non "essenziale" della rete distributiva del concorrente Mediaprint.
- e) Quanto poi alla duplicabilità o meno della rete di distribuzione da parte di Bronner, questa andava apprezzata in termini oggettivi, e non soggettivi, in quanto *"perché un diniego di accesso costituisca un abuso occorre che la concorrenza risulti estremamente difficile non solo per l'impresa che chiede l'accesso, ma anche per qualunque altra impresa. Pertanto, affinché il costo della riproduzione dell'infrastruttura costituisca, di per sé, un ostacolo all'ingresso sul mercato, esso deve essere tale da scoraggiare qualsiasi imprenditore prudente"*.

(*) Sentenza della Corte di Giustizia del 26.11.1998, causa C-7/97, *Bronner c. Mediaprint*.

1.2) I diritti di proprietà industriale come input essenziale

L'applicazione dei principi in materia di *essential facilities* a titolari di diritti di proprietà intellettuali o industriali, che godono di una posizione dominante, solleva peculiari e delicati problemi.

In effetti, l'essenza stessa di un diritto di proprietà intellettuale consiste nel diritto di escludere chiunque altro dallo sfruttamento dell'oggetto del diritto di proprietà. Partendo da questa premessa, la posizione originaria della Corte di Giustizia è stata di escludere la possibilità di applicare i principi relativi alle *essential facilities* ai casi in cui il titolare di un diritto di proprietà intellettuale si rifiuti di concedere a terzi una licenza per lo sfruttamento del medesimo diritto.

Tuttavia, la Corte riconosceva che particolari modalità di esercizio del diritto di proprietà intellettuale potevano essere sanzionate quali comportamenti abusivi, purché ricorressero gli altri presupposti per l'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante. Ad esempio, secondo la Corte, potrebbe costituire comportamento abusivo l'arbitrario rifiuto, da parte di un produttore di macchine, di fornire pezzi di ricambio brevettati a officine di riparazione indipendenti, o ancora la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello nonostante numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione⁵⁷.

Successivi sviluppi giurisprudenziali hanno peraltro sostanzialmente esteso l'applicabilità della dottrina delle *essential facilities* ai diritti di proprietà intellettuale, sia pur subordinatamente alla condizione aggiuntiva che la richiesta di accesso sia funzionale all'introduzione sul mercato di prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori⁵⁸.

Caso importante di rifiuto di accesso a un diritto di proprietà industriale ha visto coinvolto Microsoft (vedi riquadro qui sotto), consistente nel rifiutare di fornire alle imprese concorrenti, anch'esse produttrici di sistemi operativi, le "chiavi" di interconnessione con il sistema operativo Windows (di gran lunga dominante all'epoca) con effetti escludenti dei propri concorrenti sia sul mercato dei sistemi operativi e su quello delle app. multimediali.

Rifiuto a contrarre su diritti di proprietà industriale: il caso Microsoft

Con una decisione del 2004 (*), seguita a una procedura durata oltre cinque anni, la Commissione concludeva che Microsoft Corporation (Microsoft) aveva abusato della propria posizione di quasi monopolio sul mercato dei sistemi operativi per personal computer (Pc), in violazione dell'art. 82 (ora 102) del Trattato CE. Di conseguenza, la Commissione comminava a Microsoft un'ammenda di circa 500 milioni di euro, la più alta mai comminata a una singola società per infrazioni delle regole di concorrenza. Inoltre, la Commissione imponeva a Microsoft una serie di misure correttive, volte a ristabilire eque condizioni di concorrenza all'interno dei mercati interessati dai comportamenti abusivi.

Secondo la Commissione, Microsoft aveva posto in essere due distinti abusi volti a estendere in altri mercati il potere di quasi monopolio da essa detenuto, grazie al proprio sistema operativo Windows, nel mercato dei sistemi operativi per PC. Su uno dei due abusi si rinvia alla sezione 2) che segue avendo caratteristiche diverse. Quello qui in discussione derivava dalla circostanza che Microsoft aveva rifiutato di fornire informazioni sulle interfacce del suo sistema Windows necessarie per permettere ai sistemi operativi di server per gruppi di lavoro prodotti dai concorrenti di Microsoft di dialogare efficacemente con tale onnipresente sistema operativo.

La Commissione concludeva che la Società aveva deliberatamente cercato di limitare l'interoperabilità tra i PC che adoperano Windows e i server che utilizzano sistemi operativi per gruppi di lavoro prodotti dai concorrenti. In tal modo, Microsoft aveva acquisito una posizione dominante anche nel mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, impedendo ai concorrenti di competere efficacemente. Come rimedio, la Commissione imponeva a Microsoft di fornire entro 120 giorni ai propri concorrenti le informazioni necessarie a garantire l'interoperabilità tra i diversi sistemi operativi.

(*) Decisione della Commissione del 24 marzo 2004, Microsoft. caso n. COMP/C.3/37.792.

2) Condotte fidelizzanti e pratiche leganti

Ogni impresa cerca di acquisire il maggior numero possibile di clienti e di conservarli, praticando a essi condizioni più favorevoli dei concorrenti, anche non basate sui prezzi. Ciò è perfettamente lecito, a meno che l'impresa abbia posizione dominante e utilizzi pratiche considerate abusive.

⁵⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 5 ottobre 1988, *Valva c. Erik Veng*, causa 238/87, § 8.

⁵⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 29 aprile 2004, *IMS Health c. NDC Health*, causa C-418/01.

Si ricorderà che l'articolo 102 del TFUE menziona fra gli abusi di posizione dominante il “*subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*”.

Ebbene, rappresentano abusi escludenti le *vendite in esclusiva*, ossia il subordinare la vendita dei propri prodotti alla condizione che il cliente (in genere un commerciante o un distributore) si impegni a non rifornirsi da altri concorrenti, oppure imporre altre clausole contrattuali lesive della concorrenza. Fra queste merita di essere citata la *clausola inglese*. Essa consiste nell'impegno dell'acquirente di comunicare all'impresa dominante che lo rifornisce eventuali proposte più convenienti presentategli dai concorrenti dell'impresa stessa, con l'obbligo dell'acquirente di mantenere il rapporto esclusivo in essere se questa accetta le condizioni offerte dai suoi concorrenti.

Parimenti abusive sono le *vendite abbinate*, ossia il condizionare la vendita di un bene A all'acquisto anche di un bene B, senza che vi sia un'oggettiva giustificazione di vantaggio per i clienti⁵⁹. Le pratiche al riguardo possono essere diverse. Ne menzioniamo tre:

- a) *Tying*. Ipotizziamo che un'impresa sia dominante nella produzione del bene A ma non in quella del bene B. I clienti sono lasciati liberi di acquistare il solo bene B, ma - qui sta l'abuso - il bene A [sul quale l'impresa ha potere di mercato anche sui clienti (bene “tying”)] viene venduto solo subordinatamente all'acquisto anche del bene B (bene “tied”). La finalità di questa condotta – dunque dell'abuso escludente – è che in tal modo l'impresa tenta di estendere la propria posizione di dominanza sul mercato B a danno dei concorrenti avvalendosi della dominanza di cui gode sul mercato A. Rientra dunque nella casistica, già anticipata, in cui l'abuso è compiuto sul mercato A mentre i suoi effetti anticoncorrenziali si esplicano sul mercato B.
- b) *Bundling*. E' il caso in cui l'impresa, sempre dominante sul mercato A, offra come parte indissolubile del “pacchetto” anche il bene B, senza che sussistano oggettive ragioni tecniche. Il caso al riguardo più noto nella giurisprudenza è quello di Microsoft, dominante sul mercato dei sistemi operativi (Windows), che ne subordinava l'acquisto a quello anche del suo sistema Media Player, dove invece dominante non era. In tal modo tentava di estendere la sua dominanza da un mercato all'altro, con l'effetto di escludere i suoi concorrenti da quest'ultimo (vedi riquadro che segue).
- c) *Mixed-bundling*. L'impresa è dominante solo sul mercato A ma è presente anche nel mercato B. Diversamente dai casi precedenti essa lascia liberi i clienti di acquistare l'uno o l'altro bene, ma li incentiva comprarli entrambi offrendo il pacchetto a un prezzo inferiore alla somma dei prezzi dei due beni venduti separatamente. Si tratta di un comportamento ispirato alle normali pratiche commerciali (il *leverage* di un prodotto su un altro), in sé dunque non abusivo, salvo che l'impresa arrivi a vendere il pacchetto sottocosto. In questo caso l'intento escludente dei concorrenti si configura come *abuso di prezzo* (qui anticipato per uniformità di trattazione), reso evidente dal fatto che l'impresa ci rimette pur di danneggiare i concorrenti.

Da precisare che le pratiche leganti discusse nei punti (a) e (b), oltre a configurarsi come abusi di esclusione dei concorrenti implicano potenzialmente anche un abuso di sfruttamento

⁵⁹ Ad esempio la vendita “congiunta” della scarpa destra e di quella sinistra o di una fotocopiatrice e insieme del toner, ecc.

dei consumatori, i quali – senza ragioni oggettive - sono forzati ad acquistare un secondo bene, che liberamente non avrebbero comprato.

Pratiche leganti: il caso Microsoft

Con una decisione del 2004 (*), seguita a una procedura durata oltre cinque anni, la Commissione concludeva che Microsoft Corporation (Microsoft) aveva abusato della propria posizione di quasi monopolio sul mercato dei sistemi operativi per personal computer (Pc), in violazione dell'art. 82 (ora 102) del Trattato CE. Di conseguenza, la Commissione comminava a Microsoft un'ammenda di circa 500 milioni di euro, la più alta mai comminata a una singola società per infrazioni delle regole di concorrenza. Inoltre, la Commissione imponeva a Microsoft una serie di misure correttive, volte a ristabilire eque condizioni di concorrenza all'interno dei mercati interessati dai comportamenti abusivi.

Secondo la Commissione, Microsoft aveva posto in essere due distinti abusi volti a estendere in altri mercati il potere di quasi monopolio da essa detenuto, grazie al proprio sistema operativo Windows, nel mercato dei sistemi operativi per PC. In particolare, Microsoft aveva:

1. aveva rifiutato di fornire informazioni sulle interfacce di Windows, necessarie per permettere ai sistemi operativi di server per gruppi di lavoro prodotti dai concorrenti di Microsoft di dialogare efficacemente con tale onnipresente sistema operativo;
2. incorporato il proprio programma Windows Media Player (WMP) all'interno del sistema Windows con una tipica politica di tying.

In relazione al punto 1, la Commissione concludeva che Microsoft aveva deliberatamente cercato di limitare l'interoperabilità tra i PC che adoperano Windows e i server che utilizzano sistemi operativi per gruppi di lavoro prodotti dai concorrenti. In tal modo, Microsoft aveva acquisito una posizione dominante anche nel mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, impedendo ai concorrenti di competere efficacemente. Come rimedio, la Commissione imponeva a Microsoft di fornire entro 120 giorni ai propri concorrenti le informazioni necessarie a garantire l'interoperabilità tra i diversi sistemi operativi.

Analoghe le conclusioni della Commissione sul punto 2, avendo accertato che ricorrevano nel caso di specie le quattro condizioni per considerare abusiva una condotta di tying:

- a) l'impresa deve detenere una posizione dominante all'interno del mercato del prodotto "legante";
- b) il prodotto "legante" e quello "legato" devono essere due prodotti distinti (una scarpa destra e la relativa scarpa sinistra, ad esempio, non sono due prodotti distinti, perché non potrebbero essere venduti separatamente);
- c) l'impresa non deve lasciare alcuna scelta ai propri clienti, se non quella di acquistare i due prodotti congiuntamente;
- d) la condotta di tying deve avere l'effetto di ridurre la concorrenza all'interno del mercato del prodotto "legato".

Per rimediare agli effetti restrittivi generati dal tying, la decisione imponeva a Microsoft di offrire ai produttori di PC, entro 90 giorni dalla notifica della decisione, una versione del sistema operativo Windows senza WMP. Ciò non significava, tuttavia, che i consumatori non avrebbero più potuto acquistare il PC con un media player preinstallato. Semplicemente, i produttori di PC avrebbero avuto la possibilità, nell'assemblare i PC, di abbinare al sistema operativo il media player scelto dai consumatori finali, anziché da Microsoft.

* Decisione della Commissione del 24 marzo 2004, Microsoft. caso n. COMP/C.3/37.792.

4.2.2.- Abusi escludenti basati sulle politiche di prezzo

1) La discriminazione dei prezzi - Introduzione

Nell'opinione comune praticare prezzi diversi per beni o servizi equivalenti è considerata una pratica che danneggia i clienti, un abuso compiuto da imprese che dispongono di notevole potere di mercato. Non a caso le autorità della concorrenza vigilano attentamente a questo riguardo e il TFUE (art. 102, comma 1, lettera c) considera abuso di posizione dominante *"l'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti"*.

La discriminazione dei prezzi può tuttavia avere anche effetti positivi sul benessere dei consumatori ed è comunque del tutto legittima se attuata da imprese che operano su mercati concorrenziali e che non dispongono di notevole potere di mercato, ovviamente a condizione che non violino i diritti civili (è il caso della discriminazione fra acquirenti per razza, sesso, nazionalità, ecc.).

Del resto è una pratica comunissima, in genere basata sulla differente disponibilità a pagare (sull'elasticità della domanda al prezzo) delle diverse tipologie di acquirenti.

A titolo di esempio: i differenti prezzi dei biglietti aerei su di uno stesso volo, a seconda della classe, della possibilità di cambiare le date, del momento in cui sono acquistati; lo stesso per i libri con copertina rigida e morbida, o le diverse condizioni applicate da sale cinematografiche a seconda dell'età dei clienti, ecc. Ancora, si pensi ad esempio al proliferare degli outlet che mettono in vendita i medesimi prodotti "griffati" a prezzi scontati rispetto a quelli praticati negli esercizi commerciali principali, ma solo dopo un certo periodo dal loro "lancio".

Un caso assimilabile è quando l'impresa vende lo stesso prodotto su mercati geografici differenti, dove praticherà prezzi più elevati in paesi, o in aree di uno stesso paese, a più elevato tenore di vita e dove maggiore è la disponibilità a pagare.

La strategia funziona a patto che gli acquirenti non abbiano possibilità di *arbitraggio*, ossia non possano scambiarsi ciò che hanno acquistato (ad esempio un anziano che cede il proprio biglietto del cinema a uno che non ha diritto a sconti).

La discriminazione dei prezzi può produrre vantaggi anche per i consumatori, perché in forza della concorrenza le imprese possono arrivare fino a praticare prezzi pari al costo marginale (dunque inferiori a quello medio totale) agli acquirenti con minore disponibilità a pagare, coprendo la differenza con i più alti prezzi applicati agli acquirenti meno sensibili al prezzo, ciò che determina sussidi incrociati fra gli uni e gli altri. In tal modo possono beneficiare del prodotto anche quanti, in assenza di discriminazione dei prezzi, non sarebbero stati in grado di pagare un prezzo pari al costo medio. Su questo si torna poi nella parte relativa alla regolazione dei mercati.

Si tratta dunque di normali pratiche commerciali, del tutto lecite e positive se condotte su mercati concorrenziali da imprese prive di posizioni di dominanza. E' vero che sono realizzate dalle imprese con la finalità di incrementare i profitti, ma il contesto concorrenziale in cui operano dovrebbe a lungo andare scremare eventuali extra-profitti e risolversi pertanto a prevalente beneficio dei consumatori.

Diverso è se la discriminazione dei prezzi è attuata da un'impresa monopolista o comunque in posizione dominante, poiché sfrutterebbe il potere di mercato a esclusivo suo vantaggio e a danno degli acquirenti, siano essi imprese o consumatori, lucrando extra-profitti destinati a perdurare a causa dell'assenza o della debolezza dei concorrenti.

2) *Margin e price squeeze*

Si è già detto che il rifiuto a contrarre da parte del gestore di un input essenziale alla produzione (un'*essential facility*) costituisce abuso di posizione dominante escludente. Si è anche anticipato che costituisce abuso escludente anche praticare prezzi diversi alle imprese richiedenti l'input.

La condizione che al riguardo si presenta come più delicata e grave è quella già richiamata: il caso di un soggetto verticalmente integrato che gestisce l'input essenziale e al tempo stesso lo utilizza sul mercato finale in cui è in concorrenza con altri operatori. Diciamo che in questo soggetto convivono due "rami di impresa" (o due linee di produzione), una che serve il mercato a monte e l'altra che serve il mercato a valle. Va da sé che è forte la tentazione di praticare ai concorrenti prezzi per l'input maggiori di quelli fatti pagare alla sua impresa interna. La pratica si può realizzare in due modi.

2.1) *Margin squeeze*

Consiste nella compressione dei margini di guadagno dei concorrenti a valle e la si realizza, appunto, allorché il "ramo di azienda" a monte fornisce l'input essenziale facendo pagare al suo ramo di azienda gemello un prezzo più basso di quello addebitato ai concorrenti.

Dal momento che nel mercato a valle vi è concorrenza, le imprese non potranno praticare ai consumatori prezzi molto diversi, cosicché: (i) per non perdere clienti, i concorrenti dell'impresa verticalmente integrata non traslano sui prezzi il maggiore costo dell'input che viene fatto loro pagare, in tal modo subendo una compressione dei margini di guadagno o addirittura perdite (*margin squeeze*); (ii) oppure aumentano i prezzi perdendo competitività e mercato rispetto al concorrente verticalmente integrato (*perdita di chance*). In entrambi i casi saranno danneggiati e la condotta dell'impresa dominante va considerata abusiva.

E' per questo che si rende necessaria la presenza di un organismo di regolazione che stabilisca un prezzo equo per l'uso dell'input e che vigili che sia applicato senza discriminazioni.

2.2) *Price squeeze*

L'impresa dominante può cercare di raggiungere risultati analoghi se l'impresa a valle – pur pagando ufficialmente lo stesso prezzo dei concorrenti per l'uso dell'input (perché il regolatore glielo impone) - pratica prezzi che i concorrenti non possono sostenere. Si potrà obiettare che in questo modo la nostra impresa ci rimette al pari dei suoi concorrenti e dunque che non vi è interesse in questa direzione. In realtà può non essere così.

Il soggetto verticalmente integrato può essere tentato di far *figurare* come costi di produzione dell'input costi che in realtà sono di pertinenza della produzione a valle. In questo modo può permettersi di praticare prezzi minori dove è in concorrenza e prezzi più elevati per l'accesso all'infrastruttura, in tal modo scaricandone l'onere sugli altri utilizzatori dell'input.

In alternativa, essendo monopoliste sul mercato a monte e probabilmente *incumbent* su quello a valle, le imprese verticalmente integrate dispongono di capacità finanziarie considerevoli che possono permettere loro di rimetterci sui mercati a valle per il tempo necessario a escludere i concorrenti.

Come si può facilmente desumere gli effetti negativi sui concorrenti del margin e del price squeeze sono simili. Questa seconda strategia è però più insidiosa poiché non ricorre (non

ricorre apertamente) a praticare prezzi discriminatori di accesso all'infrastrutture, facilmente verificabili dalle Autorità.

Per accertare il ricorrere di una condotta di price squeeze le autorità antitrust, previa verifica che non vi sia stata discriminazione di prezzo dell'input essenziale, solitamente utilizzano un doppio test:

- a) il primo è il *test di costo*, volto a verificare che il prezzo praticato a valle dall'operatore verticalmente integrato sia sottocosto; se il risultato del test è che tale prezzo non copre i costi, l'abuso è palese; se invece il risultato è opposto si passa al secondo test;
- b) il *test di replicabilità*, diretto ad accertare se tale prezzo sia replicabile da parte di *concorrenti mediamente efficienti*; l'antitrust infatti non tutela i concorrenti inefficienti (con costi ingiustificatamente alti) ma quelli, appunto, efficienti ed è a tutela di questi ultimi che impone una "speciale responsabilità" alle imprese che – direttamente o in quanto parte di un soggetto verticalmente integrato – dispongono di notevole potere di mercato.

Le pratiche di margin e price squeeze sono fra i principali casi in cui gli *effetti* della dominanza sui mercati a monte si realizzano sui mercati a valle. Entrambe sono fonte di molto lavoro per le autorità antitrust e di regolazione settoriale: quello delle seconde per prevenirle, quello delle prime per sanzionarle una volta accertatane la sussistenza. Parimenti questa tipologia di abusi è una delle più "gettonate" ragioni di avvio delle cause di "*private enforcement*".

Queste possibili pratiche abusive rendono tanto più necessaria la presenza di autorità di regolazione dei prezzi che, come si vedrà, devono verificare l'esistenza o meno di traslazioni dei costi (ossia di sussidi incrociati) fra i due rami dell'impresa verticalmente integrata.

Azioni di private enforcement a seguito di abusi per margin/price squeeze

Gli abusi per margin o price squeeze sono fra quelli che più alimentano le cause di risarcimento del danno antitrust davanti ai tribunali civili (il "*private enforcement*" di cui si è detto). Si tratta di controversie non facili da risolvere poiché spetta all'impresa ricorrente l'onere della prova che l'abuso, accertato dalle Autorità della concorrenza (*), l'abbia effettivamente danneggiata.

L'argomento che la difesa dell'operatore chiamato in causa è normalmente che l'impresa ricorrente non ha subito la compressione dei margini poiché ha traslato ("*passing on*") il maggior costo sui prezzi praticati alla sua clientela e pertanto, semmai, è quest'ultima a essere stata danneggiata. Ne segue che ove il *passing on* sia stato provato, se ne ricava l'impresa non ha subito un danno diretto.

A questo punto va verificato se via sia stato un danno diretto nella forma di "perdita di chance", vale a dire, se la traslazione dei maggiori costi sui prezzi abbia ridotto la vendite e per tale via i profitti dell'impresa, ciò che obbliga quest'ultima a provare che ciò è avvenuto e a quantificare l'entità del danno: una "prova diabolica" poiché l'andamento delle vendite può dipendere da mille ragioni, cosicché dimostrare l'esistenza di un nesso causale fra l'abuso subito e le variazioni di queste ultime è estremamente difficile.

(*) E, se del caso, confermato dalle Corti amministrative. Fino al 2014 fra le questioni da dirimere nelle cause civili era anche la sussistenza dell'abuso, anche se questo era stato accertato dalle Autorità antitrust e confermato dalle Corti amministrative.

3) Prezzi predatori

Per comportamento predatorio si intende una strategia in *due fasi* posta in opera da un'impresa in posizione dominante: (i) nella prima fase essa abbassa i prezzi fino a costringere i propri concorrenti a uscire dal mercato; (ii) nella seconda innalza i prezzi a un livello superiore a quelli iniziali, giovandosi dell'esclusione dei concorrenti, sì da recuperare anche le eventuali perdite sopportate nella prima fase.

Naturalmente, non è facile intraprendere una simile strategia. Per convincere i propri rivali ad abbandonare il mercato l'impresa dovrà praticare prezzi per loro insostenibili: questi si troveranno costretti a seguirla nel ribassare i prezzi oppure a perdere clienti. A seguito della riduzione dei prezzi essa dovrà poi espandere la propria produzione in misura significativa, sia a seguito dell'aumento della quantità domandata dal mercato, sia per colmare il vuoto di offerta lasciato dall'uscita dei suoi concorrenti, ciò che richiede che l'impresa disponga di sufficiente capacità produttiva.

In pratica, quindi, una strategia predatoria può essere perseguibile ed efficace soltanto a due condizioni:

- a) che l'impresa dominante abbia costi medi inferiori a quelli dei suoi concorrenti, cosicché l'abbassamento del prezzo metta in difficoltà questi ultimi e solo in misura minore l'impresa in questione; oppure che abbia una solidità finanziaria tale da potersi permettere di sostenere perdite consistenti, seppure temporanee;
- b) che esistano barriere all'entrata nel mercato tali da rendere improbabile che i rivali, usciti dal mercato, vi rientrino quando nella seconda fase l'impresa avrà rialzato i prezzi.

Per identificare riduzioni dei prezzi che effettivamente si configurino come predatorie è necessario trovare criteri di analisi.

Il test più utilizzato è quello di *Areeda-Turner*⁶⁰, basato sull'idea che un'impresa dominante può razionalmente continuare a vendere al di sotto dei propri costi medi *variabili* (AVC) solo se ritiene di essere in grado di aumentare in futuro sensibilmente i prezzi di vendita, e dunque di essere in grado di condurre a termine con successo una politica di predazione. In altre parole, in condizioni normali di mercato la ratio che può condurre un'impresa a decidere di rimetterci non può che essere quella di escludere i concorrenti. Prezzi inferiori ai costi medi variabili provano dunque l'esistenza di un comportamento predatorio⁶¹.

La questione è stata sistematizzata nel 1991 da una celebre sentenza della Corte europea di giustizia che ha sancito che:

- (i) prezzi al di sotto dei costi medi variabili sono certamente indicativi di un comportamento predatorio;
- (ii) prezzi maggiori dei costi medi variabili ma minori dei costi medi *totali* sono da considerarsi predatori solo se è provato che siano parte di una più ampia strategia di eliminazione dei concorrenti⁶².

Prezzi predatori nella giurisprudenza dell'UE: il caso AKZO

Nel 1982 ECS, una piccola impresa chimica inglese, segnalava alla Commissione la condotta tenuta nei suoi confronti da AKZO, produttore dominante nel mercato rilevante comunitario di un particolare additivo. In particolare, ECS lamentava che AKZO aveva esercitato forti pressioni affinché ECS abbandonasse ogni proposito di vendere anche all'industria plastica e aveva addirittura minacciato ECS di iniziare a vendere sottocosto al fine di estrometterla dal mercato. La Commissione constatava che AKZO aveva effettivamente cominciato a offrire prezzi notevolmente più bassi di quelli di solito praticati, costringendo ECS ad abbassare i propri a livelli non redditizi: AKZO veniva quindi condannata per violazione dell'art. 82 CE (Decisione della Commissione del 14 dicembre 1985, ECS1/AKZO Chemie). La decisione veniva impugnata da AKZO davanti

⁶⁰ Areeda P., Turner D., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, 1975.

⁶¹ Per la precisione il test originariamente prevedeva il confronto con il costo marginale; poiché tuttavia il costo marginale è in molti casi difficile da misurare, questo test è stato di fatto applicato dalla giurisprudenza e dalla prassi delle Autorità della concorrenza facendo riferimento ai costi medi variabili.

⁶² Sentenza della Corte di Giustizia del 3 luglio 1991, causa C-62/86, Akzo c. Commissione.

alla Corte di Giustizia, la quale confermava in gran parte la legittimità della decisione fissando gli standard sopra indicati.

In realtà i casi accertati di predatorietà sono piuttosto limitati in quanto condotte di questo tipo possono essere molto onerose e rischiose: onerose poiché affinché dia i risultati sperati (l'eliminazione dei concorrenti) il ribasso dei prezzi va mantenuto per un arco di tempo non breve durante il quale l'impresa può accumulare perdite; rischiose in quanto nulla assicura che le barriere all'entrata "tengano" una volta che l'impresa avrà rialzato i prezzi e che dunque sia costretta a ridurli dall'ingresso di nuovi concorrenti.

Relativamente più diffusi sono i casi di predatorietà da parte di imprese multiprodotto, poiché possono compensare le perdite di un ramo di attività con i profitti dell'altro: è il caso Diano-Caronte qui sotto illustrato.

Prezzi predatori e costi incrementali in Italia: il caso Diano/Tourist-Caronte

Fino all'estate del 1998 il servizio di trasporto marittimo di mezzi gommati e passeggeri sullo stretto di Messina era offerto esclusivamente dal gruppo Tourist-Caronte e da Ferrovie dello Stato, che operavano soltanto sulla rotta Messina-Villa San Giovanni. Tale rotta era difficilmente contendibile da parte di altri vettori marittimi a causa dell'esistenza di elevate barriere all'entrata sul porto di Villa San Giovanni, sia di tipo infrastrutturale (ad esempio, le banchine per gli approdi), sia di tipo amministrativo.

A seguito dell'avvio di un nuovo collegamento sulla rotta Messina-Reggio Calabria da parte di Diano, Tourist-Caronte attivava un servizio di trasporto su tale rotta, applicando tariffe sostanzialmente inferiori alle tariffe praticate sulla rotta Messina-Villa San Giovanni. Inoltre, Tourist-Caronte fissava gli orari delle proprie corse sulla Messina-Reggio Calabria in modo da sovrapporsi sistematicamente alle corse del concorrente Diano.

A causa di tale strategia, Diano subiva consistenti perdite e rischiava di uscire dal mercato. Di contro, i risultati economici del gruppo Tourist-Caronte per il servizio traghettamento attraverso lo stretto di Messina evidenziavano sostanziali profitti: infatti, Tourist-Caronte aveva ampiamente compensato le perdite subite sulla nuova rotta Messina-Reggio Calabria con gli ampi profitti realizzati sulla rotta Messina-Villa San Giovanni, che rappresentava il 90% dell'intero mercato rilevante della fornitura di servizi di traghettamento attraverso lo stretto di Messina e sulla quale il gruppo Tourist-Caronte deteneva una posizione di assoluto dominio.

Considerato che Tourist-Caronte occupava una posizione dominante nel mercato del servizio di traghettamento attraverso lo stretto (detenendovi una quota di mercato dell'80%) e che era l'unico operatore sulle due rotte, l'Autorità antitrust italiana (AGCM) ha avviato nel 2002 (*) un procedimento per verificare l'eventuale natura predatoria della politica tariffaria adottata dal gruppo.

A questo fine l'AGCM ha effettuato un'analisi delle tariffe e dei costi sostenuti da Tourist-Caronte sulla rotta Messina-Reggio Calabria, applicando il criterio LRIC, ovvero dei costi evitabili, quelli che comunque debbono essere sostenuti anche qualora la produzione incrementale venisse meno.

Al termine della sua analisi, l'AGCM giungeva alla conclusione che le tariffe praticate dal gruppo Tourist-Caronte sulla rotta Messina-Reggio Calabria erano inferiori sia ai costi incrementali di lungo periodo (tra i quali rientravano quelli relativi agli investimenti in nuove navi e alle concessioni per gli approdi), sia a quelli di breve periodo (che ricomprendevano, tra gli altri, i costi degli equipaggi e quelli relativi al carburante). L'AGCM rilevava anche che la condotta aggressiva di Tourist-Caronte era volta anche a scoraggiare l'ingresso di potenziali nuovi concorrenti, sì da poter – una volta eliminato il concorrente Diana – alzare i prezzi senza timore di attirare nuovi concorrenti.

L'AGCM ha ritenuto quindi dimostrato il carattere predatorio della politica tariffaria del gruppo Tourist-Caronte sulla rotta Messina-Reggio Calabria e comminato una sanzione di circa 2,3 milioni di euro.

(*) AGCM, Provvedimento del 17.04.2002, caso A267, *Diano/Turist Ferry Boat-Caronte*.

Va infine sottolineato che per verificare la predatorietà della condotta di un'impresa dominante possono non essere sufficienti in sé le verifiche quantitative illustrate sopra ma va

accertato l'*intento* escludente. Ciò significa contestualizzare il suo comportamento nelle condizioni di mercato in cui esso viene attuato.

A titolo di esempio, ipotizziamo un'impresa che sta introducendo un prodotto tecnologicamente più avanzato di quello che ha fornito finora (supponiamo un nuovo modello di smartphone), cosicché prevede che la domanda si trasferirà dal vecchio al nuovo modello. Che cosa fare delle scorte del vecchio modello? Rottamarle o venderle a prezzi "stracciati", al di sotto del costo di produzione sostenuto per esse? Ovviamente un soggetto razionale opterebbe per la seconda via, magari anche a vendendo a un prezzo inferiore al costo medio variabile *già sostenuto*, posto che tutto quello che riuscisse a incassare sarebbe guadagnato. Non vi sarebbe in questo caso un intento escludente bensì quello di minimizzare le perdite.

Per fare un altro esempio, supponiamo che un determinato mercato (o tutta l'economia) attraversi una fase di grave depressione, con conseguente calo della domanda. Qualunque impresa razionale che ritenga che la caduta della domanda sia temporanea - e che abbia la forza economica di farlo - cercherebbe di seguire a presidiare il suo mercato abbassando i prezzi, posto che l'alternativa di abbandonare il mercato sarebbe con ogni probabilità più onerosa: chiudere l'attività comporta infatti costi non recuperabili e riaprirla una volta che la crisi sia passata costi aggiuntivi e difficoltà di recuperare clienti che nel frattempo sarebbero passati ad altri. E' vero che in questo caso l'abbassamento dei prezzi al di sotto dei costi avrebbe anche impatto escludente ma l'intento principale non sarebbe predatorio ma di mantenimento dell'attività.

4) *Sconti fidelizzanti*

Gli sconti alla clientela possono avere effetti escludenti nei confronti dei concorrenti, in particolare quelli *fidelizzanti*, la cui natura è di dissuadere la clientela dal rifornirsi presso i concorrenti dell'impresa dominante.

Tra le principali tipologie di sconti tendenzialmente vietate vi sono:

- a) gli sconti che impegnano il cliente a soddisfare tutto il proprio fabbisogno presso l'impresa dominante;
- b) gli sconti connessi all'acquisto di altri prodotti dell'impresa dominante (è il caso del *mixed-bundling* di cui si è già parlato).
- c) gli sconti-quantità, riconosciuti ai clienti in *proporzione diretta* con le quantità totali acquistate.

La portata escludente della fattispecie (a) è così evidente da non richiedere qui un approfondimento. Più complesso è il caso degli *sconti-quantità*.

In generale sono ritenuti abusivi gli sconti-quantità non strettamente giustificati da *economie di costo marginale* derivanti dalla vendita di quantità *aggiuntive* di un determinato bene o servizio. Se infatti, come normalmente avviene, il costo marginale di un bene si riduce al crescere della quantità prodotta (cosicché il costo di produzione di un'unità in più è minore di quello sostenuto per l'unità "precedente"), è del tutto razionale che nel fissare il prezzo un'impresa confronti il ricavo aggiuntivo derivante da un *nuovo* ordine con il costo aggiuntivo che deve sostenere per soddisfarlo.

Per la ragione precedente sono invece vietati gli sconti *lineari*, accordati a un cliente in funzione delle quantità da questi *complessivamente* acquistate, anche se in momenti diversi.

Infatti, concordando (supponiamo) con il cliente di pagare a fine mese il conto degli acquisti effettuati durante il mese stesso e di accordargli uno sconto proporzionato all'intera spesa, l'impresa: (i) riesce meglio a *fidelizzare* il cliente, il quale avrà convenienza a servirsene sempre (si parla in questo caso di "sconti retroattivi") e (ii) lo sconto viene commisurato all'economia di costo mediamente derivante dall'insieme delle quantità acquistate nel periodo. La motivazione del divieto è che non è una condotta economicamente razionale praticare prezzi inferiori al costo marginale (al costo aggiuntivo sostenuto per vendere un'unità in più), cosicché - se il costo marginale è decrescente, come è alla base degli sconti-quantità - è lecito che il prezzo praticato si riduca per quantità aggiuntive, non che lo sconto sia applicato anche alle quantità acquistate "prima", il cui costo marginale era maggiore.

Orbene, se gli sconti retroattivi sono privi di una spiegazione razionale sotto il profilo economico (il prezzo praticato per l'intera quantità venduta è inferiore al costo marginale) se ne deduce che hanno una finalità diversa: quella appunto di escludere i concorrenti fidelizzando i clienti⁶³.

E' invece legittimo anche per un'impresa dominante praticare a un cliente una "scala sconti", purché sia in funzione di *scaglioni incrementali di vendita*. La materia è illustrata qui sotto dall'equazione (9) e dalla Figura 9.

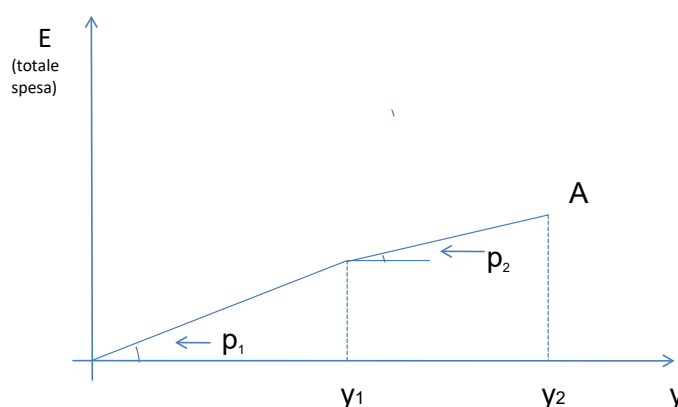
La funzione E di spesa di un qualsiasi acquirente è:

$$(9) \quad E = p_1 y_1 + p_2 (y_2 - y_1) + p_3 (y_3 - y_2) + \dots$$

Dove:

- $E=py$, con y quantità acquistate dal cliente e p prezzi pagati;
- $y_1, y_2, y_3 \dots$, scaglioni di quantità acquistata (es. da 1 a 10 unità; da 11 a 20; da 21 a 30, ecc.);
- $p_1, p_2, p_3 \dots$, i relativi prezzi, con $p_1 > p_2 > p_3$, che configurano la scala sconti proposta dal venditore e uguale per tutti i clienti.

Figura 9
Dinamica dei prezzi con sconti-quantità



⁶³ Cfr. decisioni della Commissione del 14 luglio 1999, *British Airways*, e del 20 giugno 2001, *Michelin II*.

Questa pratica di sconti articolati per scaglioni incrementali di vendite è riconosciuta lecita dalle Autorità antitrust, anche a imprese con notevole potere di mercato, poiché:

- (i) sono giustificati da *economie di costi* legate all'incremento della quantità venduta all'acquirente che ne usufruisce (il costo marginale di produzione decresce in funzione delle quantità);
- (ii) gli sconti non sono in proporzione *diretta* con la quantità acquistata (*sconti retroattivi*), ma per *scaglioni incrementali* di essa.

4.3.- Abusi di sfruttamento

Come è stato già anticipato gli abusi per sfruttamento consistono in condotte a danno di clienti o di fornitori (ad esempio, imponendo prezzi eccessivi ai clienti o prezzi ingiustificatamente bassi ai propri fornitori o comunque condizioni non eque). Il TFUE li menziona all'articolo 102, lettera a), esemplificandoli "*nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque*".

La norma primaria li configura dunque essenzialmente come abusi di prezzo ma la casistica è molto più ampia.

4.3.1. Prezzi ingiustificatamente onerosi

Possono essere considerati tali sia prezzi eccessivamente alti praticati agli acquirenti, sia prezzi di acquisto eccessivamente bassi imposti ai fornitori. Si tratta di fattispecie difficilmente accertabili e pertanto poco praticate dalle Autorità della concorrenza. Non è facile infatti accertare in modo inequivoco se un prezzo non sia equo, cosicché le imprese che lo praticano posso trovare mille ragioni per contestare gli addebiti mossi contro di loro.

Nel caso di *prezzi di vendita* la loro onerosità andrebbe valutata confrontandoli con i costi sostenuti dall'impresa, accertamento difficoltoso per le Autorità della concorrenza a causa del fatto che nessuno conosce i costi di produzione come l'impresa stessa. Inoltre, molto spesso le grandi imprese producono beni diversi, che appartengono a mercati rilevanti differenti ma che utilizzano input produttivi comuni, cosicché si renderebbe necessario stabilire quali costi sono di pertinenza della produzione del bene *A* e quali di pertinenza dei beni *B* e *C*, dove magari l'impresa non è dominante: facendo figurare come di pertinenza di *A* costi che invece riguardano *B* o *C* (sui cui mercati l'impresa non ha vincoli perché non è dominante) essa può argomentare che il prezzo praticato in *A* non è eccessivo rispetto al costo. Ciò rende difficoltoso utilizzare il criterio dell'eccessiva redditività, tenuto conto che le operazioni appena ricordate ne comportano l'apparente trasferimento dall'una produzione all'altra.

Un'altra possibile via di accertamento è di confrontare i prezzi di vendita dello stesso bene, praticati su mercati geografici dove l'impresa è dominante (chiamiamoli mercati 1) e su altri dove non lo è (mercati 2). Se p_1 è sensibilmente maggiore di p_2 si può tentare di argomentare che l'impresa approfitta della sua dominanza per fissare un prezzo ingiustificatamente oneroso. Ancora una volta la prova di ciò passa per l'accertamento dei costi, esercizio che si è detto non facile.

Certo, anche l'impresa in questo caso è in difficoltà poiché non potrebbe sostenere che dal complesso delle vendite sui diversi mercati ricava un profitto ragionevole. Se così fosse infatti (se il costo medio di produzione fosse allineato alla media di p_1 e p_2) ne deriverebbe che nei mercati in concorrenza (2) sta praticando prezzi sottocosto, coprendo la perdita con gli extra-

profitti percepiti dove invece è dominante. Ne potrebbe scaturire l'accusa di abusare della propria dominanza sul mercato (1) per estenderla al mercato (2) dove non è dominante. Di qui una doppia imputazione di abuso: di sfruttamento dei consumatori nel mercato (1) e di esclusione dei concorrenti nei mercati (2).

Prezzi eccessivi: il caso Veraldi/Alitalia

L'AGCM, in seguito a numerose denunce avviava nel 2000 un procedimento nei confronti di Alitalia (*) per verificare la sussistenza di un abuso di posizione dominante sulle rotte aventi come origine o destinazione lo scalo calabrese di Lamezia Terme. L'abuso oggetto dell'istruttoria consisteva nella asserita applicazione da parte di Alitalia di tariffe eccessivamente gravose, di gran lunga superiori a quelle praticate su rotte analoghe che collegano altre città italiane ed europee.

L'AGCM constatava preliminarmente che nel mercato rilevante (quello dei servizi di trasporto aereo passeggeri sulla tratta Milano-Lamezia Terme), Alitalia deteneva posizione dominante, essendo l'unica compagnia aerea presente.

Richiamando la giurisprudenza delle Corti comunitarie, l'AGCM precisava che il prezzo praticato da un'impresa dominante è eccessivamente elevato, e quindi abusivo, quando è privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico del prodotto o servizio fornito. La sproporzione tra prezzo e valore economico può essere accertata con diversi criteri.

Nel caso di specie l'AGCM faceva applicazione dei seguenti due metodi:

- a) la comparazione dei prezzi nel mercato rilevante con quelli praticati da Alitalia su un altro mercato maggiormente concorrenziale ("mercato di confronto");
- b) il raffronto tra prezzo di vendita e costo di produzione.

Sulla base del primo metodo - confrontando i prezzi della rotta Milano-Lamezia Terme con quelli praticati da Alitalia sulla rotta Milano-Reggio Calabria), l'AGCM ha accertato che Alitalia praticava condizioni di offerta più gravose nel mercato in discussione. In particolare, il livello di ricavo per passeggero sulla rotta Milano-Lamezia Terme superava di circa il 50% quello registrato sulla rotta concorrenziale Milano-Reggio Calabria (a fronte di una differenza tra i costi sostenuti dal vettore per l'esercizio delle due rotte pari a circa il 14%). Sul punto, tuttavia l'AGCM ritenne non poter trarre conclusioni, poiché dalla contabilità di Alitalia era emerse perdite consistenti sulla rotta in concorrenza, cosicché il di condizioni economiche fra le due rotte non era tale da provare che su quella dominata i prezzi fossero abusivi.

L'AGCM applicava quindi anche il secondo metodo, raffrontando il profitto per passeggero ottenuto da Alitalia sulla rotta Milano-Lamezia Terme con quello ricavato su rotte comparabili esercitate in concorrenza con altri vettori. Seguendo questa metodologia l'AGCM ha rilevato che sulla rotta dominata il margine era maggiore che altrove, ma che l'entità del divario non era tale da dimostrare quell'irragionevole sproporzione fra prezzo e valore economico del servizio necessaria a provare il ricorrere di un abuso di posizione dominante.

In conclusione, l'AGCM ha ritenuto che non vi fossero elementi probatori sufficienti a dimostrare un abuso di posizione dominante, realizzato tramite l'imposizione di prezzi eccessivi.

(*) Provvedimento dell'AGCM del 15.11.2001, caso A 306, *Veraldi /Alitalia*.

Farmaci veterinari

Un caso su cui le autorità della concorrenza non risulta si siano ancora cimentate ma che appare significativo riguarda i farmaci per uso veterinario. Chiunque abbia un cane o un gatto si sarà sorpreso per i prezzi esorbitanti dei farmaci, pari a 3-4 volte quelli per uso umano. Eppure, affermano i veterinari, nella maggior parte dei casi i principi attivi sono gli stessi cosicché i costi di produzione dovrebbero essere simili. A questo punto le questioni che si pongono sono due. La prima è perché l'uso di farmaci "umani" non viene esteso anche agli animali (in tal modo mettendo in competizione gli uni con gli altri? La risposta è che esiste in Italia una legge che proibisce di prescrivere farmaci umani per uso animale (e non anche viceversa!). La seconda domanda è perché le autorità della concorrenza non sono finora intervenute, posto che nel caso di specie (stessi principi attivi) il carattere ingiustificatamente oneroso dei prezzi a uso veterinario è facilmente comprovabile? La (probabile) risposta è che il mercato farmaceutico è servito sì da grandi imprese ma nessuna di queste è dominante sulle altre (senza dominanza non c'è abuso). Questa risposta solleva però un'altra domanda: se il mercato è concorrenziale, perché le imprese non competono sui prezzi? E ancora: non si saranno accordate?

Parimenti complesso è l'accertamento dell'abuso di sfruttamento allorché l'impresa imponga ai suoi fornitori *prezzi di acquisto* eccessivamente bassi, approfittando dello stato di necessità di questi ultimi a conservare un cliente che assorbe una quota consistente della loro produzione. Anche se il fornitore dimostrasse che a quel prezzo non riesce a coprire il costo medio totale, l'impresa potrebbe argomentare che il fornitore è inefficiente oppure che – in forza delle grandi quantità acquistate – il prezzo che paga copre il costo marginale di produzione del fornitore, cosicché gli introiti incrementali che questi ne ricava sono maggiori dei (o almeno coprono i) costi incrementali. Se fosse provato invece che il prezzo è ingiustificatamente basso, all'abuso di sfruttamento potrebbe sommarsi quello di esclusione, posto che il fornitore potrebbe cercare di recuperare le perdite alzando i prezzi di vendita ai concorrenti dell'impresa.

4.3.2. Abusi di sfruttamento non di prezzo

Di questi abbiamo già discusso nella sezione III.4.2.1 con riferimento agli abusi di esclusione e abbiamo notato che in molti casi essi possono tradursi anche in abusi di sfruttamento: così le pratiche fidelizzanti e le venute abbinate.

4.4.- Mercati a più versanti

Vengono qui affrontati separatamente poiché possono dar luogo sia ad abusi di sfruttamento che ad abusi di esclusione.

Un mercato si definisce a (supponiamo) due versanti quando vi è un'impresa che si pone come intermediario fra acquirenti e venditori.

Tipicamente è il caso delle carte di credito e delle piattaforme on-line di prenotazioni alberghiere (es. Booking.com) o di vendita di prodotti (Amazon) o di servizi (Uber o Flixbus, che non sono proprietari o diretti gestori dei mezzi), dove il gestore della piattaforma “si limita” a mettere in comunicazione i due lati del mercato.

In generale il loro vantaggio è di agevolare gli scambi riducendo i costi di coordinamento e di transazione rispetto a scambi che avvengono su base bilaterale.

L'efficienza delle piattaforme e la capacità di cattura di clienti (sia venditori che acquirenti) è strettamente legata alle *esternalità di rete*, per le quali il numero degli utenti su di un lato del mercato alimenta e viene alimentato dal numero degli utenti sul lato opposto. Ad esempio, la convenienza degli acquirenti a usare una determinata carta di credito dipende dal numero dei venditori che l'accettano e viceversa. Il “*network loop*” che ne deriva può però ostacolare l'ingresso di nuovi entranti, con il rischio di generare quasi-monopoli.

Di qui il rischio sia di abusi escludenti dei concorrenti, sia di abusi di sfruttamento nei confronti degli utenti, consistenti in ingiustificatamente onerose provvigioni richieste ai venditori e, in alcuni casi (le carte di credito), agli acquirenti.

Le piattaforme possono non essere neutrali (possono non dare la stessa visibilità a ciò che offrono); così, in risposta all’“interrogazione” di un acquirente per un determinato bene o servizio, la piattaforma può essere organizzata in modo tale da mostrare per primi i beni che il suo gestore ha più convenienza a vendere. La questione si fa più problematica ancora quando il gestore della piattaforma non è solo un mero intermediario fra due lati del mercato ma anche

player in uno o più di essi: dunque è in concorrenza con operatori che forniscono prodotti da lui intermediati e analoghi a quelli che lui stesso “vende in proprio”. Ad esempio, allorché il gestore di una piattaforma di prenotazioni di alloggi è anche proprietario di *parte* di questi, ha interesse a favorire le sistemazioni dei richiedenti nei propri alloggi rispetto a quelli di terzi, con conseguente abuso di esclusione dei concorrenti, ove ovviamente sia dominante. Considerazioni analoghe per le piattaforme di vendita di beni.

Estremamente importante è il recente provvedimento dell’Autorità antitrust nei confronti ai Amazon che si è concluso con una sanzione di 1,128 miliardi di euro per abuso di posizione dominante.

Autorità antitrust c. Amazon (*)

La premessa da cui ha mosso l’Autorità è l’accertamento dell’“assoluta” dominanza di Amazon all’interno del mercato italiano con riguardo specifico all’attività svolta sul c.d. “marketplace” (sito internet di intermediazione per la compravendita di beni o servizi, che raduna sotto il marchio Amazon le merci di diversi produttori).

La sua posizione dominante le avrebbe consentito di imporre di fatto alle imprese che utilizzano il suo sito il proprio servizio di logistica “FbA” (*Fulfillment by Amazon*), in primo luogo consistente nella distribuzione dei prodotti al domicilio degli acquirenti). Le Società di Amazon, infatti, hanno concesso una serie di vantaggi esclusivi ai venditori, per ottenere visibilità e incrementare le vendite, subordinatamente al loro utilizzo di FbA: primo fra questi l’etichetta “Prime” che garantisce agli operatori commerciali vendite più facili, maggiore visibilità sul sito web e la partecipazione a eventi Promozionali. Inoltre, oltre a essere esclusi dai vantaggi indicati sopra, i venditori che usano distributori diversi da FbA sono soggetti allo stringente sistema di misurazione delle performance al quale Amazon sottopone chi utilizza altri servizi di logistica e che può portare anche alla sospensione del proprio account di vendite.

L’Autorità ha accertato che queste funzioni sono cruciali per il successo dei venditori e l’aumento delle loro operazioni. Quindi, tramite le sue pratiche discriminatorie, Amazon avrebbe danneggiato i suoi concorrenti nel settore della logistica per l’e-commerce, impedendo loro di proporsi ai venditori online come fornitori di servizi di qualità pari a quella della logistica di Amazon. Questa condotta ha quindi aumentato il divario di potere tra Amazon e la concorrenza e ha danneggiato anche i marketplace concorrenti, perché i venditori che usano Fba vengono scoraggiati dall’offrire i propri prodotti su altre piattaforme online.

Ne segue, secondo l’Autorità antitrust, che il comportamento di Amazon ha prodotto effetti escludenti nei confronti sia dei concorrenti marketplace sia dei concorrenti nel mercato della logistica e come tale integra l’abuso di posizione dominante di cui all’art. 102 comma 2 lett. c) TFUE, consistente “nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza”.

Per questi motivi – tenuto delle dimensioni del gruppo, degli effetti sulla concorrenza e della durata della condotta tenuta da Amazon – l’AGCM ha ritenuto la pratica abusiva in esame particolarmente grave e ha conseguentemente irrogato la sanzione prima indicata (la più alta nella trentennale storia dell’Autorità).

L’Autorità ha inoltre imposto ad Amazon *misure comportamentali* da seguire, che saranno sorvegliate da un organo di monitoraggio. Pertanto Amazon dovrà concedere “ogni privilegio di vendita e visibilità” a tutti i venditori “che sappiano rispettare standard equi e non discriminatori” sulle proprie vendite “in linea con il livello di servizio che Amazon intende garantire ai consumatori Prime”. In tal modo di fatto, liberalizzando l’etichetta Prime per tutti i venditori in grado di assicurare un servizio di qualità anche senza usare le società Amazon legate alla logistica.

(*) Autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 29891 del 30.11.2021.

USA c. Google

I primi di agosto del 2024 il Tribunale federale di Washington ha condannato Google per abuso di posizione dominante sul mercato della ricerca on line per soffocare la concorrenza e creare un monopolio (in effetti Google serve il 95% di questo mercato), che le consente di far pagare agli inserzionisti prezzi artificialmente alti. A fronte delle contestazioni dell’Azienda, secondo la quale il suo predominio è dovuto a null’altro se non al fatto che il suo motore funziona di gran lunga meglio di quelli dei concorrenti, la Corte ha accertato che, fra gli illeciti commessi, Google ha consolidato illegalmente il suo predominio anche pagando a altre aziende -

come Apple (18 miliardi di dollari), Samsung e Verizon - miliardi di dollari all'anno per diventare automaticamente il provider di ricerca sui loro smartphone e browser web.

La Corte non si è ancora pronunciata sull'importo delle sanzioni pecuniarie, che, per quanto alte, saranno più che sostenibili per i colossali profitti accumulati dalla casa madre Alphabet. Più incisivi potranno essere invece i *remedies* che la Corte potrà stabilire, quali misure di mitigazione forzate volte a ridurre il suo predominio, ad esempio vietando accordi con le altre aziende e imponendo a queste ultime l'implementazione sui loro device di schermate di scelta per il motore di ricerca, in tal modo eliminando la presenza di un browser predefinito.

Si tratta dunque di una sentenza importante, che potrebbe scuotere gli equilibri nel settore delle big tech.

Sulla materia del crescente potere delle piattaforme digitali e sui rimedi antitrust e regolatori si torna nel Capitolo V.

5.- Gli abusi di dipendenza economica

Gli abusi di dipendenza economica rappresentano una fattispecie ibrida che solo in taluni casi rientra fra quanto è disciplinato dal diritto della concorrenza. Ciò nonostante viene affrontata in questa Parte III del testo allo scopo di evidenziarne differenze e similarità con gli abusi di posizione dominante.

La nozione di *abuso di dipendenza economica* è stata introdotta nella normativa italiana a partire dalla l. 192/1998 (legge cd. sulla subfornitura) che all'art. 9, c. 1, sancisce che: *“E' vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”*.

