



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

LAURA CAVALLO, GABRIELE MAZZANTINI

Il rapporto tra regolazione e concorrenza
nel promuovere la crescita e il benessere
dei consumatori:
il ruolo dell'AIRC e dell'AGCM

P 2/2013
settembre 2013

I Paper dell'Osservatorio
P 2/2013 ISSN 2280-8698
© 2013, Osservatorio AIR

INDICE

| | |
|--|----|
| 1. Introduzione | 5 |
| 2. Le ultime evoluzioni normative in tema di rapporti fra regolazione e concorrenza e i riflessi in tema di AIRC | 7 |
| 2.1. <i>Lo Statuto delle imprese</i> | 7 |
| 2.2. <i>L'art. 3 del d.l. 138/2011</i> | 9 |
| 2.3. <i>L'art. 35 del d.l. 201/2011</i> | 10 |
| 2.4. <i>L'art. 34 del d.l. 201/2011 e gli artt. 1 e 4 del d.l. 1/2012</i> | 12 |
| 3. Le relative sentenze della Corte costituzionale (in breve) | 15 |
| 4. Il ruolo dell'AIRC a sostegno della funzione di advocacy dell'AGCM | 20 |
| 4.1 <i>L'AIRC a supporto di una regolazione pro-concorrenziale</i> | 20 |
| 4.2 <i>Le metodologie di AIRC e l'evoluzione delle Raccomandazioni OCSE</i> | 23 |
| 4.3 <i>Il ruolo dell'AGCM per lo sviluppo e la diffusione dell'AIRC</i> | 27 |
| 5. Il ruolo dell'analisi di impatto (AI) per misurare l'impatto dell'attività dell'AGCM sui consumatori | 32 |
| 5.1 <i>Misurare i benefici della concorrenza e l'efficacia dell'intervento dell'AGCM.</i> | 32 |
| 5.2 <i>Le metodologie: semplici e poco "costose"</i> | 33 |
| 6. Conclusioni | 38 |
| Appendice normativa | 43 |

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

Citare questo documento come: L. Cavallo, G. Mazzantini, *Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel promuovere la crescita e il benessere dei consumatori: il ruolo dell'AIRC e dell'AGCM*, in «I paper dell'Osservatorio», Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, settembre 2013, P 2/2013. ISSN 2280-8698.

Nota: Pur essendo il lavoro frutto delle riflessioni comuni degli autori, i PARR 2 e 3 sono attribuibili a Gabriele Mazzantini e i PARR. 4 e 5 a Laura Cavallo. Le opinioni espresse sono da attribuire esclusivamente agli Autori e non impegnano in nessun modo le istituzioni di appartenenza.

1. Introduzione

La letteratura teorica ed empirica è concorde nel ritenere che una maggiore concorrenza può migliorare l'efficienza produttiva e allocativa dei mercati, offrire opportunità imprenditoriali, favorire l'introduzione di nuovi prodotti, promuovere l'innovazione, la crescita economica e il benessere dei consumatori riducendo il costo di beni e servizi in tutti i settori economici.

Negli ultimi anni, la necessità di contrastare la crisi e uscire dalla fase recessiva ha rinnovato l'interesse nelle politiche sulla concorrenza che, operando nei ristretti vincoli delle finanze pubbliche, promuovono il rilancio della libera iniziativa d'impresa rimuovendo i vincoli e gli ostacoli allo sviluppo imprenditoriale e all'innovazione.

Anche in Italia, per cercare di allineare l'economia nazionale, nel medio-lungo periodo, ai ritmi di crescita dei principali partner europei e internazionali sono state introdotte diverse norme volte a dare maggiore voce alla concorrenza attraverso l'avvio o il completamento di processi di liberalizzazione in alcuni specifici settori economici o nell'intero tessuto economico nazionale complessivamente inteso. 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.

La concorrenza tuttavia non è un valore in sé, ma un mezzo per raggiungere una condizione di massimo benessere per la collettività e in tal senso deve essere perseguita nella misura in cui si dimostra efficace nel perseguire tale obiettivo.

