



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

LAURA CAVALLO

L'AIR nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

S 5/2013

giugno 2013



L'AIR NELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Variazioni e integrazioni
rispetto alla scheda precedente (dicembre 2012)

La scheda è stata aggiornata con informazioni in merito all'analisi di impatto sugli interventi delle Autorità per la concorrenza (par. 1), che si sta sviluppando in molti Paesi appartenenti all'area OCSE, analisi finalizzata a verificare l'efficacia dell'azione delle AC e di misurare il raggiungimento degli obiettivi prioritari dell'azione pro-concorrenziale. L'OCSE sta lavorando alla predisposizione di un documento di linee guida sui meccanismi di analisi che possa essere di utile supporto alle Autorità che già svolgono attività di analisi di impatto dei propri provvedimenti e di utile spunto a quelle che sono interessate a introdurre analoghe iniziative. Inoltre, si dà conto (par. 6) delle novità intervenute nella struttura organizzativa dell'AGCM con riferimento agli uffici che si occupano di analisi di impatto e in particolare della modifica della denominazione e delle attività dell'Ufficio Studi (da "Ufficio Studi e Analisi d'impatto" a "Direzione Studi e Analisi della Legislazione")

INDICE

1. L'influsso del contesto internazionale.....	7
2. Gli aspetti normativi.....	10
3. Funzioni implicite ed esplicite dell'Autorità Antitrust in materia di AIR.....	11
4. L'esperienza realizzata.....	14
5. Le recenti evoluzioni normative sull'assetto concorrenziale dei mercati e il ruolo dell'Autorità.....	15
6. Le prospettive e le strutture dell'Autorità dedicate all'AIR e all'AIRC.....	21

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: L. Cavallo, L'AIR nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, giugno 2013, S 5/2013

1. L'influsso del contesto internazionale

La consapevolezza dell'importanza del ruolo della qualità della regolazione nel garantire un contesto economico competitivo è ormai acquisita nella maggior parte dei Paesi industrializzati e si sta diffondendo a livello globale.

Da tempo l'OCSE si è impegnato in attività di informazione e sensibilizzazione sul ruolo della regolazione sui costi, sui prezzi, sull'efficienza e la qualità del servizio, svolte attraverso indagini e rapporti sull'attività di regolazione dei diversi Paesi¹.

L'Unione Europea, fondata sui principi del libero mercato e della concorrenza, interviene direttamente e indirettamente con azioni volte a promuovere la liberalizzazione dei mercati e la diffusione dei meccanismi concorrenziali nella prospettiva di realizzare un assetto normativo chiaro, efficace, che riduca al massimo le distorsioni del libero mercato e delle sue dinamiche concorrenziali. Nel 2003 è stato avviato un processo di modernizzazione dell'Antitrust a livello europeo².

Negli ultimi tempi, l'AIR tradizionale, individuato come il principale strumento in grado di raggiungere l'obiettivo di migliorare la regolazione e favorire lo sviluppo di un ambiente competitivo, si è dimostrata di per sé non sufficiente a verificare se la regolazione proposta fosse effettivamente quella meno restrittiva della concorrenza possibile.

Per questo motivo, sotto l'impulso di importanti organismi internazionali, quali il Fondo Monetario Internazionale (FMI)³ e l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)⁴ ha cominciato a svilupparsi un filone specifico di analisi, l'Analisi di impatto concorrenziale (AIRC), volto a individuare norme eccessivamente intrusive della concorrenza, superflue e non proporzionate⁵. L'OCSE ha identificato un elenco-filtro (checklist) volto a individuare i provvedimenti potenzialmente restrittivi della concorrenza e sottoporli a una valutazione più approfondita per verificare se effettivamente le restrizioni identificate sono proporzionate agli interessi generali

1 OCSE, *Recommendation on improving the quality of government regulation*, Parigi, 1995; OCSE, *Policy Recommendations on Regulatory Reform*, Parigi, 1997.

2 Regolamento CE 1/2003.

3 O. Havrylyshyn, D. McGettigan (1999), *Privatization in transition countries: lesson of the first decade*, in www.imf.org/external/index.htm, Economic Issue n° 18, 1999.

4 OCSE, *Concorrenza sui mercati di prodotti e performance economica*, in Economic Outlook n° 72, 2002, consultabile sul sito www.oecd.org.

5 Mazzantini, G. "L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza: «eppur si muove!»" in ASTRID, *Qualità della Regolazione e riduzione degli Oneri Burocratici*, in corso di pubblicazione.

perseguiti⁶. L'OCSE suggerisce di evitare di creare nuove strutture per applicare l'AIRC e ritiene che, nei Paesi in cui sono presenti, i soggetti più adatti a condurre un'AIR sulla concorrenza sono le istituzioni quali l'Antitrust: "Competition assessment should be incorporated in the review of public policies in the most efficient and effective manner consistent with institutional and resource constraints. Competition bodies or officials with expertise in assessing effects on competition should be associated with the process of competition assessment"⁷.

L'autorità per la concorrenza del Regno Unito, l'*Office of Fair Trading* (OFT), effettua una analisi di impatto che oltre a voler diffondere una maggiore consapevolezza da parte degli organi politici dell'impatto concorrenziale delle proposte di legge, comporta anche l'applicazione (*enforcement*), a cura del medesimo ufficio, del diritto antitrust interno e comunitario. L'OFT ha prodotto un elenco/filtro analogo a quello dell'OCSE che viene consultato dalle amministrazioni ove necessario⁸.