L'accertamento di questa fattispecie richiede di verificare la presenza dei seguenti requisiti:

- a) la situazione di dipendenza economica, per la quale non è sufficiente la mera sussistenza di un'asimmetria di diritti e di obblighi tra le parti ma che tale squilibrio sia eccessivo;
- b) quanto all'abuso, sarà necessario accertare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante.

Ipotesi tipiche di abuso sono individuate nel rifiuto di vendere o di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie o nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. La norma citata è poi stata integrata da altre che ne hanno disciplinato applicazioni settoriali e la loro portata a tutti i casi di rapporti verticali fra imprese. I patti attraverso i quali si realizzino abusi di dipendenza economica sono nulli di diritto.

Risulterà del tutto evidente la somiglianza fra gli abusi di dipendenza economica e quelli di posizione dominante (in particolare con gli abusi di sfruttamento) appena illustrati e infatti le ipotesi di illeciti riportate sopra coincidono largamente con le fattispecie elencate dall'art. 102 del TFUE.

La differenza sta nel fatto che mentre nel diritto antitrust la posizione dominante è condizione per integrare la sussistenza di un abuso, il divieto di abusi di dipendenza economica poggia solo sui *concreti squilibri di potere* fra imprese nei rapporti negoziali con le controparti⁶⁴, cosicché la perseguibilità dell'illecito non richiede che chi lo compie sia necessariamente dominante.

Per essere più chiari, la ratio della diversità fra le due tipologie è che mentre il divieto di abusi di posizione dominante (l'intera normativa antitrust) è diretto a tutelare il processo

⁶⁴ Discipline simili sono presenti anche in altri Paesi, avendo come antesignani la Francia e la Germania. Non sono invece espressamente sancite dal diritto europeo che tuttavia non osta al riguardo, basandosi sul principio che gli Stati membri sono liberi di “applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese” (cfr. Regolamento (CE) 1/2003, art. 3, c. 2).

concorrenziale, le norme relative alla dipendenza economica riguardano la disciplina dei rapporti contrattuali fra le parti, con finalità che dunque *possono* prescindere dalla loro incidenza sui meccanismi concorrenziali (il comportamento di un'impresa che impone al proprio fornitore di farle prezzi ingiustificatamente bassi non per questo *necessariamente* altera la concorrenza nel mercato). Ne segue che l'accertamento dell'abuso non richiede necessariamente come pre-condizione la dominanza delle imprese che lo commettono né dunque l'individuazione del mercato rilevante.

Riguardando al contrasto contro questo illecito, l'azione che la parte danneggiata può intraprendere a sua tutela rientra in linea di principio nell'ambito del già menzionato *private enforcement* (dunque a iniziativa di parte) e le sedi di risoluzione delle controversie sono quindi i tribunali civili. La competenza si estende però anche all'Autorità antitrust, che invece può autonomamente intervenire (saremmo dunque al *public enforcement*), allorché l'abuso di dipendenza economica rappresenti *anche* abuso di posizione dominante oppure, pur senza coincidere con questo, comporti una distorsione della concorrenza⁶⁵. Ovviamente vale sempre il diritto della parte offesa di esperire anche azioni di *private enforcement* richiedendo il risarcimento di eventuali danni subiti.

Agli effetti dei rapporti tra il divieto di abuso di dipendenza economica e quello di abuso di posizione dominante – dunque della competenza o meno delle autorità antitrust - vanno distinte tre ipotesi: (a) l'abuso di dipendenza economica *in quanto* abuso di posizione dominante; (b) l'abuso di dipendenza economica che, pur senza coincidere con un abuso di posizione dominante, presenta rilievo concorrenziale; (c) l'abuso di dipendenza economica "semplice", che non coincide con un abuso di posizione dominante e che nemmeno presenta rilievo concorrenziale.

Le norme e la giurisprudenza tendono a ricondurre:

- all'ipotesi (a) l'egemonia su imprese clienti o fornitrici che un'impresa trae dalla titolarità di una risorsa essenziale per operare su mercati a monte o a valle; in questo caso la competenza dell'Autorità è pressoché scontata;
- all'ipotesi (b) il potere di mercato che il produttore di un bene principale può esercitare, ad esempio, sui mercati a valle dei servizi di assistenza e riparazione di propri prodotti o nei rapporti con i distributori; qui l'intervento antitrust si giustifica solo in certi casi, in particolare quando si tratti di pratiche generalizzate o i mercati coinvolti siano di notevole importanza economica – in altri termini in casi nei quali l'abuso è tale che potrebbe danneggiare anche i concorrenti dell'impresa che lo commette;
- all'ipotesi (c), il potere economico che nei normali rapporti commerciali un'impresa esercita sulla controparte; se non vi sono indizi di potenziali effetti distorsivi della concorrenza, la competenza a intervenire ricade fuori dell'ambito antitrust.

Tradotto in pillole (o in soldoni), la peculiarità del divieto di abusi di dipendenza economica è di estendere il perimetro delle condotte illecite oltre quello circoscritto dagli abusi di posizione dominante e in tal modo di tutelare di più le imprese che si trovano a operare in condizioni di debolezza rispetto alle proprie controparti.

⁶⁵ "Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 [abuso di posizione dominante], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso" (l. 192/1998, art. 9, comma 3-bis).

Va infine aggiunto che la recentissima legge 118/2022 ha ampliato la *presunzione* di abusi dipendenza economica, soprattutto compiuti attraverso piattaforme digitali, e i poteri dell'Autorità antitrust, come illustrato dai casi nei riquadri che seguono.

L. 118/2022, art. 33 (*Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica*)

Queste le previsioni più rilevanti:

- “Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati”.
 - “Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere”.
-

META c. SIAE

Il caso ha visto contrapposti il Gruppo META e la SIAE. Il Gruppo META (META), attraverso le sue piattaforme digitali (inclusi Facebook e Instagram) offre al pubblico servizi di social media che consentono la condivisione, fra gli altri, di contenuti musicali. SIAE (Società Italiana degli Autori ed Editori) opera nel mercato dell'intermediazione dei diritti di autore, concedendo l'utilizzo delle opere musicali degli autori associati, fra gli altri, a META a fronte di una licenza per la quale percepisce una remunerazione.

Dal momento che le negoziazioni per il rinnovo della licenza scaduta nel 2022 erano giunte a uno stallo a causa di disaccordi sull'entità del nuovo corrispettivo per la licenza, su segnalazione della SIAE l'AGCM ha avviato nel 2023 un procedimento istruttorio nei confronti di META teso all'accertamento di eventuali violazioni per abuso di dipendenza economica (ex art. 9 della L. n. 192/1998) e in particolare dei doveri di buona fede, correttezza e trasparenza nella negoziazione della nuova licenza, abusando dello stato di soggezione negoziale in cui sarebbe versata la controparte.

Nelle more della conclusione dell'istruttoria (prevista per 31 dicembre 2024) - anche tenuto conto di quanto all' art. 33 della l. 118/2022 relativo alla presunzione di dipendenza dell'impresa che utilizza i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale - nel corso del 2023 l'Autorità ha ritenuto che la condotta di META comportasse un negativo impatto sulla concorrenzialità del mercato di riferimento, tale da giustificare l'adozione di misure cautelari: (a) l'immediato ripristino delle trattative, mantenendo un comportamento ispirato ai canoni di buona fede e correttezza; (b) il ripristino sulle sue piattaforme dei contenuti musicali tutelati da SIAE per tutto il periodo necessario alla conclusione delle negoziazioni.

Il provvedimento di imposizione di misure cautelari è stato impugnato da META al TAR, il quale lo ha respinto confermando la decisione dell'Autorità. META ha fatto poi ricorso al Consiglio di Stato chiedendo l'annullamento della sentenza del TAR e, dunque, del provvedimento antitrust.

Infine (colpo di scena) con decisione n. 5827 del 2 luglio 2024 il Consiglio di Stato, ha confermato pressoché integralmente le argomentazioni difensive di META e ha annullato il provvedimento cautelare assunto da AGCM ritenendo insussistente, nel caso di specie, il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza: ciò considerato anche che “i contenuti musicali sono accessibili su altre piattaforme (“fra queste, ma non solo, Spotify, Apple Music, YouTube e TikTok) verosimilmente utilizzate dagli stessi utenti META”.

Al tempo stesso, pur sollevando più di un dubbio sulla reale dipendenza economica della SIAE da META (la possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti), il Consiglio di Stato ha precisato che la decisione riguarda solo la fase cautelare del contenzioso e che resta quindi impregiudicato l'esito dell'istruttoria di abuso di dipendenza economica (che dovrà concludersi entro il 31 dicembre 2024) per valutare nel merito se la condotta di META abbia violato o meno le regole sulla concorrenza.

6.- Intese

6.1.- Introduzione

Il diritto dell'Unione europea (articolo 101, TFUE) e italiano della concorrenza (articolo 2 della legge n. 287/90) vietano le intese restrittive della concorrenza. Tali norme colpiscono tutti gli accordi, le pratiche concordate o le decisioni associative tra imprese che abbiano per oggetto (ossia come finalità delle imprese che le pongono in atto, indipendentemente dall'effetto concreto o prevedibile) o effetto (come conseguenza anche indipendente dalle finalità perseguite dalle imprese) di restringere o falsare in misura significativa la concorrenza nel mercato rilevante in cui esse operano.

Articolo 101, TFUE (già art. 81 CE)

1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,*
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e*
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,*

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;*
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.*

Le intese vietate sono nulle di pieno diritto e sanzionate con pesanti ammende pecuniarie⁶⁷.

La nozione di *accordo* è molto più ampia di quella fatta propria dal diritto civile, in quanto considera la *comune volontà* delle imprese di coordinarsi fra di loro per attuare una strategia, perseguire un obiettivo o adottare un preciso comportamento nel mercato, a prescindere dal modo con cui si manifesta la volontà delle parti⁶⁸. Rientrano dunque qui anche gli accordi, anche se solo verbali, privi di efficacia giuridicamente vincolante.

Le definizioni di accordo e di pratica concordata sono caratterizzate da un certo grado di flessibilità, poiché – anche all’interno delle tre fattispecie indicate dalla norma comunitaria – le casistiche possono essere molteplici. Tutte le possibili forme vietate hanno tuttavia in comune una *collaborazione collusiva* tra le imprese che conduce a comportamenti diversi da quelli che sarebbero tenuti fra soggetti che competono fra di loro e che pertanto è suscettibile di alterare il normale funzionamento del mercato.

Importante considerare che il divieto di intese non richiede come condizione che almeno uno dei contraenti sia dominante nel suo mercato. La preoccupazione è piuttosto che dalla collaborazione *possano scaturire posizioni dominanti (unilaterali o collettive)* o comunque alterazioni sensibili della concorrenza.

L’accertamento delle intese illecite (orizzontali e verticali) lascia dunque impregiudicata la possibilità di applicare parallelamente anche la disciplina degli abusi di posizione dominante qualora la condotta delle imprese contraenti una determinata intesa si configuri concretamente come abusiva.

Le intese possono però generare anche effetti positivi in termini di efficienza produttiva e di riduzione dei costi, di promozione dell’innovazione tecnologica, ecc. (“contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico” – paragrafo 3 dell’articolo 101, TFUE). In questi casi le autorità della concorrenza debbono confrontare il danno concorrenziale che da esse *potrebbe* derivare con i potenziali benefici per i consumatori: in altre parole, le intese sono lecite se i potenziali benefici per i consumatori eccedono il sacrificio di parte della concorrenza. Le condizioni che debbono dunque ricorrere per consentire le intese sono che:

- a) non impongano alle imprese partecipanti restrizioni di comportamento che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi di maggiore efficienza;
- b) non alterino in misura sostanziale la concorrenza nel mercato rilevante; il mantenimento della concorrenza fra i partecipanti alle intese, da un lato, e le imprese che ne restano fuori, dall’altro, è infatti essenziale affinché i benefici di efficienza siano almeno in parte trasferiti ai consumatori.

In quanto segue si illustrano separatamente le intese orizzontali e quelle verticali.

⁶⁷ In alcuni Paesi, come negli Stati Uniti, alcuni tipi di intese che vedremo provocano conseguenze anche penali su cui le attua.

⁶⁸ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 26.10. 2000, causa T-41/96, *Bayer AG c. Commissione*, § 173.

6.2.- Intese orizzontali

Sono accordi conclusi tra imprese che operano nello stesso mercato rilevante. Sono altresì considerati accordi di cooperazione orizzontale quelli tra imprese non concorrenti, operanti sì negli stessi mercati del prodotto ma in mercati *geografici* diversi.

Questa tipologia di accordi può produrre effetti positivi per la collettività ed effetti negativi per la concorrenza.

Gli effetti potenzialmente positivi sono, a titolo di esempio:

- a) il conseguimento di economie di scala;
- b) la promozione di attività di ricerca;
- c) per imprese di dimensioni piccole o medie gli accordi sono anche una forma di difesa per contrastare il potere di mercato di quelle più grandi o per conseguire economie di costi (*efficiency defence*).

A fronte di questi potenziali benefici possono però determinarsi restrizioni della concorrenza. Ne segue che le autorità della concorrenza dovranno valutarne l'impatto considerando più elementi⁶⁹.

- a) In primo luogo *i mercati interessati*. Qualora le imprese operino nello stesso mercato rilevante (del prodotto e geografico) l'impatto negativo sulla concorrenza è diretto ed evidente, posto la finalità o comunque l'effetto dell'intesa è di sostituire la concorrenza con la cooperazione fra i contraenti.
- b) Il potere di mercato detenuto dai contraenti prima dell'accordo e quello che potrebbe derivarne a seguito di esso.
- c) La tipologia di accordo e il suo oggetto, che possono essere molto variegati. Ad esempio, gli accordi che consistono nel concordare le politiche di prezzo o la ripartizione dei mercati di vendita sono sempre vietati, posto che hanno come unico effetto (e finalità) di aumentare i prezzi a danno dei consumatori.

Esaminiamo dunque le principali tipologie di accordi orizzontali.

6.2.1.- Accordi di ricerca e sviluppo

Essendo la ricerca un'attività molto costosa e dai risultati incerti, portarla avanti in comune ripartendo i rischi e sfruttandone congiuntamente i risultati può essere condizione essenziale per realizzarla, soprattutto da parte di imprese che non siano colossi⁷⁰. Dal loro canto gli accordi di sviluppo, se fra imprese di minori dimensioni, permettono scambi di conoscenze e di esperienze che consentono loro di competere meglio sui mercati in cui sono presenti.

⁶⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, Linee direttrici sulla applicabilità dell'art. 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale (C 03/12).

⁷⁰ Anche le grandi imprese sono però talvolta portate a fare accordi di ricerca. Restando a casi recenti basti pensare agli accordi Pfizer – Biontech e Oxford-Moderna per la ricerca e la produzione di vaccini Covid-19.

Per queste ragioni questo tipo di accordi è esentato dal divieto⁷¹, subordinatamente a due condizioni:

- (i) che al momento della conclusione dell'accordo di ricerca e sviluppo la quota di mercato detenuta congiuntamente dalle imprese partecipanti non superi il 25% del mercato rilevante dei prodotti migliorabili o sostituibili come risultato della cooperazione dell'attività di ricerca; siamo dunque nel caso in cui ciascuno dei partner dell'accordo di ricerca operi anche su mercati a valle e sia fruitore diretto dei risultati della ricerca;
- (ii) che l'accordo non contenga restrizioni alla concorrenza non indispensabili per il conseguimento dei suoi risultati (quali limitazioni della libertà delle parti di svolgere attività di ricerca e sviluppo in settori non connessi a quello dell'accordo, la fissazione dei prezzi praticati a terzi, la limitazione della produzione o delle vendite, la ripartizione di mercati o dei clienti, ecc.).

Si supponga ad esempio che l'accordo di ricerca fra due imprese produttrici di auto abbia per oggetto innovative batterie ad alimentazione elettrica. Dal momento che entrambe producono beni finali (auto) potrebbe essere legittimo temere che l'accordo di ricerca si estenda anche ai loro mercati finali in termini di politiche di prezzo o di ripartizione dei mercati geografici. Questo rischio non sussiste invece se i due partner di ricerca non sono in competizione a valle (una produce solo auto e l'altra solo moto), cosicché la finalità dell'accordo di ricerca è unicamente di ripartire i rischi di insuccesso e di conseguire economie di scopo, posto che le caratteristiche di base delle batterie sono le stesse per le due tipologie di prodotti finali.

Per le ragioni indicate sono invece consentiti senza le limitazioni del vincolo di cui al punto (i) sopra gli accordi i cui risultati applicativi riguardino mercati dove i partner non siano concorrenti⁷². Meglio sarebbe, ovviamente, se i contraenti dell'accordo non fossero anche gli utilizzatori finali dei risultati della ricerca, poiché in tal caso non avrebbero remore a metterli a disposizione (a venderli) a soggetti terzi.

6.2.2.- Accordi di acquisto e di commercializzazione

1) Accordi di acquisto

Sono quando due o più imprese concordano di acquistare in modo coordinato determinati input di produzione. L'acquisto in comune può essere effettuato da un'impresa comune alle parti o da accordi contrattuali fra di esse. Essi mirano ad aumentare il potere degli acquirenti, il che può tradursi in prezzi più bassi per i consumatori se vi è concorrenza sui mercati a valle. Tuttavia il potere di mercato degli acquirenti può sollevare riserve sotto il profilo della concorrenza.

Per verificare la liceità o meno di questi accordi è necessario definire i mercati interessati:

- a) in primo luogo il mercato rilevante del *prodotto acquistato*;

⁷¹ Regolamento (CE) 2659/2000 della Commissione del 20.11.2000 (Applicazione dell'articolo 81 [ora 101], paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo).

⁷² Ibid., par. 20.

- b) in secondo luogo i mercati rilevanti a valle, dove le parti dell'accordo di acquisto in comune operano *come venditori*.

La definizione del *mercato rilevante del prodotto acquistato* è importante poiché serve verificare il potere di mercato relativo degli acquirenti e dei venditori (se ne è già discusso sotto il profilo degli abusi di posizione dominante).

Tornando all'esempio dell'industria delle automobili, la componentistica è in larghissima parte prodotta da subfornitori. Per essi fa una bella differenza avere controparti che agiscono d'intesa come un consorzio di acquisto, posto che non avrebbero potere di mercato da contrapporre ad acquirenti che agiscono di concerto. Al di là del possibile abuso di sfruttamento, se dall'accordo emergesse la dominanza congiunta degli acquirenti nel mercato rilevante del prodotto acquistato, ciò potrebbe determinare più conseguenze restrittive sulla concorrenza a valle:

- (i) una è che il fornitore potrebbe cercare di compensare le concessioni che è costretto a fare ai partner dell'accordo alzando i prezzi ad altri clienti, loro concorrenti a valle;
- (ii) l'altra è che, se le imprese partecipanti all'accordo hanno significativo potere di mercato anche sul mercato a valle, potrebbero essere incentivate a coordinarsi anche lì, tanto più se i prezzi che contrattano in comune con il fornitore rappresentano una parte significativa dei loro costi totali.

Da quanto sopra si evince che è necessario accompagnare l'analisi del mercato rilevante del prodotto acquistato con quella dei *mercati finali*, dove le parti dell'accordo di acquisto operano come venditori. Infatti, se questi ultimi appartengono al medesimo mercato rilevante i vantaggi derivanti dall'accordo di acquisto potrebbero originare posizioni dominanti delle parti o addirittura estendersi più o meno apertamente anche a una comune politica commerciale.

In linea di principio l'accordo andrebbe consentito a condizione che i partner non detengano significativo potere di mercato né sull'uno né sull'altro mercato.

2) *Accordi di commercializzazione*

Anche di accordi miranti a mettere in comune le reti di distribuzione all'ingrosso e di vendita al dettaglio possono avere effetti positivi sull'efficienza e sulla riduzione dei costi a causa di economie di scala e di scopo conseguibili dagli operatori di commercializzazione e di maggiore potere di mercato dei partner dell'accordo.

Sotto il profilo dell'impatto sulla concorrenza bisogna però distinguere il caso in cui le parti dell'accordo sia concorrenti sul mercato finale oppure no.

Nel primo caso, se operano sullo stesso mercato rilevante del prodotto, è presumibile che le vendite in comune si traducano in un qualche accordo sui prezzi dei rispettivi prodotti o in una ripartizione geografica delle reti di vendita, con evidente turbativa della concorrenza. Diverso è se le parti operano in differenti mercati rilevanti del prodotto.

Sempre ricorrendo all'industria della motorizzazione, una cosa è se due case automobilistiche, che producono modelli sostituibili per il pubblico, mettono in comune le reti di vendita, altro è se l'una offre unicamente utilitarie e altre auto di gran lusso, oppure

motociclette o motori fuoribordo. Nel secondo caso, mancando la sostituibilità fra prodotti, l'intento e l'effetto degli accordi non può che essere la sola riduzione dei costi di commercializzazione.

Tenuto conto di questo, la disciplina comunitaria tendenzialmente limita solo gli accordi commerciali fra imprese in concorrenza, consentendoli quando le imprese coinvolte hanno nel loro insieme quote di mercato non superiori al 15%.

6.2.3.- Cartelli

Sono accordi che hanno per oggetto aumenti di prezzo nel mercato rilevante, oppure riduzioni della produzione o ripartizione dei mercati geografici del prodotto. In sintesi finalità ed effetto è l'aumento dei prezzi. Rappresentano uno degli illeciti concorrenziali più gravi e al tempo stesso più difficili da provare.

Sono fra i più gravi poiché procurano esclusivamente danno ai consumatori senza alcuna contropartita in termini di benefici. Ma anche fra i più difficili da perseguire poiché sono accordi segreti: più precisamente pratiche concordate, ossia forme di coordinamento fra imprese che, senza essere spinte fino a sottoscrivere un vero e proprio accordo, consistono in una *consapevole collaborazione* a danno della concorrenza⁷³.

La collaborazione può limitarsi a scambi, anche indiretti, di informazioni che imprese in concorrenza fra di loro terrebbero invece riservate. In particolare informazioni sull'intenzione di aumentare i prezzi, sì da spingere gli altri contraenti ad adeguarsi. I mezzi per scambiarsi informazioni sono innumerevoli. A esempio, le stesse pratiche che, ufficialmente in nome della trasparenza, consistono nell'informare i consumatori di prossime revisioni dei listini possono nascondere la reale intenzione di comunicare ai contraenti le proprie intenzioni. Questi ultimi si adeguano aumentando anch'essi il proprio prezzo in modo simile. Altro veicolo di scambi (un caso recentemente scoperto) può essere la pubblicazione sulla stampa di annunci cifrati sugli argomenti più stravaganti (da finti necrologi a felicitazioni per compleanni, anniversari e quant'altro).

Da chiarire però che non è vietata in sé l'adozione di *comportamenti paralleli* o imitativi da parte delle imprese, posto che è normale prassi concorrenziale reagire alle strategie dei rivali. E' invece vietata la collaborazione consapevole fra di essi.

Come tutti i soggetti razionali, le imprese valutano i pros e i cons della formazione di un cartello.

I vantaggi attesi consistono ovviamente nel guadagnare di più, ciò che dipende:

- a) dalla rigidità della domanda rispetto al prezzo (più è rigida meno un determinato aumento del prezzo riduce la domanda);
- b) dalla "lealtà" dei complici, come si discute qui di seguito.

I costi consistono:

⁷³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 14.07.1972, cause riunite 48-57/69, *ICI e altri c. Commissione (Materie Coloranti)*; sentenza 16.12.1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e altri c. Commissione*; sentenza del 31.03. 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C- 117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *Ahlstrom Osakeyhtio e altri c. Commissione*.

- a) nel rischio che le autorità della concorrenza scoprano la pratica concordata e la sanzionino;
- b) nel rischio di “scartellamento” di partecipanti a essa; abbassando segretamente i prezzi, alcuni di questi potrebbe conquistare parte del mercato a scapito degli altri contraenti. E’ possibile limitare quest’ultimo rischio con il monitoraggio del comportamento di quanti partecipano al cartello, scambi di informazioni, ecc., ma ciò amplifica il rischio di fornire elementi di prova alle autorità antitrust.

Quanto ai fattori facilitatori la costituzione di cartelli vi sono:

- a) Il *grado di concentrazione* del mercato, poiché è più facile accordarsi fra pochi che fra molti, e al tempo stesso la profittabilità di aumentare i prezzi dipende dalla complessiva quota di mercato di chi partecipa.
- b) L’esistenza di *barriere all’entrata* nel mercato, posto che altrimenti l’aumento del prezzo potrebbe essere vanificato da nuovi concorrenti attirati da esso.
- c) *L’elasticità della domanda*
 - (i) Più rigida è la domanda del mercato, minore è la flessione delle vendite a seguito dell’aumento del prezzo; ne segue che se l’elasticità è (in valore assoluto) maggiore di 1 (l’aumento del prezzo causa una riduzione più che proporzionale della domanda e dunque dei ricavi) può non valere la pena costituire un cartello.
 - (ii) Inoltre una domanda rigida può dissuadere dallo scartellare, posto diminuire il prezzo non gioverebbe molto in termini di maggiori vendite a chi tradisce.
 - (iii) Infine la rigidità della domanda rappresenta una barriera all’entrata di nuovi concorrenti. Infatti una nuova impresa che, attirata dall’aumento del prezzo, si ponga l’obiettivo di entrare nel mercato dovrà stimare l’impatto sull’attuale prezzo della quantità *aggiuntiva* di prodotto che andrebbe a riversare sul mercato: più rigida è la domanda maggiore sarà il calo del prezzo necessario a vendere il suo prodotto.
- d) *La struttura dei costi*. I contraenti hanno pari convenienza a partecipare al cartello se il livello dei loro costi medi totali è simile; se invece questi sono considerevolmente diversi, è minore la convenienza a partecipare di quanti hanno costi più bassi e dunque maggiore è la loro tentazione a scartellare.
- e) La facilità con cui i partecipanti possono acquisire *informazioni* sul comportamento dei loro complici. Le informazioni sono vitali poiché ogni partecipante ha un incentivo razionale a deviare dall’accordo, cosicché è indispensabile disporre di informazioni sulle quantità prodotte e sui prezzi praticati da ciascuno degli altri partecipanti. Solo così un’impresa può valutare se un’inattesa diminuzione delle sue vendite dipende dal mercato o da una deviazione dal cartello da parte di un altro suo membro, e prendere le conseguenti contromisure.

La finalità dei cartelli, così come anticipata all’inizio del paragrafo, ne estende il campo di possibile realizzazione: dalla collusione nel rialzo dei prezzi (si vedano i casi di seguito riportati) alla ripartizione dei mercati fra i suoi membri.

In quest’ultima fattispecie rientrano gli accordi collusivi nella partecipazione a gare di appalto (*bid rigging*), pratica probabilmente diffusa. A titolo di esempio si immagini:

- (i) che una grande città bandisca una gara per assegnare i servizi di pulizia delle strade e di raccolta e trattamento dei rifiuti;
- (ii) che, per aumentare la concorrenza, il comune decida di frammentare la gara in cinque lotti

- (A, B, C, D, E), ciascuno relativo ai servizi da rendere in altrettante zone della città, e che sia consentito che ogni concorrente presenti offerte su tutti i lotti;
- (iii) che a fronte dei servizi il comune offra determinati corrispettivi a quanti vinceranno e che la “vittoria” sia assegnata a quelli che, lotto per lotto, avranno offerto il maggiore ribasso rispetto al corrispettivo a base d’asta;
- (iv) infine che alla gara partecipino cinque imprese.

La strategia (fisiologicamente) razionale di ciascuna impresa dovrebbe essere di puntare a vincere quanti più lotti possibile formulando le migliori offerte (i maggiori ribassi), compatibilmente con i propri costi. La strategia (patologicamente) razionale è invece di colludere, ossia di concordare le offerte ripartendosi “a scacchiera” i vari lotti in modo che ciascuna possa vedersene assegnato uno con il minimo ribasso. Per evitare di essere scoperti, i partecipanti al cartello presenteranno offerte anche sui lotti che “non spettano” loro, ma *dovranno* essere offerte a perdere previamente concordate. Certo, il rischio che qualcuno di essi scartelli (cerchi di vincere anche dove non è nei patti) esiste e c’è pure quello che alla gara si presenti un “fastidioso” concorrente estraneo al cartello, ma il gioco può comunque valere la candela.

Passando ora agli *accertamenti antitrust*, gli elementi che possono far sospettare l’esistenza di un cartello possono essere divisi in due categorie: quelli endogeni e quelli esogeni.

Gli elementi *endogeni* sono ricavati dall’Autorità analizzando il comportamento delle imprese nel mercato, in particolare dal parallelismo della loro condotta, ad esempio, nell’innalzare i prezzi. Il parallelismo, si è detto, non è di per sé illecito se corrisponde a una normale strategia commerciale che porta le imprese a reagire alle strategie dei concorrenti. Lo è invece se è frutto di cooperazione. Non è facile tuttavia discernere fra l’uno e l’altro caso. Nell’esempio prima richiamato del bid rigging il risultato a scacchiera è certamente sospetto ma spetta all’Antitrust provare che è conseguenza di uno schema concordato.

Per questo diventa importante accertare l’esistenza e la tipologia di scambi di informazioni tra i sospettati partecipanti al cartello (gli elementi *esogeni*), quali possono emergere da documenti di qualsiasi tipo (scambi di email, documenti riservati, tracce di riunioni o di supposti occasionali incontri, ecc.) a cui le autorità della concorrenza possono accedere attraverso perquisizioni e sequestri. Ai fini del diritto della concorrenza assumono ovviamente rilievo le informazioni aventi natura *confidenziale* e *strategica* (quelle che mai operatori effettivamente in concorrenza si scambierebbero), quali dati relativi alle quantità prodotte, ai prezzi, agli sconti e ai termini generali di vendita, alle strategie di gara, ecc.

Trattandosi di pratiche concordate segrete, la scoperta e la prova dell’esistenza di cartelli resta complessa. Per questo, in linea con la più avanzata normativa statunitense ed europea, nel 2006 è stato introdotto anche in Italia l’istituto della *clemenza*.

Si tratta di uno strumento “premiale” per le imprese che denunciano i cartelli ai quali partecipano, esentandole dal pagamento della sanzione (o riducendola), subordinatamente alle seguenti condizioni:

- (i) le informazioni fornite dall’impresa devono essere decisive per l’accertamento dell’infrazione o comunque tali da permettere all’Autorità antitrust di svolgere ispezione

mirate per acquisire le prove;

- (ii) la denuncia deve essere tempestiva, ossia, non si può beneficiare dell'immunità dalle sanzioni se l'Autorità dispone già di elementi e documenti sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione;
- (iii) la collaborazione con l'Autorità della concorrenza deve continuare segretamente per tutta la durata dell'istruttoria fin quando è possibile e l'impresa che ha denunciato il cartello deve seguitare a parteciparvi per acquisire ulteriori elementi di prova.

L'Autorità valorizza anche la collaborazione delle aziende che non siano le prime a denunciare il cartello, creando una "graduatoria" dello sconto della sanzione correlato al momento di presentazione della domanda di clemenza.

Cartelli: il caso Vitamine

A seguito di una procedura protrattasi per oltre due anni, nel 2001 (*) la Commissione ha sanzionato pesantemente otto produttori mondiali di vitamine per aver dato vita per quasi un decennio ad accordi anticoncorrenziali in otto differenti mercati di vitamine e prodotti connessi (vitamine A, E, B2, B5, C, D3, betacarotene e carotenoidi). In altri quattro mercati (vitamine B1, B6, H e acido folico), i cartelli erano cessati da più di cinque anni al momento dell'avvio delle indagini e, pertanto, non sono stati sanzionati per l'intervenuta prescrizione.

La Commissione ha descritto questo caso come *"la serie di cartelli più dannosi mai condannati nella storia del diritto comunitario della concorrenza"*, infliggendo sanzioni pecuniarie per un totale di 855 milioni di euro, di cui ben € 462 milioni alla sola Hoffman-La Roche, colpevole di essere stata la principale istigatrice e beneficiaria dei cartelli.

Le imprese coinvolte rappresentavano quasi l'80% dei mercati interessati a livello mondiale.

Secondo quanto emerso durante l'istruttoria, le imprese avevano concluso una serie di accordi volti alla ripartizione dei mercati e alla fissazione in comune dei prezzi. A tal fine avevano elaborato un complesso sistema di monitoraggio del rispetto degli accordi e di condizioni di reciproca garanzia.

Ad esempio, se alla fine dell'anno una o più imprese avessero comunque ecceduto la quota di vendite a loro assegnata, avrebbero dovuto acquistare le vitamine dagli altri partecipanti al cartello, per compensare le mancate vendite di questi ultimi.

Al tempo stesso erano state concordate procedure per l'aumento dei prezzi che - a seconda del tipo di vitamine - prevedevano che uno dei produttori "annunciasse" per primo l'aumento concordato attraverso un giornale di categoria o con una comunicazione diretta ai principali clienti, e che gli altri procedessero ad adeguare i propri prezzi al prezzo annunciato. In tal modo, in caso di contestazione, gli aumenti avrebbero potuto essere giustificati come un comportamento legittimo di aggiustamento del prezzo in un mercato oligopolistico.

Nel calcolare l'ammontare delle ammende, la Commissione ha ritenuto che ciascun accordo costituisse un'infrazione molto grave delle norme di concorrenza comunitarie, in ragione dell'oggetto (fissazione dei prezzi e ripartizione di quote di mercato) e della lunga durata (per molte imprese, superiore ai cinque anni).

(*) Decisione della Commissione dl 21.11.2001, *Vitamine*.

Il caso RC Auto

Nel 2000 l'AGCM 39 ha sanzionato 39 compagnie di assicurazione per aver messo in opera un pervasivo scambio di informazioni - relativo a prezzi, sconti, incassi, costi dei sinistri - realizzato attraverso osservatori gestiti da una società di consulenza specializzata a cui partecipavano solamente imprese di assicurazione.

Le informazioni scambiate riguardavano (i) le tariffe delle imprese monitorate, per un numero estremamente

elevato di profili tariffari, (ii) l'andamento degli incassi e (iii) quello dei sinistri, su base geografica molto particolareggiata e per ogni mese. Lo scambio di informazioni permetteva quindi, secondo l'Autorità, alle imprese di conoscere le previsioni a medio/lungo termine del mercato ed effettuare confronti tariffari circa il posizionamento relativo di ciascuna sul mercato.

Grazie a tali scambi, le imprese potevano attuare comportamenti paralleli nella fissazione delle tariffe sul mercato, le quali risultavano allineate tra compagnie. Secondo l'Autorità, inoltre, le quote di mercato risultavano cristallizzate. Va rilevato che, per la normativa italiana, le tariffe assicurative RC auto devono essere esposte al pubblico con un anticipo di sessanta giorni rispetto alla loro entrata in vigore. Inoltre, le imprese di assicurazioni possono scambiarsi alcuni tipi di informazioni sugli andamenti dei sinistri, in quanto tali dati statistici sono necessari per valutare correttamente la probabilità che - in futuro - si possa verificare un sinistro: probabilità che è alla base della determinazione della tariffa.

Per l'Autorità italiana, tuttavia, lo scambio di informazioni attuato dalle imprese di assicurazione trascendeva queste finalità, e non si limitava a quello di dati pubblici, ma era relativo alle scelte strategiche che ciascuna impresa dovrebbe adottare individualmente e che ovviamente non dovrebbe rivelare ai concorrenti.

Per effetto dell'accertamento del cartello le società assicurative coinvolte sono state sanzionate complessivamente per circa 740 miliardi di lire (*).

(*) Cfr. AGCM, Provvedimento 1377-RC del 28.07. 2000.

6.3.- Intese verticali

Consistono in accordi di collaborazione fra imprese che operano a *diversi stadi* dei processi di produzione e di distribuzione, ossia, allorché alcune di esse producono input produttivi utilizzati dalle altre: ad esempio gli accordi fra fornitori e acquirenti di materie prime o di macchinari, o gli accordi di distribuzione fra produttori e venditori sui mercati finali, ecc⁷⁴.

Questa tipologia di intese è in generale considerata meno lesiva della concorrenza delle intese orizzontali, posto che le imprese operano su mercati rilevanti diversi e dunque non sono diretti concorrenti. Fra le principali tipologie di accordi verticali rientrano quelli di distribuzione e quelli di produzione.

6.3.1.- Accordi di distribuzione

Sono stipulati fra i produttori e i distributori dei loro beni. Possono essere utili nell'interesse generale e persino allargare la concorrenza. Ad esempio, un'impresa che intenda entrare su un nuovo mercato, investendo dunque ingenti risorse, potrà essere invogliata a farlo se riesce a stipulare anticipatamente accordi di vendita con i distributori del suo prodotto; parimenti, prima di realizzare investimenti per aumentare la propria capacità produttiva, un operatore cercherà di accordarsi con grossisti e distributori per garantirsi il ritorno dell'investimento, ecc.

Le intese verticali possono permettere di conseguire economie di scala nella produzione (la garanzia di disporre di un canale efficiente di vendita può indurre il produttore ad aumentare la capacità produttiva) e nella distribuzione (concentrando la rivendita presso un numero limitato di distributori). Possono supplire a difficoltà di accesso al credito bancario

⁷⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, Linee direttive sulle restrizioni verticali (C 291/01); cfr. anche Regolamento (CE) 2790/1999 del 22.12.1999 (Applicazione dell'art. 81 [ora 101] paragrafo 3 del trattato CE [ora TFUE] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate).

(un fornitore può essere più incline di una banca a finanziare il proprio distributore, se è in grado di assicurarsene la fedeltà). Possono contribuire a lanciare un marchio, garantendo standard qualitativi uniformi a livello distributivo (ad esempio, tramite sistemi di franchising).

A fronte di ciò, le intese verticali possono provocare anche effetti negativi per la concorrenza:

- a) l'esclusione dal mercato di altri produttori o di altri venditori, quando le intese comportino clausole di esclusiva;
- b) quando il distributore si impegna ad acquistare solo prodotti di un singolo fornitore (*monomarchismo*), oltre agli effetti escludenti del punto (a), si riduce (i) sia la concorrenza tra marche (*interbrand*) posto che anche i dettaglianti tenderanno a vendere una sola marca o a ridurne la gamma; (ii) sia quella all'interno della medesima marca (*intra-brand*), specie se l'accordo impone ai dettaglianti prezzi comuni di rivendita ai clienti finali.

Allo scopo di conciliare gli effetti positivi delle intese verticali con quelli negativi le norme comunitarie hanno fissato come criterio che queste siano suscettibili di ledere la concorrenza se le parti contraenti hanno significativo potere di mercato oppure se le pattuizioni hanno contenuto gravemente anti competitivo. Al riguardo sono esentati dal divieto tutti gli accordi di fornitura o distribuzione, a condizione che:

- (i) il produttore abbia una quota di mercato rilevante non superiore al 30%; la medesima condizione si applica al distributore nel caso di accordi di fornitura in esclusiva;
- (ii) l'accordo non contenga restrizioni gravi della concorrenza, quali l'imposizione di prezzi di rivendita ai dettagliati prefissati dal produttore o il suo divieto di praticare prezzi al di sotto di un determinato *minimo*, poiché ciò restringerebbe la concorrenza fra i rivenditori di uno stesso prodotto); è invece consentito indicare prezzi massimi o prezzi "raccomandati" (ma non vincolanti).

6.3.2.- Accordi di produzione

Gli accordi di produzione possono prevedere che la produzione di determinati input sia effettuata da una sola parte o da due o più parti dell'accordo: (i) le imprese possono realizzare la produzione congiuntamente tramite un'impresa comune, (ii) le parti possono impegnarsi a scambiarsi due prodotti, ciascuna cessando di produrne in proprio uno dei due.

Si tratta di accordi molto comuni nelle catene produttive moderne, dove prevale la specializzazione e la ricerca di economie di scala. Si pensi ad esempio all'industria automobilistica dove le imprese costruttrici per un verso ricorrono massicciamente alla subfornitura (dai pneumatici agli apparati elettrici ed elettronici, ecc.), e per altro verso fanno accordi con i concorrenti per dividersi parti del processo produttivo (ad esempio, l'una producendo motori anche per l'altra, e viceversa per i telai), oppure realizzano congiuntamente parti delle auto, in questi modi realizzando consistenti economie di scala.

Se i contraenti non dispongono di significativo potere di mercato a valle (è il caso dell'industria automobilistica, caratterizzata da una struttura oligopolistica del mercato mondiale), questi accordi non dovrebbero avere effetti negativi sulla concorrenza, sebbene le imprese competano sullo stesso mercato rilevante del prodotto finale.

La disciplina comunitaria infatti esenta dal divieto di intese restrittive gli accordi di produzione nei quali la quota di mercato rilevante a valle congiuntamente detenuta dai

contraenti sia inferiore al 20%.

Resta comunque vincolante la condizione che gli accordi non contengano clausole restrittive della concorrenza a valle, quali la fissazione dei prezzi o la ripartizione dei mercati di vendita.

6.3.3.- Accordi di subfornitura

In questo caso un partner si impegna ad acquistare l'input produttivo dall'altro partner. L'accordo è considerato lecito se non comporta clausole di esclusiva e abusi di sfruttamento o di dipendenza economica di cui si è già trattato.

Intese verticali: Il caso Volkswagen

Con una decisione del 1998 (*), la Commissione ha comminato una pesante sanzione alla casa automobilistica Volkswagen per violazione del divieto di intese restrittive. A giudizio della Commissione, Volkswagen aveva costretto per anni i propri concessionari in Italia, con l'ausilio delle proprie controllate Audi e Autogerma, a non vendere le automobili del gruppo Volkswagen a clienti *non italiani*. Dunque un divieto finalizzato a compartimentare rigidamente il mercato su base geografica, in tal modo minacciando il corretto funzionamento del mercato unico europeo. A seguito di questo divieto, i concessionari italiani avevano spesso respinto gli ordini di acquisto di consumatori tedeschi, invogliati dalla svalutazione della lira verso il marco tedesco ad acquistare le automobili del gruppo Volkswagen in Italia.

Secondo la Commissione, Volkswagen aveva adottato una serie di pratiche illegittime volte a impedire le importazioni parallele [importazioni di beni da un Paese per la rivendita a cittadini dello stesso Paese] di vetture dall'Italia verso altri Stati membri, fra le quali:

- a) la risoluzione dei contratti di distribuzione con concessionari che avevano venduto automobili a clienti stranieri;
- b) la previsione di un sistema contrattuale di incentivi economici (definizione dei margini di profitto, bonus, sconti ecc.) volto a indurre i concessionari italiani a vendere in Italia almeno l'85% dei veicoli disponibili; Volkswagen concedeva uno sconto ulteriore del 30% ai propri concessionari italiani per tutte le vendite a clienti italiani, mentre per le altre vendite lo sconto veniva concesso solo a condizione che non eccedessero il 15% delle vendite in Italia;
- c) la limitazione dei rifornimenti di vetture ai concessionari italiani (anche tramite l'allungamento dei tempi di consegna degli autoveicoli);
- d) una serie di misure di monitoraggio e controllo dei concessionari, per assicurare il rispetto delle direttive impartite.

La decisione della Commissione contro Volkswagen è stata in parte confermata dal Tribunale di I Grado dell'UE (**) e poi dalla Corte di Giustizia (***):

- 1) la conferma ha riguardato l'abusività del sistema degli sconti selettivi in funzione della nazionalità degli acquirenti, da cui la compartimentazione del mercato unico;
- 2) le Corti hanno invece eccepito che non era stato provato dalla Commissione che la risoluzione dei contratti con i concessionari fosse effettivamente collegata all'"infrazione" commessa.

Pertanto la sanzione comminata dalla Commissione venne, seppure moderatamente ridotta.

(*) Decisione del 28.01. 1998, *vw-Audi*.

(**) Tribunale di I Grado, sentenza del 6.07 2000, causa T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*.

(***) CGE, sentenza del 18.09. 2003, causa C-338/00, *Volkswagen AG c. Commissione*.

7.- Concentrazioni

7.1.- Introduzione

Nel contesto industriale moderno le dimensioni di impresa hanno enorme rilievo per la competitività a causa delle economie di scala e di scopo che queste consentono di catturare. Schematicamente, esistono due strade per la crescita dimensionale di un'impresa, vista sotto la duplice ottica dell'aumento della capacità produttiva di un determinato bene o servizio o (o anche) dell'ampliamento della gamma dei beni realizzati. Questo processo può seguire due vie: *la crescita interna e quella esterna*.

La prima si realizza quando un'impresa progressivamente amplia la propria dimensione produttiva (o si afferma su più mercati, geografici e del prodotto) in forza della propria competitività, ossia della propria efficienza e dello spirito di intraprendenza dei suoi manager. Attraverso questa strada l'impresa può acquisire nel tempo una posizione dominante sui mercati rilevanti in cui opera, senza che il diritto antitrust ponga soverchi ostacoli, dato che in sé la dominanza, se non se ne abusa, non rappresenta un illecito concorrenziale.

Diversa è la disciplina della concorrenza nei confronti della crescita esterna, oggetto di questa sezione.

Nel diritto della concorrenza la nozione di concentrazione copre tutte le operazioni che producono una *modifica duratura del controllo delle imprese* interessate e che pertanto si risolvono in un cambiamento della struttura del mercato. Rientra nella nozione di concentrazione una serie variegata di operazioni, quali:

- la fusione fra due o più imprese prima indipendenti;
- l'acquisizione del controllo di un'impresa indipendente da parte di un'altra impresa o da parte di persone fisiche che controllano altre imprese;
- la creazione di imprese comuni (*joint ventures*) che esercitano stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica operante autonomamente sul mercato.

Risulta da quanto sopra che la differenza fondamentale fra la crescita interna e quella esterna sta nel fatto che solo la seconda comporta una *modifica duratura del controllo delle imprese* che ne sono il mezzo di realizzazione: è questo che giustifica il diverso trattamento a cui il diritto della concorrenza assoggetta le due fattispecie. Va comunque precisato che le due modalità *non sono alternative* ma si possono combinare per realizzare lo stesso fine della crescita dimensionale.

Le diverse forme che possono prendere le operazioni di concentrazione sono sottoposte dalle autorità antitrust a un trattamento omogeneo poiché hanno un medesimo effetto sostanziale: una *modifica duratura della struttura del mercato*. Le acquisizioni e le fusioni tra imprese indipendenti modificano infatti la struttura del mercato concentrando in un unico soggetto il potere decisionale che prima risiedeva in due o più soggetti; anche la costituzione di un'impresa comune determina una *modifica della struttura del mercato*, poiché comporta la creazione di un nuovo vincolo strutturale tra essa e i soggetti economici che ne acquisiscono il controllo congiunto, e dunque anche fra questi ultimi.

Diversamente dalle fattispecie fin qui considerate, la disciplina sulla concentrazioni non è contenuta nel TFUE ma è derivata dalla giurisprudenza comunitaria e da regolamenti: il regolamento-quadro comunitario attualmente vigente è del 2004⁷⁵. Nella disciplina italiana la materia è trattata dagli articoli da 5 a 7 e da 16 a 19 della legge 287/90.

Il controllo delle concentrazioni è di *competenza concorrente* della Commissione europea e delle autorità nazionali della concorrenza, a seconda della rilevanza di esse:

- a) Una concentrazione ha una *dimensione comunitaria* se ricorrono le seguenti condizioni:
- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro;
 - il fatturato totale realizzato singolarmente nell'Unione europea da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, eccetto il caso che ciascuna di tali imprese realizzi all'interno di un singolo Stato membro più di due terzi del proprio fatturato totale nell'Unione⁷⁶.
- b) Al di fuori dei casi di pertinenza comunitaria sono competenti le autorità nazionali della concorrenza.

Come è stato anticipato, la disciplina della concorrenza rende obbligatorio che le imprese che intendono procedere a un'operazione di concentrazione notifichino preventivamente alle autorità della concorrenza la propria volontà e non procedano dunque prima di essere state autorizzate (*obbligo di "standstill"*).

Non tutte le operazioni vanno però notificate ma solo quelle che per la loro rilevanza potrebbero comportare effetti restrittivi della concorrenza. Nella regolamentazione italiana vi è *obbligo di notifica* all'Autorità antitrust se sussistono *congiuntamente* le seguenti condizioni:

- a) il fatturato complessivamente realizzato nel territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate è pari o superiore a 567 milioni di euro;
- b) è superiore a 35 milioni di euro il fatturato realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate.

Queste soglie sono state *modificate*, insieme ad altre previsioni, dalla legge 118/2022 di cui si dirà poi.

Tanto più oggi con globalizzazione dei mercati, le concentrazioni sono molto frequenti poiché con esse le imprese possono aumentare la propria dimensione produttiva, conseguire economie di scala, estendere la gamma dei propri prodotti ottenendo economie di gamma (o

⁷⁵ Regolamento (CE) 139/2004 del Consiglio (Regolamento comunitario sulle concentrazioni).

⁷⁶ Anche se le soglie sopra riportate non sono raggiunte, si tratta di una concentrazione di dimensione comunitaria nel caso in cui ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di euro;
- in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro;
- in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro;
- il fatturato totale realizzato singolarmente nell'UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro, a meno che ciascuna delle imprese di cui sopra realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico paese dell'UE.

di scopo)⁷⁷, assicurarsi il controllo di input produttivi o di canali di distribuzione. Sono risultati che, concretizzandosi in riduzioni dei costi, sono potenzialmente benefici per i consumatori e più convenienti per le imprese di quelli derivanti dalle intese, poiché scaturiscono dall'accentramento strutturale della produzione e da una catena unitaria di comando.

Sul fronte della concorrenza, tuttavia, l'impatto può essere in via generale maggiore che nel caso delle intese, poiché più incisivo è il coordinamento fra i partecipanti e perché questo ha natura *permanente* mentre le intese possono andare e venire. Al tempo stesso, però, le concentrazioni sono meno insidiose poiché mentre le intese possono essere occultate, le prime debbono essere notificate e, anche qualora l'obbligo venga evaso, la loro esistenza è molto più facilmente accertabile.

Da segnalare che anche concentrazioni *sottosoglia* (che cioè non rientrano nei parametri dimensionali indicati sopra) possono essere problematiche sul piano concorrenziale - in particolare nei settori ad alta tasso di innovazione tecnologica quali i servizi digitali, il settore farmaceutico e altri. Almeno nell'ultimo decennio si è infatti assistito ad acquisizioni, da parte di grandi gruppi industriali, di piccole o piccolissime imprese, addirittura di *start-up*, le quali avevano "inventato" nuovi processi o prodotti non ancora in fase di produzione (fenomeno che è esploso nella Silicon Valley in California soprattutto nel digitale). Ciò che spinge i grandi gruppi a queste operazioni (a prezzi talvolta elevatissimi) è di acquisire know-how e al tempo stesso di sottrarlo ai propri concorrenti.

Il pericolo che queste operazioni, in quanto sottosoglia, sfuggano al controllo delle autorità competenti costituisce una delle sfide per la politica europea della concorrenza.

Per questa ragione la legge 118/2022 ha stabilito che l'Autorità antitrust può richiedere di notificare un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata *una sola* delle due soglie di fatturato indicate prima "qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative"⁷⁸. In breve, l'obbligo di notifica sussiste *ora* anche se una delle due imprese oggetto della concentrazione ha un fatturato inferiore a 31 milioni di euro.

La modifica introdotta è stata accompagnata dalla facoltà per l'Autorità di utilizzare criteri più flessibili per valutare l'impatto sostanziale delle concentrazioni sulla concorrenza.

Mentre secondo la normativa precedente la legge 118/2022 il criterio di base di valutazione dell'impatto delle concentrazioni sulla concorrenza è la verifica se da queste possa scaturire la *costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante* potenzialmente lesiva della concorrenza, la nuova norma stabilisce che l'Autorità deve valutare se tali operazioni possano ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale, *in particolare* a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante. "Tale situazione deve essere valutata in ragione della necessità di preservare e sviluppare la concorrenza effettiva tenendo conto della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza attuale o potenziale, nonché della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro

⁷⁷ Si hanno economie di gamma o di scopo quando un'impresa che produce congiuntamente i beni A e B sostiene costi medi minori di quelli di due imprese, di cui una produce solo il bene A e l'altra solo il bene B.

⁷⁸ Art. 32, recepito nella legge 287/1990 come comma 1-bis dell'art. 16.

accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, dell'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. L'Autorità può valutare gli *effetti anticompetitivi di acquisizioni di controllo su imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative, anche nel campo delle nuove tecnologie*⁷⁹.

In breve la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante non è più condizione *necessaria* per valutare gli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni.

Nel vietare o autorizzare le operazioni di concentrazione, le autorità della concorrenza debbono pesare i potenziali benefici di efficienza⁸⁰ e gli effetti restrittivi della concorrenza che esse comportano, tenendo conto che quanto maggiori sono tali restrizioni tanto meno è probabile che i benefici di efficienza siano traslati a vantaggio dei consumatori.

A valle della notifica da parte delle imprese interessate a una concentrazione, le autorità della concorrenza aprono un'istruttoria per verificare gli effetti dell'operazione, alla quale possono intervenire anche tutte le imprese e i soggetti contro-interessati.

Al termine dell'accertamento l'Autorità può concludere:

- 1) vietando l'operazione;
- 2) approvandola incondizionatamente;
- 3) approvandola sotto condizioni.

Le condizioni riguardo al caso (3) possono consistere:

- a) in *rimedi strutturali*, consistenti nell'imporre come condizione, ad esempio, l'uscita da alcuni mercati dove le imprese interessate erano presenti;
- b) in *rimedi comportamentali*, consistenti nell'impegno a evitare determinate condotte, quali aumenti dei prezzi o l'applicazione di ingiustificate condizioni di favore all'interno del gruppo risultante dalla concentrazione, che potrebbero comportare limitazioni della concorrenza.

Va menzionato comunque che in Italia il governo può "eccezionalmente" autorizzare un'operazione di concentrazione restrittiva della concorrenza "per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea", restando all'Autorità antitrust di prescrivere "le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato"⁸¹.

Vi possono essere diverse tipologie di concentrazioni, in parte analoghe alle intese, che

⁷⁹ Art. 6, c. 1, legge 287/1990.

⁸⁰ Ibid., articolo 2(3).