Per favorire il virtuoso legame tra concorrenza, crescita economica e benessere dei consumatori in molti Paesi e in Italia si sta diffondendo l'utilizzo dell'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza (AIRC) e vengono attribuiti alle Autorità per la concorrenza e per il mercato nuovi compiti volti a consentire una più efficace azione pro concorrenziale nelle diverse aree di intervento e favorire il raggiungimento degli obiettivi prioritari di riforma del sistema economico. L'impatto della concorrenza sulla crescita economica è favorito infatti dalla capacità dell'Autorità per la concorrenza di influire sul quadro normativo, rilevando e segnalando le restrizioni ingiustificate all'accesso o all'esercizio dell'attività economica che trovano origine in regolamenti o norme di legge.

L'AIRC permette di individuare gli interventi di regolazione potenzialmente restrittivi della concorrenza, valutare la proporzionalità di queste restrizioni rispetto agli obiettivi perseguiti

dall'intervento normativo ed alla finalità di tutelare l'interesse pubblico e suggerire le opzioni di regolazione che minimizzano l'impatto delle restrizioni.

Anche in Italia il contesto che si va delineando prospetta un ruolo più incisivo dell'AIRC a supporto dell'attività di regolazione e dell'AGCM nel promuovere lo sviluppo e la diffusione delle metodologie di AIRC sia come sostegno alle proprie attività che come supporto alle amministrazioni centrali o territoriali o alle Autorità di regolazione chiamate a svolgere attività di analisi di impatto della regolazione 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.

Si sta inoltre sviluppando presso le Autorità per la concorrenza di diversi Paesi un'analisi di impatto delle proprie attività. Questa analisi non è una vera e propria AIR, considerato che gli interventi di tali Autorità non hanno natura regolatoria in senso proprio, ma consente di quantificare l'impatto di questi interventi, misurato in genere in termini di benefici per i consumatori (incrementi di prezzo "evitati"), dando maggiore evidenza dell'efficacia dell'azione delle suddette Autorità nel promuovere i benefici derivanti dalla concorrenza.

In questo lavoro si metteranno in evidenza, anche attraverso l'analisi degli ultimi provvedimenti normativi, i rapporti sempre più stretti fra regolazione, concorrenza e finanza pubblica; si indagherà, inoltre, il ruolo che potranno avere, all'interno di questo contesto, l'AIRC quale strumento di *better regulation*, da un lato, e l'Antitrust quale soggetto maggiormente indicato ad accompagnare l'introduzione di tale strumento presso le amministrazioni centrali e locali, dall'altro.

In particolare, il paragrafo 2 illustra le ultime evoluzioni normative che tendono a rafforzare il rapporto tra regolazione e concorrenza attribuendo un ruolo maggiore all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza; il paragrafo 3 evidenzia il giudizio della Corte costituzionale in merito alla legittimità costituzionale di queste norme; il paragrafo 4 evidenzia il ruolo dell'AIRC a sostegno della concorrenza e il ruolo delle Autorità per la concorrenza nella diffusione dell'AIRC, richiamando le ultime evoluzioni della metodologia; il paragrafo 5 illustra le tecniche di analisi di impatto sui consumatori delle attività antitrust che si stanno sviluppando presso le Autorità di molti Paesi OCSE; il paragrafo 6 conclude.

2. Le ultime evoluzioni normative in tema di rapporti fra regolazione e concorrenza e i riflessi in tema di AIRC

Negli ultimi anni l'attenzione posta dal legislatore alla tutela della concorrenza e ai processi di liberalizzazione dei mercati è andata crescendo e, di recente, il governo Monti ha dedicato loro una particolare attenzione, facendone, almeno in linea di principio, uno dei capisaldi delle sue politiche economiche¹. Del resto, la lettera inviata al governo italiano da Trichet e Draghi il 5 agosto 2011 ha costituito una specie di spartiacque nella recente politica italiana, richiamando l'attenzione su alcuni temi considerati fondamentali per la tenuta economica e dei conti pubblici dell'Italia. E tra le richieste fatte al governo italiano è stata messa, al primo posto, l'introduzione di una maggiore liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali e di una maggiore concorrenza nei servizi professionali; solo in questo modo, infatti, secondo la prospettiva dei due presidenti della BCE, sarebbe stato possibile dare il via a quella crescita economica che avrebbe dovuto accompagnare le rigorose e stringenti politiche di taglio della spesa pubblica e del debito.