Il documento d'analisi d'impatto redatto dall'OFT, oltre a voler diffondere una maggiore consapevolezza da parte degli organi politici dell'impatto concorrenziale delle proposte di legge, comporta anche l'applicazione (*enforcement*), a cura del medesimo ufficio, del diritto antitrust interno e comunitario. Le fattispecie vietate dall'ordinamento comunitario (e quindi sul piano interno) per favorire la concorrenza, ovvero le intese, l'abuso di posizione dominante individuale o collettiva e le concentrazioni tra imprese, presuppongono in genere la detenzione di una sostenuta quota di mercato da parte di una impresa o di un ristretto numero di imprese.

Per adeguare l'analisi ai casi, peraltro frequenti, in cui la regolazione si rivolge a mercati che presentano una frammentazione dell'offerta in una pluralità di piccole e medie imprese, il *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR) del Regno Unito ha poi elaborato nel 2009 una guida per l'analisi d'impatto della regolamentazione sulle piccole imprese⁹, che integra il documento d'analisi d'impatto in materia di concorrenza predisposto dall'OFT.

Nel gennaio 2008, il *Department for international development* (DFID) ha pubblicato delle linee guida operative volte ad applicare l'analisi di impatto della concorrenza nei paesi in via di sviluppo.

6 OCSE, *Competition assessment toolkit*, Ocse, Parigi, 2007

7 OCSE, *Draft competition assessment recommendation*, del 30 settembre 2008

8 OFT, *Completing competition assessments in Impact Assessments, Guideline for policy makers*, August 2007.

9 BIS, Department Business Innovation and Skills, *Small firms impact test, guidance for policy makers*, 2009.

Sulla spinta di tali iniziative, l'AIRC si sta rapidamente diffondendo in numerosi Paesi. In alcuni Paesi forme di analisi dell'impatto della regolazione sulla concorrenza sono già operative (Australia, Brasile, Canada, Taipei, Corea, Giappone, Messico, Turchia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Commissione europea), in altri Paesi sono ancora allo studio (Repubblica Ceca, Finlandia, Ungheria, Indonesia, Israele, Italia, Norvegia, Romania, Russia, Singapore e Spagna).

In molti Paesi appartenenti all'area OCSE si sta sviluppando inoltre un altro tipo di analisi di impatto che si riferisce nello specifico agli interventi delle Autorità per la concorrenza (AC), analisi finalizzata a verificare l'efficacia dell'azione delle AC e di misurare il raggiungimento degli obiettivi prioritari dell'azione pro-concorrenziale¹⁰. Questa analisi non è una vera e propria AIR, considerato che gli interventi delle Autorità non hanno natura regolatoria in senso proprio¹¹, ma si propone di rappresentare in termini quantitativi l'impatto dell'azione delle AC nel promuovere i benefici derivanti dalla concorrenza, misurati in genere in termini di vantaggi per i consumatori (incrementi di prezzo "evitati" in base alle diverse tipologie di intervento).

In alcuni Paesi, l'Autorità è obbligata a condurre l'analisi di impatto dei propri interventi¹² e a riportare i relativi risultati in un rapporto periodico. Alcune delle Autorità che già si avvalgono di questo tipo di analisi, in particolare l'OFT del Regno Unito e la FTC (USA), prevedono anche la pubblicazione dei dati relativi al rapporto tra i benefici prodotti e i costi dell'intervento, per dare evidenza dell'efficacia delle proprie attività¹³. Anche in assenza di uno specifico obbligo normativo, è comunque nell'interesse delle AC e nelle proprie responsabilità di fronte ai cittadini evidenziare l'efficacia e l'efficienza della propria attività attraverso un'analisi di impatto trasparente. Il Competition Committee dell'OECD, con l'intenzione di promuovere la diffusione dell'analisi di

10 W. S. Davies (2012), *A survey of the approaches and methods used to assess the economic effects the economic effects of a Competition Authority's work*, Swedish Competition Authority.

11 Il fatto che l'AGCM non ha vere e proprie funzioni di regolazione giustifica il fatto che l'AGCM sia l'unica Autorità non soggetta all'obbligo di effettuare l'AIR ai sensi dell'art. 12 della l. 229 del 2003. Tuttavia, come evidenziato in diverse sedi, negli ultimi anni l'Autorità ha assunto diverse funzioni difficilmente distinguibili dall'attività regolatoria. Si veda ad es. L. Cavallo (2010), *L'Analisi dell'Impatto della Regolazione sulla Concorrenza*, in «Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione», consultabile sul sito www.osservatorioair.it; G. Mazzantini (2010), *L'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza: «Eppur si muove!»* in *La tela di Penelope*, a cura di A. Natalini e G. Tiberi, «Quaderni di Astrid».

12 Dai risultati di un questionario OCSE risulta che in 4 paesi l'analisi di impatto degli interventi dell'Autorità per la concorrenza è obbligatoria, in altri 12 è condotta su base volontaria: OECD (2012), *Evaluation of competition enforcement and advocacy activities: The results of an OECD survey*, December 2012, DAF/COMP/WP2(2012)7/REV1.

13 OFT (2012), *Positive Impact 11/12 - Consumer benefits from the OFT's work*, OFT, 1428.

impatto dell'azione delle autorità antitrust e l'utilizzo di un approccio omogeneo e coordinato tra i diversi Paesi, ha commissionato uno studio volto ad analizzare le *best practice* internazionali¹⁴ e sta lavorando alla predisposizione di un documento di linee guida sui meccanismi di analisi che possa essere di utile supporto alle Autorità che già svolgono attività di analisi di impatto dei propri provvedimenti e di utile spunto a quelle che sono interessate a introdurre analoghe iniziative.