⁸¹ Legge 287/1990, articolo 25: "Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti".

verranno esaminate nelle successive sezioni:

- a) le *concentrazioni orizzontali*, fra imprese operanti nel medesimo mercato rilevante;
- b) le *concentrazioni verticali*, fra imprese che operano a diversi livelli di una medesima filiera produttiva;
- c) le *concentrazioni conglomerati*, fra operatori presenti in mercati completamente distinti.

7.2.- Concentrazioni orizzontali

Analogamente alle intese orizzontali, riguardano imprese che operano sullo stesso mercato rilevante del prodotto e geografico. L'effetto diretto è dunque di ridurre il numero dei concorrenti, accorpendone alcuni fra di loro.

La valutazione da parte dell'Autorità della concorrenza segue in gran parte il percorso canonico già illustrato nel capitolo III(6.2):

- a) l'identificazione del mercato rilevante su cui le imprese interessate operano;
- b) la verifica della ripartizione delle quote di mercato e del grado di concentrazione del mercato, *prima e dopo* l'operazione;
- c) l'accertamento della dominanza – o del suo rafforzamento - che le imprese interessate verrebbero o meno ad assumere a seguito della concentrazione.

Se l'accertamento di quanto al punto (c) dà risultato positivo, a questa fase segue la valutazione se la situazione del mercato a seguito dell'operazione sia tale da rendere probabile che la dominanza dia luogo ad abusi.

Nella valutazione dell'esistenza di un eventuale danno alla concorrenza *effettiva* occorre valutare i fattori che limitano l'esercizio del potere di mercato da parte del soggetto risultante dalla concentrazione:

- a) L'eventuale contropotere di mercato degli *acquirenti*, tale da “legare le mani” dell'impresa che volesse approfittare della sua dominanza.
- b) Anche i *concorrenti* presenti sul mercato possono rappresentare una rilevante forza di contrasto nei confronti dell'eventuale esercizio del potere di mercato; ad esempio l'operazione compiuta potrebbe spingere i concorrenti a imitarla concentrandosi anch'essi, in tal modo controbilanciandone il potere di mercato (*efficiency defence*).
- c) Può inoltre essere rilevante il contropotere esercitato da *potenziali entranti* (tipicamente imprese attive in mercati contigui sotto il profilo delle tecnologie e/o dei prodotti) i quali, osservando l'aumento dei prezzi *post-concentrazione*, potrebbero decidere di entrare sul mercato per conquistare la porzione di domanda non disposta a pagare l'aumento dei prezzi.

7.3.- Concentrazioni verticali

Hanno effetti simili a quelli già visti delle intese verticali, sia sotto il profilo dell'efficienza che sotto quello della concorrenza, cosicché si rimanda a quanto trattato in quella parte. Però, nel bene e nel male, sono più incisivi a causa della loro stabilità e permanenza nel tempo.

Tuttavia, al pari delle intese, la collocazione delle imprese su mercati rilevanti distinti rendono questo tipo di concentrazioni meno sensibili dal punto di vista della concorrenza.

Vale però la pena di accennare a qualche caso. In particolare a operazioni che coinvolgono proprietari o gestori di *essential facilities* e imprese che le utilizzano per produrre sul mercato a valle. Si è già parlato dei rischi di abuso di posizione dominante di imprese verticalmente integrate, consistenti nel rifiuto a contrarre o in pratiche di *margin o price squeeze*. Va da sé che la concentrazione fra due imprese del genere mette in campo rischi di abusi escludenti che altrimenti non sussisterebbero.

Ne segue che - proprio alla luce del criterio per il quale il divieto di concentrazioni non poggia tanto sulla creazione di dominanza ma sul rischio che questa si traduca in abusi - un'operazione di questo tipo verrebbe con ogni probabilità vietata.

Concentrazioni verticali: il caso Edizione Holding /Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostradali

Nel dicembre del 1999, Edizione Holding S.p.A., impresa controllata dalla famiglia Benetton e attiva in numerosi mercati, tra i quali quello della ristorazione autostradale attraverso la società controllata Autogrill S.p.A., notificava all'AGCM il suo progetto di acquisizione di Autostrade S.p.A. dall'IRI.

Le attività interessate dall'operazione sono state individuate dall'AGCM:

- 1.- Nella gestione della rete autostradale;
2. Nell'affidamento in sub-concessione dei servizi prestati nelle aree di sosta della rete autostradale (in primis vendita di carburante e servizi di ristorazione).

Autostrade era presente nei primi due mercati, essendo concessionaria, anche attraverso società controllate, di varie tratte della rete autostradale nazionale a pagamento (circa il 56% in termini di chilometri) ed essendo titolare dell'affidamento in sub-concessione dei servizi offerti nelle aree di sosta ubicate sulle tratte autostradali di sua pertinenza.

Sul mercato della ristorazione autostradale, invece, era presente Autogrill, attraverso sub-concessioni ottenute prevalentemente dal gruppo Autostrade. In particolare, Autogrill era presente su 180 dei 249 punti di ristoro ubicati sulla rete gestita dal gruppo Autostrade, realizzando oltre l'80% del fatturato complessivo derivante dall'attività di ristorazione su tale rete. Su lunghi tratti della rete autostradale, inoltre, Autogrill era l'unico operatore.

L'operazione notificata determinava pertanto una significativa integrazione verticale tra (a) l'attività a monte di affidamento in sub-concessione dei servizi prestati nelle aree di sosta della rete autostradale e (b) l'attività a valle di fornitura dei servizi di ristorazione in dette aree. A giudizio dell'AGCM l'integrazione verticale avrebbe rafforzato la posizione già dominante di Autogrill per una serie di motivi.

Infatti, fra gli altri vantaggi, Autogrill avrebbe potuto beneficiare di quelli derivanti dall'appartenenza allo stesso gruppo di Autostrade, quali ad esempio la possibilità di influenzare il processo di trasformazione delle aree di servizio, in modo da renderlo più rispondente alle sue esigenze, oppure la possibilità di beneficiare di parte delle royalties realizzate da Autostrade dall'affidamento in sub-concessione del servizio di ristorazione autostradale. Tale vantaggio, del quale avrebbe beneficiato unicamente Autogrill rispetto ai concorrenti, si sarebbe tradotto in un indubbio incentivo a porre in essere comportamenti strategici di gruppo, quali, ad esempio, la presentazione di offerte per l'affidamento delle sub-concessioni sistematicamente più elevate di quelle degli altri partecipanti alla gara.

Considerato tutto ciò, l'AGCM (*) ha deciso di autorizzare l'operazione solo subordinatamente all'assunzione di una serie di impegni ritenuti idonei a scongiurare il rischio di un eccessivo indebolimento del livello di concorrenza nel mercato della ristorazione autostradale:

- 1) che il gruppo Autostrade non assuma direttamente la fornitura del servizio di ristoro e affidi a terzi la fornitura di tale servizio attraverso procedure competitive trasparenti e non discriminatorie, adeguatamente pubblicizzate;
- 2) che il gruppo Autostrade affidi a uno o più soggetti terzi, indipendenti e qualificati, la gestione delle suddette procedure competitive, inclusa la definizione dei requisiti di partecipazione e dei parametri di aggiudicazione, nonché l'adeguata pubblicità di tutte le informazioni rilevanti;
- 3) che non sia incrementata la quota dei punti di ristoro affidati ad Autogrill (all'epoca pari al 72%) rispetto al numero totale dei punti di ristoro presenti sulle tratte autostradali gestite dal gruppo Autostrade.

(*) Provvedimento del 2.03.2000, caso C 3818, *Edizione Holding/Autostrade-Concessioni e Costruzioni*

7.4.- Concentrazioni conglomerali

Riguardano imprese che possono anche non essere direttamente in concorrenza fra di loro in quanto producono beni diversi, oppure beni sostituibili ma li forniscono su mercati geografici differenti, né essere legate da relazioni verticali. E' un fenomeno molto diffuso nei mercati di oggi, caratterizzati dalla presenza di grandissimi gruppi industriali che producono i beni o servizi più disparati.

La ragione della tendenza in questa direzione è che i grandi gruppi diversificati geograficamente e per prodotti possono catturare economie di scala e di scopo pressoché sconfinite, che vanno ben oltre i processi produttivi in sé. *Lato costi*, le economie di scala negli acquisti, le economie di scala manageriali e di accumulazione di know how, la capacità di importare *best practices* maturate in realtà diverse, la solidità patrimoniale e la capacità di diversificare le fonti di finanziamento, la flessibilità di gestione degli asset, della mano d'opera e di eventuali esuberi di personale. A questo si aggiungono le economie di scala e di scopo *lato ricavi*: le sinergie, lo sfruttamento del marchio e della leva commerciale, la capacità di penetrare in forze su nuovi mercati, ecc.

Sul terreno della concorrenza l'aspetto più critico delle concentrazioni conglomerali è la capacità di estendere a raggio la dominanza su ulteriori mercati attraverso pratiche di vendite abbinate, di sconti incrociati, di prezzi predatori resi sostenibili dalla forza finanziaria di cui i gruppi dispongono.

Concentrazioni conglomerali: il caso General Electric/Honeywell

Nel 2001 la Commissione ha vietato l'acquisizione di Honeywell International (HI) da parte di General Electric Company (GE), nonostante l'operazione avesse ricevuto il via libera dal Department of Justice americano (le due società sono statunitensi) e nonostante gli impegni proposti da GE per rimediare agli effetti restrittivi dell'operazione.

GE è una delle principali conglomerate mondiali: è il maggior produttore mondiale di motori per aeromobili e controlla una delle più importanti società di leasing di aeromobili (GE Capital Aviation Services, GECAS), nonché una primaria organizzazione finanziaria (GE Capital).

Honeywell è un importante fabbricante di prodotti aerospaziali, componenti per l'industria automobilistica, materiali elettronici, prodotti chimici specializzati, polimeri ad alte prestazioni, sistemi di trasporto e sistemi energetici, nonché sistemi di controllo per uso domestico, edilizio e industriale. Honeywell, inoltre, è la società leader nel mercato dei motori per aeromobili d'affari e dei prodotti per l'avionica.

La Commissione ha vietato l'operazione in quanto

- 1) Avrebbe rafforzato la preesistente posizione dominante di GE sui mercati dei motori per aeromobili da

trasporto regionale di grandi dimensioni; in seguito alla fusione, infatti, la nuova entità GE/ Honeywell avrebbe controllato la totalità delle forniture di nuovi motori e servito il 90-100% della base installata complessiva dei motori già in uso;

- 2) Avrebbe rafforzato la posizione dominante di GE sul mercato dei motori per aeromobili commerciali di grandi dimensioni, con sensibili rischi concorrenziali; ad esempio, GE/Honeywell avrebbe potuto attuare varie forme di *bundling*, offrendo alle compagnie aeree pacchetti integrati comprendenti motori, prodotti dell'avionica, prodotti non inclusi nell'avionica e servizi correlati (quali, ad esempio, la manutenzione e il leasing);
- 3) Avrebbe creato una posizione dominante sui mercati dei motori per aerei di affari e su altri mercati (avionica e non-avionica).

In conclusione, l'offerta combinata di prodotti GE e HI avrebbe permesso a GE di mantenere la propria clientela ed espanderla a danno dei suoi concorrenti, rafforzando la posizione dominante già detenuta sul mercato dei motori.

Il Tribunale di I grado (TPG), che ha confermato il divieto dell'operazione imposto dalla Commissione, ha tuttavia censurato alcuni profili della decisione in relazione all'analisi della probabilità che la dominanza desse luogo comportamenti abusivi. Nella valutazione di questi ultimi, il TPG ha basato la propria analisi sul principio secondo cui, ove gli effetti anticoncorrenziali di un'operazione discendono non direttamente dalle modifiche strutturali dei mercati interessati, bensì da un futuro comportamento dell'entità risultante dalla concentrazione, la Commissione ha l'onere di dimostrare che tale condotta avrà effettivamente luogo con un adeguato grado di probabilità. Secondo il TPG gli argomenti portati al riguardo dalla Commissione non erano sufficientemente provati.

* Commissione europea, decisione del 7.03.2001, caso M.2220, *General Electric/Honeywell*.

8.- Servizi di interesse economico generale

Va premesso che la materia qui affrontata non corrisponde a una delle fattispecie di illecito antitrust ma a una tipologia di servizi per i quali si pongono problematiche concorrenziali, non ultimo in termini di aiuti di Stato. Dal momento che degli aiuti di Stato ci si occuperà nella sezione 9, per motivi di propedeuticità si è ritenuto opportuno anticiparne qui gli aspetti più strettamente connessi al diritto della concorrenza, mentre quelli di natura regolatoria verranno affrontati nell'ambito della parte del volume dedicata alla regolazione.

8.1.- Definizione dei servizi di interesse economico generale

Nel diritto dell'Unione europea sono definiti *servizi di interesse generale* (SIG) quelli che le autorità pubbliche degli Stati membri (governi centrali, regioni, comuni, ecc.) considerano essenziale siano forniti alla collettività a condizioni conformi all'interesse generale, vale a dire: in quantità, qualità e prezzi adeguati, parità di trattamento, diffusione territoriale. Il termine riguarda sia le attività economiche che quelle non economiche.

SIG *non economici* sono quelli la cui diretta fornitura rientra fra le funzioni proprie delle autorità pubbliche (amministrazione della giustizia, ordine pubblico, difesa nazionale, previdenza, istruzione e sanità pubbliche, ecc.) e che non sono forniti agli utenti in cambio di un corrispettivo. In quanto tali non costituiscono attività economiche e dunque non sono soggetti al diritto della concorrenza.

Sono invece servizi di interesse *economico* generale (SIEG), quelli caratterizzati:

- a) dall'essere attività economiche, ossia attività prestate dietro corrispettivo economico e che dunque potrebbero essere in linea di principio fornite dal mercato,
- b) ma che al tempo stesso non sarebbero *concretamente* assicurate dal mercato senza un intervento statale, o lo sarebbero a condizioni difformi da quelle giudicate coerenti con gli obiettivi di interesse generale, inclusa l'*abbordabilità* del prezzo.

Non sempre è nettamente demarcato il confine fra i SIG economici e quelli non economici, poiché questi ultimi non sempre sono forniti gratuitamente. Ad esempio l'accesso all'istruzione universitaria e la sanità pubblica è soggetto al versamento di tasse universitarie o di ticket sanitari, che tuttavia non sono configurabili come corrispettivi ma come contributi al finanziamento e non sono commisurati al valore del servizio ma al reddito di chi ne usufruisce. Al contrario l'istruzione e la sanità privata sono offerte contro corrispettivi commisurati (se vi è concorrenza) al loro costo di fornitura e come tali sono considerate attività economiche. Stessa distinzione vale per i servizi di polizia/carabinieri e per quelli privati di vigilanza o fra la previdenza pubblica e quella privata.

Interessa qui approfondire i SIEG.

Articolo 14, TFUE

In considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i loro compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.

In forza delle loro caratteristiche, due sono le principali conseguenze che distinguono i SIEG da altri servizi economici *non* di interesse generale:

- 1) Ai sensi dell'art. 14 TFUE (riquadro sopra) agli Stati e alle loro articolazione territoriali (regioni, province, comuni) è lasciata ampia libertà nel definire quali siano i servizi che ritengono essenziali e dunque di fissare l'“asticella” della misura, del dove e del come debbano essere assicurati alla collettività. Pertanto le norme comunitarie stabiliscono che al fine di assicurare “*coesione sociale e territoriale*”, gli Stati “*provvedono*” affinché tali servizi siano resi disponibili in adeguata quantità, qualità e diffusione territoriale, e a prezzi abbordabili, stabilendo le condizioni di fornitura e finanziamento.
- 2) Trattandosi attività economiche, i SIEG sono soggetti alle norme che disciplinano la concorrenza.
- 3) Tuttavia, se il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale perseguiti dagli Stati entra in conflitto con quello di promuovere la concorrenza, la fornitura dei SIEG può essere sottratta alle regole della concorrenza *nella misura in cui questo sia strettamente indispensabile a garantire il raggiungimento degli obiettivi a essi assegnati*. La deroga alle regole della concorrenza è infatti legittima solo se rispetta il criterio di *proporzionalità*: la misura restrittiva deve essere strettamente proporzionata all'obiettivo e se in eccesso va considerata illegittima⁸².

Articolo 106, paragrafo 2, TFUE

Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

La deroga menzionata risponde al principio secondo cui la concorrenza non rappresenta un fine in sé ma un *mezzo* per promuovere l'interesse generale, cosicché laddove vi sia conflitto può essere sottoposta a limitazioni.

⁸² Secondo la normativa e la costante giurisprudenza comunitaria, la proporzionalità di una misura va verificata rispetto agli obiettivi che essa si prefigge di conseguire. Così, la Corte di giustizia europea ha affermato che al fine di stabilire se una norma di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve accertare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungere tale scopo (Cfr., in particolare, sentenza 9 novembre 1995, causa C-426/93, Germania/Consiglio dell'Unione europea).

Ciò premesso, la deroga è applicabile solo ad alcune regole di concorrenza. Precisamente:

- a) al principio della concorrenza *nel* mercato, allorché la garanzia di fornitura di SIEG richieda di optare per l'affidamento del servizio a una sola impresa (*diritti di esclusiva*) o a un numero limitato di imprese (*diritti speciali*);
- b) al divieto di aiuti di Stato.

Le imprese incaricate di fornire SIEG restano invece soggette al divieto di abusi di posizione dominante e alla disciplina delle intese e delle concentrazioni.

Fondamentale tener presente che possono beneficiare della deroga alle regole della concorrenza solo quei servizi che il mercato non fornirebbe spontaneamente alle condizioni che gli Stati ritengono coerenti con l'interesse generale⁸³.

Le caratteristiche indicate dei SIEG sono tali da rendere legittimo imporre *obblighi di servizio pubblico (OSP)* e *obblighi di servizio universale (OSU)* alle imprese che si rendono disponibili a fornirli:

- a) per *OSP* si intendono “i requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari, stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale”⁸⁴.
- b) Gli *OSU* sono invece “un tipo di *OSP* che stabiliscono le condizioni per assicurare che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti i consumatori e utenti di uno Stato membro, a prescindere dalla loro localizzazione geografica, a un determinato livello di qualità e, tenendo conto delle circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. La definizione di *OSU* specifici è stabilita a livello europeo come componente essenziale della liberalizzazione del mercato nel settore dei servizi, quali le telecomunicazioni, i servizi postali e i trasporti”⁸⁵.

Da chiarire preliminarmente è che nessuno obbliga un'impresa a fornire tali servizi (anzi, c'è la fila!): l'obbligo risiede nel fatto che l'impresa che si propone e che viene prescelta (i) deve soddisfare determinate condizioni imposte dal concedente e (ii) pertanto può avere diritto a determinate contropartite.

⁸³ Nell'ordinamento italiano la natura ante litteram di SIEG è nella riserva “allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori”, anche in monopolio legale, di “servizi pubblici di preminente interesse generale” prevista dall'art. 43 della Costituzione.

⁸⁴ Ibid., p. 23.

⁸⁵ Commissione europea, Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa, COM(2011) 900 def., p. 4.

8.2.- Perimetro dei servizi di interesse economico generale

Il perimetro dei servizi che potenzialmente rientrano fra i SIEG è molto vasto: la fornitura di servizi di energia, di trasporto, di comunicazioni elettroniche, di rifiuti, idrici, postali, ecc.⁸⁶.

Fino a pochi decenni fa i servizi indicati erano in blocco considerati SIEG e per lo più affidati in monopolio legale a imprese pubbliche. Con i processi di liberalizzazione, lo sviluppo della domanda e il progresso tecnologico, nella fornitura di parte di questi servizi è venuta meno la condizione di fallimento del mercato e dunque il diritto degli Stati di surrogarsi a esso nella fornitura.

La circostanza che siano spontaneamente forniti dal mercato non fa perdere loro la qualifica di servizi di interesse pubblico e che dunque le condizioni minime di fornitura siano regolamentate, ossia che sia garantita un'offerta adeguata per qualità e quantità, diffusa sul territorio e a prezzi abbordabili. Tuttavia, in forza dei processi menzionati sopra, la situazione oggi è tale che il mercato concorrenziale spontaneamente offre questi servizi a condizioni conformi a quelle fissate dagli Stati, cosicché – salvo casi che vedremo – non è più necessario imporre *OSP* o *OSU* alle imprese fornitrici né limiti all'applicazione delle regole di concorrenza. E' il caso dei servizi finali di fornitura di comunicazioni elettroniche, di produzione e vendita di energia elettrica e di gas, di parte consistente dei servizi postali e dei servizi di trasporto.

Sebbene si sia ristretta, l'area dei SIEG seguita però a essere vasta ancor oggi. Vediamo dove e quali servizi.

Innanzitutto va tenuto presente che l'interesse generale da tutelare è in primissimo luogo quello dei consumatori. Di conseguenza, *in prima battuta*, strettamente parlando possono essere considerati SIEG i servizi finali al pubblico e, in quanto input di produzione di essi, le infrastrutture che presentano le caratteristiche di *essential facilities*.

Rientrano oggi nei SIEG in primo luogo i *servizi pubblici locali e regionali* (idrici, dei rifiuti, del trasporto), dove l'assenza di interesse da parte delle imprese a fornirli spontaneamente alle condizioni richieste dagli Stati può rendere necessaria l'imposizione di *OSP* e l'affidamento a singole imprese di diritti esclusivi (ossia in monopolio) a fornire il mercato: di qui l'esclusione della concorrenza *nel* mercato. Ovviamente le imprese incaricate di SIEG pretendono in cambio una contropartita, della quale si dirà.

Per altri servizi (elettricità, gas, telecomunicazioni), che sono ampiamente redditizi e in concorrenza, la necessità di imporre *OSP* (meglio: *OSU*) nasce dal principio di universalità dei servizi essenziali e si traduce nell'obbligo di fornitura a prezzi abbordabili a *particolari fasce di popolazione e a localizzazioni* che un'impresa liberamente non servirebbe. E' il caso della fornitura di servizi essenziali a prezzi inferiori al costo di produzione a categorie in disagio economico, oppure della fornitura di energia elettrica in luoghi a bassa densità demografica. Tuttavia, in forza della definizione di SIEG ricordata poc'anzi lo Stato o le sue articolazioni territoriali dovrebbero potersi riservare, a seconda dei casi, solo il ruolo di

⁸⁶ “Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete, quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende a qualsiasi altra attività economica soggetta a obblighi di servizio pubblico” (Commissione europea, Libro bianco sui servizi di interesse generale, COM(2004) 374, pag. 23).

organizzatori o anche di erogatori di *ultima istanza*, in caso di fallimento del mercato⁸⁷.

Il fallimento del mercato nel fornire spontaneamente servizi in conformità con gli obiettivi pubblici va quindi verificato come *presupposto essenziale* per l'applicazione dell'art. 14 e, dunque, delle deroghe ex par. 2 dell'art. 106 TFUE. In conclusione, *solo a valle della verifica della possibilità di gestione concorrenziale di tali servizi gli Stati dovrebbero poter decidere se e in che misura ricorrere all'affidamento a singole imprese di diritti esclusivi o speciali nella loro fornitura*.

La Corte di giustizia ha stabilito che affinché una misura restrittiva della concorrenza, quale l'attribuzione di diritti di esclusiva, possa beneficiare della deroga prevista dal paragrafo 2 dell'articolo 106 TFUE è necessario che siano soddisfatte - fra le altre - le seguenti *condizioni*: (a) l'esistenza un nesso fra la misura adottata e l'obiettivo di interesse generale; (b) l'applicazione delle regole di concorrenza deve ostacolare l'adempimento delle funzioni affidate all'impresa; (c) le restrizioni causate dalla misura devono essere bilanciate da vantaggi per la collettività (ad esempio, in termini di qualità, continuità delle prestazioni, sostenibilità dei prezzi, costo minimo per la collettività); (d) non esistono misure alternative *meno distorsive* della concorrenza⁸⁸. Eventuali misure restrittive debbono essere comunque strettamente improntate al principio di proporzionalità richiamato dal par. 2 dell'art 106 ("*nei limiti in cui l'applicazione di tali regole osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*"), salva la verifica da parte della Commissione europea.

Limitazioni alla concorrenza debbono essere quindi giustificate da oggettive ragioni di interesse pubblico.

Sotto l'*aspetto economico-finanziario* la concessione di diritti esclusivi è giustificata:

- a) laddove sussistano condizioni di *monopolio naturale*;
- b) in alternativa, laddove permetta un'*economia di risorse pubbliche* che non potrebbe essere realizzata altrimenti;
- c) infine quando i servizi abbiano natura di *bene pubblico* con conseguenti fenomeni di *free riding*, ossia di utenti che ne usufruiscono ma che tecnicamente non possono essere obbligati pagare il prezzo (caso simile a quello dei beni pubblici affrontato nel capitolo I(2)).

Il ricorrere della condizione di monopolio naturale (presente soprattutto nei servizi infrastrutturali) è dirimente, così come lo è quella relativa ai beni pubblici.

La seconda condizione (*l'economia di risorse pubbliche*) rappresenta anch'essa un obiettivo di interesse generale. La ragione più spesso richiamata a questo riguardo a giustificazione dell'affidamento a un'impresa di diritti di esclusiva è che attraverso *sussidi incrociati* questo permette di economizzare risorse pubbliche.

Può tornare utile un esempio. Gli *OSP* imposti a un'impresa di trasporto pubblico urbano comportano che questa debba garantire servizi che coprono tutte le aree della città per ventiquattro ore al giorno. Ne segue che nelle aree a maggiore densità abitativa e nei momenti di picco vi sarà elevata domanda da parte del pubblico e forse introiti dalla vendita dei biglietti

⁸⁷ E' quanto è avvenuto, ad esempio, nel settore postale, in quelli delle comunicazioni elettroniche, dell'elettricità, del gas e dei trasporti, dove l'area del servizio universale si è progressivamente ristretta.

⁸⁸ CGE, causa C-159/94, EDF e GDF.

tali da permettere di conseguire ricavi maggiori dei relativi costi (ossia utili: poniamo pari a 40). L'opposto si verificherà per i servizi forniti in aree scarsamente popolate o in ore con bassa domanda, dove probabilmente subirà perdite (poniamo 70). In tal caso, dal momento che alcuni servizi coprono le perdite di altri, ossia li sussidiano, l'ente concedente il servizio si limiterà a compensare l'impresa per le *perdite nette* ($40-70 = -30$).

Qualora invece fosse permesso ad altre imprese di entrare sul medesimo mercato aggiungendosi all'operatore che già vi opera come affidatario, esse si limiterebbero a posizionarsi solo sulla parte di servizi redditizi, lasciando che gli altri siano forniti dall'operatore in OSP. In tal modo andrebbero a sottrarre utile a quest'ultimo (il c.d. "*cream skimming*"), contribuendo ad aumentarne le perdite nette e con esse il finanziamento pubblico⁸⁹.

Tuttavia, l'economia di risorse pubbliche può essere perseguita anche in modo diverso dal regime di riserva in esclusiva. Infatti, l'effetto di *cream skimming* derivante dall'entrata di nuovi operatori può essere sterilizzato attraverso varie misure:

- a) da quella "*pay*"⁹⁰, con l'obbligo in capo ai nuovi entranti di versamento di canoni di accesso all'impresa onerata per compensarla della perdita da *cream skimming*, vale a dire, per compensarla dei *ricavi netti cessanti* a causa della concorrenza (caso trasporto passeggeri di linea per ferrovia⁹¹);
- b) da quella "*play*", in forza del quale (in materia di trasporti) il nuovo entrante può essere tenuto a garantire la regolarità dei servizi anche in periodi a bassa domanda, come nel caso del cabotaggio marittimo⁹²;
- c) infine dal porre i ricavi netti cessanti a carico della generalità degli utenti, come nel caso del mercato elettrico⁹³.

Infine, la terza condizione (il caso di "*free riding*" – la non escludibilità dall'usufruire del servizio degli utenti che sfuggono al pagamento del corrispettivo), che tuttavia non esclude modalità diverse di pagamento, quali tasse di scopo e fiscalità generale): è il caso, ad esempio, della raccolta pubblica dei rifiuti⁹⁴.

⁸⁹ A questo riguardo, con la sentenza Corbeau del 1993 la Corte di giustizia si è pronunciata a favore dell'applicabilità della deroga ex art. 106, comma 2, del TFUE stabilendo che "una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici" può essere giustificata se è condizione per permettere al titolare di un diritto esclusivo "di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico [ciò che] presuppone la possibilità di una compensazione fra i settori di attività redditizie e quelli meno redditizi [...]" (CGE, causa C-320/91, Corbeau, cit., punti 16- 18).

⁹⁰ COM 2001, cit.: "Quando un operatore o un numero limitato di operatori concorrenti in un determinato mercato sono tenuti, a differenza di altri, ad assolvere obblighi di servizio pubblico può essere giustificato fare partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti dal servizio di interesse economico generale in questione [...]" (par. 15).

⁹¹ Cfr. direttiva 2012/34/UE, "Recast".

⁹² Cfr. ad esempio Commissione europea, Comunicazione COM (2014) 232, sezione 5.5.1, relativa al cabotaggio marittimo.

⁹³ Cfr. direttiva 2003/54/CE. La fornitura di energia elettrica in aree scarsamente popolate comporta costi che, stante la poca domanda, non possono essere compensati dai ricavi delle vendite. L'impresa incaricata di assicurare questo servizio universale può essere compensata attraverso un fondo alimentato dalle imprese che non sono soggette a questo obbligo.

⁹⁴ La modalità di raccolta dei rifiuti ancora prevalente in Italia consiste nel libero deposito di essi nei "cassonetti" posizionati sulle strade cittadine. Impossibile dunque stabilire chi ne usufruisce e in che misura – dunque obbligarlo a pagare direttamente per il servizio: per questa ragione è stata introdotta una tassa ad hoc (la "Ta.Ri") a carico dei residenti e proporzionata alla dimensione dei locali abitati e al numero degli occupanti. Diverso sarebbe se, come avviene in altri paesi (ma anche in alcune località italiane), l'accesso ai cassonetti richiedesse di disporre di un badge (magari ricaricabile), tale da tracciare chi ne usufruisce e dunque imporgli il versamento di un corrispettivo commisurato all'uso; si potrebbe

In conclusione, anche ove sia stata accertata l'incompatibilità fra la libera concorrenza e l'assolvimento di finalità di interesse generale, le misure adottate debbono essere il meno possibile restrittive della concorrenza. Ne segue che l'attribuzione di diritti esclusivi andrebbe adeguatamente motivata dagli enti affidanti.

Quanto sopra conduce ad affrontare tre aspetti: (i) le modalità di affidamento dei servizi, (ii) le modalità di compensazione per gli obblighi di servizi pubblico imposti ai fornitori (sezione 9.3.4 che segue) e (iii) quelle di *pricing* (Parte IV.II, cap. 4.1)

8.3.- Modalità di affidamento dei SIEG

Se viene accertato che la libera concorrenza nel mercato non garantisce il perseguimento dei fini assegnati ai SIEG, l'assegnazione a un'impresa del *diritto di fornire in esclusiva*, per un determinato periodo di tempo, un servizio di interesse economico generale:

- a) dovrebbe seguire la via maestra della concorrenza *per* il mercato - l'affidamento in concessione attraverso una *procedura a evidenza pubblica* (una gara): a parità di quantità e di qualità del servizio che si impegna a erogare, prevale fra i contendenti chi si impegna a fornirlo a prezzi più bassi o a richiedere al soggetto pubblico concedente compensazioni minori. Vince dunque (è da presumere) il concorrente più efficiente.
- b) come *second best* si può procedere all'affidamento diretto a una società a capitale misto pubblico e privato, ma con procedura di gara per la scelta del socio privato a cui attribuire compiti gestionali (procedura cd. *a doppio oggetto*). La società affidataria, dunque, non è selezionata con gara ma lo è il socio che ha responsabilità gestionali. Insomma, non proprio concorrenza per il mercato ma un'accettabile approssimazione a essa.

Il ricorso a queste due alternative dell'evidenza pubblica è stato fortemente limitato in Italia dal referendum popolare del 2011 - quello cosiddetto "sull'acqua bene pubblico", che in realtà riguardava tutti i servizi pubblici locali (acqua, rifiuti, trasporti).

Cancellando la normativa nazionale che imponeva che i gestori di servizi pubblici locali fossero selezionati attraverso procedure concorrenziali, il referendum ha riconsegnato la materia degli affidamenti alla normativa comunitaria. Questa, pur considerando come via preferenziale modalità di affidamento basate su procedure competitive, in forza del citato articolo 14 del TFUE (che riconosce "la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di *fornire*, fare eseguire e finanziare tali servizi"), permette altre forme:

- a) la *gestione diretta* dei servizi da parte delle amministrazioni pubbliche (i servizi sono forniti per via interna dalle amministrazioni stesse);
- b) la *gestione in house*.

Per gestione *in house* si intende l'*affidamento diretto* della fornitura a una società che ha le seguenti caratteristiche⁹⁵:

arrivare anche a stabilire corrispettivi differenziati in funzione della tipologia dei rifiuti, in tal modo incentivando la raccolta differenziata.

⁹⁵ Le due condizioni sono state sancite dalla sentenza della Corte di giustizia europea c.d. "Teckal" (CGE, causa C-107/98).

- (i) su di essa l'ente concedente (Stato, regione, provincia, comune) esercita un “*controllo analogo*” a quello che esercita su una propria struttura interna; ciò richiede almeno che l'impresa sia interamente di proprietà dell'ente stesso;
- (ii) la massima parte dell'attività dell'impresa si esaurisce in quella oggetto dell'affidamento; vale a dire l'impresa svolge quasi tutta la propria attività per l'ente concedente.

In sostanza, l'effetto combinato di queste due caratteristiche è che, pur essendo un soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione concedente – una società di capitali soggetta al diritto civile – la società *in house* si configurerebbe come un “pezzo” di essa, come un suo braccio operativo.

La materia è però controversa e la discussione tutt'altro che conclusa. La legittimità del ricorso all'*in house* poggia sul potere di auto organizzazione delle amministrazioni pubbliche (centrali e locali), confermato dall'art. 14 TFUE, affinché possano perseguire l'interesse delle comunità da queste governate. Al tempo stesso le società *in house* sono imprese che svolgono attività economica e in quanto tali sono soggette alle norme sulla concorrenza. L'affidamento diretto del servizio è dunque in deroga al criterio concorrenziale (stavolta) *per* il mercato: regola alla quale si può derogare in forza del paragrafo 2 dell'articolo 106 del TFUE, *a condizione* che ciò sia giustificato da motivi di interesse generale.

Sulla materia è da ultimo intervenuto il d.lgs. 201/2022⁹⁶, che ha stabilito che “Nel caso di affidamenti *in house* [...] gli enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una *qualificata motivazione* che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, [...] i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house* [...]” (art. 17, comma 2).

La discrezionalità di optare per l'opzione *in house* non è dunque assoluta ma deve poter scaturire dalla ponderazione dei *pros* e dei *cons* rispetto ai diversi obiettivi: schematicamente, obiettivi di *efficienza ed economicità*.

La norma è stata varata dopo un defatigante iter parlamentare caratterizzato da un assordante “tifo” per il mantenimento dello statu quo. Basti ricordare che per settimane la discussione si è incagliata sulla seguente questione: se le motivazioni della scelta dovevano essere rese pubbliche *prima* di procedere all'affidamento o meno, la prima soluzione essendo considerata come cavallo di Troia per espugnare il fortino della piena libertà di scelta degli enti appaltanti.

Insomma la nuova norma è stata improntata alla massima apertura alla concorrenza, *nelle condizioni politiche date*⁹⁷. Resta da vedere se riuscirà a segnare un'inversione di tendenza rispetto all'*in house*. E' ragionevole essere scettici al riguardo, posto che gli obiettivi di

⁹⁶ D.lgs. n. 201 del 23.12.2022, Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁹⁷ Fa da contrappeso alla contestualità fra motivazione e delibera di affidamento, che il contratto di servizio non può essere stipulato prima di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera. E' questo un vincolo di grande rilevanza poiché reintroduce nella sostanza il lag temporale fra motivazione ed esecutività dell'affidamento (che era stato cassato dal Parlamento), in tal modo rafforzando la possibilità di eventuali impugnazioni d'ufficio dell'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/90 e l'esercizio di advocacy delle autorità settoriali di regolazione. Da notare che quanto sopra si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica (art. 17, comma 3).

Più in generale, l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi è ammessa solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico, sulla base di un'adeguata analisi economica (art. 13, comma 1).

efficienza ed *economicità*, che (semplificando) dovrebbero essere i driver di scelta degli enti affidanti sono misurabili solo in termini comparativi, non astrattamente. La domanda da porsi è dunque: efficienza ed economicità rispetto a cosa se non a quelle di un'*impresa media efficiente*? Se così è, quale via migliore che provare a chiedere all'esterno manifestazioni di interesse a svolgere i servizi a condizioni *migliorative* rispetto a quelle anticipatamente costruite per l'ipotesi di un in house? Quale migliore giustificazione del ricorso all'in house della comprova del fallimento del mercato?

9.- Aiuti di Stato

9.1.- Disciplina generale

La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato ha per oggetto la compatibilità con il Trattato delle misure di sostegno pubblico ai soggetti che svolgono attività economiche e che potrebbero alterare gli scambi fra gli Stati membri.

Articolo 107 del TFUE

1. *Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.*
2. *Sono compatibili con il mercato interno:*
 - a) *gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;*
 - b) *gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;*
 - c) *gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.*
3. *Possono considerarsi compatibili con il mercato interno:*
 - a) *gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;*
 - b) *gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;*
 - c) *gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;*
 - d) *gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;*
 - e) *le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.*

Costituisce aiuto di Stato ogni misura attuata dalle Autorità pubbliche (o da soggetti da esse controllati) di uno Stato membro che produca benefici a favore di singole imprese o di singoli settori, tali da poter influenzare gli scambi fra gli Stati appartenenti all'Unione europea.

La competenza esclusiva in materia è dell'Unione europea, in quanto misure atte ad alterare la concorrenza fra gli Stati membri. La fonte primaria è negli articoli 107-108 del TFUE, ma come anticipato riguardo agli artt. 101 e 102, la normativa è stata via via arricchita da Regolamenti, Direttive, Comunicazioni e sentenze della Corte di giustizia.

Da precisare che:

- (i) nelle controversie sugli aiuti di Stato la controparte diretta della Commissione non sono gli soggetti erogatori o le imprese beneficiarie, ma gli *Stati* membri in quanto tali, rappresentati dai governi nazionali;
- (ii) gli aiuti di Stato debbono essere previamente *notificati* dagli Stati alla Commissione europea e non possono essere erogati prima che questa li abbia approvati (clausola di *standstill*).

Come si comprende dal paragrafo 1 dell'articolo 107, salvo una serie di deroghe, la norma fissa una presunzione di incompatibilità con il diritto comunitario di misure atte – per finalità o semplicemente per effetto – ad alterare la concorrenza fra gli Stati.

Tuttavia non esiste una definizione o un'elencazione esaustiva di queste misure ma criteri derivati dalla giurisprudenza comunitaria e dalle decisioni della Commissione.

Gli elementi per individuare *se una misura pubblica possa considerarsi aiuto di Stato* sono:

- (i) il beneficiario della misura;
- (ii) il soggetto erogatore di essa;
- (iii) la tipologia della misura;
- (iv) i criteri per stabilire se questa costituisca aiuto di Stato.

Vediamoli nell'ordine.

1.- Il *beneficiario* dell'aiuto. Si è già detto che il diritto della concorrenza si applica solo alle attività economiche e dunque alle imprese. Affinché si tratti di aiuto di Stato il beneficiario deve essere dunque un'impresa, ossia un soggetto che svolge attività economica comunque organizzata, intesa nell'accezione estensiva di cui si è detto nel capitolo II(1).

2.- Il *soggetto erogatore* è inteso in senso molto ampio, come chi eroga risorse pubbliche di qualsiasi tipo:

- a) governi, regioni, comuni;
- b) organismi pubblici o privati istituiti o nominati dalla pubblica amministrazione per

amministrare risorse pubbliche;

- c) imprese pubbliche o private la cui condotta possa essere determinata dai soggetti di cui ai punti precedenti; a definire quest'ultima fattispecie non è necessario che tali enti detengano la maggioranza del capitale dell'impresa beneficiaria della misura, bensì che possano esercitare un controllo effettivo o un'influenza dominante sulle sue decisioni, per ragioni di proprietà, per patti di sindacato, per disposizioni legislative o per vincoli di qualsivoglia natura;
- d) tale nozione si estende anche ai soggetti privati le cui fonti di provento siano imposte da norme.

3.- *La tipologia delle misure.* Abbraccia una grande varietà di forme, trattandosi di *qualsiasi misura di natura pubblicistica che crei vantaggi artificiali a favore di specifiche imprese o settori*, che un soggetto privato guidato dalla logica del profitto non sarebbe disposto a offrire alle stesse condizioni praticate dall'ente erogatore.

Secondo una giurisprudenza consolidata, nel concetto di aiuto rientrano non soltanto le sovvenzioni propriamente dette, ma anche interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri gravanti sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono gli stessi effetti.

Da quanto precede discende che *la nozione di aiuto è basata sul concetto economico di vantaggio, mentre il criterio formale è irrilevante*. In conclusione, il concetto di aiuto è oggettivo e, conseguentemente, la forma giuridica della misura statale non è rilevante: rilevanti sono esclusivamente gli effetti di quest'ultima. Pertanto, l'interpretazione delle disposizioni non deve basarsi su criteri formali, bensì deve tener conto della finalità delle disposizioni stesse del Trattato che sono volte a garantire che la concorrenza non venga falsata.

Rientrano dunque fra di esse anche gli aiuti "impliciti", quali campagne pubblicitarie a favore di specifiche categorie di prodotti o dichiarazioni rese da autorità pubbliche (specie se governative) tali da creare nei mercati aspettative che abbiano per effetto di avvantaggiare una determinata impr¹⁰⁰, come vedremo poi.

A titolo di esempio possono configurarsi come aiuti di Stato

- a) conferimenti di capitale di rischio;
- b) sostegni agli investimenti o ai costi di funzionamento;
- c) prestiti a tasso agevolato;
- d) rinuncia o riduzioni di introiti a qualunque titolo spettanti al soggetto erogatore (inclusa la rinuncia a una normale remunerazione del capitale investito in una società controllata);
- e) garanzie (es. fidejussioni) prestate a titolo meno oneroso di quanto normalmente richiesto da soggetti privati;
- f) acquisti o vendite a condizioni non di mercato.

¹⁰⁰ Decisione della Commissione, del 02.08.2004, *France Télécom*, par. 192

Una volta individuati i soggetti coinvolti, come beneficiari e come erogatori, e la tipologia della misura, le verifiche di *ammissibilità* di una misura passano attraverso due steps:

- a) il primo è l'accertamento se essa costituisca un aiuto di Stato;
- b) in caso positivo, il secondo è se l'aiuto sia *compatibile* con la normativa dell'Unione.

9.2.- Accertamento della sussistenza dell'aiuto di Stato

La prassi decisionale della Commissione e le sentenze giurisprudenziali¹⁰¹ hanno sancito che affinché una misura costituisca aiuto di Stato debbono ricorrere *congiuntamente* le quattro condizioni discusse di seguito: *se anche solo una di queste non sussiste la conclusione è che la misura non rappresenta aiuto di Stato*.

9.2.1.- Trasferimento di risorse pubbliche

Della nozione di risorse pubbliche si è già detto nella precedente sezione 9.1 a cui si fa rinvio.

9.2.2.- Vantaggio economico

Il ricorrere di aiuto di Stato può essere escluso quando sia possibile dimostrare che la condotta del soggetto pubblico erogatore delle risorse sarebbe stata tenuta anche da un privato guidato dal movente del profitto.

La verifica al riguardo si attua applicando il criterio del normale operatore di mercato (d'ora in poi il *MEO – market economy operator principle*), diretto ad accertare se le condizioni alle quali soggetti pubblici, direttamente o indirettamente, forniscono risorse alle imprese siano ispirate a quelle che un privato pretenderebbe sulla base di normali criteri commerciali.

Da chiarire che la portata del criterio è limitata ai casi nei quali i poteri pubblici svolgono funzioni di natura economica, con esclusione di quelli nei quali essi agiscono come autorità pubbliche (ad esempio in campo regolamentare o fiscale). Ciò non implica che situazioni riconducibili a questa seconda veste siano esenti dalla normativa degli aiuti di Stato¹⁰², ma più limitatamente che non è applicabile il principio in questione¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. In particolare la sentenza della Corte di Giustizia del 06.09.2006, C.88/03, Repubblica portoghese c. Commissione.

¹⁰² Cfr. ad esempio Corte di Giustizia, Causa C-387/92 (Banco de Crédito Industrial SA, now Banco Exterior de España SA), par. 14; Causa C-6/97 (Italia contro Commissione – recupero crediti di imposta), par. 6.

¹⁰³ Commissione europea, Decisione 2004/393/CE (Charleroi), n. 7, pag. 3.

Vanno dunque escluse dal criterio del MEO considerazioni ed effetti di natura sociale, politica o filantropica¹⁰⁴, così come in generale esternalità positive che ricadano nell'ambito delle molteplici funzioni che il soggetto pubblico svolge, poiché estranee ai calcoli di convenienza di un operatore privato, come si dirà poi.

Ciò premesso, il *MEO* è applicabile a un vasta tipologia di interventi in occasione dei quali i soggetti pubblici possono presentarsi con “cappelli” differenti: come investitori, creditori, garanti, acquirenti o venditori; esso si applica dunque a tutte le tipologie di interventi indicati prima.

Inoltre il *MEO* va applicato in base agli effetti *prevedibili* allorché la misura è stata decisa: vale a dire, se al momento in cui l'intervento è stato realizzato era ragionevolmente prevedibile che sarebbe stato appetibile anche per un soggetto privato, e non sulla base degli effetti che concretamente avrà poi prodotto. Il altre parole la valutazione va fatta *ex ante* e non sulla base dei risultati a cui si perverrà.

L'analisi della conformità o meno di un intervento pubblico alla disciplina degli aiuti di Stato è centrale nelle controversie fra gli Stati membri e la Commissione, posto che la prima linea di difesa degli Stati è sempre nel sostenere che tale intervento sarebbe stato conveniente anche per un operatore privato: non costituendo un aiuto di Stato esulerebbe dunque dalle competenze della Commissione e non andrebbe previamente notificato a essa.

Vediamo ora come si applica il *MEO* in relazione alle diverse tipologie di misure.

a) Partecipazioni al capitale di un'impresa

Il caso-base riguarda la remuneratività del capitale di un soggetto pubblico che detiene partecipazioni in un'impresa - non importa se pubblica o privata.

Con specifico riferimento alla redditività della partecipazione pubblica al capitale di un'impresa, la Comunicazione del 1993¹⁰⁵ osserva che: “al pari di ogni investitore in economia di mercato lo Stato dovrebbe attendersi dai propri investimenti un rendimento normale, analogo a quello ottenuto da un'impresa privata comparabile sotto forma di dividendi o di incremento del valore del capitale [...]. Se questo rendimento rimane assente al di là del breve periodo e appare improbabile anche a più lungo andare [...], e l'impresa non ha preso provvedimenti per rimediare alla situazione, si può presumere che essa benefici indirettamente di un aiuto, giacché lo Stato rinuncia al profitto che un investitore in economia di mercato si attenderebbe da un investimento analogo”(paragrafo 43)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In tal senso Corte di Giustizia, Opinione dell'Avvocato Generale Jacobs, par. 28, nel contesto delle cause riunite C-278-280/92.

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione 93/C 307/3), cit.

¹⁰⁶ In tal senso il Tribunale di I grado, Cause riunite T-228/99 e T-233/99 (Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen contro Commissione): “Normally, a private investor is not content merely with the fact that an

Affinché il mantenimento delle partecipazioni non si configuri come aiuto di Stato è necessario che il rendimento previsto del capitale investito sia *a lungo andare* non inferiore a quello mediamente richiesto da azionisti privati di imprese esposte a rischi analoghi a quella considerata.

Addirittura la sistematica rinuncia a percepire dividendi da una società in utile (o a percepire dividendi ridotti), configurandosi come periodica capitalizzazione degli stessi può equivalere a un apporto mascherato di nuovo capitale (par. 44): il suo effetto, infatti, equivale a ritirare i dividendi e poi a riversarli all'impresa come aumento di capitale.

L'orizzonte temporale entro il quale si deve concretizzare un normale ritorno sul capitale investito non dipende solo dal tipo di investimento ma anche dall'*entità della partecipazione*: "l'autorità pubblica che controlla una singola impresa o un gruppo di "imprese pubbliche" non sarà di norma motivata da considerazioni di profitto immediato, come nel caso di semplice partecipazione di minoranza senza controllo, e avrà quindi un orizzonte temporale più lungo"(paragrafo 30).

b) Conferimento di nuovi capitali in un'impresa

E un fattispecie rilevante soprattutto nei casi, oggi frequenti, di conferimento di capitali per il *salvataggio o il rilancio* di un'impresa in difficoltà.

L'applicazione qui del MEO segue qui criteri diversi a seconda se l'investitore sia o meno già azionista della società beneficiaria.

Se si tratta di un *nuovo* investitore il rispetto del MEO richiede che il soggetto pubblico erogatore si attenda un rendimento del capitale almeno pari al suo costo opportunità (quello che potrebbe ottenere investendolo in impieghi alternativi caratterizzati dallo stesso grado di rischio).

Qualora invece il soggetto pubblico sia già azionista, l'applicazione del MEO va mediata con il criterio c.d. dell'*owner effect* (letteralmente "effetto del proprietario"), in forza del quale un soggetto che *già* detiene partecipazioni significative in un'impresa in difficoltà può comportarsi in modo differente da un *nuovo* investitore: "Se infatti il finanziamento richiesto è necessario per *salvaguardare il valore dell'intero investimento*, l'investitore pubblico come quello privato terrà conto logicamente di questo più vasto contesto nell'esaminare se l'impegno di nuovi capitali sia commercialmente giustificato"¹⁰⁷.

Infatti, nel valutare la convenienza di un intervento di salvataggio o di semplice mantenimento in vita di un'impresa in difficoltà, i suoi attuali azionisti – quelli pubblici al pari di quelli privati – non potranno non tenere in conto che l'alternativa potrebbe essere il fallimento dell'impresa con conseguente perdita del capitale già impegnato in essa. Ciò ovviamente non può giustificare interventi non risolutivi, ma può giustificatamente rendere

investment does not cause him a loss or that it produces only limited profits. He will seek to achieve the maximum reasonable return on his investment, according to the particular circumstances and the satisfaction of his short-, medium- and long-term interests, even where he is investing in an undertaking of which he is already a shareholder".

¹⁰⁷ Par. 30 (enfasi aggiunta).

preferibile immettere nuovi capitali, seppure a basso rendimento, piuttosto che perdere quelli già investiti.

Il “salvataggio di Stato” di un’impresa è sotto il profilo generale giustificabile da ragioni sociali, quali il salvataggio i posti di lavoro. Può anche esserlo sulla base di considerazioni finanziarie, considerato che il suo fallimento metterebbe sulle spalle dello Stato minori introiti fiscali e contributi (dall’impresa fallita e da quelle dell’indotto) e maggiori sussidi di disoccupazione. Cosicché, confrontando i costi dell’intervento con quelli del non intervento si potrebbe arrivare alla conclusione che tutto sommato conviene. *Questo ordine di considerazioni non può ovviamente essere preso in esame nel MEO*, posto che non rientrerebbe nei calcoli di convenienza di un soggetto privato.

Il MEO si assume soddisfatto, senza necessità di ulteriori accertamenti, se il conferimento di risorse pubbliche avviene “*in concomitanza con un significativo apporto di capitale da parte di un investitore privato, effettuato in condizioni comparabili*”¹⁰⁸. I termini chiave sono dunque: (i) la contestualità dell’operazione, (ii) la significatività della quota dell’apporto privato, (iii) la parità delle condizioni riconosciute al socio pubblico e a quello privato - condizioni che debbono essere compresenti.

La comparabilità delle condizioni non riguarda solo la remunerazione relativa dei soci pubblici e di quelli privati ma anche le motivazioni delle loro scelte. Ad esempio, non rileva la partecipazione ad aumenti di capitale da parte di dipendenti di un’impresa, specie se in un contesto di salvataggio, posto che è da presumere sia motivata dalla salvaguardia immediata del posto di lavoro anziché da prospettive di redditività dell’impresa¹⁰⁹.

Caso France Télécom (I)

Interessante la nozione di *concomitanza* avanzata dalla Commissione nella Decisione “*France Télécom*”. La materia è molto intricata e per quanto qui interessa può essere così riassunta.

Date le difficoltà finanziarie dell’azienda nel 2002, il Governo francese, azionista di maggioranza, elaborò un piano di ristrutturazione (“*Ambition 2005*”) che prevedeva la ricapitalizzazione dell’azienda, anche con il concorso di investitori privati, previa erogazione da parte del Governo di un prestito convertibile in azioni. Fra giugno e dicembre (periodo annunciato per la ricapitalizzazione) il Governo a più riprese dichiarava il proprio impegno a sostenere “illimitatamente” l’impresa. In forza di queste dichiarazioni, affermava la Commissione, France Télécom aveva tratto benefici sia in termini di rating che di disponibilità di capitale di credito e di rischio da parte di operatori privati.

Sull’erogazione del prestito si tornerà poi; qui si affronta quindi solo la parte relativa alla

¹⁰⁸ Tribunale di I grado, Causa T-296/97 (Alitalia contro Commissione): “Occorre pertanto rilevare che un apporto di capitali su fondi pubblici soddisfa il criterio dell’investitore privato e non implica un aiuto statale nel caso in cui, tra l’altro, tale apporto avvenga in concomitanza con un significativo apporto di capitale da parte di un investitore privato effettuato in condizioni comparabili” (par. 81). Cfr. anche Causa T-358/94 (Air France contro Commissione), par. 148-149.

