

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il mercato e la tutela della concorrenza: un confronto tra giuristi ed economisti

Resoconto del convegno – Università di Salerno – 13 ottobre 2003

Serena Pannicelli

Aprile 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Giuseppe Tesaurò

La tutela della concorrenza tra diritto comunitario e diritto italiano

Prima del 1990, in Italia lo Stato interveniva nel sistema economico più in qualità di attore che di regolatore. L'unica disposizione che si occupava di concorrenza era l'art. 2598 del codice civile, relativo alla concorrenza sleale, che per qualche verso si potrebbe avvicinare alla fattispecie di abuso di posizione dominante, pur operando in un diverso ambito materiale.

Per quanto riguarda le regole di concorrenza contenute nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (1957), cioè gli artt. 81 e 82, esse inizialmente erano lette come complemento alla creazione del mercato comune, fine principale della CEE. La concorrenza non era quindi percepita come valore in sé. Tuttavia, già dai primi anni dell'applicazione dell'art. 81.3, le deroghe ivi previste vengono sempre indirizzate verso l'interesse del consumatore. Per le operazioni di concentrazione il Reg. 4064/1989 richiede un'analisi prospettica della fusione o dell'acquisizione per misurare gli effetti a lunga scadenza sul mercato, e questo segna la differenza con l'approccio statunitense, che valuta, invece, le ricadute prossime.

Il collegamento tra i due ordinamenti, comunitario ed italiano, si serve di un appiglio formale contenuto nella legge 287/1990 in base al quale essa s'interpreta in modo conforme al primo (c.d. vincolo d'interpretazione formale: art. 1.4 l. 287/1990). La stessa nozione d'impresa è specifica, di derivazione comunitaria, e si applica solo nel settore della concorrenza. Ad es., ai fini della L. 287/1990 l'INAIL e l'INPS che non esercitino anche attività di assicurazione volontaria non rientrano nella nozione di impresa rilevante perché qui ci si riferisce alla valenza economica dell'attività correlata al rischio di impresa, al di là del fine di lucro eventualmente perseguito. L'approccio è quello di una visione sostanzialista. Nel sistema CE, inoltre, vige un regime di neutralità tra impresa pubblica e impresa privata, per cui la prima è considerata a tutti gli effetti impresa, a meno che non svolga un'attività d'interesse pubblico e superi un test di proporzionalità che la esenti dall'essere soggetta alle norme antitrust nella misura strettamente necessaria per svolgere la sua attività a vocazione pubblica.

Le norme sulla concorrenza sono tutte dotate di effetto diretto, compresa la normativa sulle concentrazioni. Il comportamento sanzionato potrebbe, però, essere avallato o imposto dalla normativa di uno Stato membro; in modo tale potrebbe venire a mancare la responsabilità dell'impresa che manca di autonomia, in quanto agisce secondo l'imposizione dell'autorità pubblica. Potrebbero, quindi, verificarsi delle interferenze della normativa interna sulla condotta delle imprese, rilevante per il diritto CE, che, ricordiamo, si riferisce direttamente a queste e non agli Stati. In casi di conflitto viene in aiuto il principio di leale collaborazione, contenuto nel Trattato CE, secondo cui gli Stati non applicano la disciplina interna in modo da menomare l'effetto utile di una norma comunitaria. Secondo l'ultima giurisprudenza (CIF, causa C-198/01, sentenza del 9/9/2003) l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha l'obbligo di disapplicare la normativa nazionale che impone o favorisce un comportamento vietato dall'art. 81.1 del Trattato CE.

Antonio Perrucci (Direttore del Dipartimento di Analisi Economica dell'AGCOM)

Novità nel contesto internazionale competitivo delle TLC

Il Dott. Perrucci, Direttore del Dipartimento di Analisi Economica dell'AGCOM, introducendo la sua relazione si sofferma sulla particolarità del settore delle telecomunicazioni, in cui il progresso tecnologico influenza la struttura del mercato in modo decisivo.

In Italia la legge è la numero 249 del 1997 istitutiva, tra l'altro, dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, chiamata a risolvere le dispute tra operatori e tra questi e i consumatori.