Non c'è quindi da stupirsi se diversi decreti legge emanati nei mesi successivi, sia negli ultimi mesi del governo Berlusconi (d.l. n. 138/2011), sia nei primi del governo Monti (d.l. n. 201/2011 e d.l. n. 1/2012), contengono delle disposizioni volte ad introdurre principi di liberalizzazione e una maggiore concorrenza in numerosi settori e attività economiche, nonché ad attribuire poteri sempre maggiori all'Autorità Garante della Concorrenza e de Mercato. Tali disposizioni, come vedremo nei prossimi paragrafi, mirano ad alleggerire la regolazione dell'attività economica e ad incentivare l'iniziativa economica privata, rendendo sempre più stretto il rapporto fra regolazione e concorrenza e, conseguentemente, sempre più utile sviluppare l'AIRC all'interno dell'AIR, anche se, da questo punto di vista, importanti novità si erano avute già con l'approvazione della legge 11 novembre 2011, n. 180, "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese".

2.1. Lo Statuto delle imprese

La l. n. 180/2011, meglio nota come "Statuto delle imprese", mira a rilanciare lo sviluppo della piccola e media imprenditoria, da sempre punto di forza del tessuto produttivo italiano. Tale legge

¹ Per un commento sulla reale portata di tali interventi normativi, si veda L. Fiorentino, L. Saltari (2012), *Le politiche di concorrenza: dallo stallo al rilancio*, in *Uscire dalla crisi*, a cura di G. Napolitano, ed Il Mulino, pp. 251-291.

prende ispirazione dallo *Small Business Act*, elaborato nell'ambito dell'Unione europea con lo scopo di dare un particolare rilievo alla prospettiva della piccola e media impresa nei processi di regolazione dell'economia e dei mercati.

Per ciò che concerne l'argomento trattato in questo lavoro, la l. n. 180/2011 rileva in quanto nella parte relativa ai rapporti con le istituzioni, e in particolare all'art. 6, comma 2, introduce una modifica all'art. 14, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246, prevedendo che «Nella individuazione e comparazione delle opzioni le amministrazioni competenti tengono conto della necessità di assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela delle libertà individuali».

Con tale modifica si ottengono diversi effetti: il primo è quello di dare una particolare rilevanza, nelle procedure AIR, agli effetti prodotti dalle nuove regolazioni sulla tutela della concorrenza e sulle libertà individuali, tra cui l'iniziativa economica privata. È chiaro che, essendo la disposizione che modifica la l. n. 246/2005 contenuta nello Statuto delle imprese, l'obiettivo è principalmente quello di garantire l'accesso ai mercati alle imprese soprattutto di piccole e medie dimensioni, impedendo che nuove regolazioni avvantaggino imprese già in posizione dominante, o addirittura monopoliste; non si può tuttavia negare che gli effetti virtuosi di tale disposizione, se verrà effettivamente presa in considerazione dalle amministrazioni chiamate in causa, investiranno l'intero tessuto economico e tutti i suoi operatori, con relativi benefici per l'intera economia.

Il secondo effetto, molto importante, è quello di estendere l'applicazione delle procedure AIR, compresa la valutazione degli effetti concorrenziali della regolazione, a tutti i livelli amministrativi (Stato, regioni, enti locali e enti pubblici), così come richiamati al comma 1 in qualità di soggetti *tenuti* a valutare l'impatto delle iniziative legislative e regolamentari.

Il terzo effetto, infine, riguarda invece il fatto che la valutazione dell'impatto concorrenziale sul mercato dovrà essere "fatta al momento della comparazione tra diverse alternative di nuovo intervento"² e non più, dunque, solo sull'opzione effettivamente selezionata alla fine della procedura³. Da questo punto di vista, quindi, si può dire di aver compiuto un passo in avanti rispetto alla normativa precedente in quanto si aumenta la trasparenza dei processi decisionali che portano alla selezione di una certa opzione e al rigetto di altre.

2 Camera dei Deputati (2012), *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), anno 2011*, Roma, pag. 8.

3 G. Mazzantini (2010), *L'AIR sulla concorrenza: «Eppur di muove!»*, in *La tela di Penelope*, a cura di A. Natalini, G. Tiberi, «Quaderni di Astrid», Bologna, Il Mulino, p. 197.