¹⁰⁹ Ibid.: “In tali circostanze, l’acquisizione di partecipazioni nel capitale della ricorrente da parte del personale dipendente, effettivamente avvenuta, non dimostra, di per sé, che l’apporto di capitale da parte dell’IRI soddisfi il criterio dell’investitore privato. Occorre sottolineare, a questo proposito, che il comportamento di un investitore privato in economia di mercato è guidato da prospettive di redditività [...]. Orbene, l’acquisizione di partecipazioni da parte del personale dipendente è stata ispirata da motivi occupazionali e quindi, soprattutto, da motivi di vitalità e di sopravvivenza della ricorrente piuttosto che da prospettive di redditività” (par. 84).

ricapitalizzazione. Al riguardo la Commissione ha questionato l'effettiva concomitanza con cui nel 2003 si è proceduto alla ricapitalizzazione di France Télécom da parte di soggetti pubblici e di soggetti privati, in quanto la disponibilità di investitori privati a concorrere all'operazione era stata propiziata dalle precedenti dichiarazioni governative di volontà di sostenere l'azienda, le quali avevano "contaminato" la genuina opinione del mercato:

"Le dichiarazioni con cui lo Stato ha annunciato che avrebbe fatto il necessario per consentire all'impresa di superare i problemi di finanziamento, fatte a luglio e poi ripetute, distorcono la prova di concomitanza in quanto, ancora una volta, non si può ritenere che gli investitori privati si siano decisi sulla sola base della situazione dell'impresa, e ciò indipendentemente dalla questione se tali dichiarazioni celino un aiuto pubblico. Per di più, l'applicazione del principio dell'investitore privato avveduto in economia di mercato non può fondarsi sulla situazione del mercato in dicembre, ma *deve logicamente basarsi sulla situazione di un mercato non contaminato dalle dichiarazioni e dagli interventi preliminari*"¹¹⁰. "A tale riguardo, il «principio dell'investitore privato in economia di mercato» non può giustificare, come vorrebbero le autorità francesi, l'intervento di dicembre [di ricapitalizzazione], perché i comportamenti degli operatori economici in dicembre erano chiaramente influenzati dalle azioni e dichiarazioni preliminari del governo a partire dal mese di luglio. Se si può dubitare che le dichiarazioni [del governo francese] di luglio fossero abbastanza concrete da costituire di per sé aiuti, non vi è alcun dubbio che tali dichiarazioni fossero più che sufficienti per «contaminare» la percezione dei mercati ed influenzare il comportamento ulteriore dei soggetti economici. Se così stanno le cose, non si può prendere il comportamento dei soggetti economici come punto di riferimento neutro per valutare il comportamento dello Stato. La presunzione fondata sul «principio dell'investitore privato in economia di mercato» non può dunque basarsi sulla situazione del mercato quale si presentava in dicembre, ma dovrebbe logicamente basarsi su una situazione del mercato non contaminata dall'impatto delle dichiarazioni preliminari"¹¹¹.

c) Erogazione di crediti

E' stato sancito dalla Corte di giustizia, fin dai primordi dell'applicazione del *MEO*, che la concessione di prestiti è parificata ai conferimenti di capitale sotto il profilo della disciplina degli aiuti di Stato¹¹².

Le condizioni da considerare per giudicare se l'erogazione di crediti costituisce aiuto di Stato sono variegate: (a) le condizioni praticate, (b) le garanzie prestate dai pubblici poteri sui prestiti contratti dalle imprese con banche private, (c) le garanzie non richieste dai pubblici poteri sui prestiti erogati da soggetti pubblici, (d) il mancato o parziale recupero di debiti in sofferenza, (e) il trattamento di eventuali dilazioni nel rimborso.

In generale¹¹³:

- a) l'elemento di aiuto corrisponde alla differenza fra il tasso di interesse che l'impresa si vedrebbe richiedere da normali creditori privati (che dipende a sua volta dalla situazione finanziaria dell'impresa e dalle garanzie che può fornire) e il tasso effettivamente pagato al creditore pubblico.

¹¹⁰ Decisione della Commissione, France Télécom, cit. par. 227.

¹¹¹ Ibid., par. 191.

¹¹² Corte di giustizia, Causa 323/82 (Intermills contro Commissione), par. 3.

¹¹³ Comunicazione 1993, cit., par. 41.

- b) se invece l'intervento pubblico non consiste nella diretta erogazione del credito ma nel prestare garanzie di rimborso per crediti forniti da privati, l'eventuale aiuto è nella differenza di "premio" che lo Stato richiede per prestare la garanzia rispetto a quello correntemente richiesto da creditori privati.

Dal momento che tassi e garanzie richieste dipendono dal profilo di rischio del debitore, l'applicazione del MEO richiede un'analisi puntuale delle specifiche condizioni dell'impresa.

Potrebbe a questo riguardo supplire il ricorso al *rating* dell'impresa, così come suggerito dalla Comunicazione della Commissione (2008/C 155/02) che regola gli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie.

Altra situazione è il *recupero* da imprese in difficoltà di crediti erogati da soggetti pubblici, crediti che possono avere natura più varia: finanziamenti a suo tempo concessi, crediti per imposte non versate, crediti previdenziali. La condizione del creditore in questo caso assomiglia all'*owner effect* di cui si è detto prima: come l'azionista di un'impresa in difficoltà, il creditore non è libero di scegliere l'impiego più conveniente delle proprie risorse ma deve piuttosto puntare a minimizzare le perdite (in caso di fallimento) e può dunque essere disposto anche a concedere ulteriori vantaggi sotto forma di dilazioni o di concessione di ulteriore credito a basso tasso di interesse.

Caso France Télécom (2)

In materia di prestiti è interessante richiamare la già citata Decisione della Commissione su France Télécom. Come si ricorderà, il sostegno illimitato pubblicamente annunciato dal governo francese consisteva nell'impegno a partecipare alla ricapitalizzazione dell'azienda (poi avvenuto) e in quello di aprirle una linea di credito per supplire alla riluttanza delle banche private. In realtà il credito non venne mai concretamente erogato (meglio: la linea di credito fu aperta ma l'impresa non la utilizzò), ma la Commissione obiettò che ciò nonostante si fosse trattato di aiuto di Stato.

La materia riguardava due diversi profili su cui la Commissione e lo Stato francese hanno duellato:

- a) uno è se la sola *promessa* di versare risorse pubbliche, anche se non materialmente seguita dal concreto utilizzo, equivallesse alla nozione di trasferimento di risorse pubbliche, necessario a qualificare una misura come aiuto di Stato. La Commissione ha al riguardo deciso di sì, argomentando che anche "un vantaggio accordato tramite un *potenziale* onere supplementare a carico dello Stato costituisce un aiuto pubblico" se incide sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri"¹¹⁴.
- b) l'altro è se l'apertura della linea di credito fosse conforme al MEO; anche qui la Commissione decise in senso avverso allo Stato francese, stavolta con argomenti simili a quelli utilizzati per la ricapitalizzazione. La linea di credito rimase inutilizzata non perché all'impresa non serviva tout-court (le banche sono sempre pronte a dare soldi a chi non ne ha bisogno), ma perché l'offerta del governo aveva rassicurato il mondo finanziario che quel punto riaprì i cordoni della borsa. In altre parole, sebbene poi non utilizzata in concreto, l'apertura di credito pubblico fu resa necessaria perché altrimenti non vi sarebbero stati creditori privati disponibili, ciò che provava il non rispetto del MEO.

¹¹⁴ Ibid., par. 195.

4) Vendite e acquisti pubblici

Altre “vesti” che possono presentarsi sono quelle dove soggetti pubblici si presentino come venditori o come acquirenti.

Sul *lato vendite* fra i casi più segnalati dalla normativa comunitaria sono quelli relativi a terreni e fabbricati pubblici, e alla privatizzazioni di imprese.

Qui è pacifico che la figura dello Stato possa essere assimilata a quella di un privato proprietario che tenta di massimizzare l'introito della vendita. Il MEO si presume rispettato se la vendita avviene a prezzi di mercato, condizione “certificata”:

- (i) se la vendita avviene con gara pubblica;
- (ii) se invece la procedura seguita è diversa, il prezzo deve essere congruito ex ante da un soggetto indipendente.

Caso a parte che solleva invece non pochi problemi è l'applicabilità del MEO alle operazioni di privatizzazione di imprese incaricate di SIEG.

La questione di fondo è se queste operazioni debbano essere realizzate nell'interesse dell'azionista venditore, dunque rispettando il *MEO* (ossia al massimo prezzo), oppure nell'interesse della collettività di disporre di investimenti, servizi adeguati e a prezzi contenuti. Infatti, più elevato è il prezzo imposto all'acquirente dell'impresa, minore sarà la sua disponibilità a caricarsi di oneri di investimento e a praticare prezzi bassi di vendita dei servizi.

Lato acquisti la ratio dell'applicazione del *MEO* è sostanzialmente simmetrica a quella del venditore privato. Secondo la giurisprudenza comunitaria per l'applicazione del principio bisogna dimostrare che: a) l'acquisto di beni o servizi corrisponde a effettive necessità dei poteri pubblici, b) che questo avvenga attraverso una gara di appalto pubblica e c) che la gara sia stata sufficientemente pubblicizzata.

Una particolare e relevantissima fattispecie assimilabile agli acquisti è l'affidamento di SIEG in regime di obblighi di servizio pubblico. Qui lo Stato si presenta con una doppia veste, in verità con labili confini:

- a) in un primo step quella di *autorità pubblica* che stabilisce quali servizi debbano essere garantiti al pubblico, in quale quantità e a quali prezzi;
- b) successivamente quella di un *soggetto economico*, il quale ne affida la fornitura a imprese in cambio di un corrispettivo (ossia “li compra” da esse per conto della collettività) e che, per rispettare il *MEO*, dovrebbe cercare di pagare il corrispettivo più basso possibile. Su questo si tornerà in occasione degli aiuti di Stato ai SIEG.

9.2.3.- Alterazioni della concorrenza infra-comunitaria

Affinché possano esservi alterazioni degli scambi infra-comunitari è sufficiente che la misura considerata interessi soggetti che svolgono attività economica in mercati nei quali *esistono scambi* fra gli Stati membri.

A questo riguardo:

- non è necessario che la misura abbia come *finalità* l'alterazione degli scambi; è sufficiente che possa produrre un *effetto* – diretto o indiretto, attuale o potenziale – di questo tipo;
- non è necessario stabilire che abbia o abbia avuto un'effettiva incidenza sugli scambi; è sufficiente che sia *idonea* ad avere un'influenza al riguardo;

Restano dunque escluse dalla presunzione di influenzare gli scambi infra-comunitari unicamente

- a) le produzioni realizzate *in un solo Stato* (sebbene appaia difficile escludere del tutto la presenza di concorrenza fra beni o servizi sostituibili sotto il profilo della domanda);
- b) quelle attuate in mercati *non liberalizzati*, a condizione che le imprese beneficiarie non siano presenti anche su mercati liberalizzati – ciò per evitare che le risorse ottenute possano essere utilizzate per finanziarie le attività svolte sui mercati aperti alla concorrenza.

9.2.4.- Selettività delle misure

L'articolo 107, par.1 del TFUE vieta espressamente come aiuti di Stato le misure che favoriscono determinate imprese o la produzione di determinati beni, o ancora singole aree geografiche di un paese.

Non sono invece considerati aiuti di Stato le *misure generali* - ad esempio quelle relative alla tassazione o alla sicurezza sociale - poiché, sebbene possano procurare vantaggi alle imprese, non ne favoriscono alcune di esse a scapito di altre: in altre parole non sono selettive.

Da precisare che per essere considerate generali, le misure dovrebbero riguardare l'intero territorio di uno Stato, cosicché vengono in generale considerate selettive – dunque aiuti di Stato – quelle che avvantaggiano alcune regioni al suo interno.

In realtà anche le misure generali possono influenzare la concorrenza fra gli Stati e quella all'interno di uno Stato. Ad esempio, livelli di tassazione diversi fra Stati influiscono sulla competitività infra-comunitaria delle imprese a seconda dello Stato in cui queste risiedono e vengono tassate; oppure riduzioni delle tasse sul lavoro favoriscono più i settori produttivi caratterizzati da maggiore intensità di uso del lavoro che quelli a basso uso di mano d'opera.

Considerazioni analoghe valgono nel caso di differenziazione fra Stati membri o di riduzione in uno stesso Stato dei contributi previdenziali obbligatori.

E' dunque estremamente complicato determinare se una misura sia effettivamente selettiva

o meno. Ciò non impedisce alle autorità europee di fare una valutazione sul punto, cosicché starà sullo Stato interessato l'onere della prova di dimostrare che la misura in questione non distorce o minaccia di falsare la concorrenza. La discussione circa la fondatezza o meno di tali condizioni è sempre basata su criteri oggettivi, di modo che la concreta intenzione dietro l'intervento dello Stato finisce per svolgere un ruolo secondario.

Esiste una ragione di fondo a base di questo orientamento accomodante ed è che non sarebbe politicamente accettabile dagli Stati essere privati della sovranità in materia di politica fiscale, tanto più che ciascuno Stato si trova a fronteggiare situazioni di bilancio pubblico diverse. Imporre regimi di tassazione uniformi a livello europeo avrebbe per conseguenza aprire voragini di deficit di bilancio in alcuni Stati e avanzi in altri, a meno di uniformare anche la spesa pubblica - in altre parole, privare gli Stati membri di autonomia sul terreno della politica economica.

9.3.- Compatibilità degli aiuti di Stato

9.3.1.- Introduzione

Nella precedente sezione 9.2 sono state discusse le quattro condizioni che debbono essere *congiuntamente* presenti affinché una misura sia considerata aiuto di Stato: se manca anche solo una di esse l'intervento pubblico esula dalla disciplina comunitaria sulla materia qui considerata.

L'accertamento che una misura è un aiuto di Stato non implica che sia necessariamente vietata, ossia che sia *incompatibile* con le regole comunitarie. Ciò perché l'interesse comunitario ad assicurare la libertà degli scambi (da cui il divieto per gli aiuti di Stato) trova nell'ordinamento europeo limiti:

- a) nel perseguimento di obiettivi di carattere sociale e di interesse economico generale, vale a dire, nella necessità di conciliare il libero mercato con l'equità sociale e di tenere conto dei fallimenti del mercato;
- b) nella considerazione che lo sviluppo a lungo andare del libero mercato può richiedere temporanee misure a sostegno di questo o di quel settore o impresa;
- c) nell'opportunità di adattare temporaneamente la disciplina generale a situazioni concrete, anche in base a considerazioni di consenso sociale e di sostenibilità politica.
- d) nella necessità di tenere conto di considerazioni più ampie e del bilanciamento fra obiettivi potenzialmente contrastanti (almeno nel breve periodo), che attribuisce alla Commissione consistenti margini di discrezionalità.

Quanto sopra è in coerenza con il principio che la concorrenza non è un obiettivo in sé ma un mezzo per raggiungere finalità di interesse generale, cosicché l'applicazione della sua disciplina deve essere funzionale e proporzionata al conseguimento di esse.

Vi è una amplissima casistica di *deroghe al divieto generale di aiuti di Stato* espresso dal paragrafo 1 dell'articolo 107 del TFUE¹¹⁵.

9.3.2.- *Compatibilità “assoluta”*

E' il caso di alcune tipologie di misure che sono già normativamente classificate come compatibili con le regole comunitarie e dunque consentite senza necessità notifica alla Commissione.

L'articolo 107, il paragrafo 2 indica gli aiuti di Stato considerati compatibili senza necessità di accertamento della Commissione:

“Sono compatibili con il mercato interno:

- a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;
- b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;
- c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera”.

Esempio del primo caso sono i contributi alla rottamazione delle auto vecchie con auto nuove e meno inquinanti (oggi ad esempio le auto elettriche o ibride). Ovvio la finalità di protezione ambientale e di sostegno all'industria automobilistica. In quanto selettiva la misura è dunque un aiuto di Stato e la condizione per renderla compatibile è che “sia accordata *senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti*”, ossia che di essa possano beneficiare allo stesso modo tutti i produttori dell'Unione che vendono nel paese che accorda l'aiuto, indipendentemente dal loro Stato di appartenenza.

Per la seconda fattispecie basti richiamare il finanziamento pubblico della ricostruzione di quanto distrutto da terremoti o inondazioni. La condizione di compatibilità è però che le misure si limitino *strettamente* al ripristino di quanto distrutto e a indennizzare popolazioni e imprese del danno subito.

Per fare un esempio, se un'impresa ha avuto distrutto il proprio stabilimento e i macchinari, il finanziamento pubblico è un aiuto compatibile nella misura in cui è strettamente

¹¹⁵ “Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

commisurato a quanto necessario a ricostruire uno stabilimento della medesima tipologia (non uno più grande) e a indennizzare l'impresa per *quei* macchinari andati distrutti, non per l'acquisto di macchinari più moderni e costosi. La parte eccedente del finanziamento sarebbe incompatibile in quanto avvantaggerebbe l'impresa rispetto ai suoi concorrenti.

Nel tempo le misure considerate ex ante compatibili (dunque senza obbligo di notifica) sono state estese ai c.d. *aiuti de minimis*¹¹⁶. Si tratta di contributi pubblici a sostegno di settori o di imprese di importo così limitato da non produrre effetti sensibili sulla concorrenza intra-comunitaria. Attualmente gli importi massimi erogabili in un triennio a ciascuna impresa non possono superare 200.000 euro (500.000 per le imprese che forniscono servizi di interesse economico generale).

9.3.3.- Compatibilità “relativa”

Nella maggior parte dei casi l'applicabilità della deroga al principio generale di divieto di aiuti di Stato va valutata di volta in volta. Ne segue che prima di essere attuate le misure debbono essere preventivamente notificate dagli Stati alla Commissione (*obbligo di standstill*).

Le fattispecie che rientrano in questa condizione sono indicate dal paragrafo 3 dell'articolo 107 del TFUE:

“*Possono considerarsi compatibili con il mercato interno:*

- a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;
- b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;
- d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;
- e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione”.

Nelle fattispecie (c), (d) ed (e) il giudizio di compatibilità degli aiuti è soggetto alla condizione che essi non alterino gli scambi *in misura* contraria all'interesse comune. Viene

¹¹⁶ La disciplina oggi vigente è contenuta nel Regolamento (UE) 1407/2013 del 18.12.2013 (Applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE agli aiuti de minimis).

quindi ammesso, in linea di principio, che essi possano alterare gli scambi, ma questo deve avvenire in un quadro di equilibrio fra l'obiettivo della tutela della concorrenza e quello proprio delle misure considerate. Nell'individuazione del punto di equilibrio è centrale il *principio di proporzionalità*: la misura deve essere proporzionata all'obiettivo, vale a dire, non deve eccedere quanto strettamente necessario al suo raggiungimento.

a) Aiuti regionali

Sono previsti dalle lettere (a) e (c) del paragrafo 3 dell'articolo 107, riportato sopra:

- a) il primo caso riguarda le regioni particolarmente disagiate (es. il Mezzogiorno d'Italia) o in declino;
- b) il secondo caso si applica invece ad altre regioni o aree geografiche, il cui disagio economico, secondo la prassi, va giudicato in relazione alla media nazionale, subordinatamente alla condizione che l'aiuto non alteri gli scambi in misura contraria all'interesse comune dell'Unione (condizione che non ricorre nel primo caso); esso si presta dunque a interpretazioni da parte della Commissione più elastiche e discrezionali del primo.

b) Aiuti a singoli settori o a singole imprese

La possibilità di “agevolare talune attività” è anch'essa menzionata al paragrafo 3 dell'articolo 107, subordinatamente alla condizione di non alterare la concorrenza in misura contraria all'interesse comune. Nella prassi applicativa, per “agevolare talune attività” si considerano gli aiuti a singoli settori o a *singole imprese*.

La finalità storica di questa categoria di aiuti è stata di permettere alle imprese degli Stati membri di rafforzarsi e di acquistare competitività in vista della liberalizzazione del mercato, in tal modo alimentando la concorrenza futura. Ne segue che questa categoria di aiuti ha registrato un trend decrescente nel tempo.

Con apposite comunicazioni, la Commissione ha indicato nel tempo linee guida sempre più stringenti per disciplinare in via generale gli aiuti di carattere settoriale o per regolamentarne l'erogazione a particolari settori (fibre sintetiche, automobile, costruzioni navali, poste, agricoltura e pesca, carbone e acciaio, trasporti).

In generale, la Commissione tende a vietare gli *aiuti al funzionamento* delle imprese (ossia alla gestione corrente di esse – in sostanza a colmarne le perdite) mentre è più tollerante con quelli destinati al risanamento di imprese e agli investimenti, che possono avere efficacia permanente sulla competitività dei destinatari.

Sebbene la Commissione goda di ampi margini discrezionali, i criteri generali cui si attiene per valutare la compatibilità di aiuti a settori o a singole imprese sono:

- a) *indispensabilità*: obiettivo non potrebbe essere raggiunto senza l'aiuto, poiché mancano le condizioni per un intervento da parte di privati;

- b) *efficacia* dell'aiuto: l'aiuto deve risolvere "una volta per tutte" il problema per il quale viene richiesto (di qui lo sfavore per gli aiuti di funzionamento);
- c) *proporzionalità*: l'aiuto deve essere concesso nella misura strettamente necessaria a raggiungere l'obiettivo prefisso; l'eventuale eccesso si configurerebbe come incompatibile;
- d) *trasparenza*: l'aiuto deve essere concesso, comunicato e contabilizzato in modo chiaro;
- e) *temporaneità*, in coerenza con il criterio al punto (b);
- f) *degressività*: l'aiuto deve gradualmente ridursi nel tempo, fino a cessare;
- g) *non ripetibilità*: in linea di principio l'aiuto può essere concesso solo una volta – anche questa condizione discende da quella sub (b);
- h) *esclusione di ingiustificati vantaggi* nei confronti dei concorrenti: l'impresa beneficiaria non può utilizzare l'aiuto, ad esempio, per aumentare la propria capacità produttiva oltre la tendenziale crescita del mercato in cui opera, a evitare che questo si risolva in crescita della quota di mercato dell'impresa.

Le condizioni indicate devono essere *congiuntamente* presenti affinché l'aiuto sia dichiarato compatibile, il che comporta l'assunzione di impegni da parte degli Stati membri.

Il mantenimento delle condizioni a cui l'aiuto è stato consentito è monitorato dalla Commissione, che può revocare in itinere la misura o chiederne correttivi.

c) *Aiuti alla realizzazione di infrastrutture*

Storicamente l'Unione europea è stata accondiscendente al finanziamento pubblico delle infrastrutture considerando la materia oggetto di autonome scelte di politica pubblica dei singoli Stati: anzi, per lungo tempo la gestione¹¹⁷ e la realizzazione¹¹⁸ delle infrastrutture sono state addirittura considerate come attività *non economiche* - in quanto, appunto, espressione di decisioni assunte dagli Stati nella qualità di autorità pubbliche – e come tali non soggette al diritto della concorrenza.

Nel tempo l'orientamento si è fatto più restrittivo e oggi i finanziamenti statali agli investimenti infrastrutturali sono consentiti solo con riferimento ai servizi di interesse economico generale, su cui si tornerà.

Caso a sé di compatibilità è quello menzionato al paragrafo (b) dell'articolo 107, la "*realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo*" che, nel campo delle infrastrutture si è tradotto nel cofinanziamento comunitario alla realizzazione delle reti "*TEN*" ("*trans European networks*"), nelle infrastrutture transeuropee di trasporto (*TEN-T*, si pensi ai tunnel delle Alpi, alle reti ferroviarie di collegamento fra Stati, in alcuni casi gli aeroporti), e *TEN-E* di trasmissione dell'energia e di trasporto del gas. In tempi più recenti è stato aggiunto come progetto di interesse europeo la costruzione della banda larga per le comunicazioni

¹¹⁷ Corte di giustizia, sentenza 24.10.2002, , causa C- 82/01, *Aéroports de Paris*.

¹¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 19.12.2003, causa C- 288/11, *Leipzig Halle*.

elettroniche, dove il finanziamento pubblico è considerato compatibile laddove vi sia fallimento del mercato: vale a dire nei territori a bassa densità abitativa, dove il numero limitato degli utenti non è tale da assicurare un adeguato ritorno agli investitori privati.

d) Aiuti per gravi turbamenti dell'economia

Fra i casi la cui compatibilità va accertata, la lettera (b) del paragrafo 3 dell'articolo 107 menziona anche gli aiuti destinati “a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”.

La situazione si riferisce a situazioni di seria crisi economica di uno o più Stati membri, su cui occorre intervenire sia per ragioni di carattere sociale sia per evitare che altri Stati ne vengano contagiati.

Non si tratta di casi frequenti di intervento ma è da menzionare il salvataggio nel 2008 delle banche che rischiavano fallimenti a catena a seguito di quello di Lehman Brothers. A evitare fallimenti che avrebbero innestato una crisi economica generalizzata e devastante, la Commissione europea (come del resto è avvenuto a livello mondiale) ha autorizzato - letteralmente nel giro di 24 ore – massicce iniezioni nelle banche di finanziamenti pubblici.

A queste misure si è accompagnato la politica monetaria espansiva attuata poi dalla Banca centrale europea (c.d. *quantitative easing*), “pompendo” liquidità nelle economie dell'Unione.

Gli aiuti di Stato e la pandemia da Covid-19

Di grande rilevanza è stata la crisi economica innestata dall'emergenza sanitaria prodotta dal Covid-19, con la forte caduta dei consumi, della produzione, degli investimenti e dell'occupazione. La dimensione dell'emergenza economica è stata tanto più preoccupante poiché alla diffusione del contagio della malattia si è accompagnato il contagio della recessione: la riduzione dell'attività economica di ciascun paese ne ha ridotto le importazioni dagli altri paesi innestando un circolo vizioso che si è autoalimentato.

L'Unione europea si è subito attivata per allentare i vincoli della disciplina sugli aiuti di Stato, consentendo una vasta gamma di misure temporanee (c.d. *temporary framework*) nella forma di sovvenzioni dirette, garanzie sui prestiti, tassi d'interesse agevolati, assicurazione del credito all'esportazione, ecc.¹¹⁹. Per i soli aiuti alle imprese italiane, nella forma di sovvenzioni e apporti di capitale, la Commissione ha autorizzato lo Stato italiano a erogare oltre 50 miliardi di euro.

La base normativa di queste deroghe alla normale disciplina sugli aiuti di Stato è stata inizialmente fornita dalla lettera b) dell'art. 107, par.2, configurandosi la pandemia come calamità naturale, cosicché gli aiuti rientravano nella tipologia della compatibilità assoluta. In una seconda fase si è fatto ricorso alla norma oggetto di questa sezione, dunque con obbligo di notifica.

¹¹⁹ Comunicazione della Commissione UE, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01).

Il Next Generation Europe

Da ultimo l'UE ha varato il noto piano "*Next Generation Europe*" (NGEU) che si propone come obiettivo una vera e propria rigenerazione dell'economia e della società europea in termini di sviluppo e di competitività, di transizione ecologica e digitale, di equità sociale. A questi fini l'Unione ha stanziato circa 700 miliardi di euro, da raccogliere attraverso *debito dell'Unione* e distribuire *come aiuti di Stato* fra i paesi membri in funzione delle loro esigenze: non solo le esigenze derivanti dai danni subiti dalla crisi economica causata dalla pandemia, che ha colpito in modo differenziato i vari Stati membri, ma anche in funzione dello stato di arretratezza – economica, tecnologica, ecc. - di ciascuno di essi. Non a caso l'Italia è il maggiore beneficiario, potendo contare su oltre 191 miliardi, di cui un terzo circa a fondo perduto e il resto a tasso agevolato da rimborsare all'Unione.

L'assunzione dei finanziamenti per la realizzazione del NGEU come *debito proprio dell'Unione* è la loro ripartizione fra gli Stati in funzione delle rispettive necessità rappresentano una vera rivoluzione della politica europea verso quell'ottica solidaristica che era nello spirito della fondazione dell'Unione ma che era finora rimasta sulla carta a causa del prevalere della contrapposizione di interessi fra gli Stati membri. Da precisare che l'erogazione dei fondi europei da parte degli Stati alle imprese seguono la normativa generale sugli aiuti di Stato e debbono dunque essere di volta in volta notificati e approvati dalla Commissione.

e) Aiuti orizzontali

Si tratta di aiuti trasversali ai diversi settori, non espressamente menzionati nel paragrafo 3 dell'articolo 107, ma la cui individuazione è rimessa al Consiglio europeo e alla Commissione dalla lettera (e) ("*le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione*").

Fra gli aiuti orizzontali al momento dichiarati compatibili dalla Commissione e senza obbligo di notifica, sono quelli per la ricerca e lo sviluppo tecnologico, la formazione, la protezione dell'ambiente.

9.3.4- Aiuti per la fornitura di interesse economico generale

In questa sezione affrontiamo la disciplina degli aiuti di Stato riguardo alle scelte delle amministrazioni sulle modalità di gestione, affidamento e finanziamento dei servizi di interesse economico generale (SIEG).

Dei SIEG si è in parte già parlato nel capitolo 8, a cui si rimanda: della loro natura e diverse tipologie, della sottrazione al criterio della concorrenza *nel* mercato e alle modalità di affidamento.

Occorre ricordare che si tratta di servizi che gli Stati giudicano essenziale siano forniti alla collettività a determinate condizioni di interesse generale – quantità, qualità, diffusione nel territorio, abbordabilità dei prezzi – che imprese guidate dalla logica del profitto non sarebbero disposte a offrire o non lo sarebbero alle condizioni richieste dagli Stati, poiché non sarebbero sufficientemente remunerativi. Ne segue che alle imprese che dichiarano la propria disponibilità a produrli vanno imposti obblighi di servizio pubblico (*OSP*), ossia l'obbligo a fornirli alle condizioni che ne assicurino il conseguimento degli obiettivi di interesse generale fissati dagli Stati.

Va da sé che affinché soggetti guidati dalla logica del profitto accettino di farsene carico è necessario corrispondere loro una qualche forma di compensazione (di corrispettivo). Si pone quindi il problema di stabilire se tali compensazioni debbano o meno essere considerate aiuti di Stato e, nel caso, quali condizioni debbano essere rispettate perché l'aiuto sia considerato compatibile con il diritto europeo.

Ulteriore peculiarità è che, qualora le compensazioni siano considerate aiuti di Stato, nella valutazione di compatibilità entra in gioco il già ricordato articolo 106, paragrafo 2, del TFUE, in base al quale le regole di concorrenza, incluse quelle sugli aiuti di Stato, si applicano alle imprese incaricate della gestione di SIEG “nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione” loro affidata¹²⁰.

Le compensazioni per *OSP* possono assumere più forme, quali:

- a) le compensazioni monetarie a carico della finanza pubblica;
- b) la concessione, alle imprese onerate degli obblighi, di diritti speciali o di diritti esclusivi a fornire *anche* servizi redditizi (per i quali non sarebbe necessario imporre *OSP*, proprio in quanto redditizi), in modo che possano, in tutto o in parte, compensare le perdite subite sui tali servizi in *OSP* con i guadagni ottenuti operando in esclusiva su mercati profittevoli;
- c) il finanziamento a carico di altri utenti, con calcolo della media delle tariffe – è quanto avviene oggi nel settore dell'energia, dove il maggior costo sostenuto per fornirla in aree a bassa densità abitativa, in nome dell'universalità del servizio (*OSU*), viene compensato da extra-oneri addebitati come “oneri di sistema” agli utenti delle città¹²¹;
- d) il finanziamento a carico di altre imprese non onerate, attraverso la costituzione di fondi di solidarietà fra operatori; “*modello pay*”¹²², dove le imprese concorrenti di quella che opera in *OSU* sono tenute al finanziamento del costo netto del servizio universale contribuendo a un fondo comune (è il caso del servizio universale nei settori postali e delle telecomunicazioni¹²³); in alternativa può essere imposto ai nuovi entranti il versamento di canoni di accesso con effetti equivalenti (caso trasporto passeggeri di linea per ferrovia¹²⁴);
- e) l'accollo a tutti gli operatori di una quota di obbligo di servizio – “*modello play*”, in forza del quale tutte le imprese presenti sul mercato sono tenute a farsi carico di parte degli *OSU*¹²⁵;

¹²⁰ Limitatamente ai trasporti terrestri, l'articolo 93 del TFUE indica che “sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalla necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”; ai fini della valutazione di compatibilità delle compensazioni di *OSP*, per i trasporti terrestri l'articolo 93 costituisce *lex specialis* rispetto all'articolo 106, paragrafo 2.

¹²¹ Cfr. direttiva (CE) 2003/54.

¹²² COM 2001, cit.: “Quando un operatore o un numero limitato di operatori concorrenti in un determinato mercato sono tenuti, a differenza di altri, ad assolvere obblighi di servizio pubblico può essere giustificato fare partecipare tutti gli operatori presenti nel mercato al finanziamento dei costi netti supplementari derivanti dal servizio di interesse economico generale in questione [...]” (par. 15).

¹²³ Rispettivamente direttiva 2008/6/CE e 2009/136/CE.

¹²⁴ Cfr. direttiva 2012/34/UE, “Recast”.

¹²⁵ Cfr. ad esempio Commissione europea, Comunicazione COM (2014) 232, sezione 5.5.1, relativa al cabotaggio marittimo.

- f) le compensazioni dirette *agli utenti*¹²⁶; in questo caso le imprese che si impegnano a garantire l'offerta di determinati servizi possono praticare prezzi redditizi per loro ma eccessivi per gli utenti, i quali però ricevono dallo Stato una compensazione monetaria tale da colmare il divario fra il prezzo che pagano e quello considerato abbordabile dall'autorità pubblica¹²⁷.

E' importante chiarire due punti.

Primo. Come regola generale, affinché una determinata compensazione per *OSP* sia *compatibile* (o addirittura *non* sia aiuto di Stato) va commisurata ai *costi netti aggiuntivi* (differenza fra i costi e i ricavi incrementali) che un'impresa sostiene a causa degli *OSP* a essa imposti, *rispetto* a una situazione nella quale non sia invece "caricata" di tali obblighi.

Immaginiamo ad esempio una compagnia di navigazione che di propria libera iniziativa collega due volte a settimana Civitavecchia con Olbia in bassa stagione (quindi con bassa domanda di passeggeri): non di più poiché ritiene che non avrebbe sufficienti passeggeri e dunque ci rimetterebbe con un numero maggiore di corse. Supponiamo anche che lo Stato le imponga l'*OSP* di aumentare le corse da due a cinque. Ebbene, la compensazione andrà calcolata come differenza fra i costi aggiuntivi (poniamo 100) e i ricavi aggiuntivi (70) derivanti dall'osservanza di questo obbligo, ossia dall'effettuare tre corse in più a settimana.

Secondo. Anche se l'aiuto può prendere forme diverse dall'erogazione monetaria (sono le fattispecie da b) a e) indicate sopra), la compensazione per *OSP* va calcolata allo stesso modo.

Per spiegarci meglio riprendiamo l'esempio appena fatto combinandolo con la fattispecie b) sopra. La perdita della compagnia a fronte dell'*OSP* di incrementare le corse invernali da due a cinque può non essere compensata con l'erogazione monetaria di (100-70=30 milioni di euro) ma attribuendo all'impresa il diritto di operare *in esclusiva* sulla medesima rotta anche nella stagione estiva, quando la domanda di trasporto è abbastanza alta da permetterle ricchi guadagni a fronte delle perdite subite in forza degli *OSP* invernali; in sostanza, all'impresa è riconosciuto il diritto di operare nella stagione estiva *a condizione* che nella stagione invernale offra cinque corse. Affinché il beneficio riconosciuto all'impresa sia considerato aiuto di Stato compatibile, gli extra-profitti realizzati in alta stagione non devono eccedere le perdite (30 milioni) subite in inverno.

Considerazioni analoghe valgono per tutte le altre fattispecie indicate sopra. Se infatti lo Stato imponesse a utenti o concorrenti dell'impresa di versarle somme maggiori di 30 milioni, il *sovra-indennizzo* si configurerebbe come aiuto di Stato.

¹²⁶ Ex paragrafo 2, lettera a), dell'articolo 107 del TFUE.

¹²⁷ Si vedano ad esempio alcuni collegamenti aerei fra la penisola italiana e la Sardegna, dove alcune compagnie aeree sono state selezionate con gara per affidare loro l'*OSP* di servire alcune linee (da Roma e Milano per Cagliari, Olbia e Alghero) assicurando un determinato numero di voli giornalieri per tutto l'anno (dunque anche fuori stagione, allorché la domanda è bassa) a un prezzo che emerge dalle offerte dei concorrenti alla gara e che dunque è redditizio. In questo caso l'autorità pubblica non compensa le imprese ma gli utenti meritevoli di tutela (i residenti nell'Isola) versando loro una compensazione.

Nel 2003, con la sentenza *Altmark*¹²⁸, la Corte di giustizia ha stabilito i requisiti che devono essere soddisfatti affinché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico *non costituisca* aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Ciò si verifica quando:

- 1) l'impresa beneficiaria è effettivamente incaricata dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, che devono essere definiti in modo chiaro;
- 2) il calcolo della compensazione è effettuato in base a parametri preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- 3) la compensazione non eccede quanto necessario a coprire i *costi netti aggiuntivi* derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico; i costi netti aggiuntivi consistono nella differenza fra i costi aggiuntivi derivanti dall'OSP, inclusa una ragionevole remunerazione del capitale, e i ricavi aggiuntivi provenienti dalla vendita del servizio agli utenti;
- 4) la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico è effettuata nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività – dunque che, a parità di altre condizioni, chieda la compensazione più bassa;
- 5) se la scelta dell'impresa avviene al di fuori di una tale procedura, la compensazione deve essere calcolata in base a un'analisi dei costi che dovrebbe sopportare un'*impresa media* (nella versione in lingua inglese, "*typical undertaking*") gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi per svolgere il proprio servizio.

Se rispettate, le condizioni poste da *Altmark* escludono che le compensazioni siano aiuti di Stato. In tal caso, infatti, le amministrazioni pubbliche si comportano come soggetti privati che, nella logica del MEO, scelgono come controparti quanti assicurano loro le condizioni più convenienti, e il cui comportamento può essere quindi valutato con il metro del MEO:

- a) se affidando il servizio l'autorità pubblica si comporta come un normale privato che cerca di pagare il corrispettivo più basso (sceglie l'impresa più efficiente) la compensazione non costituisce aiuto di Stato perché l'impresa beneficiaria non riceve più di quanto strettamente dovuto;
- b) se invece si comporta diversamente (le condizioni *Altmark* non sono rispettate), la compensazione costituisce aiuto di Stato.

In quest'ultimo caso, l'aiuto di Stato¹²⁹:

- (i) è compatibile e non richiede quindi notifica, se la compensazione non eccede il costo netto

¹²⁸ Corte di giustizia, sentenza 24.07.2003, C- 280/00, *Altmark Trans GmbH*.

¹²⁹ Si veda al riguardo il nuovo "pacchetto" di regole sugli aiuti di Stato ai SIEG (c.d. "pacchetto Almunia") del 2012, composto da quattro documenti : (1) la comunicazione 2012/C 8/02 che chiarisce alcune nozioni rilevanti, con particolare riferimento alle condizioni che devono essere soddisfatte per escludere in base alla sentenza *Altmark* che la compensazione costituisca un aiuto; (2) un regolamento de minimis specifico per il settore dei SIEG; (3) la decisione 2012/21/UE della Commissione che stabilisce le condizioni in presenza delle quali un aiuto in forma di compensazione è esentato dall'obbligo di notifica preventiva perché si presume che soddisfi le condizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE; (4) la comunicazione 2012/C 8/03 (denominata "disciplina" o framework) in cui la Commissione indica i criteri che utilizzerà per la valutazione ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, degli aiuti che restano soggetti a obbligo di notifica

effettivo derivante dall'*OSP*, dove – in questo caso - il costo netto è il divario fra i costi totali *effettivamente sostenuti* o attesi, inclusa una ragionevole remunerazione del capitale, e i ricavi provenienti dalla vendita del servizio agli utenti; la differenza con la condizione Altmak sta nel fatto che stavolta la compensazione non è calcolata in relazione ai costi di un'impresa di cui è stata "certificata" l'efficienza dall'aver vinto una gara o da una valutazione di congruità;

(ii) è incompatibile per la parte in cui la compensazione eccede il costo netto.

Da aggiungere un commento a quanto sopra per spiegare la ratio della sussistenza dell'aiuto di Stato, seppure compatibile [caso (i)]. Dal momento che, aggiungendosi ai ricavi delle vendite la compensazione serve a pareggiare i costi con gli introiti, la regola indicata serve a escludere che l'impresa ottenga extra-profitti. Se però dal finanziamento pubblico l'impresa come entità in sé non ottiene un vantaggio (la compensazione serve a coprire le perdite che altrimenti subirebbe), perché si parla di aiuto? La risposta sta nel fatto che se la compensazione pubblica è a fronte di costi non efficienti, qualcun altro ne sarà comunque avvantaggiato rispetto al caso in cui i costi siano invece efficienti: ci guadagneranno i lavoratori ricevendo retribuzioni più elevate o lavorando meno, oppure i fornitori dell'impresa per via di prezzi più elevati o i manager, ecc.

In conclusione, nella misura in cui il finanziamento sia maggiore della compensazione necessaria a coprire i costi netti a carico di un'impresa efficiente, per la parte eccedente è un sussidio ai suoi *stakeholders*.

9.3.5.- Procedure

Gli Stati membri sono obbligati a notificare preventivamente alla Commissione tutte le misure che comportano l'uso di risorse pubbliche a favore di soggetti economici (articolo 108, TFUE) ad eccezione di quelle che rispettano il criterio del MEO, degli aiuti di cui al paragrafo 1 dell'articolo 107, di quelli orizzontali, di quelli de minimis o, per i trasporti terrestri, di quelli previsti dal Regolamento (CE) 1370/07. Sono ovviamente esentate dall'obbligo di notifica le misure generali e le compensazioni Altmak, in quanto fuori dal campo degli aiuti di Stato.

L'obbligo di notifica incombe sui governi nazionali, indipendentemente dal soggetto (es. Regione, Comune, impresa pubblica) che materialmente eroga l'aiuto. Lo Stato non può dare esecuzione alle misure prima della decisione della Commissione (obbligo di *standstill*) e i giudici nazionali sono tenuti a far rispettare il divieto.

Gli aiuti non notificati sono *illegali* e la Commissione può intraprendere la procedura di infrazione, anche se informata da terzi danneggiati o dagli organismi nazionali, ma non sono di per sé incompatibili poiché l'incompatibilità è conseguenza di una espressa decisione della Commissione.

La Commissione decide, entro due mesi dal ricevimento della documentazione completa da parte dello Stato interessato. La misura viene considerata autorizzata se la Commissione non apre l'istruttoria formale entro due mesi.

Qualora sussistano invece dubbi la Commissione apre l'istruttoria formale, alla cui conclusione può scaturire la decisione che:

- a) la misura notificata non costituisce aiuto di Stato;
- b) la misura notificata è un aiuto di Stato compatibile (“decisione positiva”);
- c) la misura è un aiuto di Stato compatibile *a condizione* che venga parzialmente modificata dallo Stato membro secondo le indicazioni della Commissione (“decisione condizionata”);
- d) la misura è incompatibile e non può essere introdotta (“decisione negativa”)

Le decisioni della Commissione sono immediatamente esecutive ma con diritto di appello della parte interessata davanti al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia.

In presenza di aiuti illegali e nel caso di decisione negativa la Commissione ordina allo Stato di recuperare dal beneficiario l'importo dell'aiuto eventualmente già versatogli, maggiorato degli interessi, e i giudici nazionali sono competenti a imporre coattivamente tale recupero. Non può essere eccepito dal destinatario dell'aiuto il *legittimo affidamento* (in sostanza la sua buona fede), posto che questo, prima di “incassare”, avrebbe dovuto diligentemente accertare che la misura fosse stata notificata e approvata dalla Commissione.

IV.- REGOLAZIONE ECONOMICA DEI MERCATI

Introduzione

La nozione di regolazione è estremamente ampia; riguarda i contrappesi che limitano o veicolano la libertà degli individui verso fini di interesse generale ed è giustificata dal divario fra il calcolo individuale e il calcolo sociale di convenienza. Il suo terreno di applicazione non è solo quello economico ma investe tutto ciò che riguarda pressoché ogni aspetto della nostra vita: dalla sanità alla giustizia, dall'istruzione alla previdenza, ecc.

Le sue fonti giuridiche sono altrettanto variegate, spaziando da quelle costituzionali, a norme di legge, regolamenti, ecc. e le modalità di applicazione sono oggetto di una sterminata letteratura condotta dai massimi istituti internazionali e nazionali nel contesto della cosiddetta “*better regulation*”, vale a dire, nello studio e nella applicazione di misure di intervento che ottimizzino il rapporto fra i *benefici e i costi* dell'intervento pubblico, dove i costi sono la limitazione stessa delle libertà individuali e i benefici il perseguimento di interessi generali della collettività. Ne segue che la regolazione dovrebbe mirare a massimizzare i benefici collettivi minimizzando le restrizioni delle libertà dei singoli.

In quanto segue ci limitiamo ad affrontare la regolazione economica, l'intervento dello stato nelle scelte economiche: in breve, i rapporti fra Stato e mercato¹³².

Anche la regolazione economica può assumere forme diverse - dalla *self-regulation*, alla *co-regulation*, alla *soft-regulation* (o *soft-law*)¹³³, alla *hard-regulation* (“*command and control*”), consistente in regole vincolanti – sempre con l'obiettivo dianzi menzionato di limitare il meno possibile la libertà economica dei singoli, *compatibilmente* con l'interesse generale.

Infine diverse sono le istituzioni competenti nell'emanazione di regole e nel loro *enforcement*: organismi sovranazionali, l'Unione europea, gli Stati e le loro articolazioni territoriali, le autorità di regolazione indipendenti e le autorità della concorrenza allorché impongono misure con valenza *ex ante*.

¹³² In Italia l'intervento dello Stato trae la propria base giuridica nell'art. 41 della Costituzione (“L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali”).

¹³³ Secondo il Comitato economico e sociale europeo sul tema [*Autoregolamentazione e co-regolamentazione nel quadro legislativo dell'UE* (2015/C 291/05)], “si designa genericamente [...] l'adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche oppure nei confronti di terzi sul mercato e nella società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza meccanismi coercitivi esterni” (punto 3.2). Per co-regolamentazione s'intende “una forma di regolamentazione delle parti interessate (stakeholder) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori” (punto 3.4). Infine si intende rappresentano *soft law* forme di “diritto non vincolante», come gli atti preparatori o informativi (ad esempio, i libri bianchi e i libri verdi, i piani d'azione e i programmi), gli atti interpretativi (ad esempio, la comunicazione De minimis sul diritto della concorrenza), le conclusioni, le dichiarazioni, le risoluzioni e, infine, le raccomandazioni e i pareri, come stabilito dall'articolo 288 del TFUE” [punto 4.5(d)].

In un mercato effettivamente concorrenziale (di concorrenza *nel* mercato) le imprese competono le une con le altre utilizzando varie leve: il prezzo, l'innovazione, la qualità del prodotto, la comunicazione commerciale, ecc.

Limitandoci qui alla leva del prezzo, per essere competitive esse sono costrette a ridurre i costi, ossia a sostenere costi efficienti e ad accontentarsi di profitti pari al *costo opportunità del capitale* investito. Quest'ultimo altro non è che il tasso di remunerazione del capitale investito che queste potrebbero mediamente ottenere investendo le proprie risorse in attività differenti da quella effettivamente svolta e *caratterizzate dal medesimo grado di rischio*: infatti più un investimento è rischioso maggiore è la remunerazione che l'investitore pretenderà da esso per impiegarvi le sue risorse. In questo caso non è necessario un intervento pubblico di regolazione dei prezzi perché questi scaturiscono dal gioco della concorrenza: se questa funziona, infatti, le imprese si troveranno costrette a praticare prezzi non superiori ai costi, sostenere costi efficienti e accontentarsi di una ragionevole remunerazione.

Diverso è quando non vi è concorrenza oppure questa non è ancora sufficientemente vivace.

Qui la regolazione economica ha per finalità di obbligare le imprese che dispongono di significativo potere di mercato a comportarsi *come se* operassero in un mercato pienamente concorrenziale. Nel concreto il maggiore impegno delle Autorità di regolazione è nello stabilire prezzi equi che le imprese non possono superare. Diversamente dalle Autorità antitrust, quelle di regolazione agiscono dunque *ex ante*.

La regolazione dei prezzi viene quindi normalmente applicata:

- ai prezzi di accesso alle infrastrutture, quando queste rivestano il carattere di *essential facilities*;
- ai prezzi dei servizi finali offerti da imprese che possiedono un significativo potere di mercato; per significativo potere di mercato (o dominanza) si intende la condizione per la quale un'impresa è in grado di comportarsi (nella definizione comunitaria) in modo "*alquanto indipendente*" dai concorrenti e dagli stessi consumatori.

Il criterio generale cui si ispirano tutte le tecniche di regolazione dei prezzi è rappresentato dall'*orientamento al costo*: i prezzi debbono convergere verso i costi (possibilmente verso costi efficienti), incluso un ragionevole margine di profitto, esattamente come avverrebbe a lungo andare se il mercato fosse concorrenziale.

Il regolatore si sostituisce dunque al mercato, promuovendo:

- a) l'*efficienza produttiva* - incentivando le imprese alla minimizzare i costi, così come sarebbero costrette se avessero a che fare con la concorrenza;

- b) l'*efficienza allocativa* - imponendo la convergenza dei prezzi verso i costi, vale a dire, eliminando extra profitti di cui l'impresa potrebbe godere stante il carattere non concorrenziale del mercato in cui opera;
- c) la combinazione di a) con b) comporta la convergenza dei prezzi verso costi efficienti;
- d) l'*efficienza dinamica* - incentivando le imprese a ottimizzare l'organizzazione produttiva, sì da ridurre progressivamente i costi, e a innovare e investire a un tasso ottimale che garantisca l'equilibrio fra la crescita della capacità produttiva e la crescita della domanda.

Il prezzo dovrebbe dunque *convergere* verso la seguente condizione:

$$(10) \quad p = (CT/Y = ATC) = (Opex + WACC * CIN) / Y$$

con:

- *Opex* l'insieme dei costi operativi, con esclusione del costo opportunità del capitale;
- *CIN* il capitale investito netto remunerabile che il regolatore accerta;
- *WACC* ("weighed average capital cost" – costo medio ponderato del capitale), il tasso di remunerazione del *CIN*, fissato dal regolatore;
- ne segue che il prodotto fra *CIN* e *WACC* determina l'utile che il regolatore riconosce all'impresa;
- *Y* la quantità prodotta.

La regolamentazione dei prezzi passa attraverso vari steps, ciascuno caratterizzato da possibili varianti. Le fasi sono, nell'ordine:

- 1) la fissazione dei criteri di ammissibilità dei costi, valutazione e allocazione dei costi;
- 2) la valutazione del capitale investito;
- 3) la determinazione del tasso di remunerazione del capitale investito;
- 4) infine i criteri di *pricing*.

I primi tre steps sono illustrati nella parte IV.1, l'ultimo nella parte IV.2.

IV.I.- CONTABILITA' REGOLATORIA

1.- Introduzione

I passaggi 1-2-3) menzionati prima sono oggetto della contabilità regolatoria, che costituisce la base a cui applicare poi la regolazione dei prezzi.

La contabilità regolatoria è derivata dalla contabilità civilistica (quella che determina la redazione del bilancio di esercizio) e dalla contabilità analitica (per centri di costo o di ricavo) ma da esse si distingue per le differenti finalità e per i diversi criteri di valutazione, ammissibilità e allocazione dei costi:

- a) la *contabilità civilistica* ha carattere aggregato (non distingue fra le diverse attività svolte da un'impresa) e ha la finalità di accertare i costi e i ricavi di competenza dell'esercizio allo scopo di tutelare gli interessi dei *creditori* e del *fisco*;
- b) la *contabilità analitica* suddivide i costi per linee produttive (nel caso in cui l'impresa produca più beni diversi) con finalità di controllo e di ottimizzazione della gestione, dunque nell'interesse degli *azionisti*;
- c) anche la *contabilità regolatoria* ha carattere analitico (distingue costi e ricavi di pertinenza di ciascuno dei servizi svolti, qualora l'impresa fornisca più servizi che possono essere acquistati disgiuntamente), ma con una finalità diversa: quella di tutelare l'interesse dei *clienti*. Interesse che consiste nel pagare prezzi pari a quelli che si affermerebbero in un mercato concorrenziale: prezzi orientati ai costi pertinenti i servizi acquistati.

Da queste diverse finalità scaturiscono importanti diversità di impostazione:

- a) alcuni costi che l'impresa ha sostenuto (che dunque sono registrati in contabilità civilistica) possono non essere ammissibili nella determinazione dei prezzi, perché non strettamente pertinenti i beni prodotti o perché eccessivi rispetto a quelli che un'impresa in concorrenza avrebbe sostenuto;
- b) la contabilità civilistica espone il reddito (l'utile) consuntivato dall'impresa mentre quella regolatoria considera quello che l'impresa *otterrebbe* se operasse in un mercato concorrenziale.

2.- Accertamento e allocazione dei costi

I costi sostenuti da un'impresa possono essere distinti in costi operativi (incluso l'ammortamento delle immobilizzazioni) e nel costo del capitale (la remunerazione del capitale investito intesa come *costo opportunità*).

I criteri di individuazione e di allocazione dei costi in contabilità regolatoria devono basarsi sui seguenti principi:

- pertinenza
- causalità
- congruità
- oggettività
- proporzionalità
- competenza (rispetto all'anno di riferimento)
- trasparenza
- raffrontabilità nel tempo

Da cui segue che i prezzi dei singoli servizi dovranno risultare aderenti a costi che siano:

- a) effettivamente sostenuti dall'impresa;
- b) pertinenti, ossia, funzionalmente legati ai servizi prodotti;
- c) quantificabili attraverso parametri oggettivi;
- d) congrui rispetto a valutazioni di mercato e di efficienza (ad esempio, il regolatore non dovrebbe riconoscere come costi dell'impresa acquisti di input a prezzi maggiori di quelli che il mercato mediamente richiede).

Qualora l'impresa produca un unico bene o servizio, la contabilità regolatoria è relativamente semplice: una volta accertato che siano rispettati i criteri indicati sopra, tutti i costi potranno essere riconosciuti ai fini della regolazione del prezzo.

Diverso e più frequente è però il caso di un'impresa che produce beni o servizi diversi. Qui le cose si complicano e la contabilità regolatoria dovrà accertare i *costi di pertinenza di ciascuna linea di produzione*.