Nel 2000, la crisi economica che ha investito sia gli aspetti finanziari che quelli legati alla produzione, ha colpito anche il settore delle telecomunicazioni. Si è assistito quindi ad una sequenza di fallimenti specialmente per quanto riguarda le imprese di internet. Per sollevarsi dalla crisi le aziende del settore tendono a far convergere i propri modelli di business con quelli delle altre imprese, prestando una particolare attenzione al mercato nazionale ed alla customer care. L'aumento della competitività nel settore ha facilitato forme di partnership tra gli operatori; a ciò si aggiunge l'affermarsi dei servizi di raccolta-elaborazione dati, degli accessi a larga banda (internet veloce), della telefonia mobile di ultima generazione (UMTS) e forme d'interazione tra telefonia mobile e TV.

Nel settore televisivo si assiste ad un processo di concentrazione in conseguenza del quale diminuiscono i competitori. L'ultima direttiva CE in materia, la 96/02, impone la full competition e apre la via alla liberalizzazione del settore. Il modello è circolare e non lineare, per cui è il regolatore che col suo intervento può aprire il mercato oppure inibirlo, istituendo una interdipendenza tra evoluzione tecnologica ed intervento regolatorio. Se le tariffe sono mantenute troppo basse si rischia di ridurre l'income, se troppo alte si uccide la concorrenza, per questo motivo l'intervento dovrebbe ispirarsi ad un modello di fine-tuning.

Francesco Silva (Professore ordinario di Economia Industriale presso l'Università di Milano, Bicocca)

La tutela delle concorrenza tra regole e comportamenti

Il prof. Silva espone sulla possibilità di una coesistenza tra libera concorrenza e regolazione.

La concorrenza è fatta di condizioni esterne, di comportamenti, di norme etc. Queste ultime, in particolare, interferiscono col mercato. In base al principio della state action si delinea l'ambito entro il quale il soggetto può muoversi senza incorrere nelle sanzioni perché sussiste, in questo caso, la responsabilità di un organismo pubblico.

Le norme a tutela della concorrenza, sia comunitarie che italiane, si applicano purché si sia in presenza di un comportamento autonomo privato, che si ricollegi ad una responsabilità (cartello, abuso di posizione dominante) e purché la sanzione sia dotata di effettività (law enforcement). L'obiettivo dell'impresa è il profitto, per cui essa ha scarsa propensione alla concorrenza, a meno che non si senta tanto forte da riuscire a mantenere la quota di mercato nonostante l'apertura concorrenziale.

Bisogna valutare l'incidenza che le norme hanno sui comportamenti e testare l'efficacia delle relative sanzioni. La Corte di Giustizia CE è da sempre legittimata a dichiarare l'illegittimità delle norme, ma grazie alla giurisprudenza CIF si conferma la possibilità da parte dell'AGCM di disattivare le norme nazionali confliggenti con il diritto comunitario. Un simile approccio è prova della volontà di smobilitare norme contrarie a quelle sulla concorrenza.

**Lucio Scandizzo (Professore ordinario di Economia Politica,
Università di Roma, Tor Vergata)**

Il mercato tra teoria e fatti

Il concetto di concorrenza ha subito un'evoluzione in due fasi:

1. Sotto lo Sherman Act è lo Stato che si preoccupa dell'eccessiva ingerenza delle imprese sul mercato.
2. Nei tempi più recenti si assiste ad un'inversione di tendenza per cui sono le imprese che lamentano un eccesso di regolazione pubblica.