2.2. L'art. 3 del d.l. 138/2011

Altre novità interessanti in tema di AIRC sono contenute nel d.l. n. 138/2011, la cosiddetta “Manovra di Ferragosto”, la quale rappresenta la risposta del governo italiano alla lettera dei presidenti della BCE, già citata in precedenza.

Tale lettera, come detto, metteva in evidenza il costante peggioramento dei conti pubblici italiani i quali, in seguito alla crisi economica internazionale, stavano lentamente, ma progressivamente, peggiorando, mettendo a rischio, secondo gli autori, la solvibilità del Paese; si auspicava perciò di attuare, nel più breve tempo possibile, un programma di riforme che incentivassero la crescita economica.

Ecco che nel giro di poco più di una settimana viene approvato il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, il quale contiene prevalentemente misure economiche e finanziarie volte al risanamento dei conti pubblici, che si sommano a quelle contenute nella manovra finanziaria del luglio 2011 (il d.l. n. 98/2011). Il decreto contiene però anche alcuni articoli che introducono misure volte ad una maggiore liberalizzazione dei mercati (art. 3) e, in particolare, dei servizi pubblici locali (art. 4), considerata necessaria per incentivare la ripresa e la crescita dell'economia nazionale.

Anche in questo caso, in una prospettiva di analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza, è interessante esaminare nello specifico la disposizione contenuta all'art. 3, commi 1 e 2, del decreto, il quale stabilisce che lo Stato, le Regioni, le Province ed i Comuni devono adeguare i propri ordinamenti al principio in base al quale l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è vietato da disposizioni di legge, le quali possono limitare la concorrenza solo in determinati e limitati casi, elencati dallo stesso articolo⁴.

Questa disposizione eleva, in primo luogo, la concorrenza a principio fondamentale per lo sviluppo economico, in virtù dei benefici che una larga parte della letteratura economica ha attribuito a questo modello di mercato; in secondo luogo, impone a Stato, Regioni ed Enti locali di adeguare i propri ordinamenti al principio della liberalizzazione, via maestra per aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati; in terzo luogo, introduce una serie di possibili limitazioni a tale politica economica, attraverso l'elencazione di una serie di vincoli da rispettare e di valori da tutelare che possono giustificare il sacrificio di una maggiore apertura dei mercati. Tale elenco, se, da un lato, appare tassativo, dall'altro risulta difficilmente delimitabile vista la presenza, al suo interno, di voci indefinite e generiche quali, ad esempio, i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli

4 Per il testo, si veda l'appendice normativa in fondo all'articolo.

obblighi internazionali e il contrasto con i principi fondamentali della Costituzione.

In sintesi, è possibile affermare che tale articolo introduce una sorta di «inversione dell'onere della prova» a carico del legislatore, centrale, regionale e locale, il quale è chiamato a «giustificare» l'esistenza di eventuali restrizioni alla concorrenza contenute nelle disposizioni di legge. In questo senso, il decreto in questione incentiva un modo di concepire le norme che, almeno implicitamente, richiama la procedura dell'AIR e, nello specifico, dell'AIRC, richiedendo al legislatore di esplicitare quali sono i motivi (o, meglio, gli interessi e i principi degni di tutela) che hanno portato alla scelta di una certa opzione che prevede la riduzione o l'annullamento della concorrenza in un certo settore.

2.3. L'art. 35 del d.l. 201/2011

Un ulteriore incentivo alla realizzazione di una buona AIR viene dato, qualche mese più tardi, dal primo decreto del Governo Monti, il d.l. n. 201/2011, conosciuto anche come Decreto Salva Italia, il quale con l'art. 35, commi 1 e 2, attribuisce un nuovo potere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che viene legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che siano in contrasto con le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁵.

Questa norma attribuisce quindi all'Antitrust il potere di ricorrere al giudice amministrativo in tutti quei casi in cui le segnalazioni aventi ad oggetto atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti che determinano distorsioni della concorrenza restano inascoltate, e rappresenta un potenziamento di quei poteri di *advocacy* contenuti negli artt. 21 e 22 della l. n. 287/1990 (potere di inviare, rispettivamente, segnalazioni e pareri al Parlamento e al Governo) che negli anni hanno dimostrato un'efficacia assai limitata, tanto da portare l'Autorità a richiedere espressamente in una segnalazione del 2010 di poter disporre di strumenti che le consentissero una più efficace applicazione delle regole a tutela della concorrenza e del consumatore⁶. In particolare, come alcuni studi relativi sia ai primi anni dell'Autorità⁷, che più recenti⁸, hanno messo in evidenza, le segnalazioni dell'Autorità

5 Per il testo, si veda l'appendice normativa in fondo all'articolo.

6 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2010), *Segnalazione AS 659 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, Roma, 9 febbraio 2010.