Prendiamo in esame il caso di una società verticalmente integrata, che:

- 1) gestisce un'infrastruttura essenziale, dunque con obbligo a contrarre e regolamentazione dei prezzi (chiamiamolo servizio A);
- 2) produce servizi finali in concorrenza con altri operatori ed è dunque libera di stabilire i prezzi di vendita (servizio B).

Il problema del regolatore è di distinguere, fra i costi totali dell'impresa e il capitale complessivamente investito, quelli che sono di pertinenza dell'infrastruttura da quelli di pertinenza dei servizi finali. Questo passo è tanto più essenziale nel caso qui considerato, poiché l'impresa ha tutto l'interesse ad accollare ai servizi regolamentati costi che invece sono di pertinenza dei servizi finali; in questo modo l'impresa gonfierebbe artificialmente i costi di *A* trasferendoli a carico dei concorrenti sul mercato *B*, posto che per accedere all'infrastruttura questi saranno tenuti a pagare un prezzo orientato al costo della stessa (è il caso del *price squeeze*, già affrontato nella Parte antitrust).

In ordine logico, il primo problema che il regolatore deve affrontare riguarda la corretta ripartizione fra le tre aree di attività dei costi e del capitale investito, che risultano dalla contabilità civilistica e che confluiscono, in aggregato, nel bilancio di esercizio.

A questo fine, i costi operativi e quelli di capitale possono essere distinti in tre tipologie:

- a) *costi diretti*, intesi come costi di *esclusiva pertinenza* di ciascuna delle tre aree di business indicate sopra (ad esempio: personale, materie prime, ammortamento e manutenzione delle immobilizzazioni impiegate esclusivamente in ciascuna di esse); l'imputazione dei costi in questo caso avviene in via diretta e non pone (teoricamente) difficoltà particolari;
- b) *costi indiretti*, vale a dire, costi *comuni* a più di un'area produttiva che (i) possono essere suddivisi fra queste aree in base a *drivers* tecnici (ad esempio, i costi di amministrazione del personale possono essere distribuiti in base alla quota di dipendenti allocata direttamente, come costo diretto, alle diverse aree; utenze, pulizie, ecc. possono essere distribuiti in funzione delle superfici utilizzate, ecc.); (ii) oppure allocati in base all'incidenza di ciascuna area sul complesso dei costi diretti di cui al punto (a);
- c) *i costi generali* (ad esempio, spese di rappresentanza, compensi dei consiglieri di amministrazione, ecc.) che riguardano l'insieme delle attività svolte e che potranno essere allocati sulla base di altri *drivers* (ad esempio, l'incidenza dei costi diretti + i costi indiretti nelle tre aree di attività).

Gli accertamenti indicati servono al regolatore per avere chiarezza sui costi propri di ciascuno dei due servizi. Tuttavia, ai fini della regolazione dei prezzi il regolatore può utilizzare in modi diversi le informazioni così raccolte: ne indichiamo due.

2.1.- Costi pienamente distribuiti (FDC - *fully distributed costs*)

Questa metodologia applica strettamente quanto illustrato nella precedente sezione. Il principio a cui la regolazione si attiene nell'allocare i costi e il capitale investito è la *strumentalità* di essi rispetto a ciascuna delle tre produzioni.

La Tabella 3 fornisce un esempio numerico.

Tabella 3.- ESEMPIO DI ALLOCAZIONE DEI COSTI CON IL MODELLO FDC				
		A	B	A+B
(I)	1) Costi esclusiva pertinenza	3.000	2.000	5.000
(II)	<i>Incidenza</i>	60,0%	40,0%	100,0%
(III)	2) Costi comuni			1.420
	<i>ripartiti secondo (II)</i>	852	568	1.420
(IV)	Totale costi 1) + 2)	3.852	2.568	6.420
	<i>Incidenza</i>	60,0%	40,0%	100,0%
(V)	3) Spese generali			857
	<i>ripartiti secondo (IV)</i>	514	343	857
VI =(I)+(II)+(V)	TOTALE COSTI ALLOCATI	4.366	2.911	7.277
	<i>Incidenza</i>	60,0%	40,0%	100,0%

Una volta accertata la consistenza delle varie tipologie di costi:

- vengono prima allocati ai due servizi i costi di esclusiva pertinenza di ciascuno di essi (rispettivamente pari al 60% e 40%;
- i costi indiretti vengono poi allocati in base alla quota di costi diretti di ciascun servizio di cui in a);
- infine le spese generali vengono ripartite fra ciascun servizio in base alla percentuale dei costi diretti + indiretti sul totale di questi.

I medesimi criteri possono essere utilizzati per allocare le componenti del capitale investito – valore delle rimanenze, delle immobilizzazioni e dei crediti netti (*infra*) - ai diversi rami di attività.

Il vantaggio della metodologia *FDC* è la certificabilità e la riconciliabilità con il bilancio civilistico: infatti la contabilità regolatoria *FDC* parte dal bilancio.

Tuttavia, l’allocazione dei costi e del capitale investito fra infrastruttura, servizi finali e servizi non regolamentati incontra comunque difficoltà: in parte per la complessità in sé dell’operazione, in parte per le *asimmetrie informative* che l’impresa tenta di sfruttare a proprio vantaggio.

Le asimmetrie informative derivano dalla circostanza che gli elementi informativi a disposizione del regolatore sono filtrati dall’impresa, la quale ha tutto l’interesse, ad esempio, a far figurare come costi dell’infrastruttura quelli che invece sono costi di pertinenza dei servizi finali o dei servizi “liberi”. In questo modo, come già notato, otterrebbe un duplice vantaggio competitivo sui concorrenti che utilizzano l’infrastruttura: farebbe pagare loro prezzi maggiori dei costi effettivi di infrastruttura e ne ridurrebbe la competitività sul mercato dei servizi finali.

In conclusione, una corretta allocazione dei costi costituisce condizione essenziale per salvaguardare il corretto funzionamento del mercato *come se* fosse concorrenziale ed evitare sussidi incrociati fra servizi e infrastruttura, con conseguenti sussidi occulti versati dai concorrenti all’ex monopolista.

2.2.- Costi incrementali di lungo periodo

La metodologia dei costi incrementali di lungo periodo (*LRIC* - *long run incremental costs*), o costi netti evitabili di lungo periodo, si fonda su una logica completamente diversa da quella *FDC*.

La ratio del criterio è che un imprenditore razionale che opera in un mercato concorrenziale e che si propone di avviare una linea produttiva *aggiuntiva* a quanto sta già producendo, oppure una nuova filiale, ecc., decide il da fare sulla base di un'analisi costi-benefici, dove i ricavi *aggiuntivi* che prevede di poter realizzare sono confrontati con i costi *aggiuntivi* della nuova iniziativa. L'operatore è ragionevolmente consapevole che i costi comuni e generali che *già sta sostenendo* per le attività in corso aumenterebbero in misura marginale a seguito dell'avvio di un'attività *aggiuntiva*.

La metodologia *LRIC* che il regolatore impiega per allocare i costi fra i diversi rami di attività dell'impresa si basa quindi sulla stima dei costi che l'impresa sostiene per fornire un nuovo servizio; oppure, messa in modo diverso, sui costi che simmetricamente verrebbero meno se l'impresa *cessasse* di fornire un determinato servizio (*costi evitabili*).

I costi incrementali di lungo periodo e quelli evitabili di lungo periodo sono quindi due facce di una stessa medaglia e teoricamente coincidono:

- (i) nel primo caso sono i costi *aggiuntivi* a seguito dell'attivazione di un servizio prima non prodotto;
- (ii) nell'altro sono i costi *cessanti* a seguito dell'uscita dalla produzione del medesimo servizio.

In sostanza cambia solo il segno della variazione, che tuttavia coincide come valore assoluto.

Va da sé che se l'impresa producesse un unico servizio, i *LRIC* coinciderebbero per definizione con i costi totali: se infatti l'impresa *cessasse* di produrre del tutto verrebbero a cessare tutti i costi.

Nel caso che abbiamo ipotizzato sopra, invece, l'impresa produce più servizi (le due aree di business indicate), cosicché nel valutare i costi che possono essere allocati (poniamo) alla gestione dell'infrastruttura (A nella Tabella 3) il regolatore si pone la seguente domanda: (i) *quali e quanti costi verrebbero meno se l'impresa abbandonasse la gestione dell'infrastruttura* e si limitasse a seguitare a produrre il solo servizio B (quali e quanti costi resterebbero in capo al servizio B se il servizio A venisse dismesso)? (ii) oppure (è lo stesso), *quali e quanti costi aggiuntivi* l'impresa dovrebbe sostenere se intraprendesse la gestione dell'infrastruttura *in aggiunta* al servizio che già produce?

La Tabella 4 offre un esempio numerico dell'effetto di questa metodologia confrontandolo con quello dei *FDC* di cui alla Tabella 3. Per semplicità si suppone che, oltre al bene C anche il bene B non sia sottoposto a regolazione, cosicché i loro costi possono essere considerati insieme.

Tabella 4.- IMPATTO DELLA METODOLOGIA LRIC RISPETTO ALLA METODOLOGIA FDC						
		METODO FDC		METODO COSTI EVITABILI (LRIC)		
	COSTI TOTALI	A) COSTI ALLOCATI (INFRASTRUTTURA)	B) COSTI ALLOCATI AI SERVIZI FINALI	A-BIS) COSTI ALLOCATI (INFRASTRUTTURA)	B-BIS COSTI ACCOLLATI SERVIZI FINALI	COSTI TOTALI
1) Costi esclusiva pertinenza	5.000	3.000	2.000	3.000	2.000	5.000
2) Costi comuni	1.420	852	568	250	1.170	1420
3) Spese generali	857	514	343	100	757	857
TOTALE COSTI ALLOCATI CON FDC	7.277	4.366	2.911			
TOTALE COSTI ALLOCATI CON LRIC				3.350	3.927	7.277
DIFFERENZA				-1.016	1.016	0

Nell'esempio numerico della Tabella 4, fra le due metodologie *FDC* e *LRIC* nulla cambia nell'allocatione dei costi diretti: trattandosi di costi di esclusiva pertinenza di ciascuno dei due servizi, la cessazione della gestione dell'infrastruttura comporterebbe l'integrale venir meno di questi costi, cosicché in capo al servizio B resterebbero unicamente i suoi costi (2.000). Diverso il caso dei costi indiretti e delle spese generali, posto che questi solo in parte (nell'esempio, rispettivamente 250 e 100) cesserebbero con l'abbandono della gestione infrastrutturale, mentre le restanti parti ($1.420-250=1.170$ e $857-100=757$) resterebbero comunque in capo al servizio B ancora prodotto.

In conclusione, i costi che il regolatore riconosce al gestore dell'infrastruttura per la determinazione del prezzo di uso della stessa ammontano a 3.350 anziché a 4.366.

Il vantaggio di questa metodologia è dunque di minimizzare i costi accollati agli utenti (o allo Stato, se eroga compensazioni): ragione per la quale è spesso osteggiata dalle imprese. Gli svantaggi consistono nella maggiore complessità rispetto alla metodologia *FDC* e alla difficoltà di riconciliazione con il bilancio civilistico.

Il criterio *LRIC* può apparire a prima vista ingiusto. Invece è pienamente coerente con il *comportamento razionale* di un'impresa che opera in concorrenza. Immaginiamo ad esempio che un'impresa di costruzioni partecipi a un bando pubblico per realizzazione di una determinata opera A. Per avere chance di vincere la gara dovrà richiedere un prezzo competitivo, ovviamente tale da consentirle un ragionevole guadagno. Essendo l'impresa già impegnata in altre attività di costruzioni e disponendo dunque di uno staff di personale, macchinari ecc., nel formulare la propria offerta considererà solo costi aggiuntivi a cui dovrà sobbarcarsi se la vincesse e non terrà invece conto dei costi che comunque dovrà seguitare a sostenere anche se perdesse la gara.

2.3.- Yardstick regulation

Le metodologie *FDC* e *LRIC* assumono il caso di un'impresa che produca più servizi cosicché - una volta accertato il rispetto dei principi di effettività, pertinenza e quantificabilità dei costi - la questione da affrontare è come ripartirli fra i diversi rami di attività. Se invece

l'impresa è mono-prodotto per ipotesi non sussiste un problema di allocazione fra attività ed è sufficiente limitarsi al primo step di accertamenti, come si è detto prima.

Le difficoltà che sempre incontra il regolatore nello stabilire l'asticella dei costi da riconoscere ai fini di regolazione dei prezzi risiedono:

- a) nelle *asimmetrie informative* che lo penalizzano. Infatti, per quanto possa acquisire informazioni e dati sulle effettive condizioni di produzione e sui reali costi delle imprese, queste ultime mantengono inevitabilmente vantaggi informativi;
- b) anche ammesso che gli ostacoli informativi siano superabili – ossia che il regolatore riesca ad avere piena contezza dei costi *effettivamente* sostenuti dalle imprese per esercitare le loro attività – resta aperto il problema del sé e in che misura quei costi corrispondano a quelli di operatori *efficienti*: i livelli di costo che le imprese sarebbero indotte a sostenere per essere competitive in un mercato concorrenziale.

Questi handicap possono essere ridotti prendendo a riferimento il livello dei prezzi di imprese *comparabili* per settore di attività e per dimensione (“imprese benchmark”) o (meglio) della media delle imprese comparabili. Si parla in questo caso di *regolazione per comparazione* (o “*yardstick regulation*”), le cui assunzioni di base sono che (i) imprese che operano in condizioni analoghe dovrebbero avere livelli di costo simili e che (ii) *se fossero* in concorrenza fra di loro sarebbero costrette a praticare prezzi simili.

Una volta individuati i benchmark di prezzo di imprese comparabili con quella di cui si sta occupando, il regolatore li prende come riferimento per stimarne i costi. Il bilancio non è quindi la *sola* fonte dei dati di costo della contabilità regolatoria, ma attraverso il loro confronto con il benchmark serve a valutare se l'impresa sia efficiente e quanto lo sia.

L'applicazione di questa metodologia incontra però varie difficoltà consistenti:

- a) nell'individuare imprese *effettivamente* comparabili con quella sottoposta a regolazione;
- b) nel costruire un set omogeneo di tali imprese, vale a dire composto da imprese che operano in condizioni simili (prenderne a riferimento solo una potrebbe condurre a conclusioni fuorvianti);
- c) nel raccogliere informazioni esaurienti sulle imprese che compongono il set; in sostanza, costruire una *data set* che rappresenti una solida base di riferimento;
- d) infine tradurre le risultanze delle analisi che precedono in *obiettivi* di costo da imporre alla specifica impresa oggetto di regolazione.

Sul punto a), le imprese comparabili debbono operare nel medesimo settore di attività e avere dimensioni e livelli di produzione simili per depurare il confronto da differenziali di economie di scala e di densità. Questo però non è sufficiente poiché le imprese selezionate sulla sola base dei criteri indicati possono essere caratterizzate da sensibili differenze riguardo a: (i) collocazione geografica; (ii) condizioni demografiche, economiche e sociali dei mercati

dove operano (ad esempio, densità della popolazione, infrastrutture esistenti, ecc.); (iii) tipologie di regolazione cui sono soggette e che ne possono direttamente o indirettamente influenzarne l'attività e i costi, specie nel caso in cui il benchmarking sia esteso a soggetti che operano in altri paesi.

Relativamente a quanto in b), le risultanze ottenute dal benchmarking di singole imprese (punto a) vanno consolidate in un unico set allo scopo di individuare uno standard medio di efficienza; ciò richiede di attribuire ai singoli risultati pesi diversi a seconda delle specifiche caratteristiche di ciascuna impresa benchmark e della attendibilità dei relativi risultati.

Infine (punto d) dai dati raccolti nel set di imprese comparabili va ricavata una funzione di costo unitario che rappresenti il benchmark applicabile alla specifica impresa che interessa il regolatore; qui si possono utilizzare differenti metodologie (frontiere stocastiche e analisi di regressione) e differenti tipi di funzioni di costo (Cobb Douglas e Translog).

Insomma, il terreno è impervio e percorrerlo richiede che i regolatori dispongano di forti competenze professionali per la raccolta e il processamento dei dati e di una rete internazionale di organismi di regolazione da cui acquisire le informazioni (punto c).

3.- Remunerazione del capitale investito

Come anticipato, i costi sostenuti dall'impresa possono essere distinti in costi operativi e in costo del capitale. Quest'ultimo, inteso come costo opportunità del capitale, è pari al prodotto fra il capitale investito netto remunerabile e il tasso di remunerazione del capitale riconosciuto dal regolatore.

Entrambi sono soggetti a regolazione, come si spiega nelle sezioni che seguono.

3.1.- Determinazione del capitale investito remunerabile

Il capitale investito netto (*CIN*) remunerabile a fini regolatori è normalmente ricavato dai bilanci riclassificati delle imprese e consiste in:

- a) immobilizzazioni tecniche materiali (terreni, impianti, fabbricati, ecc.) e immateriali (licenze, brevetti, ecc.) al netto dei fondi ammortamento;
- b) rimanenze;
- c) crediti netti (crediti verso i clienti – debiti verso i fornitori).

Premesso (a) che affinché possano essere presi in considerazione per la determinazione dei prezzi, tutte le “voci” di *CIN* debbono rispondere ai requisiti di pertinenza, oggettività, ecc. elencati sopra, e (b) che loro allocazione fra eventuali diversi rami di impresa può alternativamente seguire i criteri *FDC* o *LRIC*, esaminiamo i criteri di valutazione delle diverse componenti del *CIN*.

Dal momento che il valore del *CIN* varia nel corso di un esercizio (diminuisce a seguito, ad esempio, del processo di ammortamento o aumenta per l'effetto della crescita delle voci indicate sopra – ad esempio, nuovi investimenti), il regolatore dovrà prendere in considerazione il suo *valore medio*, per semplicità spesso ricorrendo alla media aritmetica degli importi di ciascuna voce di capitale registrati in bilancio a inizio e a fine anno.

La stima del valore delle *rimanenze* non presenta particolari complessità: è il valore contabile (media al 1° gennaio e al 31 dicembre di ciascun anno) delle materie prime, semilavorati, ecc. destinati a essere utilizzati nell'esercizio successivo.

I *crediti netti* consistono unicamente nel saldo fra crediti verso i clienti e debiti verso fornitori, anch'essi calcolati come media d'anno.

Il regolatore non si limita però a prendere atto di quanto registrato nei bilanci dell'impresa ma verifica che tali importi siano coerenti con quelli di un'impresa efficiente. Infatti un'impresa efficiente si finanzia anche attraverso i fornitori (concordando scadenze più o

meno ravvicinate) e al tempo stesso evita di finanziare i clienti accumulando crediti elevati nei loro confronti. Nell'imputazione a capitale investito remunerabile il regolatore terrà quindi conto di un saldo crediti/debiti fisiologico, poiché altrimenti gli oneri derivanti dell'inefficienza dell'impresa verrebbero a essere scaricati sui consumatori.

Nella prassi regolatoria viene spesso considerato un tetto del 25% dei crediti commerciali sul fatturato: in altre parole sono ammissibili crediti fino a un massimo del 25% del fatturato (ciò che significa che l'impresa si fa pagare dai clienti entro 90 giorni) e a questo importo vengono detratti i debiti verso i fornitori.

A titolo di esempio:

- fatturato: 1.000
- crediti verso clienti a bilancio (media): 300
- crediti massimi ammissibili (25%): 250
- debiti verso fornitori a bilancio (media): 200
- crediti netti ammissibili a CIN: 50.

La voce di gran lunga più importante e più complessa da valutare è rappresentata dalle *immobilizzazioni nette*, ossia dal loro valore di carico detratto il fondo ammortamento.

Da precisare che:

- (i) possono essere ammesse sole le immobilizzazioni *strumentali* alla produzione del servizio, a evitare che sui consumatori siano fatte gravare voci di costo non pertinenti i servizi da essi acquistati; sono dunque escluse altre tipologie di immobilizzazioni, quali ad immobilizzazioni finanziarie, partecipazioni, ecc.;
- (ii) non andrebbero considerate le immobilizzazioni che siano sì pertinenti ma ancora in fase di realizzazione (contabilizzate come lavori in corso) poiché di esse i consumatori potranno usufruire (e dunque ripagarne il costo) sono quando saranno messe in esercizio;
- (iii) vanno considerate le immobilizzazioni che utilizzerebbe un'impresa soggetta alla concorrenza; ad esempio, da escludere dal CIN o da allocare solo parzialmente, automobili di lusso o arredi di particolare lusso;
- (iv) infine le immobilizzazioni ammissibili possono essere individuate con la metodologia *FDC* o con quella *LRIC*.

Ciò premesso, tre metodologie alternative di *valutazione delle immobilizzazioni* vanno considerate.

1) *Valore economico (EV - economic value)*

Secondo questo approccio le immobilizzazioni andrebbero valutate in funzione della loro redditività prospettica. Si tratta di un'impostazione che si basa sulle correnti metodologie di analisi finanziaria per la stima del valore di mercato, soprattutto di imprese o di rami d'azienda: un soggetto che si propone di acquistare un'impresa che produce un determinato

bene proporrà un prezzo di acquisto in base delle aspettative di redditività dell'impresa stessa; ragionamento analogo farà il venditore.

Seguendo questo approccio, il valore delle immobilizzazioni è posto in funzione del valore attuale dei flussi di cassa netti attesi dallo sfruttamento di esse nel corso della loro vita utile [*discounted cash flow (DCF)*]. Il calcolo del *DCF* è indicato da:

$$(11) \quad DCF = \frac{CF_1}{(1+r)^1} + \frac{CF_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{CF_n}{(1+r)^n}$$

dove:

- CF_1, \dots, CF_n è il flusso degli utili netti atteso negli anni da 1 a n ;
- r è il tasso di sconto (sezione 3.2 che segue);
- *DCF* è dunque il valore attuale degli utili netti attesi durante la vita utile dell'asset.

Questo modello normalmente non viene accettato in sede di regolazione, non ultimo poiché comporta il seguente circolo vizioso:

- il cash flow è pari alla differenza fra i ricavi attesi (ossia ai prezzi di vendita moltiplicati le quantità vendute) al netto dei relativi costi e delle imposte;
- per stimare il cash flow è quindi necessario conoscere o ipotizzare i prezzi di vendita dei beni che potranno essere prodotti utilizzando quella immobilizzazione,
- i quali prezzi sono precisamente la grandezza che il regolatore si propone di fissare.

In altri termini, questo approccio richiede di conoscere in anticipo la variabile che è il risultato finale del processo regolatorio.

2) Contabilità a costi storici (*HCA - historical cost accounting*)

Consiste nel considerare il valore netto di libro delle immobilizzazioni (il valore contabile residuo, una volta detratto il fondo ammortamento), eventualmente indicizzato per tenere conto dell'inflazione dal momento dell'acquisto al momento attuale (Tabella 5).

Tabella 5.- Calcolo del valore contabile di una immobilizzazione					
anni	1	2	3	4	5
A.- Senza rivalutazione monetaria					
Valore al 1 gennaio di ciascun anno	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000
rata annua di ammortamento	-200	-200	-200	-200	-200
fondo ammortamento	-200	-400	-600	-800	-1000
valore residuo al 31 dicembre di ciascun anno	800	600	400	200	0
B.- Con rivalutazione monetaria (2%/anno)					
Valore al 1 gennaio di ciascun anno	1.020	1.040	1.061	1.082	1.104
rata annua di ammortamento	-204	-208	-212	-216	-221
fondo ammortamento	-204	-412	-624	-841	-1062
valore residuo al 31 dicembre di ciascun anno	816	628	437	242	42

La ragione della rivalutazione monetaria dei cespiti e dell'ammortamento è che se questa non fosse introdotta l'impresa non potrebbe recuperare il costo dell'investimento *in termini reali*. Si ricava infatti dalla Tabella 5 che, con un'inflazione annua del 2%, al quinto anno sarebbero necessari 1.104 euro per acquistare lo stesso bene che cinque anni prima era stato pagato 1.000; se le rate di ammortamento non fossero state rivalutate anno per anno dell'inflazione, al quinto anno l'impresa avrebbe recuperato solo $200 \cdot 5 = 1.000$ euro (posto che la rata di ammortamento contribuisce a determinare il prezzo regolamentato), con conseguente perdita di $1.104 - 1.000 = 104$ euro.

I vantaggi di questa metodologia consistono nella semplicità di rilevazione, nella riconciliabilità con il bilancio civilistico, nella certificabilità.

I limiti sono:

- a) che “guarda all'indietro”, vale a dire, non considera il valore presente ma quello storico e dunque può essere penalizzante per le imprese poiché esclude il valore di asset totalmente ammortizzati (dunque esclusi dal *CIN*) ma ancora in uso e con un valore di realizzo positivo;
- b) con il che alle imprese non viene riconosciuto il relativo costo opportunità (il mancato percepimento del prezzo di realizzo delle immobilizzazioni totalmente ammortizzate) e gli utenti vengono a pagare un prezzo inferiore al costo opportunità complessivo;
- c) sebbene quanto al punto b) sopra non andrebbe preso in considerazione, posto che tramite l'ammortamento l'impresa ha comunque recuperato il costo sostenuto, trascurare questo effetto incentiverebbe le imprese a sostituire beni funzionanti con altri nuovi per la sola ragione che i primi, in quanto totalmente ammortizzati, hanno valore contabile residuo pari a 0 e dunque non concorrono alla determinazione del capitale remunerabile.

3) Contabilità a costi correnti (*CCA - current cost accounting*)

Per chiarire meglio questa metodologia prendiamo ad esempio il caso di un'impresa che esercita collegamenti marittimi per passeggeri e merci fra la Toscana (il porto di Livorno) e la Sardegna (il porto di Olbia). Supponiamo inoltre che lo Stato consideri questo collegamento essenziale per assicurare la “continuità territoriale” fra il continente e la Sardegna, trattandosi di un'isola non altrimenti raggiungibile. In breve, che si tratti di un servizio di interesse economico generale assoggettato a obblighi di servizio pubblico.

Le immobilizzazioni essenziali per svolgere il servizio richiesto sono ovviamente le navi: navi in numero e capacità di trasporto adeguate per assicurare gli obblighi imposti all'impresa.

La questione è dunque come calcolare il valore delle navi impiegate da allocare nel *CIN*.

- a) Seguendo la metodologia dei costi storici di cui al punto precedente, il regolatore considererebbe il valore contabile residuo delle navi. Si immagini ad esempio:
 - (i) che il valore residuo contabile VR di una nave a di cui l'impresa effettivamente dispone sia $VR_a = p_a - FA$, con p_a il prezzo originariamente pagato e $FA = A \cdot m$ il fondo

ammortamento (con A la rata annuale di ammortamento e m gli anni passati dal momento dell'acquisto a oggi);

(ii) e che:

- $p_a = 1.000$
- n (vita utile (durata) del bene) = 10 anni;
- A_a , rata annua costante di ammortamento, con $A_a = p_a/10 = 100$;
- $m=6$ - il bene abbia cioè completato il sesto anno di vita,

(iii) cosicché il valore contabile residuo da allocare a CIN: $VR_a = 1.000 - 100 \cdot 6 = 400$.

b) La metodologia CCA consiste invece nella valutazione degli asset (le navi) attualmente in uso da un'impresa *come se* potesse sostituirle con altre *nuove*. Si prende in considerazione, a questo scopo, il costo netto di rimpiazzo (CNR).

(i) Supponiamo allora che:

- il *prezzo a nuovo* di una nave equivalente a quella vecchia sia $p_b = 800$
- $n = 10$ gli anni della sua vita utile e dunque $A_b = p_b/n = 80$ la rata annua di ammortamento.

(ii) Il costo di rimpiazzo (CR_b) da considerare non sarà pari al prezzo da pagare per il bene ($p_b = 800$). Infatti il confronto di convenienza della sostituzione o meno deve basarsi su termini omogenei: precisamente, il prezzo del bene nuovo *come se* avesse alle spalle gli stessi anni di utilizzo di quello vecchio, e dunque il suo prezzo al netto del fondo ammortamento che *sarebbe* stato accumulato se il bene fosse “invecchiato” di sei anni come quello attualmente in uso ($m=6$). Dunque:

$$(12) \quad CR_b = p_b - A_b \cdot 6 = 800 - 80 \cdot 6 = 320.$$

Dall'esempio numerico si ricava il valore delle immobilizzazioni da allocare a CIN – dunque a costo remunerazione del capitale e in definitiva sui prezzi praticati ai consumatori – sarebbe minore se calcolato con la metodologia CCA rispetto a quella HCA. Ne segue che (sempre stando all'esempio) un'impresa che, operando in concorrenza, fosse tenuta a minimizzare il costo opportunità del capitale investito, avrebbe convenienza a sostituire la nave vecchia con una nuova.

Inoltre:

- (i) Dal rimpiazzo degli asset vecchi l'impresa potrebbe ricavare un valore di realizzo;
- (ii) infine se – come è da ritenere – gli asset nuovi disponibili oggi sul mercato sono *tecnologicamente* più avanzati di quelli attualmente in dotazione all'impresa (nell'esempio, minore consumo di carburante, ecc.), la valutazione di convenienza deve tenere conto non solo del costo netto di rimpiazzo ma anche del fatto che un bene più moderno permette economie di costi di esercizio rispetto a quello esistente.

In questo caso il confronto di convenienza dovrà tenere conto anche le economie di costi di esercizio che il nuovo bene consentirebbe nel corso della sua vita utile residua.

Ne segue che nel fissare il prezzo del servizio, il regolatore non solo metterà in conto un *CIN* pari a 320, anziché a 400, ma anche il valore attuale dei minori costi operativi nei successivi anni di utilizzo del nuovo bene. In conclusione, il regolatore deve simulare i costi (fissi e operativi) che l'impresa sosterebbe se disponesse dei migliori asset che il mercato oggi offre.

Stante all'esempio fatto, la metodologia CCA è dunque più conveniente per i consumatori di quella HCA.

Importante comprendere che il regolatore non impone all'impresa di sostituire i propri asset con altri più moderni ma, ai fini della regolazione del prezzo del servizio fornito dall'impresa, considera il valore del capitale *come se* fosse quello che minimizza i costi di produzione e dunque i prezzi che l'impresa potrebbe praticare. Così se emergesse quanto nell'esempio numerico fatto, il regolatore valuterebbe in 320 anziché in 400 il capitale remunerabile *a prescindere* dalla decisione dell'impresa di sostituire o meno gli impianti vecchi con quelli nuovi: infatti un'impresa che si trovasse in concorrenza, e che dunque dovesse minimizzare i costi, avrebbe convenienza a fare questa operazione (spenderebbe l'acquisto del bene nuovo meno di quanto ricaverebbe dalla vendita di quello in uso). Se decide di non farla se ne accolla gli oneri in termini di una remunerazione del capitale inferiore a quello effettivamente investito.

Anche la CCA comporta vantaggi e svantaggi.

I vantaggi sono che:

- a) la valutazione degli asset dell'ex monopolista è effettuata simulando il prezzo che dovrebbero pagare nuovi operatori entranti sul mercato (stabilisce dunque la *par condicio* fra il gestore dell'infrastrutture e potenziali nuovi entranti);
- b) in presenza di rapido progresso tecnologico, il prezzo degli asset tende a scendere nel tempo, cosicché potrebbe verificarsi che un asset nuovo (ricostruito sulla base di quanto indicato sopra) abbia prezzo più basso di quello valutato a libro, con conseguente beneficio per gli utenti. Inoltre gli asset nuovi utilizzano tecnologie più efficienti che permettono di economizzare, soprattutto, il fattore lavoro con conseguente riduzione dei costi operativi.

Al tempo stesso non è applicabile alla massima parte delle infrastrutture, la cui sostituzione con altre nuove comporterebbe costi di smantellamento e di ricostruzione molto elevati, così come esternalità ambientali.

3.2.- Il tasso di remunerazione del capitale investito

Il tasso di remunerazione è determinato come *costo opportunità del capitale investito*: la remunerazione che un'impresa mediamente efficiente sotto il profilo finanziario otterrebbe in un mercato concorrenziale, considerato lo specifico profilo di rischio del settore in cui opera

e quello derivante dalle sue oggettive caratteristiche specifiche (ad esempio, le sue dimensioni). In presenza di piena concorrenza sul mercato dei capitali, infatti, il rendimento degli investimenti tende a livellarsi, al netto del differenziale di rischio fra i diversi impieghi.

Ai fini del calcolo del tasso di rendimento si considerano voci di capitale diversi da quelle considerate per il *CIN*: il capitale di debito (*D*, indebitamento finanziario) e i mezzi propri (*E*).

Il metodo più comunemente utilizzato è il costo medio ponderato del capitale (*WACC* – *weighted average capital cost*):

$$(13) \quad r = \frac{r_d \cdot (1-t_s) \cdot [D/(D+E)] + r_e \cdot [E/(D+E)]}{(1-t)}$$

dove:

- r_d , tasso di interesse ammesso sul capitale di debito;
- t_s , Ires;
- $r_d \cdot (1-t_s)$, con t_s Ires – dunque gli oneri finanziari *detrato* l'Ires, posto che in bilancio sono contabilizzati fra i costi e pertanto riducono l'imponibile Ires;
- r_e , tasso di rendimento ammesso del capitale proprio;
- D , capitale di debito, ossia l'indebitamento finanziario;
- E , capitale proprio [patrimonio netto (o *equity*)];
- $D/(D+E)$; $E/(D+E)$, leva finanziaria;
- $t=t_s+t_i$, aliquota complessiva (con t_i , Irap).

1) Remunerazione del capitale di debito

L'indebitamento finanziario (verso banche e finanziatori in genere, esclusi i fornitori) costituisce una fisiologica fonte di finanziamento di ciascuna impresa, il cui costo va riconosciuto dal regolatore come voce da recuperare con le tariffe.

Tuttavia gli interessi pagati dalle imprese non vengono separatamente computati come costi ma coperti, attraverso il *WACC*, come costo del capitale.

Il tasso che un'impresa paga sui debiti finanziari è in linea di massima funzione:

- a) del suo specifico profilo di rischio, vale a dire: (i) del tipo di mercato su cui opera (un mercato soggetto a forti fluttuazioni di domanda è ovviamente più rischioso) e (ii) della sua

leva finanziaria $[D/(D+E)]$, posto che più elevato è il capitale di debito sul capitale complessivo, maggiore è il rischio di insolvenza e dunque il corrispettivo che i finanziatori richiedono;

b) della sua abilità ad accedere a fonti di finanziamento più convenienti.

Il regolatore non riconosce all'impresa il tasso di interesse che questa effettivamente paga sull'indebitamento, ma quello che *pagherebbe* (i) se fosse mediamente efficiente nella provvista di capitale di debito e (ii) se avesse una leva finanziaria "normale", vale a dire, una leva finanziaria prossima a quella media del settore in cui opera. In caso contrario, infatti, l'impresa scaricherebbe sugli utenti il costo della sua inefficiente gestione finanziaria.

Il costo riconosciuto dal regolatore è calcolato come somma:

$$(14) \quad r_d = (r_f + r_p) * (1 - t_s)$$

con:

- r_f , *risk free rate*, la remunerazione richiesta per impieghi privi di rischio di insolvenza del debitore; il tasso privo di rischio è posto pari al tasso fisso pagato dai titoli di Stato, normalmente come media delle osservazioni giornaliere del rendimento lordo del BTP decennale negli ultimi 12 mesi;
- r_p è invece il premio al debito, il differenziale richiesto per concedere prestiti a soggetti diversi dallo Stato - a soggetti che al contrario presentano rischi di insolvenza, dai quali i creditori pretendono dunque un tasso più elevato;
- t_s è l'aliquota Ires che va detratta dal costo del capitale di debito poiché gli interessi versati sono deducibili dall'imponibile Ires (su questo si torna al punto 1.3).

Normalmente il regolatore riconosce all'impresa un tasso pari al *risk free rate* aumentato di un premio al debito non superiore al 2,5%, calcolato sulla base dei tassi richiesti dal sistema creditizio a imprese mediamente efficienti nella gestione finanziaria.

Come esempio numerico:

- il *risk free rate* (BPT a 10 anni) è stato nel 2019 pari a 2,61%
- con premio al debito accordato dal regolatore pari al 2%
- aliquota Ires = 23%
- il tasso di interesse riconosciuto all'impresa è $4,61\% * (1 - 0,23) = 3,55\%$

2) Remunerazione del capitale proprio

Il capitale proprio dell'impresa (o capitale di rischio, mezzi propri o *equity*) sotto il profilo contabile è il patrimonio netto, vale a dire, la differenza fra l'attivo e il passivo dello stato patrimoniale.

Il tasso di remunerazione riconosciuto dal regolatore è pari al costo opportunità dei mezzi propri: il tasso che l'azionista potrebbe ricavare investendo i propri fondi in altri impieghi caratterizzati dal medesimo grado di rischio. Analiticamente viene così ricavato:

$$(15) \quad r_e = r_f + \beta_e * ERP$$

dove

$$(16) \quad ERP = r_a - r_f$$

con:

- r_e , tasso di rendimento dei mezzi propri dell'impresa riconosciuto dal regolatore;
- ERP , *equity risk premium*;
- r_a , rendimento medio dei titoli azionari quotati alla borsa valori del paese dove l'impresa è regolamentata, calcolato sulla base di osservazioni simmetriche a quelle impiegate per derivare r_f (se quest'ultimo è la media delle osservazioni giornaliere degli ultimi 12 mesi, lo stesso dovrà essere per r_a);

L' ERP altro non è, dunque, che il *rendimento aggiuntivo* rispetto agli impieghi privi di rischio che gli investitori nel mercato azionario mediamente pretendono affinché sia conveniente il proprio investimento.

Per l'Italia i regolatori per lo più considerato un $ERP = 5,5\%$ o $6,0\%$.

Il coefficiente β_e (*equity beta*) sta invece a misurare il rischio specifico dell'investimento azionario nell'*impresa considerata*, rispetto a quello medio dell'investimento azionario nelle altre imprese (ossia, rispetto al valore dell' ERP).

Risulta evidente dalle equazioni (15) e (16) che:

- se $\beta_e = 1 \rightarrow r_e = r_a$ - l'investitore nella specifica impresa considerata pretende il medesimo rendimento che mediamente richiederebbe da impieghi azionari in società quotate, e la ragione non può che essere che il grado di rischio coincide nei due casi;
- valori $\beta_e > 1$ implicano un grado di rischio maggiore della media ($r_e > r_a$) e dunque una remunerazione maggiore di quella mediamente ricavata dal mercato azionario;
- viceversa se $\beta_e < 1$.

Gli *equity beta* di un titolo quotato in borsa sono periodicamente rilevati da analisti finanziari specializzati, come indicatori del *rischio sistematico, non diversificabile*, cui è soggetto l'investitore, misurati dalla covarianza dei rendimenti dell'investimento specifico con i rendimenti di un portafoglio di mercato.

Più precisamente l'*equity beta* è la misura statistica che confronta la volatilità del valore delle azioni di una società quotata (quella su cui il regolatore sta operando) rispetto alla volatilità del complesso delle azioni quotate nella stessa borsa valori, la quale ultima rappresenta il *benchmark* di riferimento: ne segue che l'*equity beta* del mercato nel suo insieme è pari a 1. Ne segue anche che:

- un valore $\beta_e > 1$ della società considerata significa che, dalle rilevazioni effettuate, il valore delle sue azioni amplifica le variazioni del mercato (cresce più della media quando il mercato è in ascesa e viceversa quando quest'ultimo è in discesa);
- $\beta_e < 1$ sta invece a significare che il titolo varia nella stessa direzione del mercato ma in misura minore;
- il caso in cui $\beta_e = 1$ implica che il titolo si muove in piena sincronia con il mercato;
- infine (ma è un caso raro) se il titolo varia in direzione opposta al mercato si avrà $\beta_e < 0$.

Il motivo per il quale tanto più elevato è il valore del β_e di una società, tanto maggiore è il rischio per i possessori delle sue azioni, è che in caso di calo della loro quotazione di mercato gli azionisti hanno minore possibilità di scambiare convenientemente con azioni di altre società, essendo anche queste ultime calate di valore.

Dal momento che gli analisti finanziari rilevano gli *equity beta* delle sole società quotate, il metodo da applicare in caso di *società non quotate* (o quotate per un periodo non sufficientemente significativo) è quello “delle *società comparabili*”. Con esso si ricava il beta dell'impresa in questione stimandolo con riferimento a un panel di società quotate, comparabili per settore di attività, caratteristiche dimensionali e industriali, aree di business, nonché operanti in contesti territoriali, istituzionali e regolatori fra loro non dissimili (ambito valutario comune o, in mancanza di un numero adeguato di casi, Europa occidentale).

Si tratta di operazioni complesse poiché l'*equity beta* della *società comparabile* (così come rilevato dagli analisti finanziari) va poi “*delevered*” (ossia depurato dall'impatto del suo rapporto D/E e dell'aliquota fiscale (t_c) del paese dove il comparabile è stato rilevato, per ricavarne l'*asset beta* (β_a), che misura l'impatto del solo *rischio operativo*, indipendentemente dall'indebitamento (equazione (17)). Infine l'*asset beta* così ricavato va “*relevered*” sulla base dei parametri D/E e dell'aliquota fiscale della *specifica impresa* regolamentata (equazione 18):

(17)

$$\beta_a = \frac{\beta_e}{\left[1 + (1 - t_c) \cdot \left(\frac{D}{E} \right)_c \right]}$$

(18) $\beta_e = \beta_a [1 + (1 - t_c)(D/E)]$

Va aggiunto che la stabilità e le prospettive di redditività di un'impresa (dunque il valore del β che ne stima la volatilità), e con esse il costo di provvista del capitale di rischio, sono influenzati da molti fattori, quali:

- la *struttura concorrenziale del mercato* in cui l'impresa opera, poiché maggiore è la concorrenza, minore è la capacità della impresa di accrescere o di mantenere il proprio giro d'affari;

- la *leva operativa*, ossia l'incidenza dei costi fissi sui costi complessivi; più questa è elevata maggiore è l'impatto sulla redditività di fluttuazioni delle vendite, posto che i costi fissi vanno comunque sostenuti;
- la stabilità e prevedibilità dei *flussi di cassa*;
- le *dimensioni dell'impresa* - più grande è un'impresa maggiore è la sua capacità di reperire capitale di debito e capitale di rischio su finanziari differenziati e in paesi dove l'offerta di capitale è più conveniente;
- il grado di *consolidamento sul mercato* di riferimento (un'impresa nuova entrante la clientela se la deve conquistare ex novo);
- la *leva finanziaria*, ovvero l'incidenza dell'indebitamento sul capitale complessivo, posto che con essa cresce il rischio di fornirle sia capitale di debito sia capitale proprio (il rischio di insolvenza o di fallimento è tanto maggiore quanto più elevato è il debito rispetto ai mezzi propri);
- la *negoziabilità dell'equity* - l'investimento azionario in una società quotata è più facilmente e rapidamente liquidabile di uno in una società non quotata, dove l'azionista che vuole vendere deve andarsi a cercare l'acquirente.

Tutti questi fattori giocano ovviamente a favore delle imprese che si trovano in condizioni di monopolio o di quasi monopolio, quali quelle di gestione di infrastrutture essenziali.

Conseguentemente il regolatore tenderà a riconoscere a esse un costo del debito e dell'*equity* minore di quello che caratterizza imprese in concorrenza.

Supponiamo che $r_f=2,61\%$, $ERP=5\%$ e che il valore β_e riconosciuto sia $0,90$, più basso dunque di 1 per le ragioni appena indicate. Inserendo i dati ipotizzati sopra nell'equazione (15) si ottiene che il rendimento ammesso del capitale di rischio è:

$$r_e = 2,61\% + 0,90 \cdot 5\% = 7,11\%$$

Assumendo infine:

- $D = 300.000$
- $E = 700.000$
- $D+E = 1.000.000$
- $D/(D+E) = 30\%$
- $E/(D+E) = 70\%$

e sostituendo i valori ipotizzati al *nominatore* dell'equazione (13):

$$r = r_d \cdot [D/(D+E)] + r_e \cdot [E/(D+E)]$$

avremo che:

$$WACC_n = r = 3,55\% \cdot 30\% + 7,11\% \cdot 70\% = 6,04\%,$$

dove $WACC_n$ è il tasso di remunerazione al *netto* delle imposte sugli utili.

Sulla falsariga delle considerazioni svolte finora il regolatore stabilisce il tasso di remunerazione del capitale investito netto che, moltiplicato per quest'ultimo, determinerà l'*utile netto* (U_n) consentito all'impresa e dunque, sommato ai costi operativi, il livello di prezzo che l'impresa potrà praticare.

Ipotizzando un $CIN = 1.000$:

$$U_n = CIN * r = 1.000 * 6,04\% = 60,40$$

3) Tax rate

L'utile annuo così calcolato (60,40 nell'esempio numerico) è al netto delle imposte che a fine esercizio l'impresa dovrà versare (o utile dopo le imposte). Affinché l'impresa possa effettivamente percepire l'utile netto che il regolatore gli ha riconosciuto è quindi necessario incrementarlo delle imposte che andrà a pagare a fine esercizio.

Per questa ragione è stato introdotto al denominatore nell'equazione (13) il parametro ($1-t$) dove t è l'aliquota fiscale sul reddito cui l'impresa è soggetta (in Italia l'Ires + Irap), per trasformare il WACC da netto al lordo delle imposte.

Con un'Ires del 23% e un Irap del 4% ($t=27\%$), il WACC prima delle imposte ($WACC_l$) viene ricavato ponendo ($1-0,27 = 0,73$) al denominatore del suo valore al netto delle imposte (6,04%):

$$WACC_l = 6,04\% / 0,73 = 8,28\%$$

di modo che l'utile *lordo* consentito da riconoscere nei ricavi sia $1.000 * 8,28\% = 82,80$; a fine anno su questo l'impresa verserà tasse pari al 27%, cosicché potrà trattenere un utile netto di 60,40, pari a quello determinato sopra.

4) Un esempio numerico

La Tabella 6 che segue illustra la modalità di costruzione del WACC.

Tabella 6.- CALCOLO DEL WACC		
A	D = Indebitamento finanziario	300.000
B	E = mezzi propri	700.000
C=A+B)	Capitale complessivo	1.000.000
D	D/E	43%
E	D/(D+E)	30%
F	E/(D+E)	70%
G1	Ires	23,00%
G2	Irap	4,00%
G=G1+G2	t (tax rate)	27,00%
H	Equity \square	0,900
I	r_f (risk free rate)	2,61%
L	r_p (premio al debito)	2,00%
M=(I+L)*(1-G1)	r_d (costo del debito)	3,55%
N	erp	5,00%
O=I+H*N	r_e (costo dei mezzi propri)	7,11%
P=M*E+O*F	Wacc dopo le tasse	6,04%
P=(M*E+O*F)/(1-G)	Wacc pre-tax	8,28%

IV.II- REGOLAZIONE DEI PREZZI

Le modalità di regolazione dei prezzi sono quanto mai varie ma sono fondamentalmente ispirate ai seguenti principi:

- a) l'orientamento dei prezzi ai costi, incluso il costo opportunità del capitale investito (efficienza allocativa);
- b) l'orientamento dei costi verso livelli efficienti (efficienza produttiva);
- c) e dunque, l'orientamento dei prezzi verso costi efficienti.

Va avvertito in premessa che il regolatore fissa i prezzi nel loro *livello massimo* – il tetto dei prezzi che l'impresa non potrà superare - ferma restando la sua libertà a suo rischio di praticare prezzi più bassi di quelli consentiti, a condizione di non discriminare fra gli acquirenti.

Nelle parti che seguono i principali modelli di *pricing* vengono illustrati con una classificazione basata sulle loro principali caratteristiche distintive.

1.- Modelli “statici” di regolazione dei prezzi

In questo capitolo si illustrano modelli di regolazione *puntuale* dei prezzi, attraverso i quali l'organismo di regolazione fissa – distintamente (supponiamo) *anno per anno* - il prezzo massimo che un'impresa può praticare, riservandosi di rivederlo poi nell'anno successivo.

1.1.- First best pricing

Tradizionalmente il criterio per giudicare il benessere sociale associato ai criteri di *pricing* si fonda sull'avvicinamento del prezzo al costo marginale.

La coincidenza fra prezzo e costo marginale rappresenta la soluzione di *first best* poiché assicura che il sacrificio che la collettività sostiene per produrre un'unità aggiuntiva (il costo marginale) è compensato dall'utilità aggiuntiva che ne ricava, misurata dal prezzo che è disposta a pagare. Delle condizioni necessarie a questo fine si è discusso nella sezione 2.1 del Capitolo I alla quale si fa rinvio.

Qui si affronta la questione sotto un diverso profilo, quello della probabile non perseguibilità di tale soluzione anche qualora le condizioni su cui si basa fossero realizzate.

La soluzione di *first best* è rappresentata dal punto A della Figura 10A, che riprende la Figura 1, già illustrata nella menzionata sezione, dove il prezzo che il regolatore fisserebbe a un'impresa soggetta a esso sarebbe $p_a = MC = ATC$ (il prezzo è dato e costante perché fissato dal regolatore).

La situazione descritta si scontra però con le reali condizioni di produzione (Figura 10B), caratterizzate da economie di scala, con costi medi e marginali decrescenti per un lungo tratto di produzione. Le conseguenze di ciò, rispetto a quelle considerate di *first best*, sono due:

- a) la prima è che al crescere delle dimensioni di impresa i costi unitari diminuiscono con l'aumentare delle quantità, il che implica che imprese di dimensioni maggiori di quelle ipotizzate dal modello della concorrenza perfetta sono più efficienti cosicché, se realizzato, quel modello non condurrebbe a condizioni di *first best*;
- b) la seconda è che l'andamento decrescente del *MC* trascina con sé quello degli *ATC*, cosicché il *MC* è inferiore all'*ATC*; se dunque il regolatore seguisse il criterio di *first best* (punto A, con $p_a = MC$):
 - (i) accollerebbe perdite considerevoli all'impresa (la perdita per unità di prodotto è misurata dalla distanza verticale fra le funzioni *ATC* e *D* in corrispondenza della produzione Y_a – dunque con $p_a < ATC$;
 - (ii) oppure accollerebbe oneri alla collettività qualora lo Stato ritenga di doversi far carico dell'eccedenza di *ATC* su p , compensando l'impresa per la differenza.

Figura 10A
First best pricing

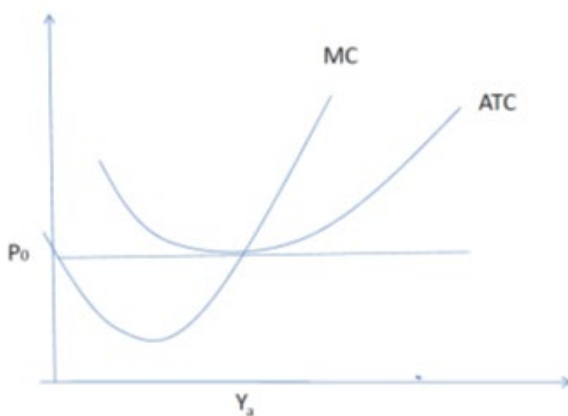
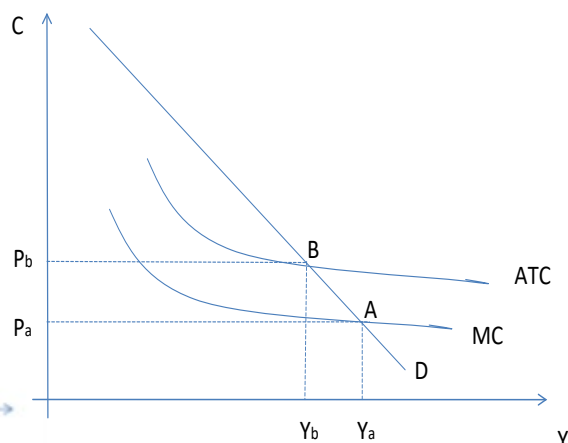


Figura 10B
Second best pricing



Il regolatore si orienta dunque verso una soluzione di *second best*, quella in corrispondenza del punto B, con un prezzo p_b , tale da coprire interamente l'*ATC*, inclusa una ragionevole remunerazione del capitale, ma con un livello produttivo inferiore ($Y_b < Y_a$).

Va precisato però che la corrispondenza di compensazioni pubbliche a fronte di prezzi inferiori all'*ATC* non è infrequente, specie nel caso dei *SIEG*. Tuttavia, se generalizzata, essa

sarebbe insostenibile per la finanza pubblica e si configurerebbe come erogazione di aiuti di Stato proibiti dall'Unione europea; inoltre privilegierebbe gli utenti scaricando gli oneri sui contribuenti e violando il principio generale di “chi usa paga”.

Per questo insieme di ragioni, salvo il caso dei *SIEG* e altri casi (ad esempio l'applicazione del criterio *LRIC* analizzato in precedenza), come regola generale la regolazione dei prezzi si orienta verso soluzioni di *second best*.

1.2.- Full cost pricing - rate of return regulation (RoR)

Il criterio di orientamento del prezzo al costo è *genericamente* illustrato dall'equazione, rappresentato nel punto B della precedente Figura (10B):

$$(19) \quad p = ATC = (OPEX + CIN * WACC) / Y$$

con :

- p , prezzo regolamentato
 - $opex$, costi operativi, inclusi ammortamenti (supponiamo complessivamente = 1.000);
 - CIN e $WACC$, rispettivamente capitale investito remunerabile (1.500) e tasso di remunerazione di esso (8%), fissati dal regolatore in base ai criteri illustrati in precedenza (dunque $1.500 * 8\% = 120$, utile totale ammesso);
 - Y , quantità prodotta (600);
 - ATC , costo unitario medio (dai valori sopra si ricava pari a $1.120/660=1,866$),
- da cui segue che il prezzo massimo consentito nell'anno è $p=ATC=1,866$.

L'applicazione più elementare del principio di orientamento dei prezzi ai costi è rappresentata dal *metodo RoR* “base”, qui illustrato, introdotto negli anni '40 del secolo scorso, il quale declina quel principio ipotizzando che:

- a) il regolatore stabilisca *anno per anno* il prezzo sulla base dei costi totali unitari da lui accertati, incluso un margine di utile fissato con il WACC (equazione (13)); si tratta dunque di un'applicazione della soluzione di *second best* (Figura 9B) commentata prima;
- b) dal momento che $opex$ e CIN effettivi possono essere accertati solo *ex post*, ossia a consuntivo, mentre la regolazione deve fissare *ex ante* il prezzo dell'anno a venire, si verifica uno sfasamento fra la base dei costi e il prezzo, dove il prezzo di un periodo è fissato con riferimento al costo unitario del periodo precedente ($p_t=ATC_{t-1}$), assumendo provvisoriamente che ATC_{t-1} resti invariato nel periodo t .