Coase rifiuta di applicare l'individualismo metodologico nell'economia e cerca di descrivere l'impresa come un'istituzione che emerge nel mercato per ridurre i costi di transazione in esso esistenti (ad esempio tramite la standardizzazione dei contratti). Coase riqualifica il mercato come istituzione di cui la concorrenza è caratteristica essenziale; essa contiene in sé i concetti di giustizia, efficienza e libertà. Per Natalino Irti, invece, il mercato è locus artificialis ed è conformato in base alla volontà del legislatore. Riprendendo la visione di Coase, come dal mercato emerge l'impresa, così possono nascere altre gerarchie dedicate, sempre al fine di eliminare o ridurre i costi transattivi. Nelle gerarchie dedicate si assiste ad una concentrazione tra autorità e potere come nell'impresa verticalmente integrata. La tendenza di fondo, sul piano microeconomico, è quella di eliminare la concorrenza. Sul piano macroeconomico sopravvive l'impianto tayloristico. Negli anni '70 la crisi petrolifera viene letta come riscossa del mercato nei confronti dell'impresa. Le economie di scala legate alla produzione subiscono una riduzione.

Secondo Hayek è la conoscenza che provoca lo sviluppo economico, essa è il vero fine del mercato. L'impresa negli ultimi decenni si deverticalizza, si frammentano i centri di potere. Si assiste ad un radicale cambiamento del government e ad un ritorno delle poliarchie, con una parallela riduzione delle gerarchie e dismissione, da parte dello Stato, delle attività produttive. Per quanto riguarda l'Italia gli aspetti negativi risiedono nel fatto che, prima degli anni '70, c'è stata poca verticalizzazione delle imprese private mentre lo Stato si è sviluppato molto nell'attività economica, provocando così un imbarazzante dualismo.

Ad un'analisi più attenta si individuano quattro fenomeni che portano il mercato verso l'apertura alla concorrenza:

1. le imprese si riducono di dimensioni

2. cresce la tendenza dell'outsourcing, per cui crescono e si sviluppano le imprese che coordinano i servizi per gli utenti finali

3. si afferma il subcontracting (ossia la subfornitura: si affida ad altre imprese lo svolgimento di anelli della propria catena produttiva) visto come aspetto di mercato dell'outsourcing

4. Devolution è l'aspetto statale dei fenomeni che investono l'impresa

Questa schematizzazione dà l'idea attuale del mercato istituzione il quale, dalla rivoluzione industriale in poi, è stato luogo di sperimentazione intensiva, nonchè modello di relazione sociale di tipo democratico.

Renzo Costi (Professore ordinario di Diritto Commerciale, Università di Bologna)

Concorrenza e mercato nel settore bancario

Il Prof. Costi nell'introduzione sottolinea come nel settore bancario si assista ad un sovrapporsi dei piani della regolazione bancaria e della concorrenza. Ad esempio, un' OPA su una banca quotata è anche una concentrazione ai sensi della legge 287/90 la quale si applica anche alle "aziende ed istituti di credito".

Fin dagli anni '80 il settore bancario è stato sottoposto ad un processo di liberalizzazione e di privatizzazione, presentando aspetti di concentrazione che hanno accentuato la competitività della tradizionale attività bancaria. La stessa struttura proprietaria della banca è caratterizzata dalla forte presenza di enti che solo in modo indiretto fanno capo al mercato e che sono le fondazioni bancarie. Inoltre gli incroci azionari fra i grandi gruppi rendono la situazione ancor più delicata. L'autorità di vigilanza (Banca d'Italia) propone un piano regolatorio non sempre sensibile alle esigenze del mercato per cui il relatore auspica più concorrenza nel settore bancario.

Per quanto riguarda le fusioni/acquisizioni di partecipazioni di maggioranza le relative norme sono contenute sia nella legge 287 che nell'ordinamento bancario. La normativa antitrust non detta norme speciali per il settore bancario ma applica la disciplina ordinaria. Se sussistesse ancora un regime di vigilanza strutturale si potrebbe affermare che l'ordinamento bancario prevede che l'autorità di vigilanza possa disegnare a suo piacimento la struttura ottimale del mercato (cfr. art. 5 D.lgs. 385/1993 d'ora in poi T.U.B). Tuttavia dall'ordinamento bancario emerge, al contrario, che la vigilanza si appunta sulle singole imprese e ne supervisiona la sana/prudente gestione, in modo da esperire un controllo di tipo microeconomico.