2. Gli aspetti normativi

Il campo di applicazione dell'art. 12 c. 1 della legge 29 luglio 2003, n. 229¹⁵ che introduce l'AIR per le Autorità indipendenti, si riferisce alle "autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie". Ai fini dell'applicazione dell'AIR rilevano, in particolare, le funzioni regolatorie. L'elenco degli organismi soggetti a tale vincolo di legge è deducibile solo in via interpretativa¹⁶, e si ritiene debba includere, oltre alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, anche altri organismi di differente natura tra i quali ad esempio l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la Consob, l'Isvap, la Covip, il Garante per la protezione dei dati personali e la Banca d'Italia. In alcuni settori la norma originaria è stata affiancata da altre disposizioni a carattere settoriale che specificano (e in alcuni casi alterano) la previsione originaria¹⁷.

L'AGCM non sembra quindi rientrare nel campo di applicazione della normativa. L'Autorità nasce nel 1990 con l'obiettivo di tutelare e mantenere condizioni di mercato competitive secondo le regole del libero mercato, e, a differenza delle altre Autorità citate, non è una Autorità di regolazione. La stessa legge 229/2003 è intervenuta esplicitamente ad escludere dall'AIR le segnalazioni e le altre attività consultive, nonché «i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni», vale a dire gli interventi dell'Autorità antitrust in materia di intesa restrittiva della

14 W. S. Davies (2012), A survey of the approaches and methods used to assess the economic effects the economic effects of a Competition Authority's work, Swedish Competition Authority.

15 "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001", G.U. n. 196 del 25 agosto 2003

16 Rangone N., 2008, *Autorità indipendenti e AIR*, contributo per il Gruppo di lavoro ASTRID "La riforma delle Autorità indipendenti", mimeo.

17 Lo Schiavo L., "L'AIR nelle Autorità Indipendenti", in ASTRID, *Qualità della Regolazione e riduzione degli Oneri Burocratici*, in corso di pubblicazione.

concorrenza, di abuso di posizione dominante o di concentrazione e gli interventi che autorizzano intese.

L'Autorità non si è quindi dotata di strutture preposte all'analisi di impatto della regolazione¹⁸ né ha introdotto in modo sistematico procedure interne di analisi di impatto (AIR), pur prestando comunque una sempre maggiore attenzione al tema dell'analisi d'impatto della regolazione, attraverso studi di settore o collaborazioni con altre Autorità o enti con poteri di regolazione.

I nuovi compiti attribuiti all'AGCM dalla più recente normativa in materia di promozione della concorrenza (in particolare il d.l. n. 138/2011, il d.l. n. 201/2011 - c.d. "Salva Italia" - in particolare gli artt. 34 e 35, commi 1 e 2, e il d.l. n. 1/2012 convertito in l. 27/2012, che verranno approfonditi nel paragrafo 5), contribuiranno a promuovere un maggiore ricorso da parte dell'AGCM all'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza con auspicabili ricadute positive sullo sviluppo e sulla diffusione di procedure di analisi più strutturate o di vere e proprie metodologie di AIRC.

Un ruolo più incisivo dell'AGCM nel promuovere lo sviluppo delle metodologie di analisi di impatto della concorrenza si prospetta anche alla luce della crescente sensibilità per l'AIRC che si sta sviluppando a livello internazionale¹⁹ e dall'importante supporto che l'Autorità è in grado di dare alle amministrazioni centrali o territoriali o alle Autorità di regolazione che in base alla normativa vigente sono chiamate a svolgere attività di analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza sui propri provvedimenti. Infatti, per quanto ciascun ente o autorità di regolazione sia responsabile della formulazione delle proposte di regolazione e della valutazione del relativo impatto concorrenziale, l'AIRC richiede competenze ed esperienze specifiche di cui raramente le amministrazioni centrali e locali dispongono e che sono invece tipiche delle Autorità per la concorrenza.

3. Funzioni implicite ed esplicite dell'Autorità Antitrust in materia di AIR

Il decreto che ha recepito nell'ordinamento italiano il Regolamento (CE) n. 1/2003 (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, noto come decreto Bersani e convertito in legge n. 248/2006) ha modificato la legge n. 287/1990 introducendo nell'ordinamento nazionale importanti istituti e strumenti già

¹⁸ È stato istituito un ufficio AIR presso il gabinetto dell'Autorità, che tuttavia, come si dirà in seguito, è stato operativo solo per un breve periodo.

¹⁹ OCSE, *Esame OCSE sulla riforma della regolazione. Italia: assicurare la qualità della regolazione a tutti i livelli di governo*, Parigi, 2007.

adottati a livello comunitario e attribuendo all'autorità nuovi poteri. Questi poteri presentano in alcuni casi profili regolatori e dovrebbero essere opportunamente accompagnati da un'analisi di impatto. Il più rilevante è la possibilità di adottare decisioni con impegni, che attribuisce una nuova impostazione dell'intervento antitrust, volta non soltanto all'accertamento e alla repressione della violazione ma a garantire il buon funzionamento dei mercati. La previsione di cui all'art. 14-ter della legge n. 287/90, introdotto dall'articolo 14, c. 1 del decreto legge n. 223/2006, attribuisce all'AGCM la facoltà, in caso di istruttoria per violazione degli articoli 2 o 3 della stessa legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, di chiudere anticipatamente (senza pervenire all'accertamento dell'illecito) i procedimenti istruttori a seguito di impegni presentati dalle imprese coinvolte. Gli impegni, una volta approvati dall'Autorità sulla base di una prima analisi del loro impatto sulla concorrenza e sui concorrenti e di un successivo *market test* che mira a verificare la loro adeguatezza, diventano obbligatori. Il potere dell'Autorità potrebbe quindi configurarsi come un vero e proprio potere di "regolazione" dell'attività delle imprese, se la discrezionalità nell'azione dell'Autorità non venisse in qualche modo limitata²⁰.