7 P. L. Parcu (1996), *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in «Temi e problemi», n° 4, disponibile sul sito www.agcm.it.

8 E. Arisi, F. M. Esposito (2008), *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità Garante*

restano spesso senza effetto, soprattutto quando hanno ad oggetto normative regionali o locali, e fino all'introduzione di questa norma l'Antitrust risultava essere sostanzialmente inerme di fronte alla perseveranza del legislatore. Non è un caso che nel primo anno dall'entrata in vigore del decreto, i pareri dell'Autorità ex art. 21-*bis* si siano rivolti prevalentemente a Regioni, Province e Comuni e abbiano avuto ad oggetto prevalentemente restrizioni e ostacoli alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali⁹.

L'entrata in vigore di questa norma, quindi, dovrebbe avere, fra gli altri effetti, quello di incentivare chi emette l'atto a porre una particolare attenzione nell'AIRC, soprattutto laddove si valutino gli effetti sulla concorrenza, in modo da ridurre al minimo il rischio di veder avviato un ricorso ex art. 21-*bis* da parte dell'Autorità¹⁰ (che però, in base ad una recente pronuncia del Tar Lazio, dovrà essere necessariamente preceduto dall'invio di un parere motivato, che attribuisce a sua volta 60 giorni di tempo alle amministrazioni per adeguarsi ai rilievi dell'Autorità¹¹).

Ci si è interrogati su quali siano, esattamente, le norme a tutela della concorrenza e del mercato

della Concorrenza e del Mercato, «Economia e politica industriale», n° 2, pagg. 140-154; G. Mazzantini (2011), *Concorrenza e Mezzogiorno*; un'analisi territoriale dell'attività dell'Antitrust, in «Studi e Ricerche» n° 3, disponibile sul sito www.agcm.it.

9 S. Rebecchini (2012), *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge 287/90*, consultabile all'indirizzo http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3417-milanaset2012.html.

10 “La previsione di tale legittimazione in capo all'Autorità può contribuire (...), in modo decisivo a far evolvere il sistema amministrativo nazionale, e ancor più quello locale, verso una maggiore coerenza con i principi concorrenziali. Alla luce dell'avversione frequentemente manifestata dalle amministrazioni pubbliche verso una piena apertura alla logica del confronto competitivo, e a fronte della limitata efficacia degli interventi consultivi dell'Autorità, la possibilità per essa di ricorrere al giudice può agevolare lo sviluppo e il radicamento di una cultura del mercato che stenta ancora oggi ad affermarsi sul piano amministrativo”. Autorità Garante della Concorrenza e de Mercato (2012), *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2011*, Roma, p. 24.

11 Secondo il giudice amministrativo l'Autorità non può intentare un ricorso se prima non ha emesso un parere motivato in quanto “la scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento della procedura di cui al comma secondo sia (è) espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza. In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come *extrema ratio*, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni”. Tar Lazio, sentenza n. 2720 del 15 marzo 2013. In questo senso, anche A. Argentati (2012), *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», n.1/2012, pag. 37.

che non dovrebbero essere violate dagli atti amministrativi, visto che la legge 287/90, che ha istituito l'Antitrust, contiene disposizioni (artt. 2 e 3) che si rivolgono sostanzialmente alle imprese¹²: la risposta a questa domanda potrebbe essere contenuta nell'art. 34 dello stesso d.l. n. 201/2011 e all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 1 del 2012, anche noto come "Decreto Cresci Italia", i quali elencano una serie di possibili restrizioni all'attività economica che contrastano apertamente con i principi di liberalizzazione dei mercati introdotti dalle due disposizioni; la presenza di tali restrizioni in un atto amministrativo potrebbe quindi essere motivo sufficiente per giustificare l'emissione di un parere ex art. 21-*bis* da parte dell'AGCM. Affronteremo il tema di seguito.