L'intervento della Banca d'Italia può anche essere volto ad assicurare l'efficienza, un po' come l'azione dell'AGCOM. A tal proposito si riporta l'art. 57 del T.U.B. che regola le fusioni, permesse quando non pregiudicano la sana e prudente gestione dell'impresa. A ciò si aggiunge il controllo sull'efficienza dell'operazione esperito dall'AGCOM. Si può obiettare che l'autorità bancaria in questo modo comunque eserciti una vigilanza strutturale di fatto, vietando o permettendo determinate operazioni. Secondo il regime attuale, l'operazione di fusione risulta sottoposta ad un doppio vaglio: quello dell'AGCOM e quello della Banca d'Italia, non sussistendo incompatibilità tra i due ordinamenti.

Per quanto riguarda l'acquisizione della partecipazione maggioritaria del controllo l'articolo che rileva è l'art. 19 del T.U.B., secondo cui la Banca d'Italia autorizza l'operazione secondo il criterio della sana e prudente gestione. Dalla normativa appena esaminata si rileva una compressione dei canoni concorrenziali, in quanto è previsto un regime autorizzatorio. Tuttavia la prassi del mercato si è sviluppata in senso contrario alla norma appena citata, come nel caso delle OPA ostili.

Per quanto riguarda i rapporti tra Banca d'Italia e la CONSOB si sottolinea l'incompatibilità dell'informativa preventiva alla CONSOB e l'ordinamento bancario.

Potrebbe inoltre sorgere il problema sulla competenza ad occuparsi delle operazioni tra banche che vanno ad incidere su mercati diversi da quelli bancari: l'AGCOM regola il proprio agire sul mercato, la Banca d'Italia esercita la sua vigilanza sui soggetti (le banche). L'attuale disciplina opta per la competenza in base ai soggetti, quindi, in caso di conflitto, sarebbe accordato potere d'azione all'ultimo dei soggetti citati.

Michele Grillo (Commissario Antitrust)

Processi di concentrazione nel settore bancario e sviluppo locale

La relazione offre un'interessante valutazione in chiave concorrenziale delle concentrazioni avvenute nel settore bancario negli anni '90.

Durante gli anni '80 la configurazione del settore bancario era caratterizzata da quattro elementi:

1. Esistenza di economie di scala che comunque non giustificano le concentrazioni. La immediata conseguenza è che il settore è caratterizzata da un numero eccessivo di imprese e la concorrenza è debole. Inoltre la presenza di delicati equilibri collusivi danneggia ulteriormente l'efficienza del sistema.
2. La vigilanza strutturale provoca inefficienza.
3. Imperfezioni endemiche nell'attività di prestito che rappresenta elevati costi di uscita.
4. Ricadute delle condizioni surlencate sui mercati finanziari.

Gli effetti attesi dalla deregolamentazione durante gli anni '90 si attestavano su una desiderabile concentrazione nel settore, con l'aumento delle dimensioni delle imprese e corrispondente diminuzione del loro numero sul mercato. La concentrazione è un aspetto inevitabile ed ha duplice caratteristica: da un lato interessa mercati contigui, dall'altro interessa mercati remoti.

La stessa delocalizzazione dell'attività bancaria può inquadrarsi in una duplice prospettiva: dal punto di vista del rapporto tra banca e risparmiatore e del rapporto tra banca ed impresa. Questo avviene soprattutto con le banche a rete che hanno il centro direzionale lontano dal territorio su cui sono operativo.

Il rapporto banca/consumatore ha mutato il contratto di deposito che viene ad arricchirsi di una serie di servizi complementari a pagamento, come ad esempio il risparmio gestito. Così anche i mercati del passivo bancario acquisiscono una dimensione nazionale e non più regionale; la vigilanza passa da un modello strutturale ad uno prudenziale.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, ossia quello che investe il rapporto tra banca ed impresa, viene sottolineato con decisione dal relatore che la banca non ha funzioni istituzionali di sviluppo. Segue un'analisi delle tipologie di attività svolte dalle banche al nord comparate con quelle svolte nel sud Italia ed emerge la caratteristica secondo cui nel Mezzogiorno la raccolta

di risparmio è ingente, tuttavia risultano deficitari gli altri servizi bancari, specialmente quelli rivolti all'attività imprenditoriale.