Il TAR è più volte intervenuto per limitare al massimo la libertà d'azione dell'Autorità, nel timore che quest'ultima, partendo da sospetti di condotta anticompetitiva, potesse formulare prescrizioni e orientamenti agli operatori arrivando ad una più ampia attività di disciplina del mercato interessato²¹. Il TAR ritiene che l'AGCM non possa comunque modificare o aggiungere ulteriori obblighi agli impegni presentati dalle imprese non previsti e non preventivamente concordati con l'impresa né rendere "obbligatori" impegni la cui portata e le cui ricadute possano andare oltre le ipotesi (peraltro non accertate) di anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i propri poteri istruttori²².

Profili di regolazione possono essere identificati anche negli interventi dell'Autorità riferiti a operazioni di concentrazione. Se l'Autorità ritiene che una concentrazione fra due o più imprese possa arrecare danno al mercato in cui operano queste imprese, riducendone il livello di concorrenza, può infatti subordinare l'autorizzazione dell'operazione alla presentazione di impegni, strutturali o comportamentali, volti a rimuovere gli ostacoli alla dinamica competitiva interna al settore. Anche se non viene attivata nessuna procedura formale, un'Analisi di impatto della regolazione viene

20 Pera A., 2008, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. Buzzone (a cura di) (2008), p. 61-134.

21 Sentenza Tar Lazio su ricorso ACI Global n° 281 del 2009.

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

“implicitamente” realizzata dalla direzione competente per settore nel momento in cui suggerisce di accettare o meno gli impegni proposti.

Le Autorità antitrust nazionali hanno inoltre poteri di regolazione quando agiscono in qualità di “autorità antitrust comunitarie”, ovvero in riferimento alle ipotesi di violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato²³. Tale potere rafforza sensibilmente l’efficacia dell’intervento dell’Autorità, rispetto all’azione esercitata a posteriori tramite segnalazioni e pareri.

Oltre ad avere alcune funzioni proprie tipiche del regolatore, l’AGCM svolge attività di controllo sulla regolazione emanata da altri soggetti e istituzioni sulla base degli articoli 21 e 22 della l. 287/90, che prevedono che l’Autorità possa esprimere pareri e effettuare segnalazioni in merito alle iniziative legislative o regolamentari, approvate o in fase di approvazione, in grado di esercitare effetti distorsivi sulla concorrenza. Anche se come si è detto l’attività di segnalazione è esclusa dall’AIR, per formulare pareri e segnalazioni l’Autorità deve verificare se la regolazione proposta introduce restrizioni proporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti, e si trova a realizzare implicitamente un’analisi di impatto della regolazione. L’analisi viene effettuata dalle Direzioni settoriali e poi successivamente vagliata e approvata dalla commissione, che effettua la segnalazione e/o rilascia il parere.

Infine, un utile contributo allo sviluppo dell’AIR si è prodotto come conseguenza degli interventi volti a superare il problema della scarsa efficacia delle segnalazioni e dei pareri dell’Antitrust. Da un lato, tale problema è stato uno dei motivi che ha spinto l’Antitrust ad assumere, in maniera crescente negli ultimi anni, il ruolo di promotore della cultura pro-concorrenziale nei confronti dei soggetti regolatori²⁴, attraverso interventi volti a migliorare la qualità dei provvedimenti normativi nella fase preparatoria e prevenire almeno in parte le distorsioni del libero mercato che derivano da regolazioni eccessive e ingiustificate. Dall’altro, la legge annuale per il mercato e la concorrenza²⁵, oltre a restituire rilievo alle segnalazioni e pareri dell’autorità²⁶, richiede di allegare alla relazione di accompagnamento del disegno di legge, oltre all’elenco delle segnalazioni e dei pareri dell’Autorità,

23 Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01 che attribuisce alle Autorità antitrust nazionali il potere-dovere di disapplicare la normativa interna ritenuta in grado di obbligare o incentivare le imprese a tenere comportamenti contrari alla disciplina comunitaria sulla concorrenza.

24 Mazzantini, 2009, op. cit.

25 Prevista dall’art. 30 della l. 1195 del 2008.

26 AGCM – Autorità garante per la concorrenza e il mercato [2001], *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, Segnalazione al Parlamento e al Governo, 20 dicembre 2001.

anche una analisi degli effetti su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni degli interventi attuati previsti nelle precedenti leggi, contribuendo a focalizzare l'attenzione sull'impatto delle norme sulla concorrenza.

4. L'esperienza realizzata

Come si è detto, l'Autorità per la concorrenza e per il mercato non ha svolto alcuna procedura sistematica di AIR perché ritenuta esclusa dall'ambito di applicazione della legge 29 luglio 2003, n. 229. L'Autorità ha sempre posto comunque nelle sue attività grande attenzione al tema dell'analisi d'impatto della regolazione oltre ad aver maturato alcune esperienze, implicite o esplicite, in materia di AIR.

La prima evidenza della sensibilità dell'Antitrust ai temi dell'AIR è rinvenibile in una segnalazione al Parlamento sul disegno di legge che poi portò all'approvazione della legge 229/2003²⁷. In tale segnalazione, l'Antitrust suggeriva l'opportunità di applicare le analisi di impatto soprattutto alle regolazioni suscettibili di produrre un impatto di rilievo sull'attività di impresa, consigliando anche l'applicazione delle procedure di consultazione ai procedimenti per l'adozione di regole tecniche da ministeri, agenzie, autorità indipendenti. Nella stessa segnalazione, l'Autorità suggeriva che i processi di consultazione e gli strumenti di valutazione di impatto venissero applicati anche a livello regionale e locale.