Alla fine di ciascun anno, il regolatore verifica i costi effettivamente sostenuti dall'impresa nell'anno t e se accerta che:

- $p_t > ATC_t$ (il prezzo praticato nell'anno è stato maggiore del costo medio unitario consuntivato nello stesso anno e dunque l'impresa ha guadagnato più del previsto), la differenza verrà portata in detrazione del prezzo p_{t+1} dell'anno successivo;
- se invece $p_t < ATC_t$, la differenza verrà aggiunta al prezzo p_{t+1} .

Il metodo presenta al tempo stesso vantaggi e svantaggi.

Uno dei vantaggi è la sua sostanziale trasparenza rispetto ai costi (che sono tratti direttamente dal bilancio di esercizio) e il conseguimento dell'obiettivo di *efficienza allocativa*: la finalità del metodo è infatti di assicurare l'orientamento del prezzo al costo *effettivamente* sostenuto e dunque di evitare l'insorgere di extra-profitti a danno dei consumatori.

Altro vantaggio è che, ponendo un tetto agli utili conseguibili, il RoR può servire anche a determinare non già il prezzo di singoli beni ma anche il *prezzo medio* applicabile a un insieme di beni parzialmente diversi. In tal modo l'impresa viene lasciata libera di praticare prezzi diversi, a condizione che l'utile complessivamente conseguito non ecceda quello fissato dal regolatore. Su questo si torna nel paragrafo 2.2.4, discutendo del *revenue cap*.

Gli svantaggi principali sono sostanzialmente due.

Il primo consiste nel fatto che:

- a) i prezzi sono orientati ai costi *effettivi*, non ai costi *efficienti*, cosicché si raggiunge sì l'obiettivo di efficienza allocativa (niente extraprofitti) ma non anche quello di efficienza produttiva;
- b) il modello non incentiva l'impresa a essere efficiente; posto infatti che il metodo garantisce la copertura dei costi effettivamente sostenuti dall'impresa, questa non ha interesse alcuno ad abbatterli poiché ciò si tradurrebbe in una parallela riduzione del prezzo a esclusivo vantaggio dei consumatori;
- c) da notare infatti [equazione (19)] che poiché il costo unitario è determinato dal rapporto ($ATC = CT/Y$), il suo abbattimento può essere il risultato di due distinti effetti:
 - (i) della riduzione dei costi totali (CT) a parità di produzione (Y), dunque di maggiore efficienza;
 - (ii) dell'aumento della produzione a parità di CT ;
- d) poiché l'utile concesso dal regolatore è dato dal prodotto fra il $WACC$ e il CIN (nell'esempio numerico precedente pari a 120) ed è costante quale che sia la dinamica degli opex e della produzione, con questo modello l'impresa non è incentivata né a ridurre i primi né a stimolare una maggiore domanda della sua produzione.

Il secondo limite è che, dal momento che il WACC è prefissato dal regolatore, l'impresa potrà avere convenienza ad aumentare il CIN , sì da accrescere il *flusso* degli utili oltre l'importo esemplificato prima in 120. Di qui l'incentivo a sovrainvestire con la conseguente

creazione di sovra capacità produttiva, ossia di capacità in eccesso al fabbisogno produttivo determinato dalla domanda dei consumatori.

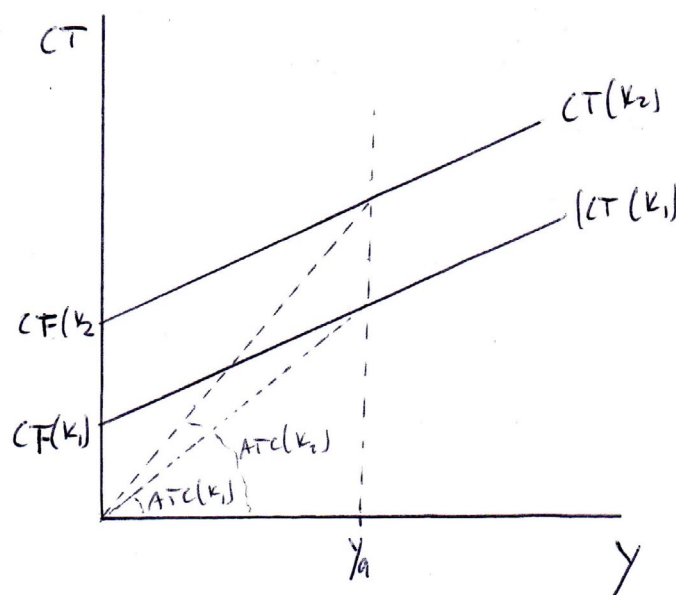
Come mostra la Figura 11 dove:

- K_1 è la componente delle immobilizzazioni tecniche, parte del CIN, adeguata a produrre la quantità Y_a ;
- K_2 il CIN a seguito del sovrainvestimento;
- CF_1 e CF_2 i costi fissi associati rispettivamente a K_1 e a K_2 e
- $CT(K_1)$ e $CT(K_2)$ le relative funzioni di costo totale.

il sovrainvestimento ($K_2 - K_1$) determina uno spostamento verso l'alto della funzione di costo totale a causa della crescita della componente dei costi fissi, con conseguente aumento del costo totale [$CT(K_2) > CT(K_1)$] e del costo unitario [$ATC(K_2) > ATC(K_1)$], a parità di produzione (Y_a). Se dunque non sono finalizzati a soddisfare una maggiore domanda (ad aumentare la produzione oltre il livello Y_a), incrementi di investimenti sono inefficienti.

Figura 11

Dinamica dei costi totali con differenti capitalizzazioni



I limiti anzidetti hanno di fatto decretato l'abbandono del RoR "base" per varianti che introducono incentivi all'efficienza. Vediamone di seguito alcune.

1.3.- Banded rate of return pricing (BRoR)

E' una variante del modello standard *RoR* volta a superarne il principale limite: l'assenza di incentivi all'efficienza.

Si distingue dal *RoR* in quanto il regolatore permette all'impresa – *a parità di prezzo* - di ricavare a consuntivo un utile maggiore di quello fissato precedentemente per il medesimo anno (120 nell'esempio), nei limiti di una “forchetta” di valori, ad esempio, fino a un massimo del 5% in più, che l'impresa – dato il prezzo stabilito dal regolatore - può trattenere come utile aggiuntivo.

Riprendendo i numeri dell'esempio della sezione 1.2, il prezzo resta fissato a 1,866, che ipotizza un utile di 120, ma all'impresa è consentito di arrivare *ex post* (ossia a consuntivo di fine anno) a percepire un utile fino a $120 + 5\%$, ossia 126, fermo restando il prezzo.

Dato che la possibilità di guadagnare di più non può riposare sull'innalzamento del prezzo, l'impresa sarà incentivata a ridurre i costi o a cercare di accrescere la produzione. Nell'esempio, per catturare l'intero incremento di utile che il regolatore come massimo gli concede ($126 - 120 = 6$), l'impresa dovrà riuscire ad abbattere i costi operativi unitari dello stesso importo: può cercare di farlo riducendo i costi o aumentando le vendite, o con una combinazione dei due.

La “forchetta” deve però essere *simmetrica* ($\pm 5\%$), vale a dire che si deve accollare all'impresa anche il rischio che i costi unitari aumentino, anziché diminuire come ipotizzato prima, o che la produzione scenda rispetto a quanto previsto. Ne segue che l'impresa potrà recuperare la perdita subita (o il minore utile) trasferendola in aumento dei prezzi del periodo successivo *solo per la quota eccedente* la percentuale fissata dalla forchetta: dunque guadagnerà fino al 5% meno del previsto e i consumatori saranno parzialmente tutelati dalla sua inefficienza.

2.- Modelli dinamici di regolazione dei prezzi

I modelli “dinamici” si differenziano da quelli “statici” (per questi ultimi prendiamo a riferimento il *RoR*) in quanto:

- a) mentre il *RoR*, così come è stato illustrato, fissa i prezzi *anno per anno*, i modelli di questa sezione stabiliscono criteri per determinare in anticipo i prezzi applicabili in *arco pluriennale*;
- b) si basano dunque su previsioni e fissano obiettivi che l'impresa deve realizzare.

In sostanza: (i) è una regolazione per *obiettivi* e non a consuntivo e (ii) è una regolazione *pluriennale*.

Tuttavia non esiste una netta distinzione di campo di applicazione fra i modelli statici della sezione 1 e quelli dinamici, nel senso che i criteri previsti dai primi possono in vario modo combinarsi con quelli dei secondi.

2.1.- Price cap

2.1.1.- Introduzione

Fra i modelli dinamici il *price cap* è il modello più largamente utilizzato dai regolatori e costituisce la base della regolazione di prezzo dei servizi pubblici in Italia, a suo tempo introdotta dalla delibera del CIPE (*Comitato interministeriale per la programmazione economica*) del 24 aprile 1996¹³⁴.

Con il *price cap*:

- a) il regolatore stabilisce anticipatamente i parametri per l'evoluzione *futura* dei prezzi che l'impresa potrà praticare nel corso di un periodo pluriennale (*periodo regolatorio*), solitamente della durata di 4-5 anni;
- b) la dinamica dei prezzi è *programmata ex ante*, ossia prima dell'inizio del periodo regolatorio, e tendenzialmente non viene rivista nel corso di esso salvo che per ragioni di cui si dirà;
- c) nello stabilire la variazione dei prezzi nel corso del periodo regolatorio, il regolatore si basa su *obiettivi di efficienza* e su previsioni circa l'evoluzione delle vendite (dunque di abbattimento dei costi unitari) che l'impresa dovrebbe poter conseguire;

¹³⁴ La delibera citata regola i contratti di servizio e il *pricing* dei servizi non regolati da Autorità indipendenti di regolazione: dunque tutti i servizi pubblici di rilevanza imprenditoriale, ad esclusione delle comunicazioni, dell'elettricità e del gas.

- d) si realizza con esso una condivisione fra imprese e utenti dei benefici derivanti dalla crescita dell'efficienza produttiva.

Del price cap esistono numerose varianti applicative che tuttavia si basano sui principi appena indicati. Ne esaminiamo due.

2.1.2.- Il price cap “puro”

Questo modello è stato introdotto negli anni '80 del secolo scorso dall'economista Stephen Littlechild per essere applicato a seguito della privatizzazione dei servizi a rete in Gran Bretagna.

Come impostazione generale è illustrato dall'equazione che segue.

$$(20) \quad p_t^* = p'_t - x_t + h_t$$

con:

- con $t = 1, 2, 3, \dots, n$, anni di durata del periodo regolatorio;
- p_t^* , tasso di variazione del prezzo consentito nell'anno t -esimo rispetto al livello del prezzo del periodo precedente ($t-1$);
- p'_t , tasso atteso di inflazione (o tasso programmato di inflazione) per lo stesso anno t -esimo¹³⁵;
- x_t , tasso di abbattimento dei costi unitari, come obiettivo derivante dalla crescita della produttività assegnata dal regolatore per l'anno t -esimo; in altre parole, il regolatore impone all'impresa un determinato obiettivo annuo di efficientamento, in linea di principio costante, con conseguente abbattimento dei costi unitari;
- h_t , variazione (in aumento o in diminuzione) che tiene conto:
 - (i) di fattori di costo che si prevede maturino nel periodo regolatorio (dunque successivamente al momento in cui viene definita la dinamica dei prezzi); ad esempio la realizzazione nel corso del periodo regolatorio di nuovi investimenti (dunque di ulteriori costi di ammortamento di capitale), o all'opposto il completamento dell'ammortamento di immobilizzazioni già in esercizio, e dunque il venir meno dei relativi costi; il valore *ex ante* assegnato alla h potrà essere diverso di anno in anno a seconda del profilo temporale previsto relativo all'insorgere o al cessare dei relativi costi;

¹³⁵ In Italia il tasso di inflazione programmata è uno strumento introdotto negli [anni ottanta](#) per mitigare l'[inflazione](#), stabilendo nei DEF (Documento di Economia e Finanza) il tasso di inflazione che il Governo si propone come obiettivo nei successivi quattro anni. Essendo il DEF approvato annualmente, la previsione quadriennale viene di anno in anno aggiornata.

- (ii) di altri fattori imprevedibili e non controllabili dall'impresa che potrebbero verificarsi nel corso del periodo regolatorio tali da determinare impatti significativi sui costi.

Ne segue (equazione 21) che il livello del prezzo di ciascun periodo è ricavato da quello dell'anno precedente moltiplicato per $(1 + p^*)$, ossia per tasso di variazione dei prezzi di anno in anno stabilito dal regolatore, il quale avrà segno positivo o negativo a seconda del valore della somma algebrica dei parametri della equazione (20):

$$(21) \quad p_t = p_{t-1}(1 + p^*); \quad p_{t+1} = p_t(1 + p_{t+1}^*); \quad p_{t+2} = p_{t+1}(1 + p_{t+2}^*) \dots$$

La dinamica del parametro x è fissata all'inizio del periodo regolatorio per tutti gli anni che lo compongono, mentre il tasso programmato di inflazione viene annualmente aggiornato sulla base di quanto fissato dal Documento di economia e finanza di anno in anno varato dal governo. In altre parole, non sono previste revisioni *ex post* (a consuntivo) e, salvo eventi imprevisi e con forte impatto sulla gestione, il rischio che le cose, in positivo o in negativo, vadano diversamente dalle aspettative è in buona parte accollato alle imprese. La componente h può essere rivista nel corso del periodo regolatorio in relazione per le ragioni prima illustrate.

In buona sostanza la dinamica dei prezzi nel corso del periodo regolatorio si basa di anno in anno sul "trascinamento" del prezzo dell'anno precedente, corretto con i parametri p' , x e h .

Il vantaggio di questa metodologia è di semplificare la vita del regolatore: *prendendo come dato* il livello vigente del prezzo di partenza [p_{t-1} nell'equazione (21)], su cui vengono poi applicate le variazioni fissate dal *price cap* per il periodo regolatorio, si evita la fatica di costruire una contabilità regolatoria puntuale per accertare la *congruità* rispetto ai costi del livello p_{t-1} del prezzo precedente l'avvio del periodo regolatorio.

Tuttavia è esattamente da questa semplificazione che scaturiscono gli inconvenienti del metodo, posto che il regolatore si astiene dall'accertare se p_{t-1} era o meno coerente con i relativi costi, ma si limita prendere atto che nell'anno $t-1$ l'impresa stava praticando un determinato prezzo, non importa come e perché vi sia giunta. Di qui gli handicap derivanti:

- a) dall'esistenza di eventuali divari fra i prezzi *iniziali*, su cui viene applicato il *price cap*, e gli *effettivi* costi ($p_{t-1} \neq ATC_{t-1}$); ne segue che eventuali extra-profitti o eventuali perdite dell'impresa nell'anno $t-1$ rischiano di perpetuarsi nel periodo regolatorio; a titolo di esempio, nel caso $p_{t-1} > ATC_0$ di un importo di 10 (l'impresa abbia dunque conseguito in quell'anno extraprofitti di pari importo) il meccanismo del *price cap* puro le permetterebbe di mantenerli all'"infinito"; e viceversa nel caso opposto;
- b) l'esistenza di divari iniziali fra i costi effettivamente sostenuti dell'impresa nell'anno $t-1$ e quelli *efficienti*; il *price cap* introduce infatti (attraverso il parametro x) obiettivi di efficientamento senza che il regolatore abbia potuto accertare il grado di efficienza iniziale dell'impresa e dunque i margini di miglioramento che si possono porre come obiettivo per il futuro (più un'impresa è già efficiente, minori i margini per accrescere ulteriormente la propria efficienza e viceversa).

2.1.3.- Price cap + RoR

La via più adatta per mantenere i vantaggi del *price cap* superandone i limiti consiste in una sua combinazione con il criterio *rate of return*.

Il metodo è seguito con sempre maggiore frequenza e può essere così sintetizzato:

- a) sulla base della contabilità regolatoria, si accerta il costo operativo unitario dell'ultimo anno utile prima dell'inizio del periodo regolatorio e il relativo *CIN*; indichiamo come anno 0 l'anno-base (cioè $t-1$) quello immediatamente precedente l'inizio del periodo regolatorio ("base" in quanto fornisce la base di costi e di *CIN* su cui applicare il *price cap*) e come $t=1,2,3,4, 5$, gli anni del periodo regolatorio, ipotizzandolo dunque un periodo 5 anni;
- b) il *WACC* viene fissato dal regolatore a valere sull'intero quinquennio;
- c) il costo unitario accertato come base di partenza è dunque:

$$(22) \quad c_0 = CT_0/Y_0 = ATC_0 = (opex_0 + CIN_0 * WACC)/Y_0,$$

con *CT* costo totale, *c* costo unitario, *opex* costi operativi, *CIN*WACC* il costo opportunità del capitale investito.

La dinamica dei prezzi nel periodo regolatorio sarà dunque:

$$(23) \quad p_1 = c_0 (1 + p'_1 - x_1 + h_1)$$

$$p_2 = p_1(1 + p'_2 - x_2 + h_2)$$

e così via, anno per anno, a scorrimento,

con:

- c_0 , è il costo unitario, inclusivo del costo opportunità del capitale investito, accertato dal regolatore per l'anno-base, immediatamente precedente l'avvio del periodo regolatorio;
- p_1 , il livello del prezzo del primo anno;
- p' , x e h , i parametri già menzionati nella sezione precedente.

A differenza dunque del *price cap* semplificato della sezione 2.1.2, la dinamica dei prezzi nel periodo regolatorio non parte dal prezzo effettivamente applicato dall'impresa nell'anno 0 (che potrebbe scontare extra-profitti o perdite), ma dai costi operativi che il regolatore avrà accertato, aumentati del costo opportunità del capitale, secondo l'equazione (22).

In alternativa (ma l'impostazione indicata resta la stessa), anziché prendere per buoni i costi operativi effettivamente sostenuti dall'impresa nell'anno 0 il regolatore potrebbe considerare quelli efficienti, stimati rispetto a benchmark tratti da altre imprese (nazionali ed

internazionali) del settore. Di conseguenza potrebbe assumere come valore iniziale di c_0 non quello effettivo ma quello efficiente.

Indipendentemente dalla via seguita - più rigorosa la seconda, più accomodante la prima, l'impalcatura metodologica resta invariata – cambia solo il valore attribuito a c_0 .

Alla conclusione del periodo regolatorio si procederà nuovamente alla verifica dei costi, si da avviare il periodo successivo sulla base di quelli consuntivati nell'anno precedente.

Il parametro x è l'obiettivo di riduzione dei costi unitari, come effetto dell'obiettivo di crescita della produttività assegnato dal regolatore all'impresa. Come già anticipato in altra sezione, la dinamica della produttività dipende da vari fattori:

- a) *economie di scala* (la produttività aumenta e i costi unitari si riducono al crescere della *dimensione/capacità produttiva* dell'impresa);
- b) *economie di densità* (produttività e costi unitari sono positivamente influenzati dall'aumento della produzione *a parità* di *dimensione/capacità produttiva* dell'impresa) poiché:
 - (i) nel breve periodo il capitale investito raramente varia in misura consistente, cosicché i costi fissi si spalmano su una produzione crescente;
 - (ii) l'*elasticità* dei costi variabili alle variazioni di produzione è positiva ma inferiore all'unità, come si vedrà;
 - (iii) il combinato disposto di (i) e (ii) fa sì che al crescere della produzione i costi unitari tendano a flettere [parametro obiettivo α_i dell'equazione (24)];
- c) *economie organizzative* derivanti da miglioramenti gestionali e tecnologici, che si riflettono in maggiore produttività dei fattori/minori costi unitari *a parità di produzione* [parametro obiettivo β_i – equazione (24)].

Nell'ambito di un periodo regolatorio (4-5 anni) la componente (a) può essere trascurata, posto che dimensioni e capacità dell'impresa non dovrebbero poter subire variazioni sostanziali: per semplicità trascuriamo comunque questo elemento.

Importanti sono invece le altre due componenti b) e c), con:

$$(24) \quad x_i = \alpha_i + \beta_i, \text{ con } i \text{ a indicare l'anno di riferimento}$$

Vediamo come si determina la componente α della x , che incorpora l'obiettivo di variazione dei costi unitari in funzione della variazione del livello di produzione.

L'*elasticità dei costi* (ε) è la variazione percentuale dei costi totali rispetto alla variazione percentuale della produzione:

$$(25) \quad \varepsilon = \frac{\Delta CT/CT_0}{\Delta Y/Y_0} = \frac{4\%}{10\%} = (\text{supponiamo}) = \frac{4}{10} = 0,4$$

vale a dire che al crescere della produzione del 10% i costi totali aumentano del solo 4%.

La componente dei costi fissi (nella tabella che segue gli ammortamenti e gli affitti) è per definizione invariante rispetto a variazioni della produzione: ne segue che, per l'equazione (25), per questa quota di costi $\varepsilon = 0$. Diverso il caso dei costi variabili, che crescono con il livello di produzione ma solitamente in proporzione *inferiore* a esso, cosicché $1 > \varepsilon > 0$.

Tuttavia l'elasticità dei costi variabili è diversa a seconda della loro tipologia: intuitivamente più elevata per il lavoro e le materie prime, più bassa per altre voci.

Ai fini della determinazione della x il regolatore deve dunque considerare l'elasticità *media* dei costi, *ponderata* in base all'incidenza di ciascuna categoria di essi sul totale dei costi.

La Tabella 7 illustra un esempio di calcolo dell'elasticità media dei costi a variazioni della produzione, assumendo dati valori dell'elasticità di ciascun costo, dove in colonna B è riportata l'incidenza % di ciascuna tipologia di costo sul totale.

Tabella 7.- Elasticità dei costi

ELASTICITA' DEI COSTI A VARIAZIONI DELLA PRODUZIONE			
	A	B	C
Costi	Elasticità	Peso % dei costi	Elasticità ponderata (A*B)
Costo del lavoro	0,40	25%	0,100
Materie prime	0,80	35%	0,280
Utenze	0,10	5%	0,005
Affitti	0,00	5%	0,000
Servizi vari	0,10	5%	0,005
Manutenzioni	0,05	5%	0,003
Spese generali	0,05	5%	0,003
Ammortamenti	0,00	15%	0,000
		100%	0,395

Nell'esempio della tabella l'elasticità media ponderata risulta $\varepsilon=0,395$. Ne segue che se si prevede una crescita annua della produzione del 5%, la corrispondente variazione dei costi totali sarà: $5\%*0,395 = 1,97\%$.

Una volta stabilita l'elasticità media dei costi totali, se ne deve ricavare l'impatto sui *costi unitari* (il parametro α_i nella (24)):

$$(26) \alpha_i = (\Delta\% \text{ annua dei costi unitari} = \{ \frac{100 + \Delta\% \text{ annua della produzione}}{100 + \Delta\% \text{ annua della produzione} * \text{elasticità}} - 1 \} * 100$$

Sostituendo nella (26) i numeri dell'esempio, si ricava che con una crescita delle vendite del 5% e una dei costi totali dell'1,97%, la riduzione dei costi unitari dovrà essere pari a $\alpha_i = -2,97\%$.

L'obiettivo α_i di riduzione dei costi unitari, in quanto fissato *ex ante*, dipende dunque dalla previsioni di andamento della produzione nel corso del periodo regolatorio - più queste sono elevate maggior sarà l'obiettivo raggiungibile. E' facile ricavare che aumentando dal 5% al 10% la previsione di crescita della produzione si avrebbe un parametro $\alpha_i = -5,82\%$.

Dal momento che l'andamento della produzione ha un impatto considerevole sui costi unitari - e dunque sui prezzi che il regolatore fissa per il periodo regolatorio - la determinazione di α_i (e quindi della x del price cap) dovrà essere preceduta da accurate previsioni relative alla dinamica della produzione, tenendo conto che risultati migliori del previsto si traducono in costi unitari minori di quelli a base del *price cap* e dunque - dato che la dinamica ammissibile dei prezzi in tutti gli anni del periodo regolatorio è fissata dal regolatore all'inizio dello stesso - in profitti aggiuntivi per l'impresa; l'opposto se l'andamento della produzione si rivela meno positivo del previsto.

Ne segue, come ha evidenziato l'esempio precedente, che *considerevoli* scostamenti della produzione dalle previsioni possono tradursi in ingiustificati profitti oppure in pesanti perdite per l'impresa. Per ovviare a questo potenziale inconveniente normalmente viene considerata una fascia di oscillazione della dinamica della produzione intorno a quella prevista e posta a base del price cap all'inizio del periodo regolatorio (ad esempio una fascia compresa fra +/-5% del livello previsto di produzione): se lo scostamento resta all'interno di tale fascia, i prezzi originariamente stabiliti restano immutati, cosicché benefici o oneri, a seconda dei casi, rimangono in capo all'impresa; se invece lo scostamento la sconfina, *per la differenza* tali prezzi potranno essere rivisti dal regolatore in corso di periodo regolatorio.

Il parametro α_i è solo una delle due componenti dell'obiettivo x_i nell'equazione (24). Il cui valore non può essere ascrivito a diretto merito dell'impresa poiché è l'effetto "inerziale" della crescita della produzione in virtù delle economie di densità di cui beneficia (sebbene l'impresa ci possa mettere anche del suo nel promuovere la domanda).

L'altra componente (β_i) dell'equazione è l'obiettivo di un ulteriore abbattimento dei costi unitari - *indipendentemente* dall'andamento della produzione - derivante da miglioramenti tecnologici, organizzativi e gestionali che il regolatore impone all'impresa, tenendo conto dei costi unitari di imprese paragonabili - per settore, dimensione e livello di produzione - a

quella regolamentata. L'obiettivo sarà tanto più elevato quanto meno comparativamente efficiente l'impresa risulti dal confronto con esse.

E' importante al riguardo che il regolatore verifichi la congruità o lo scostamento dei costi del periodo 0 da quelli efficienti, poiché ciò gli fornisce una traccia per fissare i valori di (β_i) all'interno del periodo regolatorio: un'impresa che abbia in partenza costi unitari non efficienti o, senza giustificazioni oggettive, più elevati di altre imprese similari vedrà imporsi obiettivi di efficientamento più incisivi e viceversa.

Se dunque il regolatore stima un aumento annuo della produzione del 5% e stabilisce un obiettivo annuo $\beta_i=2\%$, tenendo conto che $\alpha_i = 2,97\%$, dall'equazione (24) si ricava che: $x_i = 5,97\%$ ¹³⁶.

Assumendo infine un valore $p'_1 = 2\%$ del tasso annuo di inflazione e $h_1=0$, e sostituendo i valori nelle equazioni (23), si ricava (in decimali) che il prezzo regolamentato per l'anno 1 sarà:

$$p_1 = c_0(1 + 0,02 - 0,0597) = c_0(1 - 0,0397)$$

e poi, supponendo costanti i parametri:

$$p_2 = p_1 (1 + 0,02 - 0,0597)$$

$$p_3 = p_2 (1 + 0,02 - 0,0597)$$

...

con il che il prezzo si ridurrebbe del 3,97% all'anno.

La progressione del prezzo regolamentato è esemplificata nella Tabella 8.

Tabella 8.- ESEMPIO NUMERICO DI PRICE CAP		
A	$c_0 = (\text{opex} + (\text{CIN} * \text{WACC})_0 / Y_0)$	10
B	$p'_i (\%)$	2%
C	$x_i (\%)$	-3%
D	$h_i (\%)$	0
E=B+C+D	p^*_i tasso di variazione del prezzo (%)	-1%
F=A(1-E)	$p_1 = c_1$	9
G=F*(1+E)	$p_2 = c_2$	8,1
	...	
	$p_{n...}$...
(*) Parametri per semplicità assunti costanti negli anni del periodo regolatorio		

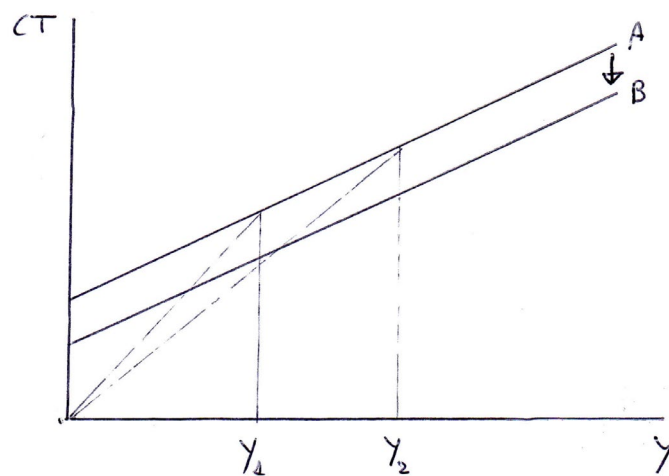
¹³⁶ Per la precisione l'equazione (24) dovrebbe essere: $x_i = \alpha_i + \beta_i + \alpha_i * \beta_i = 6,02\%$.

La Figura 12 mostra come l'andamento dei costi unitari sia influenzato dai parametri α e β .

La pendenza delle due funzioni A e B di costo totale è determinata dal valore di α : come si vede i costi unitari di produzione (misurati dalla pendenza delle linee tratteggiate, il cui angolo rispetto all'asse delle ascisse misura il rapporto fra costi totali e livello di produzione) decrescono in funzione del livello di produzione. L'obiettivo di efficientamento a produzione data (β) sposta invece parallelamente verso il basso la funzione dei costi totali (da A a B), determinando così una riduzione dei costi unitari *per tutti i livelli di produzione*.

Figura 12

Dinamica dei costi in funzione dei parametri di efficientamento



Una variante del modello di price cap appena affrontato è nella combinazione con quello “puro” della sezione 2.1.2. Essa consiste nel prenderne come base di partenza non il costo c_0 come dell'equazione (22), vale a dire i costi operativi dell'anno 0 addizionati del costo del capitale ($CIN \cdot WACC$) ricostruito dal regolatore per quell'anno, bensì il prezzo p_0 effettivamente praticato dall'impresa nell'anno precedente l'inizio del periodo regolatorio, il quale può dunque scontare inefficienze, extra-profitti o perdite.

In tal modo si tornerebbe apparentemente all'applicazione dell'equazione (21) del price cap “puro”, con:

$$(21a) \quad p_1 = p_0 (1 + p'_1 - x_1 + h_1)$$

Tuttavia il regolatore può stimare il livello efficiente dei costi come *obiettivo da raggiungere alla fine del periodo* regolatorio, cosicché la componente β_i del parametro x_i sia fissato per ciascun anno in modo che a fine periodo (al quinto anno) il prezzo converga verso l'obiettivo p_5 stimato in partenza come quello coerente con costi efficienti. Ciò permetterebbe il graduale riassorbimento di eventuali extraprofitti o inefficienze esistenti all'anno 0, prima

dell'avvio del periodo regolatorio. In sostanza l'obiettivo di efficientamento verrebbe gradualmente raggiunto riguardandolo sull'anno finale del periodo regolatorio.

La ragione per la quale spesso si ricorre a questo approccio è di evitare brusche e improvvise variazioni di prezzo, posto che: (i) se il regolatore accertasse che nell'anno 0 l'impresa è sensibilmente in perdita ($p_0 < c_0$), il recupero del gap nel prezzo dell'anno immediatamente seguente e il conseguente balzo in alto di p_1 potrebbe creare difficoltà agli acquirenti e alla competitività dell'impresa; (ii) nel caso opposto, improvvise variazioni in diminuzione del prezzo potrebbero determinare repentine perdite per l'impresa, non controbilanciabili da immediate operazioni di efficientamento (si pensi al caso in cui un operatore parta con forti esuberi di mano d'opera), difficoltà agli azionisti, ai creditori e turbative in borsa qualora l'impresa sia quotata.

In tutti i casi l'impresa resta libera di praticare prezzi minori di quelli fissati dal regolatore. Tuttavia, salvo casi non controllabili dall'impresa, il tetto stabilito per i diversi anni *non è rivedibile* (salvo che per il tasso di inflazione ed eventualmente per il parametro h , come già detto) cosicché se l'impresa:

- (i) riesce a raggiungere l'obiettivo di riduzione dei suoi costi ($p_i = ATC_i$), riuscirà anche a ricavare l'utile riconosciuto da regolatore ($CIN_i * WACC$);
- (ii) se è tanto brava da ridurre i costi oltre l'obiettivo ($ATC_i < p_i$) potrà trattenere a suo vantaggio gli extraprofitti fino alla conclusione del periodo regolatorio;
- (iii) se all'opposto non vi riesce ($ATC_i > p_i$), subirà perdite.

Di qui l'incentivo all'efficienza, proprio del metodo del price cap, e la sua portata in termini di *profit sharing*. Infatti l'obiettivo di efficientamento stabilito dal regolatore va a vantaggio dei consumatori attraverso il contenimento dei prezzi, mentre il suo superamento premia l'impresa particolarmente efficiente.

3.- Modelli di pricing con discriminazioni di prezzo

3.1. Introduzione

E' già stata introdotta la discriminazione dei prezzi, comportamento che consiste nel praticare prezzi differenti nella vendita di beni o servizi sostanzialmente equivalenti sia sotto il profilo del costo di produzione che sotto quello delle preferenze dei consumatori.

Si tratta di pratiche commerciali molto diffuse, del tutto lecite e persino positive nell'interesse pubblico se attuate in mercati concorrenziali da imprese prive di posizioni di dominanza: sebbene la loro finalità immediata sia di incrementare i profitti, il contesto

concorrenziale in cui operano dovrebbe a lungo andare scremare eventuali extra-profitti, accrescere la domanda e risolversi pertanto a prevalente beneficio dei consumatori.

Diverso è se la discriminazione dei prezzi è attuata da un'impresa monopolista o comunque in posizione dominante, poiché sfrutterebbe il potere di mercato a esclusivo suo vantaggio e a danno degli acquirenti, siano essi imprese o consumatori, lucrando extra-profitti destinati a perdurare a causa dell'assenza o della debolezza dei concorrenti.

Nel Capitolo III dedicato alle politiche antitrust è stato illustrato quando queste condotte rappresentano abusi di posizione dominante e le misure per sanzionarle. Le armi in mano al diritto della concorrenza possono però non essere sufficientemente efficaci a scoraggiare questo tipo di illeciti, posto che vengono utilizzate *dopo* che gli illeciti sono stati compiuti.

Considerato che “prevenire è meglio che reprimere” (l'effetto è più rapido e fa meno male), è questo il terreno di elezione per le autorità di regolazione: non solo e non sempre per impedire che vi siano discriminazioni di prezzo, ma anche per far sì che accrescano il benessere dei consumatori anziché ridurlo.

Affrontiamo dunque qui di seguito alcuni modelli di regolazione dei prezzi *con* discriminazione. Va anticipato che, pur basandosi su principi comuni, le motivazioni e le modalità di applicazione possono differire a seconda dei casi.

3.2.- Revenue cap

Si parla di *revenue cap* quando il regolatore stabilisce un tetto (“cap”) agli *utili complessivi* (“revenue”) dalle vendite dell'impresa regolamentata.

E' molto utilizzato nella regolazione dei prezzi ed è per alcuni versi assimilabile al modello *RoR* “base” in combinazione con il price cap.

Anche il *RoR* è infatti in sé un *revenue cap*, posto che l'equazione

$$(19) \quad p = (OPEX + CIN * WACC) / Y$$

può essere evidentemente riscritta come:

$$(27) \quad pY = OPEX + CIN*WACC$$

dove (CIN*WACC) è fissato dal regolatore come massimo utile perseguibile – “revenue cap (RC)”

Il revenue cap tuttavia si distingue dal RoR in quanto:

- a) (ma *questo vale anche per il RoR*) si può applicare quando l'impresa regolamentata produce *più servizi*, simili ma destinati a un pubblico differenziato;
- b) si presta ad *applicazioni dinamiche*, vale a dire, alla preeterminazione nel tempo degli utili (dunque dei prezzi) riconosciuti alle imprese.

Riguardo al punto a), a titolo di esempio, il trasporto ferroviario di passeggeri può essere offerto in prima, seconda, ecc. classe; il servizio è lo stesso (il trasporto da una località all'altra con lo stesso treno), ma diversa è la qualità e, in funzione della disponibilità a pagare, la tipologia di passeggeri.

Ebbene, con il revenue cap il regolatore non fissa il *singolo prezzo* che l'impresa può praticare dalla vendita dei biglietti di ciascuna classe, ma la lascia libera di applicare prezzi differenziati, *a condizione che dall'insieme dei ricavi essa non consegua un utile maggiore di quello stabilito dal regolatore* (di qui il “cap” agli utili).

L'equazione (27) diventa quindi:

$$(28) \quad p_1Y_1 + p_2Y_2 + \dots + p_nY_n = OPEX + CIN*WACC$$

dove:

- $CIN*WACC = U_{max}$, revenue cap, pari all'utile massimo complessivamente consentito, ossia al costo opportunità del capitale investito;
- $(OPEX + CIN*WACC)$, costo totale di produzione (CT);
- $Y_1, Y_2, Y_3 \dots Y_n$, quantità vendute a seconda dei prezzi;
- Y , totale delle unità vendute;
- $p_1, p_2, p_3, \dots p_n$, differenti prezzi praticati.

Dividendo la (28) per Y si ha che:

$$(29) p_m = CT/Y = ATC$$

con p_m , prezzo medio ponderato ammissibile che l'impresa non deve superare per non eccedere il tetto di utile complessivamente permesso.

Questo grado di libertà ha i suoi benefici perché permette all'impresa di attuare una politica commerciale più adeguata a rispondere alle esigenze della domanda, che nessuno meglio di essa conosce. Differenziando i prezzi a seconda della diversa disponibilità a pagare delle varie classi di utenti (chi viaggia in prima classe è più sensibile al confort che al prezzo, viceversa chi viaggia in seconda o terza classe), si determinano *sussidi incrociati* fra di essi, senza sfiorare il tetto imposto sugli utili complessivi.

Infatti, dato il vincolo $p_m = ATC$, se esempio $p_1 > p_m$, necessariamente dovrà aversi che $p_2 < p_m$, cosicché chi viaggia in prima classe subsidia i passeggeri di seconda classe pagando parte del costo del loro viaggio.

Ciò non determina solo una redistribuzione di benessere fra le diverse classi di utenti, ma *un aumento netto del benessere* dell'insieme di essi. Infatti, stante la diversa disponibilità a pagare, la differenziazione dei prezzi aumenta la platea degli utenti che godono del servizio: crescono quelli che avrebbero rinunciato al servizio se il prezzo da pagare fosse stato uguale per tutti pari, mentre si riducono in minor misura gli utenti disposti a pagare di più.

Al limite, se restassero posti liberi il prezzo "last minute" potrebbe approssimarsi al costo marginale (che nel caso considerato è pressoché pari a zero), posto che all'impresa converrebbe incassare un prezzo anche simbolico piuttosto che lasciare un posto vuoto.

Si sarà notato che, per come è stato finora qui illustrato, il revenue cap non è altro che l'applicazione del RoR al caso di imprese che producono beni o servizi diversificati. Con il RoR si determina il prezzo massimo del singolo bene, con il revenue cap il prezzo medio massimo di una pluralità di beni, ma il vincolo imposto dal regolatore è lo stesso: il tetto agli utili.

Tuttavia il modello del revenue cap può essere sviluppato *dinamicamente* – è questa la ragione della sua ampia applicazione – introducendo la *dinamica pluriennale*, esattamente come per il price cap.

Infatti l'impostazione del price cap illustrata nel paragrafo precedente - implicitamente finalizzata alla determinazione del prezzo di un *singolo* servizio – può essere utilizzata anche per stabilire la dinamica di un "*paniere*" di questi, ossia del loro prezzo medio ponderato:

$$(30) \begin{aligned} p_{m,1} &= c_{m,0} (1 + p'_1 - x_1 + h_1) \\ p_{m,2} &= p_{m,1} (1 + p'_2 - x_2 + h_2) \end{aligned}$$

con $c_{m,0} = ATC_{m,0}$ dell'anno precedente l'avvio del periodo regolatorio e 1, 2, ecc., le singole annualità del periodo regolatorio.

3.2.- Ramsey pricing

Il c.d. *Ramsey pricing* in realtà non è un modello di regolazione dei prezzi distinto dal revenue cap; è piuttosto una sua applicazione volta a illustrare i benefici che, in termini di benessere dei consumatori, derivano da una discriminazione dei prezzi *regolata*.

Semplificando, il quadro generale di riferimento è:

- 1) l'impresa è monopolista o comunque dominante sul mercato;
- 2) l'impresa fornisce un unico prodotto a utenti con diversa elasticità ai prezzi (per semplicità assimiliamoli a *mercati diversi*);
- 3) non vi è possibilità di *arbitraggio* (il consumatore che paga un prezzo più basso non può rivendere il bene a un altro disposto a pagare di più), poiché altrimenti l'impresa non avrebbe incentivo a discriminare;
- 4) viene rispettato il vincolo posto dal revenue cap [equazione (29)];

Alle condizioni base indicate, nell'illustrazione grafica che segue ne aggiungiamo altre non essenziali ma che ci servono a semplificare:

- 5) quali che siano le categorie di acquirenti del bene l'impresa sostiene lo stesso costo medio totale (ATC), che assumiamo *non includa* l'utile;
- 6) l'impresa non ha costi fissi, cosicché tutti i suoi costi sono variabili (dunque $ATC=AVC$, con AVC i costi medi variabili);
- 7) il costo marginale m è costante e pertanto il costo medio variabile coincide con esso (dunque $ATC=AVC=m$);
- 8) l'impresa vende solo su due mercati.

La Figura 12 è composta da quattro grafici (quadri):

- (i) nei due sovrapposti nella colonna di sinistra (a,c) le funzioni di domanda (D_1) sono uguali e sono caratterizzate da bassa elasticità al prezzo; nella colonna di destra invece (grafici b,d) le funzioni di domanda (D_2) sono maggiormente elastiche.
- (ii) considerato che ciò che distingue i mercati di vendita (la tipologia di acquirenti) è l'elasticità della domanda [condizione (2) sopra] i quadri (a,c) rappresentano il medesimo mercato, diverso da quello raffigurato nei quadri (b,d).
- (iii) i grafici affiancati in orizzontale nella parte in alto della figura configurano quindi due mercati diversi (diversa è l'elasticità della domanda), identici a quelli nella parte bassa

della parte.

(iv) in tutti i casi si assume che il costo unitario di produzione ($m=ATC$) sia il medesimo.

Passando alla lettura dei quadri che compongono la figura:

- sugli assi verticali abbiamo i prezzi, su quelli orizzontali le quantità;
- in forza delle condizioni enunciate ai punti (5-6-7) sopra, gli $ATC=m$ (*utili esclusi*) sono costanti e uguali nei quattro riquadri
- ne segue che in ciascun riquadro il costo totale ($CT=ATC*Y$, *utili esclusi*) è rappresentato dall'area sottostante la funzione di costo, mentre i ricavi totali sono ($R=p*Y$);
- infine l'utile conseguito nei diversi casi $[(p-ATC)*Y]$, con p prezzi fissati] è rappresentato dalle aree $U_{(a,b,c,d)}$;
- il *surplus* del consumatore è l'area sovrastante il prezzo fissato (a seconda dei casi $S_{(a,b,c,d)}$). Si ricorderà da corsi precedenti che il surplus del consumatore è pari alla differenza fra il prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare (indicato dalla funzione di domanda e decrescente con le quantità acquistate) e quello che effettivamente sono costretti a pagare (nei riquadri in alto p_1 , in quelli in basso p_2 o p_3); ne segue che la dimensione dell'area misura il sovrappiù ("surplus", appunto) di benessere di cui i consumatori beneficiano nel pagare prezzi inferiori a quanto sarebbero disposti a pagare, ossia inferiori all'utilità che deriva loro dal consumo;
- infine le aree colorate rappresentano il surplus a cui i consumatori rinunciano per il fatto che i prezzi effettivamente praticati sono maggiori di ATC ; se infatti valesse da condizione $p=ATC$ il surplus sarebbe pari all'intera area sovrastante ATC , con il che si azzererebbe però l'utile delle imprese.

Ciò chiarito, il modello di Ramsey pricing confronta le conseguenze dell'applicazione di un stesso prezzo su mercati con differente elasticità della domanda [quadri (a,b) in alto] con quelle della discriminazione dei prezzi (parte in basso), dove il prezzo praticato è diverso in funzione inversa all'elasticità della domanda.

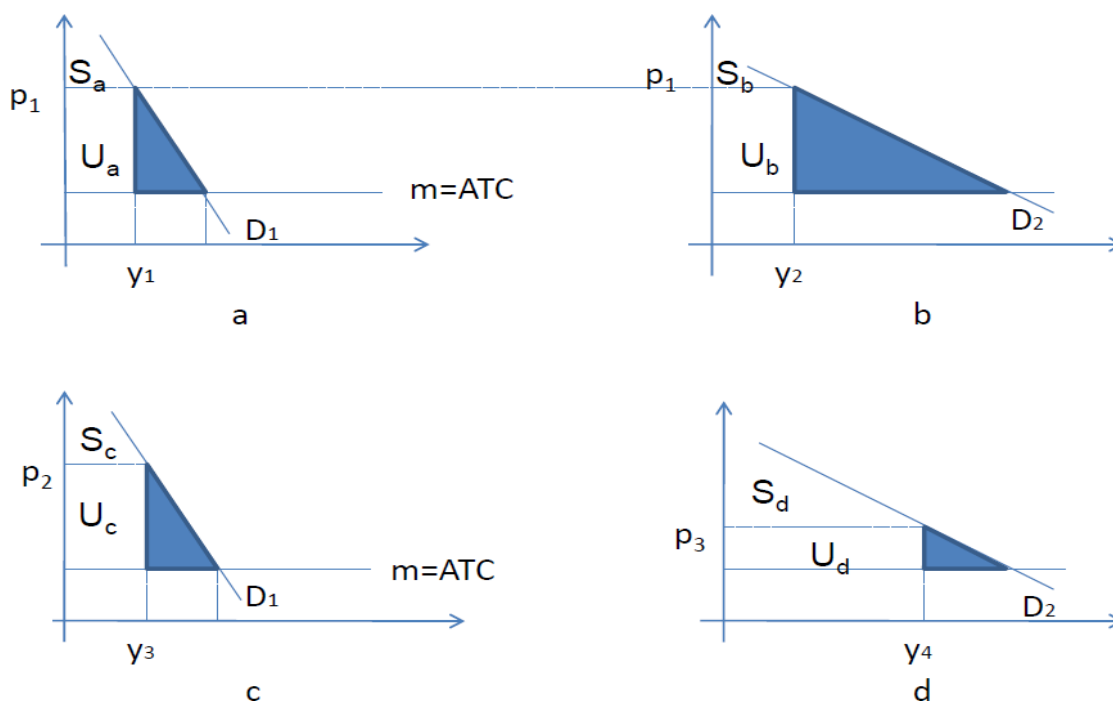
Entrambi i casi sono soggetti al vincolo del revenue cap per il quale *l'utile complessivamente percepito sui due mercati non può eccedere quello massimo* consentito dal regolatore (U_{max}):

$$(31) \quad U_a + U_b = U_c + U_d = U_{max}$$

L'impresa è dunque libera di praticare prezzi uniformi sui due mercati [casi (a,b)] oppure di alzarli "a volontà" sul mercato (c) dove la domanda è più rigida *purché* compensi l'aumento dell'utile che ne ricava abbassando il prezzo sul mercato (d) dove la domanda è più elastica. Ciò implica che i consumatori con minore sensibilità ai prezzi sussidiano quelli la cui domanda

è più elastica, accollandosi una parte dei costi di fornitura a questi ultimi del servizio.

Figura 13
Ramsey pricing



E' evidente dal confronto fra i quadri (a,b) e quelli (c,d) che $(S_c + S_d) > (S_a + S_b)$, ossia che la discriminazione dei prezzi accresce il benessere del complesso dei consumatori. Ciò in quanto, tenuto conto delle diverse elasticità della domanda dei due gruppi di consumatori, la discriminazione permette di aumentare la produzione complessiva, raggiungendo consumatori che altrimenti non avrebbero acquistato il bene.

Infatti la somma delle quantità prodotte in (c+d) è maggiore che nel caso (a+b):

$$[Y_3(c) + Y_4(d)] > [Y_1(a) + Y_2(b)].$$

E' del pari evidente che il surplus del consumatore è tanto maggiore quanto più basso è il prezzo in (d) e, parallelamente, più alto in (c) (posto il vincolo $U_c + U_d = U_{max}$).

Il massimo risultato per i consumatori si avrebbe se nel caso (d) il prezzo scendesse a livello dell'ATC (dunque $U_d = 0$) cosicché l'intero surplus sarebbe appropriato da essi; questo però andrebbe controbilanciato da un aumento di prezzo in (c) tale da compensare il produttore in modo che $U_c = U_{max}$.

In conclusione, nelle condizioni ipotizzate e dato il tetto posto dal regolatore agli utili totali

la discriminazione accresce il benessere dei consumatori.

3.3.- Congestion pricing

La domanda di beni e di servizi è sempre soggetta a fluttuazioni - stagionali, giornaliere, a seconda delle fasce orarie di una stessa giornata: si consuma più acqua d'estate che d'inverno e l'opposto per l'elettricità e il gas; il consumo di questi ultimi è minore nei giorni festivi poiché le fabbriche sono chiuse; la domanda di servizi di trasporto si addensa in alcune fasce orarie, giorni della settimana, periodi dell'anno, ecc.

Mentre la fornitura di beni può ovviare a queste oscillazioni utilizzando il magazzino, nella massima parte dei servizi non esiste magazzino: produzione e consumo debbono essere contestuali.

Per i servizi che ci interessano qui, essendo essenziali, ciò comporta problemi non da poco.

Quale è la capacità ottima di fornitura di questi servizi in presenza di fluttuazioni della domanda? Se la capacità da garantire è quella che soddisfa i *picchi* di domanda, per definizione essa sarà eccedente nei momenti fuori picco: dato che le infrastrutture costano non sarebbe efficiente disporre di una capacità che resta inutilizzata per buona parte del tempo e il cui costo comunque graverebbe sugli utenti. Un certo grado di saturazione della capacità in presenza di picchi di domanda può essere dunque, a seconda dei casi, opportuno e fisiologico,.

Nella misura del possibile il regolatore dovrebbe poter cercare di *normalizzare* la domanda promuovendone spostamenti dai periodi di picco a quelli di bassa, a seconda del grado di *congestione*. A questo fine può utilizzare la leva dei prezzi, differenziandoli a seconda dei periodi ma sempre mantenendo il *vincolo del revenue cap*: prezzi più bassi nei momenti di eccesso di capacità compensati da prezzi più elevati nella situazione opposta.

Assumendo dunque due prezzi diversi per lo stesso servizio a seconda del grado di congestione, va applicato il vincolo del revenue cap [$p_m = U_{max}/Y + ATC_m$], dove p_m è la media ponderata di p_1 e p_2 , rispettivamente i prezzi di picco e di bassa, Y la quantità complessivamente prodotta, ATC_m il costo totale medio al netto dell'utile consentito.

Quando la domanda è bassa rispetto alla capacità il prezzo p_2 potrebbe scendere addirittura al livello del costo marginale di breve periodo, dato che è l'unico costo aggiuntivo a carico del gestore per la fornitura di servizi a un cliente in più.

Ad esempio, incentivare una compagnia aerea operare un volo accedendo all'aeroporto in un momento in cui questo è poco frequentato, anziché quando la capacità è congestionata, non comporta costi incrementali di pista o di terminal ma solo costi aggiuntivi per l'assistenza all'aeromobile e ai relativi passeggeri; né vi sono per il gestore costi opportunità, dal momento che soddisfare quella specifica domanda di servizio non comporta rinunciare a introiti che avrebbe potuto ricavare da ulteriori voli nelle fasce di picco, non potendo tale domanda essere soddisfatta a causa della congestione della capacità.

In questo modo, una volta stabilito il livello di prezzo p_2 per la domanda bassa e stimati i relativi introiti ($p_2 Y_2$), dalla (30) si ricavano quelli ($p_1 Y_1$) da ottenere dalla domanda di picco, sì da rispettare il vincolo del revenue cap, cosicché:

$$(32) \quad p_1 = (p_m Y - p_2 Y_2) / Y_1$$

In definitiva, anche questa applicazione del revenue cap comporta *sussidi incrociati* fra le diverse tipologie di utenti, dove quelli che pagano prezzi maggior dei costi sussidiano gli altri che si trovano in condizione opposta.

L'impiego della leva del pricing differenziato in funzione della congestione incontra però alcuni limiti.

Può avere successo nell'incentivare il trasferimento della domanda dai momenti di picco a quelli di bassa, *a patto* che questa sia sufficientemente elastica al prezzo, cioè che gli utenti rispondano agli incentivi di prezzo. Al tempo stesso non sarebbe equo utilizzarla se la domanda di picco fosse per servizi essenziali per i quali si ritiene di dover assicurare prezzi abbordabili: si pensi all'applicazione di prezzi di picco elevati nel trasporto ferroviario o su autobus ai passeggeri pendolari, vincolati a determinati orari di lavoro e spesso meno abbienti.

Questo approccio può invece essere inefficace a porre rimedio alla scarsità di capacità quando la domanda è rigida, come spesso avviene nei mercati di public utilities.

In questi casi vanno perseguite vie alternative.

Una è il *razionamento* della domanda di picco, che consiste nel fissare limiti al suo soddisfacimento là dove sia *socialmente sostenibile*. Ad esempio, l'insufficienza della capacità a soddisfare la domanda di trasporto pubblico nelle fasce orarie di picco (dalle 7 alle 9 e dalle 17 alle 19, dove spesso si addensa la massima parte del traffico pendolare) avrà per effetto che treni, aerei e autobus viaggino più pieni e che qualcuno resti a terra o parta dopo; parimenti, la raccolta dei rifiuti la si può, entro certi limiti, diradare.

Tuttavia limitarsi a restringere l'accesso è una soluzione tutt'altro che ottimale ed è (dovrebbe essere) sostenibile solo per il tempo necessario a trovare soluzioni migliori, quali intervenire sull'articolazione della domanda di mobilità degli utenti, differenziandone gli orari di lavoro o di istruzione sì da armonizzarla con l'offerta.