2.4. L'art. 34 del d.l. 201//2011 e gli artt. 1 e 4 del d.l. 1/2012

Altre norme di notevole importanza in tema di *better regulation* introdotte negli ultimi due anni sono probabilmente quelle contenute nelle norme già ricordate, l'art. 34 del d.l. n. 201/2011 e l'art. 1 del d.l. n. 1/2012, le quali sono accomunate dall'introduzione o, in qualche caso, dal richiamo di alcuni importanti principi per la liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese¹³.

In particolare, il comma 2 dell'art. 34 del d.l. n. 201/2011, ispirandosi al già ricordato art. 3 del d.l. n.138/2011, precisa che la disciplina delle attività economiche è basata sul principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, e che atti amministrativi di autorizzazione o di controllo preventivi sono giustificati solo in presenza di imperative esigenze di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario; il comma 3, invece, dettaglia quali sono le restrizioni alla concorrenza contenute in norme vigenti che devono ritenersi abrogate dall'entrata in vigore del decreto legge.

Anche in questo caso, lo scopo della legge è quello di circoscrivere il più possibile i casi in cui l'amministrazione, sia essa centrale, regionale o locale, può prevedere forme di controllo preventivo dell'avvio di un'attività economica, al fine di tutelare al massimo la concorrenza e incentivare l'iniziativa economica privata, riducendone i relativi oneri burocratici; l'elenco delle restrizioni

¹² È stato ad esempio suggerito che una soluzione potrebbe essere quella di considerare l'Autorità legittimata ad agire in giudizio contro "atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti che impongano o suggeriscano alle imprese beneficiarie di violare le norme a tutela della concorrenza e del mercato". A. Heimler (2012), *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2012, pag. 372.

¹³ Per il testo, si veda l'appendice normativa in fondo all'articolo.

abrogate, poi, si ispira evidentemente alle numerose segnalazioni prodotte dell'AGCM ed aventi ad oggetto le distorsioni dei mercati introdotte, in vari settori e in vari anni, da norme statali e regionali.

Il d.l. n. 1/2012 completa, in qualche modo, un processo iniziato dall'art. 3 del d.l. n. 138/2011 – espressamente richiamato all'art. 1, comma 1 – e proseguito con l'appena ricordato art. 34 del d.l. n. 201/2011, introducendo numerose disposizioni volte a liberalizzare i mercati e a rimuovere ostacoli e restrizioni alla concorrenza.

In particolare, l'art. 1 introduce dei principi che saranno poi declinati, settore per settore, negli articoli successivi e costituisce un tentativo di introdurre una rapida liberalizzazione dell'economia a tutti i livelli amministrativi¹⁴.

Il contenuto di questo articolo è interessante ai fini dell'AIRC in quanto rappresenta una sorta di “linee guida” per la realizzazione di una corretta analisi d'impatto della regolazione sulla concorrenza: sono infatti elencati, anche se in modo sommario, i principali ostacoli alla liberalizzazione dei mercati introdotti da leggi e regolamenti che finiscono spesso per essere oggetto di segnalazione da parte dell'Antitrust. Inoltre, è interessante notare come non si intenda sopprimere (*rectius*, abrogare) tutte le restrizioni che un'amministrazione può opporre alla liberalizzazione dei mercati, ma solo i limiti “non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità”: in altre parole, non si persegue una liberalizzazione totale dell'economia, ma si intende specificare a chiare lettere che in primo luogo, le restrizioni ammesse sono soltanto quelle che mirano a tutelare un interesse generale e costituzionalmente rilevante e che, in secondo luogo, le restrizioni devono comunque essere strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità perseguite dall'amministrazione, nel rispetto, appunto, del principio di proporzionalità, richiamato più volte anche dalla Corte di Giustizia europea nelle proprie sentenze¹⁵.