L'Autorità ha maturato alcune esperienze "implicite" in materia di AIR, tra le quali si evidenziano le attività realizzate dall'AGCM per analizzare gli impegni presi dalle imprese per superare situazioni anticompetitive o per analizzare l'impatto sulla concorrenza di interventi legislativi o regolamentari per formulare pareri o segnalazioni. Considerato il ruolo ricoperto dall'Autorità e le sue specifiche competenze, le analisi di impatto effettuate si rivolgono in particolare agli effetti sulla concorrenza²⁸.

L'Autorità ha anche qualche esperienza diretta in materia di AIR. Per un breve periodo, presso il gabinetto dell'Autorità era stato istituito un Ufficio preposto all'AIR, incaricato di effettuare studi e

²⁷ Sulle attività dell'antitrust in tema di AIRC si rimanda a G. Mazzantini, *L'analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza*, in «Osservatorio sulle fonti 2007».

²⁸ AGCM, 2007, *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia*, Collana Studi e Ricerche n. 1, pubblicato anche sul sito dell'autorità, www.agcm.it.

realizzare progetti di consulenza presso le regioni. L'AGCM ha effettuato nel 2007 due studi specifici, che confermano la particolare attenzione dell'Autorità in materia di AIR rivolta alle Regioni. Il primo studio riguarda la regolazione e liberalizzazione della distribuzione commerciale e la performance economica delle imprese²⁹; il secondo analizza la tutela della concorrenza in Toscana in occasione della stesura di un testo di legge relativo alla disciplina dei veterinari³⁰. Quest'ultimo studio origina da una collaborazione fra Autorità e Regione Toscana, finalizzata a sensibilizzare la regione a porre particolare attenzione a tutti gli elementi che possono influire sul livello di concorrenza e sulla competitività del settore in oggetto. L'Autorità ha dettato linee guida dell'analisi di impatto della regolazione della concorrenza³¹ destinate a tutti gli enti pubblici dotati di potere regolatorio, che in occasione della collaborazione sulla regione Toscana sono state testate su un caso concreto.

Lo scopo delle ricerche condotte dall'Autorità era quello di approfondire gli effetti pro-concorrenziali che si possono ottenere da una regolazione meno intrusiva possibile, e di diffondere una cultura pro-concorrenziale fra le istituzioni.

L'attenzione dell'Autorità si è focalizzata sulle istituzioni regionali, cui la riforma del Titolo V Cost. ha attribuito importanti competenze normative - concorrenti ed esclusive - su numerosi e rilevanti settori economici che rischiano di generare, in assenza di un'opportuna analisi preventiva, una regolazione eccessiva e ingiustificata.

5. Le recenti evoluzioni normative sull'assetto concorrenziale dei mercati e il ruolo dell'Autorità

Nell'attuale stagione di riforme nazionali e al fine di favorire la indispensabile realizzazione del virtuoso legame fra concorrenza e crescita economica, l'Autorità è stata di recente investita di nuovi compiti e prerogative che consentono una più efficace azione volta a promuovere la concorrenza nelle diverse aree di intervento³². L'efficacia del ruolo dell'Autorità di concorrenza in tale ambito si misura anche in relazione alla sua capacità di influire sul quadro normativo, rilevando e segnalando

29 AGCM, 2008, *Analisi di Impatto della Regolazione sulla concorrenza: linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana*, Collana Studi e Ricerche n. 2, pubblicato anche sul sito dell'autorità, www.agcm.it.

30 AGCM, 2008, *Analisi di Impatto della Regolazione sulla concorrenza: linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana*, Collana Studi e Ricerche n. 2, pubblicato anche sul sito dell'autorità, www.agcm.it.

31 AGCM, 2008, cit.

32 V. AGCM, *Relazione Annuale sull'Attività svolta nel 2011*, Marzo 2012.

le restrizioni ingiustificate all'accesso o all'esercizio dell'attività economica che trovano origine in regolamenti o norme di legge e assumendo un ruolo pro-concorrenziale nel favorire il raggiungimento degli obiettivi prioritari di riforma del sistema economico.

La rilevazione dei vincoli ingiustificati all'accesso e all'esercizio dell'attività economica e l'azione pro-concorrenziale dell'Autorità deve partire da una adeguata analisi dell'impatto dei provvedimenti di regolazione del mercato, concentrandosi sull'impatto della regolazione sulla concorrenza (AIRC). L'intervento dell'Autorità in tale ambito ha un ruolo importante, da un lato, nel favorire la competitività del sistema economico e dall'altro, nell'esaltare il ruolo dei mercati nel promuovere la crescita e lo sviluppo del Paese e l'innovazione, in una prospettiva di sempre maggiore integrazione europea e di rafforzamento del mercato unico.

Negli ultimi anni, per contrastare la crisi, uscire dalla fase recessiva e per cercare di allineare l'economia nazionale, nel medio-lungo periodo, ai ritmi di crescita dei principali partner europei e internazionali il legislatore ha introdotto diverse norme volte a dare maggiore voce alla concorrenza nel sistema di regolazione nazionale anche attraverso l'avvio o il completamento di processi di liberalizzazione in alcuni specifici settori economici.

In tale contesto, assumono particolare rilievo il decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201 recante "Disposizioni urgenti per l'equità, la crescita e il consolidamento dei conti pubblici", convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011 (c.d. "salva Italia"), il d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012 (c.d. "liberalizzazioni") nonché il d.l. n. 5/2012 "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo", convertito in l. n. 35/2012.