Il razionamento dell'accesso non è invece accettabile – nemmeno per periodi brevi - per servizi come la fornitura di acqua, elettricità, gas, servizi telefonici, internet, ecc., dove

blackout non sarebbero socialmente sostenibili¹³⁷. Di conseguenza la capacità di fornitura di essi deve essere adeguata ai picchi di domanda¹³⁸, ciò che comporta capacità inutilizzata durante i periodi di avvallamento della domanda stessa. Qui il regolatore non può che trasferire sui prezzi finali gli oneri della sovracapacità e gli utenti pagarli come contropartita della sicurezza di ricevere sempre una fornitura adeguata.

Anche in questi casi, tuttavia, forme di discriminazione dei prezzi fra la domanda di picco e di bassa¹³⁹, possono giovare: non per armonizzare in modo più uniforme la domanda nel tempo, data la sua rigidità, ma per finanziare i costi necessari alla realizzazione di investimenti in aumento della capacità. In tal modo la differenziazione fra prezzi di picco e di bassa verrebbe a gravare su quanti oppure più contribuiscono alla congestione.

In conclusione l'utilizzo del congestion pricing torna comunque utile poiché delle due l'una:

- (i) se la domanda è elastica riesce a trasferire parte della domanda di picco a momenti diversi;
- (ii) se la domanda invece è rigida, ha per effetto di accrescere gli introiti e per questa via contribuire al finanziamento di maggiore capacità produttiva avvicinandola (certo, non nell'immediato) alla domanda di picco.

3.4.- Sconti-quantità

La materia è stata già affrontata nella Parte III. Si è argomentato in quella sede che gli sconti legati alle quantità acquistate rientrano nella tipologia delle *pratiche fidelizzanti* che, se introdotte da imprese in posizione dominante, a determinate condizioni si configurano come abusi escludenti. E' il caso degli sconti-quantità che hanno carattere *retroattivo* e il cui impatto in termini di fidelizzazione dei clienti è tale da considerarsi come escludente. Si ricorderà che è invece lecito praticare sconti-quantità secondo una *scala sconti* articolata per *scaglioni* di quantità aggiuntive e con prezzi decrescenti parallelamente al costo marginale.

La materia viene qui ripresa per analizzarne le implicazioni regolatorie, per i risvolti antitrust rinviando a quanto già illustrato nella pertinente parte di questo testo. Qualora infatti l'impresa operi in monopolio oppure disponga di un potere di mercato tale che le sue politiche di sconti potrebbero avere effetti escludenti, il rischio va evitato anche attraverso l'intervento delle autorità di regolazione.

¹³⁷ Salvo situazioni di emergenza, quali quelli che l'Europa sta vivendo a causa della guerra fra Russia e Ucraina e il conseguente restrizioni nelle importazioni di gas naturale e di petrolio. I recenti provvedimenti del Governo italiano che limitano la durata dei periodi e delle ore giornaliere di riscaldamento degli edifici è assimilabile al razionamento della domanda (di riscaldamento).

¹³⁸ Non è del tutto vero che per la produzione di gas e di acqua non vi sia magazzino, posto che per il primo esistono infrastrutture di stoccaggio e per la seconda bacini idrici (laghi, bacini artificiali) in grado di supplire alle oscillazioni di breve periodo della domanda; solo per la produzione di elettricità e la trasmissione di comunicazioni elettroniche le infrastrutture debbono essere simmetriche alla domanda.

¹³⁹ Ad esempio, il costo della fornitura dell'energia elettrica può essere differenziato a seconda della domanda di picco e non; lo stesso avveniva in passato nella telefonia, allorché le chiamate in ore serali o notturne avevano prezzi sensibilmente minori.

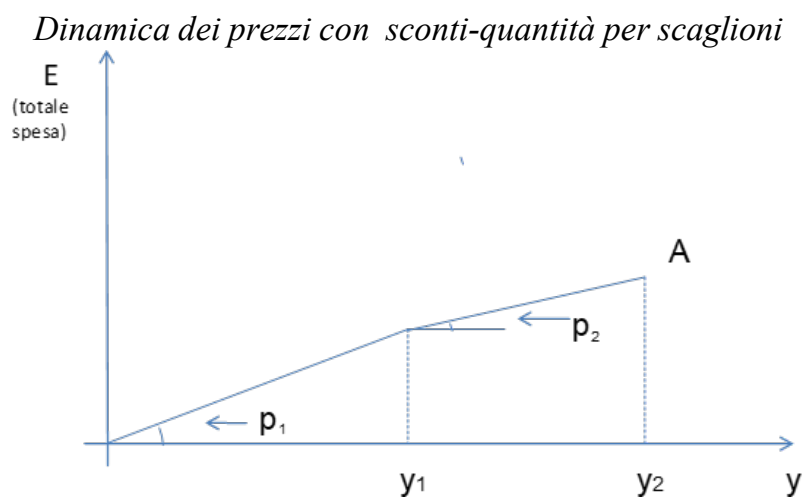
Utile riprendere qui l'equazione (9) e la Figura 9 già illustrate nella Parte antitrust, che rappresentano la funzione di spesa di un acquirente:

$$(9) E = p_1 y_1 + p_2 (y_2 - y_1) + p_3 (y_3 - y_2) + \dots$$

con:

- $E = py$, con y quantità acquistata dal cliente e p prezzo pagato;
- y_1, y_2, y_3, \dots , scaglioni di quantità acquistata (es. da 0 a 10 unità; da 11 a 20; da 21 a 30, ecc.);
- p_1, p_2, p_3, \dots , i relativi prezzi, con $p_1 > p_2 > p_3$, che configurano la scala sconti proposta dal venditore e uguale per tutti i clienti.

Figura 9



Anche in questo caso il regolatore dovrebbe far valere il vincolo del *revenue cap*. In altre parole, oltre a essere impostata per scaglioni, la scala sconti p_1, p_2, p_3, \dots deve essere tale che i ricavi totali (la spesa complessiva dei consumatori, derivata dall'*aggregazione* delle funzioni (9) di ciascun consumatore) - non eccedano i costi totali di un ammontare maggiore dell'utile stabilito dal regolatore mediante il *revenue cap*.

Solo a questa condizione, infatti, viene rispettata la condizione che gli sconti siano giustificati da economie di costo e non vadano invece a incrementare l'utile oltre il tetto stabilito dal regolatore.

3.5.- Tariffe in più parti

Una variante del modello precedente - ma con finalità differenti - è quello delle *tariffe in più parti*, composte da una parte fissa ("*flat*"), indipendente dall'utilizzo del servizio, e da una

variabile in funzione di esso.

Attraverso questo metodo si possono coprire parte dei costi fissi con la componente flat della tariffa e quelli variabili (o quelli marginali) con la componente variabile.

Il criterio di presta particolarmente bene sia per il prezzo di accesso alle infrastrutture, sia per i prezzi dei servizi finali. Ad esempio, (i) nel campo della telefonia fissa, il canone telefonico cui si aggiungeva un prezzo a consumo; (ii) nella fornitura di elettricità, un ammontare fisso in funzione della capacità massima di consumo garantita all'acquirente (a seconda della domanda di punta che vuole assicurarsi sia soddisfatta - a evitare il rischio che "salti il contatore" quando si utilizzano in contemporanea più elettrodomestici) e un ammontare variabile in funzione dell'effettivo consumo.

In questi casi la funzione di spesa del singolo consumatore è espressa dall'equazione:

$$(33.A) \quad E = e + mY$$

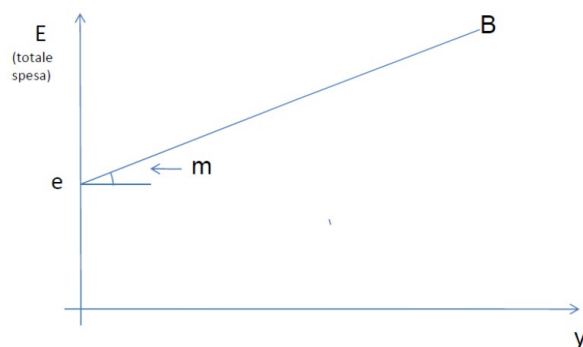
con:

- E , ammontare complessivo di spesa in un determinato periodo (l'importo della bolletta);
- e , quota fissa di spesa;
- m , prezzo per kwh
- Y , quantità di kwh consumate

L'andamento della spesa del consumatore di cui all'equazione 33.A è rappresentata dalla Figura 13.A, dove la pendenza della funzione B è data da m , il prezzo per il consumo di ciascun kwh consumato.

Risulta evidente dalla 33.A e dalla Figura 14.A che la spesa media per kwh del consumatore $[E/Y = [(e + mY)/Y]]$ è complessivamente decrescente con la quantità acquistata, posto che la componente fissa (e) si ripartisce su una base più ampia di Y .

Figura 14.A
Dinamica della spesa con "m" costante



Il criterio descritto può essere declinato anche ipotizzando un prezzo (m) a consumo differenziato per scaglioni di consumo:

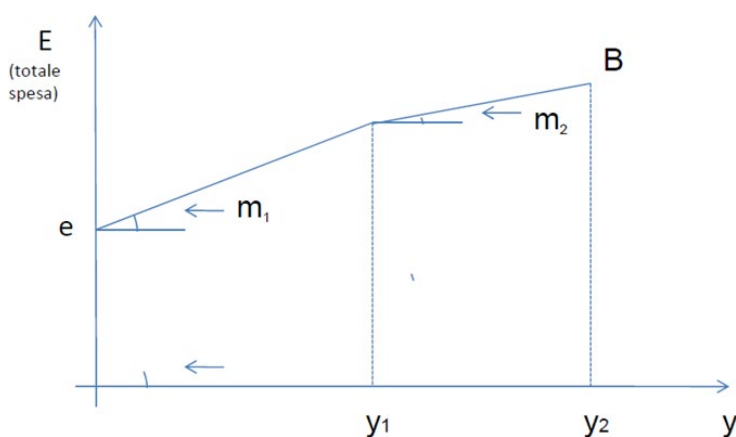
$$(33B) \quad E = e + m_1 Y_1 + m_2 (Y_2 - Y_1) + m_3 (Y_3 - Y_2) + (...),$$

con:

- Y_i scaglioni di quantità acquistate ($Y_3 > Y_2 > Y_1$)
- m_i prezzo praticato per ogni scaglione, con $m_3 \neq m_2 \neq m_1$.

Qualora m decresca per scaglioni incrementali di quantità ($m_2 < m_1$), l'andamento della spesa è illustrato dalla Figura 13.B(1).

Figura 14.B(1)
Dinamica della spesa con “m” decrescente

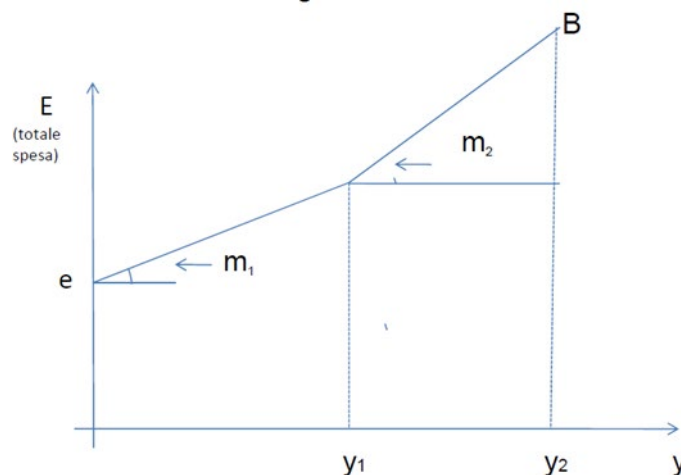


La Figura 14.B(1) rappresenta una fattispecie analoga a quella degli sconti-quantità illustrati nella parte antitrust.

In caso di servizi essenziali l'andamento decrescente di m avrebbe però effetto distributivo *regressivo*, imponendo alle fasce più deboli della popolazione, che verosimilmente consumano meno, prezzi per la componente variabile di consumo (e dunque, dato e , prezzi complessivi) mediamente più elevati di quelli pagati dalle fasce più ricche.

Per ovviare a ciò, è possibile ipotizzare un andamento invertito della funzione 13.B(1), con prezzi crescenti per scaglioni di quantità come nella Figura 13.B(2) che segue, dove $m_1 < m_2$.

Figura 14.B(2)
Dinamica della spesa con “ m ” crescente



Va detto però anche che parte dell'effetto regressivo discusso nel caso della figura 13.B(1) è compensato dal fatto che maggiori consumi richiedono di disporre di una più elevata capacità di punta e di conseguenza un maggior livello della componente fissa e della spesa (la funzione B trasla parallelamente verso l'alto), cosicché la degressività del prezzo unitario a consumo (m_i) viene almeno in parte compensata dalla più elevata componente e .

Essenziale precisare alcuni punti, validi indipendentemente dalle alternative sull'andamento del prezzo a consumo.

- a) la finalità delle tariffe in più parti non è di espandere la produzione complessiva, come per gli sconti-quantità, bensì di coprire attraverso il *canone* fisso (e) i costi sostenuti dalle imprese per *garantire* la fornitura di una data quantità di beni o servizi, indipendentemente dalla misura in cui il singolo consumatore ne farà poi effettivamente uso (ad esempio, se si possiede una casa non abitata il canone va ugualmente pagato anche se il consumo è pari a zero);
- b) il canone è fissato dall'autorità di regolazione e:
 - (i) oltre ai costi fissi delle imprese include una serie di altre voci, come (nel caso dell'energia elettrica) la partecipazione al finanziamento della produzione di energia pulita (solare, eolica, ecc.), posto che rientra nell'interesse generale promuovere l'uso di fonti rinnovabili, la copertura degli obblighi di servizio universale, ecc;
 - (ii) il suo importo è il medesimo per tutti gli utenti ma cresce in funzione della capacità installata presso ciascuno di essi, cioè della quantità massima (di energia elettrica, nell'esempio) di cui questi potrà usufruire (oltre questa “salta il contatore”);
- c) a parte il canone, il regolatore interviene a stabilire i prezzi (m) al consumo solo se le imprese fornitrici detengono posizioni dominanti:

- (i) in tal caso si applica il *revenue cap* sul complesso delle loro vendite;
- (ii) se invece nel mercato vi è concorrenza, ciascuna impresa è libera di praticare i prezzi che ritiene (è questo *oggi* il caso della fornitura di energia elettrica, del gas, dei servizi di telefonia e internet).

4.- Altre applicazioni e varianti dei modelli di pricing

Le varianti illustrate qui di seguito si possono applicare sia ai modelli statici che a quelli dinamici di regolazione dei prezzi. Il principio di base è sempre l'orientamento dei prezzi ai costi e, come si vedrà, la maggioranza di essi applica criteri propri del *revenue cap*.

4.1.- Pricing con costi esterni

Tutti i modelli di *pricing* si basano sul principio concorrenziale dell'orientamento al costo. Finora i costi considerati sono stati quelli di fornitura dei servizi direttamente sostenuti dalle imprese.

Come anticipato nel Capitolo I, ogni attività produttiva genera costi o benefici esterni, oneri o vantaggi che vengono trasferiti sulla collettività e che pertanto non sono considerati dall'impresa nei suoi calcoli di convenienza: di qui il conflitto fra calcolo privato e calcolo sociale.

Per restare alla materia affrontata nel corso, la produzione di energia elettrica, il consumo di gas, lo smaltimento di rifiuti, i trasporti, ecc. generano costi esterni quali l'inquinamento atmosferico.

La regolazione dei prezzi può tentare di ridurre i costi esterni – orientare cioè le scelte delle imprese e degli utenti - accollandoli anche a questi ultimi, sì da incentivarne il trasferimento verso modalità a minore impatto esterno. Questa impostazione vale anche per gli altri settori menzionati prima. Ad esempio, è diverso l'impatto esterno della produzione di energia con carbone, gpl o fonti rinnovabili; l'inquinamento varia a seconda di come i rifiuti siano smaltiti ciò che in parte dipende dal tipo di raccolta (differenziata o meno).

Regolando i prezzi a seconda delle modalità menzionate sopra, il regolatore può cercare di incentivare quelle più virtuose. Ciò può essere ottenuto, quale che sia il modello regolatorio prescelto, aggiungendo ai costi di fornitura dei servizi infrastrutturali una componente incrementale proporzionata ai costi esterni generati dai servizi finali che li utilizzano come input. Così corretti, i prezzi per l'uso delle infrastrutture verranno traslati, direttamente o indirettamente, sugli utenti, in tal modo spingendoli a utilizzare modalità a più basso impatto esterno.

Prendendo per semplicità a prestito il modello *RoR*, l'equazione (19) viene integrata sommando i costi esterni (*CE*) ai costi di fornitura dei servizi:

$$(34) \quad pY = [(OPEX + CIN*WACC) + CE],$$

dove la parte destra dell'equazione è il costo sociale totale, pari alla somma del costo di produzione ($OPEX + CIN*WACC$) e del costo esterno *CE*. Da cui:

$$(35) \quad p = ATSC = [(OPEX + CIN*WACC) + CE]/Y, \text{ con } ATSC \text{ costo unitario sociale.}$$

Ne segue che il prezzo include anche il costo esterno, che dunque va a gravare sui consumatori in modo che le loro scelte di acquisto tengano conto delle esternalità che generano.

Va da sé che il gestore delle infrastrutture non può beneficiare della maggiorazione di prezzo (CE/Y) ma deve riversarla all'erario. Dalla (34) si ricava pertanto che, in applicazione del revenue cap:

$$(36) \quad U_{max} = CIN*WACC = pY - (OPEX + CE)$$

Al fine di incentivare la riduzione dei costi esterni si può anche immaginare di portare il prezzo per l'uso delle infrastrutture delle modalità più virtuose addirittura al di sotto del costo di fornitura, coprendo lo sbilancio che si verrebbe a determinare con risorse provenienti dal gettito *CE* ottenuto accollando i costi esterni a modalità con maggior impatto in termini di costo sociale. E' quello che avviene per le fonti rinnovabili di energia, dove parte del costo di generazione è posto a carico di tutti gli utenti, evidenziati nella bolletta fra gli "oneri di sistema".

Le esternalità nei trasporti

Particolarmente interessante è il caso dei trasporti poiché i costi esterni da essi prodotti sono più variegati. La Tabella 9 che segue illustra la tipologia dei costi sociali prodotti dai servizi di trasporto e la loro distribuzione per modalità di trasporto: più precisamente la distribuzione dei costi sociali per unità di traffico - per passeggero o per quintale di merce trasportata (una nave inquina in assoluto più di un'auto o di un camion, ma meno per ogni passeggero o quintale di merce trasportati).

Tabella 9. - COSTI ESTERNI PER MODALITA' DI TRASPORTO			
A	B	C (1)	D (1)
Tipo di esternalità	Tipologia costo sociale	Costo sociale per passeggero trasportato	Costo sociale per quintale di merce
emissioni e inquinamento atmosferico	malattie	auto private, bus, trasporto su ferro, trasporto aereo, navigazione	camion, trasporto aereo, trasporto su ferro, navigazione
inquinamento da rumore	disagio e malattie	auto, bus, trasporto aereo, trasporto su ferro, navigazione	camion, trasporto aereo, trasporto su ferro, navigazione
congestione del traffico, specie quello pendolare e quello nelle aree urbane,	tempo sottratto ad altre attività	auto private, bus	camion
incidentalità	costi sanitari, infortuni, sottrazione di tempo ad altre attività, morte	auto, bus, trasporto su ferro, trasporto aereo, navigazione	camion, trasporto su ferro, trasporto aereo, navigazione
(1) Le modalità di trasporto sono riportate in ordine decrescente dei costi sociali da esse prodotti			

Come risulta evidente dalla tabella, (i) il costo sociale per l'uso di mezzi (motorizzati) privati (auto, moto, camion) è maggiore di quello dei mezzi collettivi; (ii) è maggiore quello stradale rispetto a quello per ferrovia, via aerea o navigazione.

Può essere utile riportare stime dei costi esterni associati alla mobilità urbana con mezzi privati:

- a) *Congestione*. La congestione del traffico ha un costo per la cittadinanza che può essere misurato moltiplicando la retribuzione media persa (o il tempo libero a cui si rinuncia, valutato sullo stesso standard monetario) per il differenziale dei tempi medi di percorrenza rispetto a quelli in condizioni di traffico scorrevole. Posto pari a 20€/ora il valore del tempo perso, le stime portano a un costo medio per famiglia di circa 1.000 euro all'anno (Tabella 10).
- b) *Inquinamento atmosferico*. Nella media delle principali città italiane la concentrazione biossido di azoto nel 2011 è risultata oltre il 33% della media delle principali città dell'Europa.
- c) *Incidentalità*. Il numero di morti per abitante a Roma è il doppio di quello delle principali città europee (0,6 contro 0,3 ogni 10.000 abitanti (Tabella 11). Stime prudenziali calcolano la spesa media delle famiglie italiane per incidenti in 851€/anno.
- d) Ai costi indicati sopra si aggiunge quello diretto di utilizzo degli autoveicoli privati, le stime portano a valutare un costo complessivo annuo per famiglia della circolazione privata urbana pari a circa 4.800 euro.

Insomma, il conto complessivo (per la collettività) della mobilità individuale è dato dalla somma dei costi direttamente sostenuti dagli utenti (punto d) e dai costi esterni (punti a)-b)-c). Sarebbe quindi un buon affare per la collettività trasferire il trasporto individuale verso mezzi pubblici collettivi.

Tabella 10.- Costo della congestione stradale urbana

Costo della congestione nelle sei città italiane più popolate – 2012				
Città	Ore perse ogni anno nel traffico	Costo medio annuale procapite della congestione		Costo totale per città (valori in Euro)
		Automobilisti	Utenti del tpl	
Palermo	98,83	€ 1.137,48	€ 817,29	€ 542.661.573,33
Roma	87,39	€ 1.005,91	€ 722,75	€ 2.306.846.793,83
Milano	70,45	€ 810,82	€ 582,58	€ 794.053.423,82
Napoli	70,45	€ 810,82	€ 582,58	€ 593.206.819,83
Genoa	58,70	€ 675,68	€ 485,48	€ 280.436.869,33
Torino	58,70	€ 675,68	€ 485,48	€ 495.673.624,74
Totale città considerate				€ 5.012.879.104,89

Tabella 11.- Incidentalità stradale

Pz	Città	Morti ogni 10.000 abitanti
1	Roma	0,60
2	Londra	0,30
3	Madrid	0,27
4	Parigi	0,17
5	Berlino	0,16
Media UE 5		0,30

Ne segue che, nella misura in cui le modalità di trasporto siano sostituibili l'una con l'altra, l'interesse generale dovrebbe portare a incentivare l'uso di quelle a minor impatto esterno.

A titolo di mero esempio:

- per il traffico pendolare e per quello nei centri urbani: sostituire i mezzi motorizzati privati con il trasporto collettivo via bus e, preferibilmente, via ferro;
- per il trasporto di passeggeri sulle medie distanze (fino a 500 chilometri) sostituire il treno all'aereo;
- per il trasporto merci oltre 200 chilometri sostituire il camion con il treno;
- importante ovviamente anche l'ammodernamento del parco dei mezzi di trasporto con quelli a minore impatto di emissioni (mezzi elettrici, ibridi, a metano, ecc.) ma questo lascerebbe pressoché invariati i costi esterni di congestione e incidentalità.

4.2.- Pricing dell'overcapacity

Il modello *RoR*, si è detto, può indurre le imprese a investire in eccesso rispetto alle necessità, posto che viene loro garantita la remunerazione del capitale investito. Il maggior costo viene in tal modo accollato agli utenti che però non traggono benefici dall'eccesso di capacità infrastrutturale (“*overcapacity*”). A questo inconveniente sono in parte soggetti anche il *price cap* e il *revenue cap*.

Per questa ragione il regolatore deve vigilare attentamente (i) proibendo all'impresa investimenti inutili, oppure (ii) escludendoli a fini di *pricing* dall'ammortamento e dal capitale remunerabile – una verifica propria della contabilità regolatoria.

Diverso è il caso in cui la creazione di sovracapacità infrastrutturale, anche prolungata, sia dovuta a *giustificati motivi*.

La crescita della capacità infrastrutturale richiede investimenti consistenti, caratterizzati da forti economie di scala, cosicché realizzare e gestire un'infrastruttura di capacità X può costare meno che costruirne e gestirne due di capacità $X/2$: è questo, si è detto, il portato della sub additività dei costi e della conseguente condizione di monopolio naturale.

Al tempo stesso le infrastrutture dei servizi di pubblica utilità hanno in genere durata di vari decenni, cosicché la loro capacità dovrebbe crescere nel tempo di pari passo con la domanda di utilizzazione di esse. Tuttavia la loro costruzione è spesso caratterizzata da *indivisibilità* tecniche ed economiche, cosicché la realizzazione *ora* di una infrastruttura di capacità $X/2$ e il raddoppio di essa fra vent'anni per far fronte alla crescita della domanda intervenuta nel frattempo comporterebbero probabilmente un costo complessivo (attualizzato) maggiore di quello della costruzione *immediata* di un'infrastruttura di capacità X (“attualizzato” perché una spesa da sostenere fra vent'anni “vale meno” di un'identica spesa immediata).

Ad esempio, la costruzione di un'autostrada a quattro corsie costerebbe meno della sommatoria dei costi di realizzazione di un'autostrada a sole due corsie, oggi, e del suo raddoppio domani. Senza contare i costi esterni derivanti dalla congestione creata dal suo raddoppio.

Dal combinato disposto di queste due caratteristiche (la lunga durata delle infrastrutture e l'indivisibilità degli investimenti) deriva che la pianificazione deve guardare a un orizzonte di lungo periodo di sviluppo della domanda. Dal momento però che la domanda cresce gradualmente nel tempo, ne segue che prima che un'infrastruttura nuova sia utilizzata al meglio dovrà trascorrere un periodo non breve, durante il quale si avrà capacità in eccesso.

Una volta realizzate, le infrastrutture generano però costi (ammortamento e costo del

capitale), cosicché la domanda che si pone è se gli extra-costi derivanti dal temporaneo eccesso di capacità vadano interamente trasferiti fin d'ora sui prezzi e dunque sugli utenti, i quali ovviamente nell'immediato non traggono dall'eccesso di capacità un beneficio proporzionato all'extra onere a loro accollato. Dal canto loro, i gestori eccepiscono che non sarebbe economicamente sostenibile accollarsi costi di realizzazione differendone il recupero da qui a 10-20 anni.

L'obiettivo del regolatore è di tutelare l'interesse degli utenti, ma in questo caso la scelta è più complessa perché si basa sulla seguente alternativa: è preferibile per gli utenti pagare bassi prezzi nell'immediato a costo di non veder tempestivamente soddisfatta in futuro la propria domanda di servizi o di vederla soddisfatta a prezzi maggiori? Oppure è preferibile l'alternativa opposta? Se la questione venisse *oggi* posta agli utenti vi sono pochi dubbi che la gran parte di essi opterebbe per la prima alternativa; i pubblici poteri e i regolatori devono però guardare al benessere a lungo andare degli utenti.

Pertanto la soluzione normalmente seguita in questi casi è: (i) per un verso adoperarsi affinché, nei limiti permessi dalle indivisibilità indicate sopra, gli investimenti siano quanto più possibile graduati nel tempo in funzione della domanda; (ii) per altro verso accollare i costi non evitabili della *overcapacity* agli utenti attraverso la regolazione dei prezzi.

Vi è anche una terza possibilità - che tuttavia non rientra nell'ambito decisionale del regolatore ma dei governi - ed è che sia lo Stato a finanziare parte degli extra-costi accollandosi parte dei costi di investimento, situazione non infrequente nel caso dei SIEG.

Sul terreno del pricing questa materia è trattata nel paragrafo che segue.

4.3.- Modelli di pricing sottocosto

4.3.1.- Pricing con compensazioni pubbliche alle imprese fornitrici

1) Premessa

Nel paragrafo precedente si è anticipato che la costruzione di infrastrutture può richiedere il supporto finanziario di risorse pubbliche. Ciò può accadere in caso di investimenti strategici nell'interesse europeo o nazionale (ad esempio nella realizzazione delle c.d. Trans European Networks), dove i costi siano tanto elevati e a rendimento così lontano nel tempo da non renderli appetibili a investitori privati, nel caso di SIEG, nel caso di operazioni di salvataggio di imprese in difficoltà.

In precedenti capitoli questa materia è stata trattata sul terreno antitrust, in particolare riguardo alla disciplina sugli aiuti di Stato.

Qui di seguito si prescinde totalmente da questi profili per focalizzarsi invece sugli effetti dei finanziamenti pubblici sulla regolazione dei prezzi.

I finanziamenti pubblici (*FP*) possono assumere forme diverse: (a) finanziamenti in conto capitale, finalizzati alla realizzazione di investimenti o (b) finanziamenti in conto esercizio (finanziamenti della gestione corrente) o (c) le due forme insieme.

I finanziamenti in *conto capitale* possono essere giustificati allorché il costo di realizzazione di un'infrastruttura sia così elevato che il suo recupero richiederebbe un tempo troppo lungo o rischi così elevati da non poter interessare un investitore privato. E' il caso dell'infrastruttura ferroviaria, così come della rete a banda ultra-larga in via di realizzazione nelle aree a bassa densità di utenti di comunicazioni elettroniche, ecc.

I finanziamenti alla gestione sono invece erogati a soggetti in perdita (non importa in questa sede se a causa di malagestione o per cause esterne) oppure perché si tratta di SIEG).

Nel primo caso si tratta di finanziamenti a lungo termine, nel secondo solitamente di più breve durata (non ultimo poiché, salvo che per i SIEG, sono in conflitto con la disciplina degli aiuti di Stato).

Le categorie indicate vanno a loro volta scomposte in due casi: (i) i finanziamenti a titolo gratuito – che cioè non richiedono di essere rimborsati – e (ii) i finanziamenti a titolo di prestiti (a loro volta infruttiferi o a fronte di interessi più o meno agevolati) che comunque vanno rimborsati.

Da precisare che il più delle volte gli investimenti in conto capitale sono erogati a imprese pubbliche o a partecipazione mista pubblico-privato.

Premesso che il regime proprietario delle imprese beneficiarie è qui irrilevante, diversi sono i trattamenti in termini di pricing a seconda delle quattro combinazioni indicate sopra [(a) o (b), a loro volta nelle forme (i) o (ii)].

Vale comunque il principio che del finanziamento pubblico debbono beneficiare esclusivamente gli utenti, non le imprese che lo ricevono.

Nel caso di *finanziamenti in conto capitale*:

- se il *FP* è a fondo perduto, la contabilità regolatoria esclude gli ammortamenti e il costo del capitale relativi agli investimenti finanziati con fondi pubblici; in caso contrario, infatti, il gestore incasserebbe un reddito non generato dall'impiego di mezzi propri o da indebitamento finanziario a titolo oneroso;
- se invece *FP* non è a fondo perduto (il soggetto erogatore decide di recuperare, in tutto o in parte, le risorse versate), i prezzi posti a carico degli utenti incorporano (a seconda dei casi in tutto o in parte) l'ammortamento degli investimenti realizzati e la remunerazione su di essi, dovendo poi pagare gli interessi e rimborsare il debito con i propri introiti.

Nel caso di *finanziamenti alla gestione corrente*, valgono le regole indicate prima: se a fondo perduto sono detratti dai costi ammissibili nei prezzi; nel caso contrario l'ammortamento del debito e gli interessi vanno conteggiati nei prezzi.

4.3.2.- *Single till*

Le imprese concessionarie di infrastrutture affiancano spesso alla gestione dei servizi che rappresentano input essenziali per la produzione di servizi a valle, altri servizi o attività di natura commerciale e come tali non necessariamente assoggettate alla regolamentazione dei prezzi.

E' il caso degli aeroporti, dove sono regolamentati i prezzi dei servizi infrastrutturali essenziali per l'operare delle compagnie aeree: l'uso delle piste di decollo e atterraggio, dei terminal per il transito dei passeggeri, dei sistemi di smistamento dei bagagli, dei banchi di check in, ecc. (chiamiamole "attività *aviation* o *core*").

Al tempo stesso i gestori aeroportuali, utilizzando le infrastrutture di cui sono concessionari, offrono anche servizi quali parcheggi, centri commerciali e negozi che vendono di tutto e di più, servizi pubblicitari, ecc., i cui introiti di regola sono gestiti liberamente sulla base di considerazioni commerciali proprie di ciascun concessionario. Esempi analoghi possono essere ricavati dalle stazioni ferroviarie, dalle autostrade (i servizi di ristoro e rifornimento di carburante), dai terminal portuali, ecc. – chiamiamole *attività commerciali*.

In questi casi, una volta costruita la contabilità regolatoria e allocati costi operativi e CIN fra le attività "core" e quelle commerciali, il regolatore assoggetta a regolazione dei prezzi solo prime, necessario a permettere la fornitura dei servizi aviation finali essenziali.

A questo step possono però seguire due vie diverse:

- a) con la prima, finora di uso prevalente, viene consentito ai gestori di incassare interamente gli utili che ricavano dalle attività commerciali ("*dual till*");
- b) con la seconda (*single till*), abbastanza seguita all'estero, gli *extra utili generati* dalle attività commerciali (ossia quelli eventualmente eccedenti il livello calcolato sulla base del $WACC \cdot CIN$) vendono portati – in tutto o in parte - in detrazione dei prezzi fatti pagare agli utenti delle attività core.

In altre parole, con il *single till* i gestori delle infrastrutture sono liberi di gestire le attività commerciali e di ricavarne i conseguenti utili, ma viene posto un tetto sulla quota di utili che possono trattenere, cosicché la parte eccedente va a sussidiare le attività essenziali, abbattendone i prezzi.

La logica di fondo del modello di *single till* è che:

- a) come le attività *core*, anche quelle commerciali sono spesso svolte in forza della

concessione pubblica di cui è titolare l'impresa;

- b) le attività core sono quelle che forniscono i clienti alle attività commerciali, non viceversa;
- c) parte di queste ultime sono svolte in condizioni di monopolio di fatto, posto che difficilmente i consumatori hanno alternative di acquisto (se ci si trova in un aeroporto, non vi è reale alternativa fra l'acquistare in loco una rivista oppure un caffè o il rivolgersi altrove, oppure pagare per il parcheggio, posto che gli aeroporti sono distanti dai centri abitati);
- d) ne segue che i gestori aeroportuali godono di vantaggi competitivi tali da consentire loro di guadagnare extra-utili (*rendite di posizione o di localizzazione*);
- e) è quindi giusto che le rendite ottenute in forza di una concessione pubblica siano scremate a vantaggio della collettività.

L'obiettivo di sgravare i costi delle attività core portandoli a carico delle attività commerciali può essere alternativamente perseguito con applicazione del criterio *LRIC*, già illustrato nel capitolo relativo alla contabilità regolatoria.

In tal caso (chiamiamolo *hybrid single till*) alle attività non regolamentate è allocata la quota dei costi comuni e generali che il concessionario gestore seguirebbe a sostenere qualora cessasse di esercitare i servizi core, ossia i costi che sosterebbe qualora svolgesse *unicamente* attività commerciali. In altre parole a queste ultime sono accollati i costi del ramo di impresa commerciale, come se operasse "*stand alone*", ossia come se si trattasse di un normale centro commerciale non associato a un aeroporto, stazione ferroviaria, autostrada, ecc.

Le due opzioni si differenziano perché: (i) con il *single till* come precedentemente descritto, dai costi allocati al ramo di azienda dei servizi essenziali, in base al criterio *FDC* (cfr. Parte IV.I, cap. 2.1), sono detratti gli extra-utili ottenuti dall'altro ramo; (ii) con l'*hybrid single till*, invece, al primo dei due rami sono detratti i costi allocati al secondo con il criterio *LRIC*.

V.- LA REGOLAZIONE E L'ENFORCEMENT DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN UN MONDO CHE CAMBIA

1.- Il controllo degli investimenti esteri diretti

Un approfondimento va riservato a una questione che sta diventando sempre più di grande rilevanza nei rapporti economici fra gli Stati dell'UE e quelli non-UE e nella quale confluiscono due problematiche già affrontate: (i) *le acquisizioni di imprese* e (ii) *gli aiuti di Stato*.

Nello specifico, interessano gli investimenti esteri diretti (IED), ossia quelli effettuati da imprese non appartenenti all'UE e volti ad acquisire la proprietà o il controllo di imprese europee che svolgono attività in settori di importanza strategica per gli Stati europei e per l'Unione nel suo insieme.

In un contesto nel quale i movimenti di capitali sono globali, ci si chiede da tempo se l'ottica europea, tradizionalmente attenta a garantire che la concorrenza non sia falsata *nel mercato interno* dell'Unione, come nel caso degli aiuti di Stato alle imprese, sia tale da garantire a queste ultime di poter operare su un piano paritetico con i loro competitori *non* europei, i quali non sono soggetti alle regole europee di concorrenza. Infatti, la normativa che vieta gli aiuti di Stato è pressoché assente nei paesi non europei, ciò che consente alle imprese di questi ultimi quello che è invece vietato alle imprese europee: fare "shopping" in giro per il mondo avvalendosi di finanziamenti erogati dai loro Stati.

Le preoccupazioni degli Stati dell'Unione sono aumentate a causa della pandemia Covid-19, allorché è aumentato il rischio di *raids* da parte di capitali stranieri sulle imprese europee, tanto più incentivati da prezzi resi convenienti dallo stato di particolare difficoltà in cui versava industria europea. Successivamente le guerre in corso e le crescenti tensioni internazionali, con i conseguenti rischi di approvvigionamento di materie strategiche e rischi per la sicurezza, hanno contribuito ad alzare la soglia di allarme. Insomma, a seguito dell'alterazione degli equilibri geopolitici è viepiù maturata la preoccupazione per i futuri rapporti economici e politici tra l'Unione (e l'Occidente in senso ampio) e altri Stati potenzialmente ostili.

Solo nel 2019 l'Unione ha cominciato a dotarsi di uno strumento normativo: il Regolamento (UE) 2019/452 (attualmente in corso di revisione), che ha istituito un quadro per il controllo degli IED in settori considerati strategici nell'Unione per l'economia, per salute, per la sicurezza militare e informatica, ecc. Scopo del regolamento è dunque di approntare un quadro di misure quanto più possibile omogeneo all'interno dell'Unione e meccanismi di cooperazione rafforzata fra gli Stati membri, nella consapevolezza che la messa in sicurezza di settori strategici sia di interesse comune.

Gli investimenti esteri della Cina

La Cina è l'esempio più eclatante, pur non essendo l'unico, sia per l'attivismo nell'acquisizione di imprese europee, sia per l'ormai celeberrima *Belt and Road Initiative* (BRI).

Quest'ultima si propone di realizzare una rete, sia marittima che terrestre, che colleghi l'Asia con l'Africa e con l'Europa allo scopo di promuovere il commercio internazionale. La BRI comprende al suo interno la "via della seta", un passaggio transcontinentale che collega via terra la Cina con il sud-est asiatico, l'Asia meridionale e centrale, la Russia e l'Europa; e infine una via della seta marittima - rotta che collega le regioni costiere della Cina con il sud-est e l'Asia meridionale, il Pacifico meridionale, il Medio Oriente e l'Africa orientale, fino all'Europa. La creazione della BRI, a cui hanno aderito circa 141 paesi, prevede giganteschi investimenti in infrastrutture di trasporto di merci e in oleodotti, per un costo complessivo stimato di circa 60 miliardi di dollari, in gran parte finanziati dalla Cina.

Il progetto è in astratto certamente lungimirante ma ciò che spinge la Cina è, ovviamente la propria convenienza, quella di estendere la propria egemonia industriale e commerciale. Per questa ragione l'adesione all'iniziativa è via via scemata negli ultimi anni.

Sul fronte delle acquisizioni, direttamente o indirettamente il Governo cinese è protagonista di una serie impressionante di operazioni su *asset* strategici in Europa nella Regione: dall'acquisizione del porto del Pireo ad Atene, all'aeroporto di Tirana, alla realizzazione di autostrade e ferrovie in Serbia, Macedonia del Nord e Bosnia-Erzegovina, alla realizzazione di opere pubbliche in Africa: in parte non si tratta di Paesi UE, ma è fin troppo evidente che si è sul "cortile di casa" e che gli investimenti sono volti a raggiungere l'Unione europea e il suo sistema economico e produttivo, e in prospettiva il continente africano

La collaborazione è tanto più essenziale poiché buona parte delle azioni di controllo sugli investimenti esteri si concretizza a livello dei singoli Stati di volta in volta obiettivo di tali investimenti, i cui effetti impatterebbero anche sugli altri Stati. Da precisare che le modalità con cui gli IED possono realizzarsi sono l'acquisizione di imprese nazionali o di partecipazioni di controllo, la costituzione di nuove imprese (c.d. investimenti "greenfied") e il subentro in attività gestite in regime di concessioni pubbliche: in buona sostanza, in gran parte rapporti diretti fra acquirenti e venditori che, se non attentamente monitorati, potrebbero scavalcare lo *screening* dei pubblici poteri.

La normativa italiana al riguardo è stata inizialmente introdotta nel 2012 e successivamente più volte modificata e integrata – da ultimo con il d.l. 21/2022. Lo "scudo" di cui ciascun Stato membro dispone per ostacolare investimenti esteri "non graditi" è l'esercizio del c.d. *golden power*, ossia della possibilità per i governi di esercitare *poteri speciali* nei confronti di tutte le imprese stabilite nel proprio paese che svolgono attività ritenute di rilevanza strategica per l'economia, la difesa e la sicurezza dello Stato.

Gli ambiti di intervento riguardano le imprese operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dei trasporti e delle comunicazioni elettroniche (incluse le relative infrastrutture), nelle tecnologie critiche (incluso il 5G e la banda larga), l'acqua e la salute, la sicurezza alimentare, l'accesso a informazioni sensibili,

compresi i dati personali, l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cybersicurezza, le nanotecnologie e le biotecnologie.

Rileva anche il *profilo dell'investitore* estero: ad esempio se sia direttamente o indirettamente controllato da un'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti, oppure se l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro; o ancora se vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali.

Anche la nozione di soggetto esterno all'Unione europea è alquanto ampia, essendo considerato tale il soggetto che, pur avendo nazionalità di un paese europeo, abbia tuttavia al di fuori dell'UE il centro di attività principale, la residenza o la dimora abituale; questo criterio si applica anche nel caso delle persone giuridiche qualora risultino controllare da tali soggetti.

Qualunque operazione che interessi imprese nei settori strategici sopra indicati deve essere preventivamente notificata al governo dello Stato interessato ed è soggetta all'obbligo di stand still. Il governo deve a sua volta darne comunicazione alla Commissione europea e a tutti gli Stati membri affinché formulino le loro valutazioni.

Il golden power, esercitato in Italia con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, si sostanzia:

- a) nell'imposizione di specifiche condizioni o prescrizioni;
- b) nel veto all'adozione di delibere, atti e operazioni societarie straordinarie;
- c) nel veto all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa nazionale che svolge attività ritenute di rilevanza strategica.

Esercizio del potere di veto a IED (2017 – 2022) (*)

	(2017) l'esercizio dei poteri speciali, mediante opposizione, è stato deliberato relativamente all'operazione di acquisizione da parte di una società francese della totalità del capitale sociale di una società italiana operante nel settore elettronico e informatico, con applicazioni rilevanti per la difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo alla natura classificata delle attività della società <i>target</i> ;
	(2020) è stato deliberato il veto nei confronti di una operazione notificata da un operatore telefonico, avente ad oggetto l'acquisto da un <i>vendor</i> cinese di componenti della rete Core Stand Alone (SA) e dei connessi servizi professionali. In particolare, il profilo di maggiore criticità rilevato in merito all'operazione risiede nell'assenza di un piano di diversificazione dei fornitori, coerente con i principi e le linee guida elaborati a livello internazionale e dell'Unione europea;
	(2021) è stato esercitato il potere di opposizione nei confronti della acquisizione da parte di una società di investimento cinese delle azioni rappresentative del 70% di una società italiana operante nel settore dei semiconduttori., in quanto l'operazione è risultata suscettibile di pregiudicare gli interessi essenziali italiani ed europei connessi ad una completa sicurezza e continuità degli approvvigionamenti, nonché di produrre trasferimenti di rilevante <i>know-how</i> in ambito extra nazionale/europeo (la società <i>target</i> è stata ritenuta l'unica azienda italiana, leader anche a livello mondiale, attiva nella tecnologia epitassiale, che permette di realizzare le connessioni tra i vari dispositivi di un <i>chip</i> ed è di fondamentale importanza nell'intero processo di produzione dei circuiti integrati);
	(2021) è stato esercitato il potere di opposizione nei confronti dell'operazione di acquisizione da parte di una società cinese attiva nel settore agroalimentare dell'intero capitale sociale di un gruppo societario europeo e delle sue controllate italiane, in quanto è stato evidenziato il rischio legato al trasferimento del patrimonio informativo detenuto dalle società italiane appartenenti al gruppo <i>target</i> che operano nella filiera agroalimentare, in particolare alle imprese agricole nazionali di cui sono fornitrici e a quelle della meccanica di precisione con cui collaborano per la lavorazione delle sementi;
	(2021) nella notifica da parte di una società cinese specializzata nella ricerca, sviluppo e produzione di materiali impiegati nel campo solare fotovoltaico, è stato esercitato il potere di opposizione nei confronti dell'operazione di sottoscrizione di vari accordi di compravendita e cessione di rami aziendali, tramite aumenti e sottoscrizioni di capitale, con l'effetto di acquisire una società italiana operante nel settore delle tecnologie utilizzate per impianti fotovoltaici. L'esercizio del potere di opposizione è stato determinato in ragione della esclusività e peculiarità del processo produttivo, sviluppato dalla società <i>target</i> con il contributo di finanziamenti nazionali ed europei, nonché con il coinvolgimento, in accordo con partner istituzionali, in progetti di cooperazione industriale, caratterizzato da un notevole livello di efficienza e qualità, nonché per il primario posizionamento dell'azienda <i>target</i> all'interno del mercato nazionale e internazionale.

	(2022) su una notifica tardivamente presentata nel 2021, è stato esercito il potere di veto in relazione ad una operazione relativa al settore della sicurezza nazionale. In particolare, la notifica riguardava l'acquisizione del 75% del capitale sociale una società italiana che produce droni per uso (anche) militare. realizzatasi nel luglio del 2018, da parte di una società cinese. Il procedimento si è concluso con l'esercizio del potere di veto da parte del Governo, dopo l'avvio di ufficio del procedimento sanzionatorio per l'omessa notifica della operazione;
	(2022) in relazione ad un trasferimento di tecnologia afferente il settore della robotica; in particolare, nell'ambito di un contratto di licenza, che includeva anche servizi di assistenza e sviluppo, è stato esercitato un veto parziale con riferimento alla concessione di una licenza su un codice sorgente impiegato per la produzione di robot e macchine automatizzate da parte di una impresa italiana in favore di una società cinese attiva su scala mondiale nel medesimo settore;
	(2022) è stato esercitato il potere di opposizione all'acquisto da parte di una società russa attiva nel settore energetico e dell'ingegneria nucleare, controllata dallo Stato russo, di una impresa italiana attiva nella produzione e fornitura di bombole e sistemi di stoccaggio e trasporto dei gas tecnici, impiegati nel il settore energetico e medico, ritenuti strategici anche in considerazione della necessità di sviluppare energie alternative e ridurre la dipendenza dal gas russo.

(*) Fonte: R. Chieppa, *“Disciplina e prassi applicativa del golden power italiano anche alla luce del regolamento UE sul controllo degli investimenti esteri diretti (IDE) e della riforma introdotta con il decreto legge n. 21 del 2022”*, nel volume *“Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza”*, a cura di Jacques Mosciandese e Ruggiero-Cafari Panico, Giappichelli editore 2023.

Fin qui ci si è occupati delle barriere che l'Unione europea e gli Stati membri possono opporre a IED in settori strategici per la sicurezza, l'economia e la società, tralasciando l'incipit di questa sezione dove ci si è limitati a segnalare le possibili conseguenze distorsive degli IED sulla concorrenza *nel* mercato interno e *fra* questo e i mercati esterni all'Unione.

La materia è stata da ultimo affrontata dal Regolamento UE 2560 del 2022¹⁴⁰, che si applica a tutti i settori economici, compresi quelli di interesse strategico di cui si è detto prima.

Il nuovo regolamento prende le mosse dalla constatazione che può accadere che imprese private o imprese pubbliche di proprietà di Stati esteri o controllate da questi ricevano sovvenzioni pubbliche che vengono utilizzate, ad esempio, per finanziare attività economiche nel mercato interno in qualsiasi settore dell'economia, quali la partecipazione a procedure di appalto pubblico o l'acquisizione di imprese, comprese quelle che possiedono attivi strategici quali infrastrutture critiche e tecnologie innovative (cons. n. 2).

¹⁴⁰ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14.12.2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

Considerato che attualmente queste sovvenzioni estere non sono soggette alle norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato, scopo del regolamento è di “integrare gli strumenti esistenti nell'Unione con un nuovo strumento che permetta di affrontare efficacemente le distorsioni sul mercato interno causate dalle sovvenzioni estere al fine di garantire condizioni di parità. In particolare, *il nuovo strumento integra le norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato* che affrontano le distorsioni sul mercato interno causate dalle sovvenzioni concesse dagli Stati membri” (cons. n. 6).

Semplificando molto una materia complesso, si può dire che il regolamento estende alle sovvenzioni estere la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato. Così:

- a) “Esiste una sovvenzione estera quando un paese terzo fornisce direttamente o indirettamente un contributo finanziario che conferisce un *vantaggio* a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che è limitato, in linea di diritto e di fatto, *a una o più imprese o a uno o più settori*” (art. 3, par. 1).
- b) Analoga alle “misure” studiate nel paragrafo 3 9 del Capitolo III è la tipologia di sovvenzioni¹⁴¹ e analoga è l'individuazione degli enti erogatori¹⁴².
- c) Ancora, seguendo la ratio di valutazione degli effetti degli aiuti di Stato (dunque la loro compatibilità o meno), “la Commissione può effettuare una valutazione comparata tra gli effetti negativi di una sovvenzione estera in termini di distorsione sul mercato interno e gli effetti positivi sullo sviluppo dell'attività economica sovvenzionata in questione sul mercato interno, considerando nel contempo altri effetti positivi della sovvenzione estera, quali effetti positivi più ampi in relazione ai pertinenti obiettivi politici, in particolare quelli dell'Unione” (art. 6). Come si vede, in questo caso il perimetro degli eventuali benefici da valutare non riguarda solo il mercato di ciascuno Stato membro ma quello dell'Unione.
- d) Infine, in caso di sovvenzioni già erogate la Commissione può imporre misure di riparazione allo scopo di porre rimedio alla distorsione sul mercato interno causata, effettivamente o potenzialmente, da una sovvenzione estera, a meno che abbia accettato impegni offerti dall'impresa oggetto di indagine (art. 7, par. 1).

¹⁴¹ “Ai fini del presente regolamento, un contributo finanziario comprende, tra l'altro:

- a) trasferimenti di fondi o passività, quali conferimenti di capitale, sovvenzioni, prestiti, garanzie sui prestiti, incentivi fiscali, compensazione delle perdite di esercizio, compensazione di oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche, remissione del debito, capitalizzazione del debito o ristrutturazione del debito;
- b) la rinuncia a entrate altrimenti dovute, quali esenzioni fiscali o la concessione di diritti speciali o esclusivi senza una remunerazione adeguata; oppure
- c) la fornitura o l'acquisto di beni o servizi” (art. 3, par. 2).

¹⁴² “Un contributo finanziario concesso da un paese terzo comprende un contributo finanziario erogato:

- a) dall'amministrazione centrale e dalle autorità pubbliche a tutti gli altri livelli;
- b) da un soggetto pubblico straniero le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo, tenendo conto di elementi quali le caratteristiche del soggetto in questione e il contesto giuridico ed economico del paese in cui il soggetto opera, compreso il ruolo dell'amministrazione nell'economia; oppure
- c) da un soggetto privato le cui azioni possono essere attribuite al paese terzo, tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti” (art. 3, par. 3).

Fra le possibili tipologie di IED il regolamento attribuisce particolare attenzione a due casi: la partecipazione di soggetti esteri agli appalti pubblici e le concentrazioni.

Riguardo agli *appalti pubblici* “per sovvenzioni estere che causano o rischiano di causare una distorsione nell’ambito di una procedura di appalto pubblico si intendono le sovvenzioni estere che consentono a un operatore economico di presentare un’*offerta indebitamente vantaggiosa* in relazione ai lavori, alle forniture o ai servizi in questione” (art. 27). Nello specifico per offerta indebitamente vantaggiosa si intende la situazione in cui il corrispettivo richiesto dall’impresa partecipante alla gara sia inferiore a quello che un normale operatore richiederebbe.

A evitare l’occultamento di sovvenzioni estere, tutti i partecipanti alla procedura di appalto sono tenuti a dichiarare eventuali sovvenzioni estere di cui sono beneficiari.

L’altra fattispecie su cui si focalizza il regolamento sono le concentrazioni, posto che gli IED si concretizzano prevalentemente in acquisizioni o fusioni fra imprese. Al riguardo il regolamento non innova granché rispetto alla disciplina di cui si è discusso nel paragrafo 7 del Capitolo III.

Ultima ma importante notazione è che allorché una concentrazione ha per oggetto asset strategici, l’esercizio del golden power, dunque del potere di veto dei governi, si sovrappone alle competenze delle autorità della concorrenza con conseguenti potenziali conflitti¹⁴³.

Ciò anche in forza del fatto che, come le decisioni delle Autorità della concorrenza, quelle dei governi in questa materia si configurano come atti amministrativi, come tali “equipollenti” e parimenti soggetti alla giurisdizione amministrativa (TAR e Consiglio di Stato). Insomma, corrono su binari paralleli che possono intrecciarsi con esiti variabili.

Come si è visto dalla tabella riportata prima, i casi di veto sono stati finora pochi, cosicché finora non vi sono state in Italia occasioni di scontro fra Governo e Antitrust. Tuttavia il problema va posto in prospettiva, come dimostra il caso pendente presso la Corte europea di giustizia.

Il caso riguarda il rapporto tra (i) la autorizzazione della Commissione europea dell’acquisizione di una società ungherese attiva nella estrazione di materie prime da parte di un investitore estero controllato da una società con sede alle Bermuda, e (ii) la successiva decisione del Governo ungherese di vietare, per profili attinenti alla

¹⁴³ Non a caso, nel 2020 la Commissione ha pubblicato un libro bianco sulle sovvenzioni estere, dando atto che “le norme sulle concentrazioni, il regolamento IED, la disciplina degli aiuti di Stato e quella sugli appalti pubblici necessitano un completamento per avere un level playing field omogeneo tra imprese UE e non-UE” (Libro bianco relativo all’introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere (COM(2020) 253 final)).

sicurezza degli approvvigionamenti, l'operazione di acquisto. Questo conflitto è alla base del rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, sollevato da una corte ungherese nel 2022.

Il quesito centrale a cui la Corte di giustizia dovrà dare risposta¹⁴⁴ è se la circostanza che la Commissione abbia svolto autorizzato una concentrazione relativa alla proprietà di un investitore estero osti all'esercizio del potere di veto dello Stato membro. La materia può a prima vista apparire marginale mentre ha invece importanza centrale, tanto più che le sentenze della Corte di giustizia "fanno" giurisprudenza: se, in che misura e in quali circostanze l'interesse strategico di uno Stato (e quanto strategico debba essere affinché) prevalga sul diritto della concorrenza. Ancora una volta toccherà tirare in ballo il principio di proporzionalità delle misure restrittive della concorrenza.

2. Concorrenza e regolazione in prospettiva

2.1. Premessa

Si è già detto che la concorrenza non è un fine in sé ma è strumento per accrescere il benessere dei consumatori assicurando prezzi bassi e qualità elevata dei prodotti. Al tempo stesso, estesa a tutti i campi della società la concorrenza tendenzialmente promuove maggiore equità, ossia una più equa distribuzione del benessere.

Di fondo questo "credo", proprio della concezione del laissez-faire, non è venuto meno nel tempo e nelle economie oggi più avanzate ma è stato temperato dalla consapevolezza dei limiti di autodisciplina del libero mercato: di qui la necessità di introdurre discipline antitrust e un corpus regolatorio tesi a evitare il rischio che la concorrenza finisca con l'autodistruggersi; e di qui la coscienza che talvolta vadano posti limiti alla concorrenza laddove pregiudicherebbe l'interesse generale (è il caso dei SIEG, come si è visto).

Ciò premesso, l'applicazione della disciplina antitrust ha alcune oscillazioni, in parte dovute a contingenti emergenze, in parte per cambiamenti del pensiero economico e politico.

Delle prime si è già detto riguardo agli aiuti di Stato a seguito della crisi finanziaria del 2008 e dell'emergenza Covid-19.

Meno radicali ma più complessi i cambiamenti di approccio nei confronti degli abusi di posizione dominante, delle intese e delle concentrazioni su cui ci soffermiamo ora.

¹⁴⁴ Causa C-106/22, Xella Magyarország c. Innovációs és Technológiai Miniszter.

2.2. Stati Uniti d'America

Come si è già ricordato l'introduzione del diritto della concorrenza negli Stati Uniti (nel mondo *tout-court*) è del 1890, come strumento di protezione dei consumatori dallo strapotere delle imprese conglomerali: lo *Sherman Antitrust Act* vietava e sanzionava la creazione di *trust*, ossia di intese fra grandi imprese dirette a monopolizzare i mercati. In conseguenza di questo si attuò un enforcement antitrust molto aggressivo, fino al punto da condannare condotte economicamente efficienti (sia con riferimento a pratiche escludenti che a intese verticali e a concentrazioni) al fine di rendere impossibile la creazione di monopoli. L'approccio fu ulteriormente rafforzato nel 1914 dal Clayton Act, che fra l'altro introduceva l'istituto del private enforcement contro illeciti antitrust.

Il periodo 1940-70 è stato l'età dell'oro dell'enforcement antitrust e ha svolto un ruolo importante nella società statunitense. Il rafforzamento della concorrenza era visto sia come un antidoto al fascismo sia come uno strumento per risanare l'economia dopo la Grande Depressione degli anni '30¹⁴⁵. Tale trend fu supportato dalla relativa giurisprudenza delle corti USA.

A partire dagli anni '70 (sempre negli USA) il pendolo si è invertito, in parte a causa della stagflazione (ossia della compresenza di stagnazione dell'economia e di inflazione) che ha interrotto la tumultuosa crescita del dopoguerra, in parte (e in conseguenza) per il mutamento del clima politico. Negli anni successivi, su impulso della presidenza di Ronald Reagan si è assistito a imponenti processi di liberalizzazioni e soprattutto di privatizzazioni, giustificate dalla convinzione che il rallentamento dell'economia americana fosse dovuto ai troppi lacci che ostacolavano le imprese, cosicché le grandi imprese, da "cattive" che erano furono riabilite come "buone".

Va da sé che questo rivolgimento neoliberista fu accompagnato da un diverso approccio al terreno antitrust, teorizzato dalla c.d. "Scuola di Chicago", seconda la quale per ridare slancio e competitività all'economia bisognava puntare su efficienza e innovazioni, che solo le grandi imprese erano in grado di promuovere attraverso le economie di scala e di scopo. Della ri-monopolizzazione del tessuto industriale avrebbero beneficiato i consumatori con prodotti migliori né sarebbero stati danneggiati da prezzi più elevati poiché gli extraprofitti delle imprese avrebbero alla lunga attirato nuovi concorrenti.

¹⁴⁵ Ciò ha portato il presidente Franklin D. Roosevelt a sostenere un'ampia applicazione dell'antitrust. Durante il suo discorso elettorale alla Convenzione Nazionale Democratica del 1936, il presidente Roosevelt parlò di una "dittatura industriale" composta da un piccolo gruppo di potenti società e banche che avevano limitato la libertà dell'America. Mirava dunque a ripristinare questa libertà anche attraverso l'applicazione delle norme antitrust.

La legge del pendolo ha però successivamente confermato la sua validità con il ritorno al potere del Partito Democratico – da Clinton a Obama a Biden (seppure inframmezzati dai Bush e da Trump - con il conseguente *revamping* dello scetticismo verso il gigantismo industriale. Così, su impulso dell'Amministrazione Biden, nel 2021 è stato presentato un disegno di legge per rafforzare le leggi antitrust, reintrodurre un approccio restrittivo nei confronti di intese, concentrazioni e condotte escludenti, potenziare la capacità degli organismi antitrust (Dipartimento di Giustizia e Federal Trade Commission).

2.3. Unione europea

Veniamo infine all'Europa. A partire dal Trattato di Roma del 1957 la disciplina europea della concorrenza si è notevolmente arricchita, come si è già visto, diversamente dagli USA mantenendo un approccio sostanzialmente stabile. La concorrenza va salvaguardata perché (e nella misura in cui) ne beneficiano i consumatori pagando prezzi ragionevoli (concorrenziali, appunto) e prodotti di qualità. Naturalmente i comportamenti delle imprese vanno valutati confrontandone i potenziali *pros* e i *cons*, ma sempre nell'ottica della protezione del consumatore e con il “pollice verso” se i secondi superano i primi.

Ciò premesso, in materia di enforcement vi è stata un'evoluzione nell'applicazione delle regole di concorrenza.

Per molto tempo, la Commissione europea e la Corte di giustizia europea hanno perseguito un approccio formalistico al diritto della concorrenza, in base al quale la natura o la forma giuridica di una condotta sembravano avere più importanza dei suoi effetti. Ciò è vero particolar modo per quanto riguarda l'articolo 102 del TFUE - il divieto di abusi di posizione dominante. Ad esempio, con l'importante sentenza Hoffman-La Roche del 1976¹⁴⁶, la Corte ha stabilito che gli accordi in esclusiva e gli sconti fidelizzanti erano di per sé illegali. In altre parole, era irrilevante se tali condotte producessero effetti anticoncorrenziali e se tali effetti fossero potenzialmente compensati da efficienze. Ciò creava il rischio che una condotta vantaggiosa potesse essere vietata ai sensi dell'articolo 102. Questo impronta di rigore non è stato esente da critiche: privilegiare un approccio formalistico rispetto a uno sostanziale e guardare più agli effetti di breve periodo che a quelli a lungo andare.

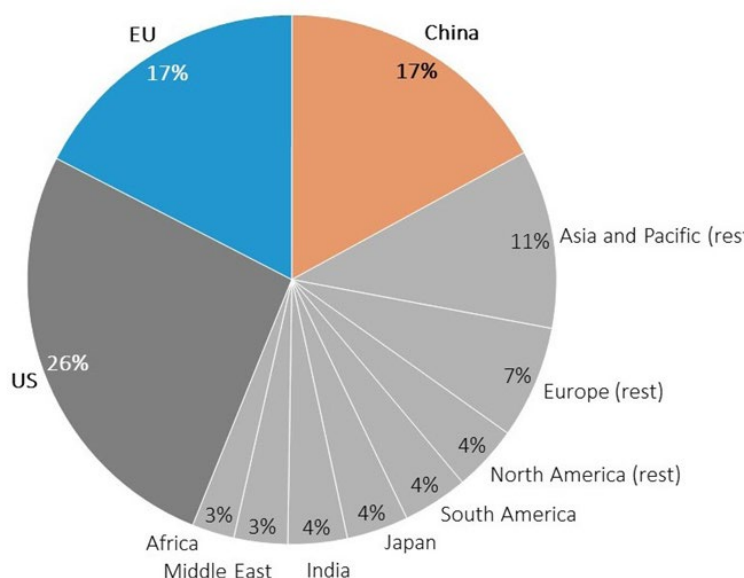
A partire dalla fine degli anni '90 la Commissione e le Corti europee hanno via via valorizzato il versante economico delle decisioni, rafforzando l'analisi degli effetti degli illeciti, anche laddove (come nell'art. 102, diversamente dal caso delle intese e delle concentrazioni) questi non sono menzionati. Così, nell'esaminare un caso di sconti fidelizzanti da parte di un'impresa dominante, la Corte di giustizia ha stabilito che la “Commissione è tenuta [...] a valutare l'eventuale esistenza di una

¹⁴⁶ Corte Europea di Giustizia, C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, par. 89-90.

strategia diretta ad escludere dal mercato i *concorrenti quantomeno altrettanto efficienti*”¹⁴⁷.

Negli ultimi anni l’innovazione tecnologica si è fatta sempre più strategica come “fattore” produttivo, in particolar modo quella relativa alla digitalizzazione e all’intelligenza artificiale, dominata da giganti di altri paesi (in primis gli USA) che tutti conosciamo, fino ad avvicinarsi ad assumere i connotati *di essential facilities*. Non a caso l’Europa ha progressivamente perso competitività e peso nell’economia mondiale.

Figura 15
*Suddivisione del PIL mondiale per aree geografiche nel 2023*¹⁴⁸



Il cambiamento in corso, unitamente a quelli ineludibili sul terreno delle risorse energetiche, richiedono di adeguare le politiche industriali finora seguite dagli Stati membri, ponendole sotto il coordinamento europeo¹⁴⁹: sono condizione di sopravvivenza economica, di sovranità e di sicurezza per l’Unione europea e i suoi Stati. A loro volta le nuove politiche industriali richiedono di adattare ai nuovi scenari le politiche regolatorie e quelle della concorrenza, “gestendole” in stretto coordinamento sì da garantirne la massima efficacia.

Sul lato *regolatorio* l’Unione ha emanato il *Digital Services Package* che sui

¹⁴⁷ Corte europea di giustizia, C-413/14 (*Intel*), Sentenza del 06.09.17, par. 138.

¹⁴⁸ Fonte IMF, 2024.

¹⁴⁹ Importante segnalare il Rapporto *The future of European competitiveness*, commissionato dalla Commissione europea a Mario Draghi e reso pubblico l’8 agosto del 2024.

componi di due norme: *Il Digital Markets Act* (DMA) e il *Digital Services Act* (DSA) con gli obiettivi, rispettivamente, di limitare il dominio economico delle grandi piattaforme e la diffusione online di contenuti e prodotti illeciti; il primo è entrato in vigore il 2 maggio 2023, il secondo il 25 agosto 2023.

La Commissione europea stima che sul mercato digitale europeo operano oggi più di 10.000 piattaforme, tuttavia, solo una piccola parte di esse raccoglie la maggior parte del valore generato dalle attività on-line. Anche se non menzionate direttamente, le cosiddette GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft) e altri giganti del settore sono i principali obiettivi delle due norme.

Tabella 9.- Risultati consolidati dei maggiori Gruppi digitali - 2023 (miliardi di \$) (*)					
	ALPHABET	META	APPLE	MICROSOFT	AMAZON
	(Google, ecc.)	(Faceb., Istagr., ecc)			
REVENUES	307,394	134,902	383,285	211,915	574,785
EBIT	84,293	72,710	114,301	88,523	36,852
NET INCOME	59,972	39,098	96,995	72,361	30,425
(*) Fonti: bilanci consolidati 2023					

Il DMA mira a regolamentare le attività economiche delle maggiori piattaforme, definite “*gatekeeper*” per indicare che sono diventate punti di passaggio obbligato per beneficiare dei vantaggi di Internet. Sono così classificate le piattaforme digitali con oltre 45 milioni di utenti finali al mese e con un fatturato maggiore di 7,5 miliardi di euro negli ultimi tre esercizi finanziari¹⁵⁰. In quanto “vigilati speciali” su di esse si passa da un controllo ex post del rispetto delle regole antitrust a un approccio ex ante, in cui il monitoraggio avviene prima che venga effettuata la violazione¹⁵¹.

In questo modo, l'applicazione delle normative anticoncorrenziali risulta più immediata, con tempistiche più consone allo sviluppo del mercato digitale. Le norme

¹⁵⁰ Al momento sono stati individuati 19 *Very Large Online Platforms* (VLOPs): oltre a Google e Bing, si tratta di Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube e Zalando.

¹⁵¹ Il DMA si propone di limitare i molteplici vantaggi attraverso i quali i gatekeeper possono mantenere una posizione dominante nel mercato. Di fronte alle loro pratiche talvolta sleali, il testo mira a imporre un certo numero di obblighi ex-ante: fino a questo momento, le multe per le violazioni del diritto della concorrenza intervenivano spesso tardi, il che non spingeva le aziende a modificare profondamente il loro comportamento. Con l'applicazione del DMA i gatekeeper non hanno più il diritto di favorire i propri servizi e prodotti rispetto a quelli delle aziende che li utilizzano, né di utilizzare i dati di queste ultime per competere. Non possono imporre di default software all'installazione del loro sistema operativo (come browser o motori di ricerca). Il regolamento inoltre garantisce anche la possibilità, per un'azienda utilizzatrice, di promuovere la propria offerta al di fuori di una piattaforma alla quale è legata e di stipulare contratti con i propri clienti o offrire i propri servizi ai consumatori indipendentemente da questa. Al fine di promuovere i propri prodotti e servizi concorrenziali, un'azienda, in particolare un venditore di beni online, può richiedere l'accesso ai dati generati dalle sue attività (marketing delle prestazioni...) e può anche ottenere informazioni relative agli annunci pubblicitari che finanzia su una piattaforma. Una piattaforma non può associare i dati personali di un utente a fini di pubblicità mirata se non previo consenso esplicito. Altre disposizioni limitanti la pubblicità mirata sono previste dal DSA. Anche i principali servizi di messaggistica (WhatsApp, Facebook Messenger, iMessage...) devono essere interoperabili con i loro concorrenti più piccoli. Pertanto, un utente potrà inviare messaggi, file o effettuare chiamate video da un'applicazione di messaggistica a un'altra. Infine, i gatekeeper dovranno informare la Commissione sugli acquisti e sulle fusioni che effettuano.

antitrust vigenti, infatti, hanno il limite della durata delle indagini, durante cui non è arginato l'effetto lesivo dell'eventuale abuso sulla concorrenza¹⁵². Inoltre, risultano inefficaci se il danno alla concorrenza non è causato tanto dal comportamento specifico della piattaforma in questione quanto dalle caratteristiche intrinseche del mercato digitale: sono proprio su queste caratteristiche interviene la regolamentazione del DMA.

Il DSA si concentra invece sui contenuti (odio, pornografia minorile, terrorismo...) e sui prodotti illeciti (falsi o pericolosi) offerti online. Il suo principale obiettivo è quello di armonizzare le legislazioni nazionali degli Stati membri in materia di sicurezza, trasparenza e responsabilità¹⁵³.

Lato antitrust il ripensamento dell'approccio tradizionale in corso tra le due sponde dell'Atlantico - in particolare l'abuso di posizione dominante, ma anche le intese verticali e le concentrazioni - discende dalla specificità dei mercati digitali, caratterizzati da effetti di dimensioni imponenti di network e conseguentemente di "winner takes it all", così come dall'attenuazione del concetto di mercato rilevante geografico, vista la portata senza confini delle piattaforme online. In altre parole, la tecnologia sta cambiando i mercati e, per conseguenza, le categorie concettuali della loro analisi.

Anche su questo si è cimentato il Rapporto Draghi. La premessa è che l'Europa ha bisogno di una politica industriale europea per far fronte alle sfide globali future. La politica di concorrenza può e deve cambiare solo in favore e a servizio di una politica industriale europea che ancora non c'è. Fra le criticità il Rapporto insiste sul "nanismo" delle imprese europee (anche di quelle più grandi) rispetto ai colossi americani e cinesi che dominano il mercato mondiale.

In questo contesto l'approccio UE alla politica di concorrenza richiede *cambiamenti radicali* nelle pratiche perché risulta talvolta troppo retrospettivo, concentrandosi sulle quote di mercato esistenti, mentre vari settori ciò che conta di più è la potenziale concorrenza futura e l'innovazione. In particolare:

- a) Necessario aggiornare le linee guida sulle *concentrazioni*, tendo conto delle evidenze che le imprese partecipanti possono presentare per provare che le

¹⁵² Si consideri che la complessità delle indagini concorrenziali nel settore digitale è tale che – fra istruttorie e decisioni della Commissione, ricorsi delle parti al Tribunale di prima istanza e poi alla Corte europea di giustizia – i procedimenti possono concludersi anche oltre dieci anni dall'avvio.

¹⁵³ Il DSA impone obblighi ai fornitori di servizi e in particolare alle piattaforme. Attualmente, le procedure di notifica e rimozione di contenuti e prodotti sono diverse da uno Stato membro all'altro e non consentono di agire tempestivamente. Sebbene il DSA non metta in discussione la responsabilità limitata delle piattaforme nei confronti dei contenuti e dei prodotti illeciti ospitati (concetto di "host passivo"), queste devono comunque offrire uno strumento che consenta agli utenti di segnalarli. Una volta effettuata questa segnalazione, devono rimuovere tempestivamente tali contenuti o bloccarne rapidamente l'accesso. E' vietato indirizzare pubblicità online alle persone in base alla loro religione, preferenze sessuali, informazioni sulla loro salute o convinzioni politiche. La pubblicità mirata è anche vietata ai minori.

operazioni proposte accrescono la capacità e l'incentivo a innovare ("*innovation defence*"), al tempo stesso impegnandosi a realizzare investimenti al riguardo, da monitorare ex post da parte della Commissione.

- b) *Accordi di cooperazione* orizzontale e pratiche concordate possono essere talvolta necessari per realizzare investimenti in R&S, transizione verso la sostenibilità e altre iniziative che richiedono standardizzazione e coordinamento di soluzioni tra i vari attori, ma che apportano grandi benefici ai consumatori europei. Necessario attivare processi semplici e snelli che gruppi di imprese possano seguire per lavorare insieme e raggiungere una scala efficiente di produzione quando ciò sarebbe vantaggioso per i consumatori (ad esempio per stipulare contratti per determinate materie prime critiche). Allo stesso modo, un gruppo di aziende che desidera collaborare per sviluppare una tecnologia standardizzata può anche aumentare l'accesso dei consumatori a nuovi prodotti.
- c) L'attuale prassi applicativa della politica sulla concorrenza non enfatizza sufficientemente la *sicurezza*, la *resilienza* e i correlati rischi di rallentamento dell'economia europea.
- d) In materia di *aiuti di Stato* erogati dai singoli Stati la loro compatibilità andrebbe valutata anche in un'ottica di interesse europeo e di coerenza con gli obiettivi di politica industriale dell'UE. Inoltre i tempi di approvazione di queste misure devono essere ridotti ai minimi termini per aiutare le aziende a velocizzare i loro processi produttivi. In questi ambiti, la Commissione dovrebbe passare da un modello di attuale di autorizzazione ex-ante dei finanziamenti (lento ed oneroso) ad un modello ex-post, in cui potrà verificare che i finanziamenti siano stati spesi bene.

Va infine detto che da un decennio a questa parte la Commissione europea ha avviato un vera e propria battaglia per reprimere gli illeciti concorrenziali degli incumbent digitali. Vale la pena di menzionare alcuni importantissimi casi che sono stati avviati o si sono conclusi nei giorni scorsi (settembre 2024).

Commissione europea c. Apple

Nel 2016 la Commissione Europea ha deciso che le società appartenenti al Gruppo Apple avevano ricevuto, dal 1991 al 2014, vantaggi fiscali dall'Irlanda nel trattamento degli utili generati fuori dagli USA che costituivano *aiuti di Stato*.

Nel 2020, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione, ritenendo che la Commissione non avesse sufficientemente dimostrato che tali società godessero di un vantaggio selettivo.

Infine, con sentenza del 10 settembre 2024¹⁵⁴ la Corte europea di giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale, sancendo che aliquote fiscali ridotte allo 0,005%, pagate dal gigante tecnologico, rappresentavano un sussidio illegale e confermando dunque la decisione della Commissione.

¹⁵⁴ Caso C-465/20, *Commission v Ireland and Others*.

Per effetto della sentenza Apple dovrà riversare allo Stato Irlandese 13 miliardi di euro, oltre agli interessi maturati dal 1991.

Commissione europea c. Google

Nel 2017 la Commissione ha inflitto a Google un'ammenda di circa 2,4 miliardi di euro per *abuso di posizione dominante* in 13 mercati nazionali europei di ricerca online, favorendo il proprio servizio di acquisti comparativi rispetto a quelli dei suoi concorrenti (c.d. "*self-preferencing*"). I risultati di ricerca dei servizi di shopping comparativo dei concorrenti apparivano invece come semplici risultati generici (visualizzati sotto forma di collegamenti blu) e, di conseguenza, erano diversi dai risultati del confronto di Google.

Dopo che il Tribunale di I istanza ha sostanzialmente confermato tale decisione e mantenuto tale ammenda, Google e Alphabet hanno proposto ricorso dinanzi alla Corte di giustizia. Con sentenza del 10 settembre 2024¹⁵⁵ la Corte di giustizia ha respinto tale ricorso e confermato quindi la sentenza del Tribunale. La Corte ha stabilito infatti che è vero che non si può ritenere che, come regola generale, un'impresa dominante che tratta i propri prodotti o servizi in modo più favorevole di quanto tratti quelli dei suoi concorrenti stia impegnandosi comportamenti che si discostano dalla concorrenza basata sui *meriti*. Tuttavia, nel caso di specie il comportamento di Google era discriminatorio e non rientrava nell'ambito della concorrenza basata sui meriti.

Commissione europea c. Microsoft

Infine nel giugno 2024 la Commissione ha inviato a Microsoft uno "*Statement of Objections*" (una comunicazione di preapertura di un procedimento) per pratiche di *tying* riguardanti *Teams*.

Constatato che Microsoft detiene una posizione dominante a livello mondiale nel mercato delle applicazioni "*software as a service (SaaS)*", ospitate su un'infrastruttura *cloud* scelta dall'azienda per uso professionale, la Commissione ritiene che almeno dall'aprile 2019 Microsoft avrebbe collegato Teams alle sue principali applicazioni SaaS, limitando così la concorrenza sul mercato dei prodotti di comunicazione e collaborazione. In particolare, Microsoft avrebbe concesso a Teams un vantaggio distributivo non dando ai clienti la scelta se acquisire o meno l'accesso a Teams quando si abbonano alle loro applicazioni SaaS. Questo vantaggio potrebbe essere stato ulteriormente esacerbato dalle limitazioni di interoperabilità tra i concorrenti di Teams e le offerte di Microsoft.

Il comportamento potrebbe aver impedito ai rivali di Teams di competere e, a loro volta, di innovare, a scapito dei clienti europei, in tal modo violando l'art. 102 TFUE.

¹⁵⁵ Caso C-48/22, *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*

3. Regolazione – non solo public utilities

Quanto svolto finora è focalizzato sulla regolazione dei mercati caratterizzati da deficit di concorrenza e in particolare sulle c.d. public utilities.

La regolazione (o regolamentazione) spazia però in tutti i campi del vivere sociale e dell'economia. Al di là della veste giuridica, infatti, leggi, decreti, circolari emanate da istituzioni pubbliche e financo gli statuti di associazioni imprenditoriali o professionali, così come i contratti disciplinano regole di condotta.

Limitandoci al terreno dell'economia, l'*iper-regolazione* può avere effetti negativi quando impone “lacci e laccioli” (per dirla con quel gigante dell'economia che fu Guido Carli) che limitano eccessivamente la libertà economica: precisamente quando lo fanno in modo non proporzionato alle effettive esigenze.

Non raramente inoltre, tanto più in Italia, gli eccessi regolatori si traducono in barriere alla concorrenza. Infatti processi di liberalizzazione di cui si è discusso sono stati realizzati attraverso la de-regolamentazione, l'abbattimento degli steccati che ostacolavano la concorrenza.

Si ricorderà che nel Capitolo I si è discusso del perché i processi di liberalizzazione siano stati particolarmente lenti e contrastati nel settore dei servizi, nonostante gli artt. 49 e 54 del TFUE sanciscano la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Si è anche detto che pietra miliare della svolta è stata la c.d. Direttiva Bolkenstein¹⁵⁶, emanata nel 2006 dopo un decennio di traversie, che ha liberalizzato il settore dei servizi¹⁵⁷.

La Direttiva stabilisce che in applicazione dei citati articoli del Trattato, la prestazione dei servizi è libera, salvo qualora “il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili”. In tali casi “gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza [...] e l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente” (art. 12, par. 1 e 2). In breve se per ragioni di interesse pubblico il numero delle autorizzazioni che è possibile rilasciare è inferiore a quello degli operatori interessati, questi ultimi vanno selezionati attraverso gare, l'autorizzazione ha durata limitata e non può essere prorogata al medesimo soggetto”.

Bene o male e con molto ritardo la Direttiva è stata applicata anche in Italia: dalla

¹⁵⁶ Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

¹⁵⁷ Esclusi i settori bancario e finanziario, l'energia, le comunicazioni e i trasporti poiché già disciplinati da altre norme.

liberalizzazione degli orari di apertura dei pubblici servizi a divieto di determinazione da parte degli ordini professionali delle tariffe minime che i propri associati possono praticare alla clientela, ecc.

Concessioni balneari

Vi è un caso su cui – da anni e tanto più oggi – sembra “dividere” il paese: le concessioni del demanio marittimo per finalità turistiche – in breve, le concessioni di spiagge agli stabilimenti balneari o le concessioni balneari tout court, che da tempo immemorabile sono state affidate direttamente e di volta in volta prorogate alla scadenza: basti ricordare che la legge 145/2018 ne aveva disposto la proroga di quindici anni (sino al 31 dicembre 2033). Tutto ciò in barba a ben due procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea per violazione della normativa unionale, sentenze della Corte di giustizia e della giurisprudenza nazionale, ripetute segnalazioni dell’Autorità antitrust¹⁵⁸.

L’argomento a difesa delle proroghe a oltranza, sbandierato dagli interessati e dai predominanti supporter politici è che mancherebbe il presupposto della “scarsità delle risorse naturali” (ossia delle spiagge) per l’applicazione dell’art. 12 della Direttiva: in altre parole, le spiagge sarebbero addirittura sovrabbondanti, dunque non vi è motivo di limitare il numero di autorizzazioni e dunque i gestori possono continuare vita natural durante. A sostegno di questa tesi sarebbe che l’Italia disporrebbe di ben 11.000 chilometri di coste, tante da lasciare spazio anche per una quantità di spiagge libere. In realtà, al di là del fatto che le coste italiane misurano meno di 8.000 chilometri, una volta sottratte quelle occupate da città e da infrastrutture e quelle “in verticale”, di spazio ne resta veramente poco.

Stretto fra la pressione politica degli operatori, da un lato, e dalla Commissione europea, dall’altro, seguendo una costante per l’Italia il Governo ha cercato di prendere tempo, prima accorciando la proroga al 31.12.23, poi portandola al 31.12.24 e infine (è notizia di pochi giorni fa) proponendone alla Commissione una al 31.12.27 (proposta che risulta essere stata rimandata al mittente).

¹⁵⁸ Secondo quanto accertato da quest’ultima, nel 2019, su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime ben 21.581 erano soggette a un canone annuale inferiore a 2.500 euro. Per lo stesso anno, l’ammontare complessivo dei canoni concessori è stato di soli 115 milioni di euro (AS1730 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021). Di queste 12.166 sono le concessioni balneari oggi in essere, con un fatturato medio annuo di 260.000 euro.

VI.- IL PRINCIPE, GLI ARBITRI DEI MERCATI E LA POLITICA INDUSTRIALE

1.- Il Principe

Prendendolo a prestito da Machiavelli per *Principe* intendiamo qui il soggetto (anzi i soggetti) a cui è delegato l'esercizio del potere politico: governi centrali e locali, parlamenti, ecc. Gli *Arbitri* sono invece le autorità indipendenti di regolazione dei mercati e le autorità antitrust.

La distinzione fra gli uni e gli altri, come *soggetti* e come *compiti*, è l'oggetto di questo capitolo.

I compiti del Principe sono estremamente vasti: coprono sostanzialmente quasi ogni aspetto della vita economica e sociale di ogni Paese, si concretizzano nella politica macroeconomica, sociale, industriale, della sicurezza, ecc. In breve: (i) l'esercizio di tutte quelle funzioni che di per sé non possono che essere collettive (il governo della moneta, l'imposizione fiscale, la giustizia e quant'altro; (ii) individuare una sintesi fra interessi contrapposti di differenti categorie di soggetti (ad esempio, si è visto prima, fra quanti usufruiscono di SIEG sussidiati da entrate fiscali e i contribuenti che le versano).

I compiti della regolazione dei mercati sono invece essenzialmente di promuovere la concorrenza e dunque l'efficienza produttiva e allocativa, laddove la concorrenza non sia sufficientemente vivace. Infine quelli delle autorità antitrust sono di sanzionare comportamenti in violazione delle regole della concorrenza.

Ciò premesso, considerato che il terreno che qui più interessa riguarda fondamentalmente i mercati (o settori) a rete e i SIEG di cui si è discusso prima, l'attenzione va ora focalizzata sul "governo" di questi settori, vale a dire, su come lo Stato interviene sul loro funzionamento: dove il governo dei settori rientra in quella che viene chiamata *politica industriale*; e dove lo Stato è rappresentato sì dagli organi politici ma anche da quelli che si occupano di regolazione e di antitrust. E dunque su come i compiti si ripartiscono, o dovrebbero ripartirsi, fra di essi.

La finalità generale della politica industriale è di promuovere lo sviluppo della produzione e della competitività dei diversi settori e per questa via massimizzarne le ricadute positive sull'intero sistema economico e più in generale sulla società. Ciò richiede fra l'altro di:

- a) stabilire priorità (su quali settori conviene prioritariamente puntare);
- b) incentivare gli investimenti e i processi di innovazione in funzione del punto precedente;
- c) intervenire con risorse finanziarie pubbliche, sempre in relazione al punto a);
- d) promuovere efficienza (dunque competitività) e concorrenza, fissarne le regole del gioco dei mercati;
- e) sanzionare chi non rispetta le regole della concorrenza;
- f) perseguire obiettivi sociali, promuovendo la coesione sociale (occupazione, accessibilità ai servizi essenziali, abbordabilità dei loro prezzi) e armonizzando la distribuzione sociale del benessere – obiettivi tanto più importanti quando si tratta di SIEG.

Insomma i compiti che rientrano nella politica industriale sono tanti e, come si è visto, hanno anche a che vedere con la politica sociale. A scorrere l'elenco con la chiave di lettura offerta dai capitoli precedenti si direbbe che la *divisione delle funzioni* sia semplice:

- alla regolazione economica dei mercati quanto al punto d);
- all'antitrust il punto e);
- tutto il resto al Principe.

Tutto il resto al Principe” in quanto, mentre la materia ai punti d) ed e) può apparire questione tecnica, gli altri punti sono eminentemente politici, trattandosi di scegliere fra interessi diversi all'interno della società e contrastanti fra di loro. A titolo di esempio, fissare priorità fra settori e dunque promuoverne alcuni con investimenti e risorse pubbliche, implica favorirli scapito di altri; sovvenzionare i servizi essenziali affinché i prezzi siano abbordabili comporta favorire gli utenti accollando l'onere sulla fiscalità e dunque sui contribuenti, ecc.

Tuttavia le funzioni prima indicate come tecniche sono tutt'altro che neutrali rispetto a quelle politiche. Ancora a titolo di esempio:

- imporre alle imprese obiettivi di efficienza ne aumenta sì la competitività (il che va “a braccetto” con l'obiettivo politico) ma può determinare esuberi di mano d'opera e dunque creare problemi sociali; a sua volta la disoccupazione comporta costi per la finanza pubblica (chi non ha lavoro non versa più tasse né contributi previdenziali e deve essere sostenuto con assegni di disoccupazione);
- il rispetto delle regole di concorrenza può far sì che le autorità antitrust vietino operazioni di concentrazione fra imprese, che in forza delle economie di scala accrescerebbero però la competitività del Paese e quindi sarebbero in sintonia con gli obiettivi di politica industriale.

A questo si aggiunge che in molti settori dell'economia, ma nei servizi di pubblica utilità più che altrove, lo Stato si presenta con un'impressionante varietà di "anime": azionista, concedente, investitore, garante degli utenti, dei dipendenti, dei fornitori, dei contribuenti, della universalità dei servizi; inoltre, e più in generale, responsabile degli equilibri di finanza pubblica.

Ciascuna di queste anime è portatrice di obiettivi spesso confliggenti: (i) lo Stato azionista è in conflitto con lo Stato garante della concorrenza e degli interessi degli utenti (ha interesse a tenere alti i prezzi e a conservare il potere di mercato delle sue imprese); (ii) quest'ultimo (se si propone, come dovrebbe, di abbattere i costi) è in conflitto con lo Stato difensore degli interessi (almeno a breve) del mondo del lavoro e dei fornitori, così come con lo Stato garante degli obiettivi di solidarietà sociale; (iii) entrambe le due vesti precedenti sono in conflitto con lo Stato garante dei contribuenti; (iv) quest'ultimo e lo Stato risanatore della finanza pubblica non vanno sempre d'accordo fra di loro, ma entrambi si conciliano (vivaddio!) (v) con lo Stato privatizzatore, che però – se ha fretta di risanare la finanza pubblica e salta qualche tappa – va a confliggere con la sua anima di liberalizzatore, e così via.

Fino a quando, prima dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione, lo Stato gestiva i servizi che ci interessano attraverso imprese pubbliche monopoliste, i tanti conflitti fra obiettivi venivano ricompattati al suo interno. Spesso in modo tutt'altro che virtuoso. Così, si narra che sul finire degli anni '70 il Governo italiano decise che vi erano "troppi ragazzi per le strade" (intuibilmente a manifestare contro) e che dunque cinquantamila dovevano andare in Ferrovie dello Stato e altrettanti in Poste Italiane: scelta sociale o clientelare?

Con le liberalizzazioni, con l'affermarsi del principio di sussidiarietà orizzontale e conseguenti privatizzazioni il quadro è profondamente mutato:

- con il passaggio dallo Stato fornitore a quello garante della fornitura di servizi;
- con l'abbattimento delle barriere alla concorrenza fra gli Stati dell'Unione, ciò che rende imperativo essere competitivi, cosicché operazioni del tipo ricordato sopra non sono (non dovrebbero essere) più possibili;
- infine le regole europee proibiscono i comportamenti di un tempo che alla fine si concretizzavano nel mettere sul piatto risorse finanziarie pubbliche.

La necessità sempre più pressante diventa dunque di trovare un equilibrio fra obiettivi contrastanti che sia quanto più equo (compito del Principe) efficiente (compito degli Arbitri dei mercati) possibile.

2.- Gli Arbitri dei mercati

In molti Paesi europei, così come in Italia, la via scelta è stata di sottrarre al Principe le funzioni di regolazione economica dei mercati, prima attuata da funzionari ministeriali, e di tutela della concorrenza, con la costituzione di autorità *indipendenti*.

Il primo compito è svolto dalle autorità indipendenti di regolazione dei mercati sulla base della normativa europea e di quella nazionale. In Italia nel 1995 è stata istituita l'Autorità per l'energia elettrica e del gas, oggi competente anche per i servizi idrici e dei rifiuti, nel 1997 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e nel 2013 l'Autorità di regolazione del settore dei trasporti.

Il secondo compito è esercitato in Italia dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulla base del diritto unionale e nazionale della concorrenza, istituita nel 1990.

Queste autorità sono indipendenti in un duplice senso: (i) indipendenti dalle imprese regolate ma anche (ii) indipendenti dai governi nazionali e soggette solo alle leggi approvate dai parlamenti nazionali e, prima ancora, alle norme comunitarie.

La necessità del primo tipo di indipendenza è di immediata comprensione: l'arbitro non può dipendere dai giocatori in campo. La necessità del secondo tipo di indipendenza deriva da considerazioni diverse e più complesse:

- a) In primo luogo, i governi espletano una grande varietà di funzioni e indossano altrettante vesti, con conseguenti conflitti fra obiettivi; meglio dunque semplificare le cose sottraendo loro quelle che non hanno stretta attinenza con scelte che sono proprie di esclusiva competenza della politica.
- b) In secondo luogo, è interesse dei governi difendere le imprese nazionali dalla concorrenza di quelle di altri Stati e tanto più di difendere quelle di cui sono azionisti; ne segue che l'imparzialità degli arbitri della concorrenza e degli organismi di regolazione richiede che siano indipendenti dai governi.
- c) Inoltre la storia delle grandi imprese - specie se di servizi e anche dopo che sono passate in mano private - è contrassegnata da non sempre sani scambi di favori con il potere politico, ossia dalla loro reciproca "cattura"; se vi è qualcuno che dal di fuori pone ostacoli a scambi di questa natura, tanto meglio.
- d) Ancora, i regimi democratici sono caratterizzati dall'alternanza al governo di forze politiche portatrici di differenti orientamenti, con il conseguente rischio che a ogni "ciclo politico" siano cambiate le regole del gioco che i mercati debbono seguire. Di qui l'esigenza di svincolare la fissazione e l'*enforcement* di tali regole dalle incertezze del ciclo politico, il quale inevitabilmente condiziona gli apparati ministeriali. Altrimenti al rischio di mercato cui le imprese sono fisiologicamente soggette si aggiungerebbe il *rischio regolatorio* derivante dall'incertezza delle

regole stesse. Ciò allontanerebbe gli investimenti privati o indurrebbe le imprese a pretendere di essere indennizzate da questo rischio con una più elevata remunerazione del capitale: caso tanto più grave nei settori ad alta intensità di capitale, quali le infrastrutture.

- e) Infine, il livello di competenze tecnico-economiche delle strutture ministeriali è spesso inadeguato e basato su presidi puramente formali (talvolta con punti di pericolosa contiguità ai grandi concessionari vigilati): una debolezza che si avverte soprattutto nei processi di trasformazione del mercato, quando sono richieste prontezza di risposta, flessibilità di azione e maggiore indipendenza di giudizio per tutelare i nuovi entranti.

Per le ragioni indicate l'istituzione di autorità indipendenti è spesso prevista dalla normativa dell'Unione: per le autorità antitrust così come per quelle di regolazione dei mercati dell'energia e delle comunicazioni elettroniche.

Si ricorderà che nella Parte II (e implicitamente in quelle successive) è stato affermato che la finalità della regolazione e dell'antitrust è di rimediare ai fallimenti del mercato. Questa asserzione è corretta ma va integrata con un'altra: la loro finalità è anche quella di *rimediare alla cattura reciproca* fra il Principe e le imprese, interponendosi fra di loro, così come di contenere la cattura del primo da istanze immediate di tipo elettorale o clientelare, e conseguenti oscillazioni delle regole.

Per tutte le ragioni indicate, molto meglio che vi siano soggetti che si interpongono fra il Principe e i mercati, nelle funzioni che hanno valenza in primo luogo tecnico-economica, e che non rispondono *in via gerarchica* a esso.

Difatti le Autorità di regolazione sono state in Italia istituite con legge approvata dal Parlamento – non con un provvedimento governativo - e stabiliscono che esse esercitano le proprie competenze tenendo conto delle *funzioni di indirizzo generale* che invece spettano invece al governo: tali funzioni essenzialmente consistendo nelle attribuzioni del Principe elencate nella precedente sezione.

Purtroppo non è che con questo il terreno delle competenze sia demarcato nettamente, come dimostrano i numerosi conflitti di attribuzione fra governi e autorità indipendenti, così come fra gli obiettivi perseguiti dagli uni e dagli altri, esemplificati prima.

Questa situazione è tanto più presente nei *SIEG*, dove gli obiettivi sociali (dunque eminentemente politici) sono preponderanti. Tuttavia proprio a questo riguardo si può individuare quella che sarebbe una sana ripartizione dei compiti:

- 1) Sulla base dell'art. 14 del TFUE:
 - a) spetta ai governi stabilire la quantità dei servizi da garantire, la loro diffusione territoriale e il livello abbordabile dei prezzi, posto che si tratta di decisioni in

- primo luogo di politica sociale;
- b) spetta di conseguenza ai governi decidere se finanziare o meno – e quanto – determinati servizi;
 - c) spetta infine ai governi stabilire, sulla base delle norme comunitarie e nazionali, con quali modalità i servizi vadano gestiti.
- 2) Sulla base di altre norme e principi dell'Unione spetta invece ai regolatori stabilire quale è il livello efficiente dei costi delle imprese fornitrici, e su questa base fissare prezzi (i) pari a costi efficienti *oppure* (ii) pari a tali costi detratti gli eventuali sussidi pubblici la cui misura è determinata dal Principe.

3.- Autorità di regolazione vs. autorità antitrust

Regolazione dei mercati e antitrust hanno in comune lo scopo di assicurare un corretto gioco concorrenziale e, per il suo tramite, non discriminazione, qualità, prezzi orientati a costi efficienti e beni e servizi disponibili a condizioni eque. Come è stato già anticipato, ciò viene realizzato in due momenti, che segnano il discrimine fra quello regolatorio e quello antitrust:

- a) imponendo *ex ante* le regole del gioco concorrenziale, laddove questo non è ancora sufficientemente vivace, o imponendo comportamenti ispirati alla concorrenza allorquando un'effettiva concorrenza non può realizzarsi per ragioni di interesse generale;
- b) vigilando *ex post* sul rispetto delle regole della concorrenza e sanzionando comportamenti difforni da esse.

Va precisato tuttavia che anche le autorità della concorrenza possono in determinati casi intervenire *ex ante*: con la disciplina degli *impegni* di cui si è detto nella sezione relativa agli abusi di posizione dominante e con l'eventuale imposizione di *remedies* a cui subordinare l'approvazione di operazioni di concentrazione. In entrambi i casi, imponendo alle imprese regole di condotta per il futuro le autorità antitrust svolgono funzioni proprie di quelle di regolazione.

Rispetto all'antitrust, la regolazione svolge per certi versi un ruolo residuale: quello di ovviare ai “*fallimenti*” del diritto della concorrenza, allorché l'intervento *ex post* delle autorità antitrust non sia sufficiente a garantire un gioco concorrenziale pulito.

Ne segue che con l'affermarsi di condizioni di effettiva concorrenza la regolazione dovrebbe progressivamente ritirarsi e cedere il campo alle autorità

antitrust. Infatti nelle legislazioni, europee e non, si è larghissimamente convenuto che negli “early stages” dei processi di liberalizzazione la regolazione ex ante sia fondamentale per la transizione da assetti monopolistici verso condizioni concorrenziali, e che l’azione degli organismi di regolazione sia complementare a quella delle autorità della concorrenza¹⁵⁹. Queste ultime mantengono comunque le proprie funzioni anche sui mercati regolamentati, con espressa previsione del prevalere del diritto antitrust sulle decisioni degli organi di regolazione¹⁶⁰.

Più ragioni sono alla base dell’affiancamento della regolazione ex ante all’intervento ex post dell’antitrust:

- a) le autorità della concorrenza giudicano caso per caso e dopo che il “fatto” (il comportamento anticoncorrenziale) è stato denunciato, ciò che è suscettibile di determinare incertezza e diversità di trattamento a seconda dei casi;
- b) la lentezza e la debolezza comparativa degli effetti, posto che gli organismi della concorrenza agiscono indirettamente, quelli di regolazione in via diretta¹⁶¹;
- c) la maggiore sistematicità e tempestività che caratterizza l’azione dei regolatori settoriali, i quali possiedono maggiore conoscenza e polso delle caratteristiche del mercato, così da essere più in grado di assumere scelte caratterizzate da uniformità di trattamento dei soggetti regolati, anche in relazione alle *practices* internazionali;
- d) spesso la maggiore incisività dell’azione dei regolatori (si pensi alla regolazione dei prezzi, dove essi intervengono per imporre il rispetto del principio di orientamento al costo, mentre le autorità della concorrenza possono intervenire (inevitabilmente con un “ex post” alquanto ritardato) solo nei casi “macroscopici” di prezzi predatori

¹⁵⁹ La Commissione europea enfatizza che la regolazione pro-concorrenziale è parte integrante della politica della concorrenza: “Since regulation has been increasingly determined by a competition policy perspective, using both regulatory and competition tools cannot be seen as inconsistent. Competition instruments and regulatory tools are complementary means. They deal with a common problem and try to achieve a common aim. The problem is high level of market power and the likelihood of it being abused [...]. In short, within the EU, competition has already been shaping regulation: it is the latter which has been adapting itself to suit the philosophy and the approach of the former. Regulatory policy cannot be seen any more as independent of competition policy: it must be seen as a part of a broader set of tools of intervention in the economy based on competition principles of analysis”.

¹⁶⁰ Cfr. Decisione della Commissione 2003/707/CE del 21 maggio 2003 (Deutsche Telekom AG). La decisione è stata poi confermata dal Tribunale di I grado. Cfr. anche AGCOM, Delibera 14/03/CIR (par. III): “L’esistenza e la piena vincolatività dell’obbligo di orientamento al costo prescinde dall’adozione da parte dell’Autorità di provvedimenti in materia di valori di terminazione, i quali rappresentano tutt’al più un mero strumento, per così dire “probatorio”, di rilevazione di valori coerenti coi costi”. Ne segue che “Il principio dell’orientamento al costo è ben lungi dal costituire una mera regola dispositiva riflettente un punto di equilibrio tra contrapposti interessi solo privati, presuntivamente ritenuto equo dal legislatore. Si tratta invece di una regola dettata nel precipuo interesse pubblico, con la essenziale funzione di aprire alla concorrenza il settore economico interessato”.

¹⁶¹ “The major difference between regulation and antitrust is that regulator address the question of market power directly [...], while antitrust authorities only indirectly [...]. Under an antitrust statute monopoly profits are generally addressed by enhancing competition, while a regulator would directly intervene, reducing monopoly profits” (International Competition Network, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors – Interrelation between Antitrust and Regulatory Authorities, 2004, p. 7).

o ingiustificatamente onerosi.

Alle ragioni indicate se ne aggiungono altre di politica industriale. La funzione delle autorità settoriali di regolazione consiste sì nel prevenire illeciti concorrenziali, ma ciò dovrebbe avvenire in modo pro-attivo, guardando all'impatto delle misure sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori a lungo andare, così come al loro impatto sulla competitività:

- a) poiché non è raro che vi siano *trade-off* fra concorrenza a breve e a lungo termine;
- b) poiché è vero che la concorrenza costituisce un fattore necessario per la competitività, ma assenza di competitività e di sviluppo si convertono in freno alla concorrenza e al benessere della collettività, ben oltre quello degli utenti del settore.

Al tempo stesso, l'essere la regolazione funzionale alla politica industriale espone le autorità di regolazione a essere potenzialmente "contaminate" dal quadro politico che detta le strategie e gli obiettivi della politica industriale.

Più protette dalle incursioni politiche sono le autorità antitrust, la cui indipendenza¹⁶² è costituzionalmente garantita dalle norme europee e che, come riportato nel capitolo III(1), hanno il potere di disapplicare (anzi sono tenute a farlo) leggi nazionali in contrasto con le norme europee. A questo si aggiunge che l'Autorità antitrust italiana è legittimata ad agire in giudizio (ricorrendo ai tribunali amministrativi) contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di *qualsiasi amministrazione pubblica* che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato¹⁶³.

4.- Quando regolare i mercati

Nello stabilire *se e come* sottoporre a regolazione un mercato, va tenuto conto che questa genera non solo benefici in termini di promozione della concorrenza ma anche costi: *costi amministrativi* per la pubblica amministrazione e per le imprese (si pensi alla complessità della contabilità regolatoria), limitazioni della libertà di iniziativa e dei diritti di proprietà, possibile rallentamento dello sviluppo. Per ricordare un aspetto già toccato, costituisce una notevole limitazione del diritto di proprietà l'imporre a un'impresa che ha costruito a proprie spese un'infrastruttura, per produrre con essa servizi da vendere ai propri clienti, di consentirne l'uso a terzi operatori che entrano sul mercato per farle concorrenza.

¹⁶² A parte i poteri del governo in caso di concentrazioni, di cui si è detto nella sezione III.6.2.

¹⁶³ Legge 287/1990, articolo 21-bis.

La necessità della regolazione non dovrebbe dunque essere assunta a priori, ma provata caso per caso. Infatti oggi tutti i provvedimenti delle autorità pubbliche (leggi, decreti governativi, decisioni delle autorità di regolazione, ecc.) debbono essere ex ante accompagnate da analisi di impatto della regolazione (AIR) che ne motivi il prevalere dei benefici sui costi, alle quali debbono seguire verifiche di impatto della regolazione (VIR): le prime (AIR) debbono giustificare le misure che le autorità di regolazione hanno deciso di stabilire; le seconde (VIR) debbono verificare il successo o l'insuccesso (o le criticità) delle decisioni prese.

In particolare, ai sensi della Raccomandazione comunitaria sui mercati delle comunicazioni elettroniche¹⁶⁴, possono essere regolati ex ante *esclusivamente* quei mercati che rispettano il c.d. *triplo test*:

- a) elevate e non transitorie barriere all'entrata;
- b) assenza di prospettive sviluppo della concorrenza nel medio periodo;
- c) insufficienza del diritto della concorrenza a risolvere i fallimenti del mercato (in assenza di regolazione ex ante).

I tre criteri debbono essere *congiuntamente* verificati per mantenere la regolazione ex ante: qualora uno solo di essi non trovasse convalida, le autorità nazionali di regolazione dovrebbero astenersene.

La *ratio* della norma comunitaria (che, nello spirito, ha portata non limitata allo specifico settore) è che in assenza delle tre condizioni indicate sopra il mercato va considerato *contendibile*, ossia che la minaccia di ingresso di nuovi concorrenti è tanto forte da indurre le imprese dominanti a non abusarne - anche se la concorrenza non si è ancora manifestata nel breve periodo o non si è ancora manifestata in misura consistente - e che pertanto il mantenimento della regolazione ex ante sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità.

5.- La regolazione fra settori diversi

Le autorità indipendenti di regolazione dei diversi settori operano spesso senza guardare a ciò che sta facendo il proprio "vicino".

Oggi si sta cercando non solo di creare – come è stato realizzato su iniziativa comunitaria – *reti di regolatori europei* di uno stesso settore ma anche un coordinamento fra regolatori di settori diversi.

¹⁶⁴ Commissione europea, Raccomandazioni 2003/311/CE e 2007/879/CE, par. 5 e 9, rispettivamente.

Interagire con le autorità di altri settori significa confrontarsi sulle “esternalità” delle proprie misure, sulle procedure e sulle metodologie, nei limiti consentiti dalle rispettive normative di settore.

Restando sul terreno dei rapporti fra le regole, la questione può essere utilmente sdoppiata fra *imitazione* e *armonizzazione*.

Il primo profilo riguarda l'utilità di applicare esperienze e metodologie regolatorie in uso in settori più avanzati, sia sotto il profilo della concorrenza che sotto quello delle pratiche regolatorie, quali:

- a) le analisi di mercato e conseguente flessibilità delle misure;
- b) la scelta dell'orizzonte temporale preferibile per implementare la concorrenza, ecc.;
- c) le modalità di finanziamento del servizio universale;
- d) le modalità per promuovere forme di concorrenza *facilities based* vs. *services based*;
- e) le esperienze di separazione verticale fra reti e servizi, e fra servizi e servizi, ecc.

Il secondo profilo – l'armonizzazione delle regole fra settori diversi – è di meno immediata percezione e di più ampia portata.

Fra settori quali i trasporti, l'energia, le comunicazioni elettroniche, l'idrico, ecc, non vi sono né concorrenza dal lato della domanda (non sono sostituibili fra di loro, posto che soddisfano esigenze diverse), né (eccetto lo scambio di *input*) complementarietà, cosicché non si vedrebbe ragione immediata di armonizzazione delle regolamentazioni (a parte il comune rispetto delle regole di concorrenza).

Questi settori tuttavia (tutta l'economia, del resto), più o meno a seconda dei casi competono sulla finanza pubblica e sempre competono sul mercato dei capitali. Inoltre, essi esercitano un'influenza decisiva sulla competitività complessiva del sistema economico.

Trattandosi di settori regolamentati, la redditività di ciascuno di essi e la loro capacità di attrazione di capitali dipendono dalle regole che li governano. A titolo di esempio, se l'autorità di regolazione di un settore riconoscesse agli operatori un tasso di remunerazione del capitale (WACC) maggiore di quello consentito dalle autorità di regolazione di settori diversi (senza che ciò sia giustificato da ragioni oggettive – in particolare da differenziali di rischio degli investitori), ciò avrebbe per effetto di attirare capitali verso il settore più redditizio e allontanarli da altri.

Il coordinamento fra gli organismi settoriali di regolazione è quindi essenziale per supportare le priorità di sviluppo dei diversi settori in conformità con obiettivi di interesse generale.