In particolare l'art. 34 del d.l. n. 201/2011 convertito in l. 214/2011 ha disposto la soppressione di talune rilevanti restrizioni pubbliche dei mercati e ha rafforzato il potere di *advocacy* dell'Autorità prevedendo, da un lato, che l'introduzione di limiti alla concorrenza per l'esercizio delle attività economiche debba essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale³³, dall'altro, introducendo un parere preventivo obbligatorio dell'Autorità in merito al rispetto del principio di proporzionalità dei disegni di legge governativi e dei regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche. L'art. 35, aggiunge a tale attività *ex ante*, volta a prevenire l'introduzione di nuove ingiustificate restrizioni alla concorrenza, anche un'azione *ex post*, attribuendo all'Autorità anche la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi che determino

³³ "L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità".

violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Le disposizioni contenute nei decreti “liberalizzazioni” e “semplificazioni” concorrono a rafforzare il ruolo di *competition advocacy* dell’Autorità introducendo il parere preventivo obbligatorio dell’Autorità con riguardo ai regolamenti governativi che dovranno essere adottati per dare compiuta attuazione alle norme di liberalizzazione e di semplificazione ai sensi degli articoli 1 e 12 dei rispettivi decreti.

Il parere obbligatorio è uno strumento importante che consente all’Autorità per la concorrenza di contribuire a limitare il rischio della reintroduzione di restrizioni ingiustificate nel quadro normativo interno. Il principale limite della previsione consiste nell’ambito applicativo, considerato che il parere preventivo è previsto soltanto per i disegni di legge governativi e i regolamenti e che rimane fuori dai meccanismi di verifica tutto il campo delle legislazioni locali.

L’art. 4 del d.l. n. 1/2012³⁴ contribuisce ad estendere l’azione dell’Autorità in tale ambito introducendo la possibilità per l’Autorità di intervenire nei confronti di interventi attuati in sede locale raccogliendo e segnalando alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le norme regionali ingiustificatamente restrittive della concorrenza.

Risultati ancora maggiori sull’efficacia dell’azione dell’Autorità nella promozione della concorrenza e delle liberalizzazioni a livello locale e sullo sviluppo dell’analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza avrebbero potuto derivare dall’applicazione dei poteri attribuiti all’Autorità in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali dagli ultimi interventi normativi nel settore, in particolare l’art. 23 bis della l. 133/2008, l’art. 4 della l. 148/2011 e da ultimo l’art. 25 del d.l. n.1/2012. A fronte dell’importanza che ricopre nell’economia complessiva il settore dei servizi pubblici locali (SPL) è anche quello che presenta maggiori resistenze allo sviluppo di una cultura di mercato e sul quale risulta quindi importante favorire l’intervento dell’Autorità al fine di garantire l’efficacia dell’intrapreso processo di liberalizzazione nazionale superando le resistenze localistiche.

L’art. 23 bis citato, abrogato con referendum del giugno 2012 poco dopo l’approvazione del decreto attuativo, e l’art. 4 della l. 148/2011, modificato dall’art. 25 della l. 27/2012 e abrogato con sentenza della Corte 199/2012, attribuivano all’Autorità un ruolo centrale nel processo di

³⁴ L’art. 4 del d.l. n. 1/2012 prevede infatti che: “*La Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle Autorità indipendenti aventi ad oggetto restrizioni alla concorrenza e impedimenti al corretto funzionamento dei mercati al fine di predisporre le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dell’azione dei ministeri e normative di attuazione degli articoli 41, 117, 120, 127 della Costituzione*”.

liberalizzazione, consistente nella verifica preventiva, attraverso l'emissione di un parere obbligatorio, della correttezza nell'applicazione da parte degli enti locali delle nuove disposizioni in materia di modalità di affidamento delle gestioni.

Al fine di effettuare tale verifica preventiva, l'Autorità assumeva il ruolo di verificare la correttezza delle "analisi di mercato" condotte dall'ente locale e sulla base delle quali l'ente avrebbe dovuto valutare: ai sensi dell'art. 23 bis, l'opportunità di affidare il servizio *in house* "in deroga" alla gara (modalità di affidamento restrittiva della concorrenza); ai sensi dell'art. 4, la stessa necessità di procedere a forme di affidamento del servizio sottraendolo alla concorrenza "nel mercato". In entrambi i casi le analisi si configurano quindi come analisi di impatto della regolazione, con un approfondimento sull'impatto della regolazione sulla concorrenza dei mercati.

L'*analisi di mercato* di cui all'art. 23 bis, *volta a dimostrare che le* «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» rendono il ricorso alla gara un *second best* è infatti equiparabile a un'analisi dell'impatto che le varie opzioni regolatorie (affidamento diretto ad una società mista, affidamento *in house*, ricorso alla gara) hanno sull'economia locale. L'opzione preferita non è necessariamente quella che tutela il mercato e la concorrenza, ma può essere selezionata sulla base di altri interessi e valori degni di tutela, che devono però essere identificati ed esplicitati nell'analisi.

L'articolo 4 citato invece, che doveva avere il ruolo di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali all'esito del referendum, imponeva di fatto requisiti ancora più rigidi della disciplina abrogata per l'affidamento in deroga ai principi di concorrenza "per il mercato" (affidamento diretto o "*in house*") e imponeva agli enti affidanti di dimostrare, attraverso una analisi di mercato, la non idoneità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici (concorrenza "nel" mercato) a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. I risultati della verifica di mercato dovevano essere riportati in una Delibera quadro da sottoporre preventivamente al parere dell'AGCM e in assenza della quale l'ente locale non avrebbe potuto procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva³⁵.

L'articolo abrogato affidava quindi all'Autorità della Concorrenza il compito di verificare la correttezza delle analisi di mercato condotte dagli enti locali, con un impatto potenziale molto significativo soprattutto per i settori dei SPL per i quali non esiste una Autorità di regolazione indipendente e per i quali l'Autorità costituisce l'unico soggetto terzo responsabile di accertare e

35 L'articolo è stato dichiarato illegittimo pochi giorni dopo la pubblicazione del decreto del Ministro degli Affari regionali che, ai sensi del comma 33-ter dell'art. citato, definiva i criteri per la verifica di mercato e l'adozione della delibera quadro.

verificare i criteri che hanno portato a preferire certe soluzioni di affidamento e di sottrazione del mercato alla concorrenza. Le analisi di mercato, per come venivano definite sia nella disposizione normativa che nel regolamento attuativo (che prevedeva anche procedure pubbliche di consultazione degli operatori del settore di riferimento) si configuravano come analisi di impatto della concorrenza.

I pareri ex art. 23 bis del dl 112/2008 forniti dall'Autorità in diversi settori dei servizi pubblici locali (trasporti pubblici locali, servizi cimiteriali, rifiuti urbani, gestione di farmacie comunali), danno una prima evidenza dell'efficacia dell'Azione dell'Autorità in tale contesto. Tali pareri presentano alcuni elementi ricorrenti e comuni ai diversi servizi: le amministrazioni non sempre hanno provveduto alla compilazione dell'apposito formulario e nella maggior parte dei casi si sono limitate a fornire alcuni elementi di carattere qualitativo a supporto dei vantaggi dell'affidamento in house in termini di efficienza ed economicità. Questi elementi peraltro non risultavano sempre sostenuti, come previsto, da una adeguata evidenza comprovante l'avvenuta comparazione tra diverse offerte effettuata sulla base di una consultazione del mercato³⁶. Infine, le amministrazioni non sempre hanno provveduto a dare adeguata pubblicità alla scelta di affidare il servizio con la modalità in house, o a verificare la presenza di altri operatori in grado di offrire il servizio.

Tale evidenza dimostra la necessità di affiancare agli interventi *ex post* dell'Autorità, come già avviene in altri Paesi europei, anche un intervento *ex ante* di supporto agli enti locali nella predisposizione delle analisi di mercato. L'Autorità avrebbe potuto guidare e promuovere una maggiore qualità e omogeneità delle indagini prodotte dagli enti locali spingendosi oltre i contenuti della Comunicazione di cui alla Delibera del 16 ottobre 2008 sull'applicazione dell'art. 23-bis e sfruttando la propria competenza ed esperienza in materia di analisi concorrenziale per formulare linee guida o schemi tipo utili a sviluppare l'analisi di mercato. Tali linee guida avrebbero potuto costituire un utile riferimento comune per gli enti locali e migliorare le analisi prodotte, facilitando l'attività di valutazione *ex post* dell'Autorità e spingendo a privilegiare soluzioni in grado di tutelare gli interessi sociali e politici massimizzando allo stesso tempo la qualità e l'efficienza del servizio.

Il legislatore è intervenuto nuovamente nel disciplinare il settore dei servizi pubblici locali, in seguito alla sentenza della Corte, con l'art. 34 del d.l. 179/2012 (c.d. "Crescita 2.0"), convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Nel rispetto delle indicazioni della Corte e per

³⁶ Come risulta dall'esame delle motivazioni ai pareri emessi dall'AGCM ai sensi dell'art. 23-bis. Si veda anche: Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali del comune di Roma, "Analisi dei pareri resi dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'art. 23 bis della L. 133/08 (di conversione del D.L. 112/08) e successive modificazioni", Settembre 2010.

evitare ulteriori effetti destabilizzanti sul sistema normativo, tali disposizioni non introducono una nuova disciplina trasversale del settore dei servizi pubblici locali né affidano un ruolo esplicito all'Autorità Antitrust nel settore ma hanno la finalità di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione europea e la certezza delle regole in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a tutela del mercato, degli utenti e della concorrenza. In particolare il comma 20 dell'art. 34, senza interferire con l'autonomia territoriale in merito alle scelte di affidamento del servizio, impone la trasparenza di queste scelte: l'affidamento del servizio dovrà essere effettuato sulla base di un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che deve dar conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. Analoga relazione dovrà essere pubblicata anche per gli affidamenti in essere all'entrata in vigore del decreto (comma 21). Per quanto nel rispetto della sentenza della Corte e della conseguente inopportunità di ripristinare i contenuti degli articoli abrogati non si preveda esplicitamente un intervento dell'AGCM per la verifica dei contenuti della relazione, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha comunque il potere di impugnare i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violi le norme a tutela della concorrenza e del mercato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 28737, potere che appare utilizzabile anche nel caso di violazione dei vincoli europei in tema di concorrenza e di mercato interno. Permangono inoltre in capo all'Autorità gli altri poteri richiamati sopra.

Le funzioni attribuite all'Autorità dalle norme descritte, principalmente quelle che le attribuiscono il compito di verificare *ex ante* interventi potenzialmente restrittivi della concorrenza, e le analisi che verranno prodotte per adempiere a tali funzioni, contribuiranno a promuovere una maggiore consapevolezza delle conseguenze, non solo economiche, di mantenere assetti di mercato non efficienti, con riflessi positivi sulla diffusione di una cultura pro-concorrenziale tra le amministrazioni centrali e locali.

37 Articolo introdotto dal citato articolo 35 della l. n. 214/2011 che conferisce all'AGCM poteri sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza.

6. Le prospettive e le strutture dell'Autorità dedicate all'AIR e all'AIRC

Negli ultimi anni l'Autorità ha potuto dedicare risorse limitate al progetto avviato per l'adozione dell'AIR³⁸. Solo di recente, come evidenziato nel paragrafo precedente, l'evoluzione normativa e le nuove funzioni attribuite all'AGCM in materia di concorrenza hanno destato nuovo interesse per l'argomento.

Nel 2012 sono state introdotte due novità significative nella struttura organizzativa dell'AGCM a evidenza di un rinnovato interesse nei meccanismi di analisi di impatto. In primo luogo l'Ufficio studi dell'AGCM ha esteso il proprio ambito di attività all'analisi di impatto, cambiando anche la propria denominazione in "Ufficio Studi e Analisi di impatto". Inoltre è stata inoltre istituita, nell'ambito della Direzione Generale per la concorrenza, una "Direzione Servizi Pubblici Locali e Promozione Concorrenza"³⁹.

All'Ufficio Studi e Analisi di impatto (che tuttavia a pochi mesi dalla sua istituzione ha cambiato nuovamente denominazione in "Direzione Studi e Analisi della Legislazione"), erano state attribuite le funzioni di "monitoraggio, analisi e valutazione degli effetti degli interventi dell'Autorità in materia di tutela e promozione della concorrenza e di tutela del consumatore (*enforcement e advocacy*), in stretto coordinamento con il Comitato per le Valutazioni Economiche, per l'analisi degli effetti dell'attività di *enforcement*, e con la Direzione Servizi Pubblici Locali e Promozione della Concorrenza, per l'analisi dell'impatto dell'attività di *advocacy*". Nelle intenzioni originarie tali attività includevano quindi anche compiti in materia di analisi e valutazione degli effetti degli interventi dell'autorità in materia di tutela e promozione della concorrenza, sulla scia dell'analisi che si sta sviluppando in molti Paesi dell'OCSE cui si è accennato nel paragrafo 1. Anche se il nuovo cambio di denominazione riflette anche un ridimensionamento dell'attività in materia di analisi di impatto, che si focalizzerà sull'analisi di impatto degli interventi di regolazione di altre amministrazioni o organismi di regolazione e non includerà per il momento attività di analisi di impatto dei propri interventi, l'AGCM sta seguendo con interesse l'evoluzione delle relative metodologie. I risultati delle analisi condotte nei diversi Paesi analizzati permettono di dimostrare che i costi dell'attività antitrust sono in genere molto contenuti se paragonati ai guadagni per la collettività e per i consumatori derivanti dall'azione di prevenzione o di rilevazione di pratiche

³⁸ Anche in relazione alle nuove competenze ad essa attribuite nella seconda metà del 2007 in tema di pratiche commerciali scorrette.

³⁹ Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità - delibera n. 23549 del 9 maggio 2012.

concorrenziali scorrette. L'utilizzo dei metodi di misurazione dell'efficacia dell'azione delle AC, come quello delle metodologie di AIR per le autorità indipendenti, può quindi contribuire a dare maggiore legittimazione al ruolo delle autorità e a rafforzarne l'autorevolezza⁴⁰.

Le linee guida sulle *best practices* in materia di impatto delle attività Antitrust su cui sta lavorando l'OCSE, quando rese pubbliche, costituiranno un utile riferimento e supporto per le analisi. Le linee guida dovrebbero contenere anche parametri di riferimento desunti dagli standard forniti dagli studi e dall'esperienza internazionale che, in assenza di dati e informazioni specifiche desumibili dal mercato, consentono di ottenere stime dell'efficacia dell'azione antitrust con costi e risorse molto limitati.

La seconda direzione con funzioni attinenti l'analisi di impatto, la Direzione Servizi Pubblici Locali e Promozione della Concorrenza, in origine istituita prevalentemente per rispondere al ruolo assegnato all'Autorità in base all'art. 4 della l. 143/2011 e relativo decreto attuativo di cui si è parlato nel precedente paragrafo, mantiene anche dopo l'abrogazione di questo articolo, in base al quadro normativo europeo e ai più recenti interventi del legislatore nazionale a favore della concorrenza, un ruolo di rilievo nel promuovere e tutelare la concorrenza anche con riferimento al settore dei servizi pubblici locali.

La Direzione predispose i pareri obbligatori sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche, i pareri obbligatori sugli schemi di regolamento che il Governo dovrà emanare per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione e per disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche (in base all'art. 1 della l. 27/2012 e all'art. 12 della l. 35/2012), nonché pareri richiesti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla compatibilità della normativa regionale e locale con i principi e le norme in materia di concorrenza (pareri di legittimità costituzionale) in base all'art. 4 della l. n. 27/2012. La Direzione, in raccordo con le Direzioni settoriali competenti e con la Direzione per gli Affari Giuridici e il Contenzioso ha anche il compito di predisporre i pareri di cui all'art. 21-bis della legge n. 287/1990. Tale disposizione, già richiamata nei precedenti paragrafi, attribuisce all'Autorità il potere di emettere parere motivato quando ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, parere nel quale dovranno essere indicati gli specifici profili

40 N. Rangone (2010), *Autorità indipendenti e AIR in Arbitri dei mercati*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Astrid, Il Mulino, Bologna.

delle violazioni riscontrate. La pubblica amministrazione deve conformarsi al parere nei sessanta giorni successivi alla comunicazione: in caso contrario l'Autorità può presentare ricorso, tramite l'Avvocatura dello Stato, entro i successivi trenta giorni.

Per il momento non si prevede l'introduzione di procedure, linee guida o manuali di AIRC su cui impostare l'attività di analisi o volti a supportare le amministrazioni centrali o territoriali chiamate a svolgere attività di analisi di impatto della concorrenza sui propri provvedimenti normativi o regolamentari. I nuovi compiti attribuiti all'Autorità in materia di tutela e promozione della concorrenza e le analisi prodotte avranno comunque riflessi positivi sullo sviluppo e la diffusione delle metodologie di AIRC, promuovendo l'evoluzione del sistema amministrativo nazionale, e ancor più di quello locale, verso una maggiore coerenza con i principi concorrenziali.