Inizialmente, il d.l. 1/2012 aveva “accompagnato” le disposizioni contenute all'art. 1 con quelle contenute all'art. 4, in base al quale venivano attribuite alla Presidenza del Consiglio dei Ministri alcune funzioni per il rispetto della normativa dell'Unione europea e la tutela dell'unità giuridica e dell'unità economica dell'ordinamento, vale a dire: a) monitorare la normativa regionale e locale

14 Per il testo, si veda l'appendice normativa in fondo all'articolo.

15 La Corte di Giustizia ha utilizzato fin dal 1974 il principio di proporzionalità con riguardo, ad esempio, all'art. 86 del trattato ora (106) per le imprese pubbliche stabilendo che la deroga alla concorrenza è legittima solo qualora “quel comportamento, nella sua specifica manifestazione in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità dell'ente” (Corte di giustizia CE, 30 aprile 1974 n.155/73).

e individuare, anche su segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, le disposizioni contrastanti con la tutela o la promozione della concorrenza; b) assegnare all'ente interessato un congruo termine per rimuovere i limiti alla concorrenza; c) decorso inutilmente il termine di cui alla lettera b), proporre al Consiglio dei Ministri l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Nell'esercizio di tali funzioni, alla Presidenza del Consiglio era anche attribuita la possibilità di formulare richieste di informazioni a privati e enti pubblici.

Tali poteri avevano evidentemente lo scopo di dotare il Governo di strumenti atti a garantire un maggior rispetto dei principi introdotti all'art. 1 anche da parte delle regioni e degli enti locali, ma sono stati giudicati sproporzionati e troppo sbilanciati a favore dell'amministrazione centrale, tanto che in sede di conversione il testo è stato modificato ed ha attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il (più circoscritto) potere di raccogliere le segnalazioni delle autorità indipendenti aventi ad oggetto restrizioni alla concorrenza e impedimenti al corretto funzionamento dei mercati, così da poter predisporre le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dell'azione dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione.

In estrema sintesi, si può dire che, soprattutto a partire dall'estate del 2011, in Italia è iniziata una nuova stagione di liberalizzazioni che ha posto di nuovo al centro dell'agenda politica i principi della libera concorrenza e della tutela del mercato. Dopo alcuni anni in cui si è tentato di rispondere alla crisi economica attraverso un intervento più marcato dello Stato nell'economia e una espansione delle regolazioni delle attività economiche e, soprattutto, finanziarie¹⁶, si è passati ad una nuova fase in cui il rilancio dell'economia è (o dovrebbe essere) affidato alla libera iniziativa dei privati e ad una ri-regolazione volta a fare salve solo le norme "necessarie" nel senso sopra descritto. In altre parole, si sta prendendo sempre più coscienza che, se, da un lato, i comportamenti dei soggetti privati possono ridurre o annullare del tutto la concorrenza, dall'altro non meno importanti appaiono gli interventi nel mercato dei soggetti pubblici, tanto che le norme qui richiamate hanno come scopo proprio quello di introdurre principi di *better regulation* a tutti i livelli amministrativi.

¹⁶ Si veda, ex multis, V. Giglio (2010), *La crisi e il rapporto tra stabilità e concorrenza*, in «Mercato concorrenza regole», n. 2/2010, pp. 279-293.

3. Le relative sentenze della Corte costituzionale (in breve)

I decreti descritti nel paragrafo precedente sono stati oggetto di ricorso da parte di varie regioni presso la Corte costituzionale. Non è questa la sede per analizzare in modo dettagliato i motivi dei ricorsi e il contenuto delle sentenze; quello che qui rileva, invece, è esaminare quanto ha affermato il giudice delle leggi in merito alla *ratio* delle norme e, in particolare, in tema di analisi di impatto della regolazione. Vale la pena precisare che, in queste sentenze, la Corte ovviamente non ha mai espressamente citato l'AIRC, ma ciò non toglie che "l'atteggiamento – decisamente positivo sul piano dei valori costituzionali – con cui la Corte ha valutato gli interventi previsti in questi atti legislativi (l'art. 3 del d.l. n. 138/2011 e l'art. 4 del d.l. n. 1/2012, *ndr.*)"¹⁷ potrà avere delle ricadute dirette in tema di diffusione dell'AIRC.

Ci si riferisce in particolare alla sentenza n. 200 del 2012, che ha ad oggetto l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, e alla sentenza n. 8 del 2013, concernente l'art. 1, comma 4, del d.l. n. 1/2012. In estrema sintesi, i ricorsi regionali presentavano, principalmente, la doglianza relativa al fatto che tali norme, disciplinando la regolazione dell'attività economica (in generale), e non di una particolare attività economica di sua competenza (ad esempio, la regolazione dei mercati finanziari), avrebbero interferito con moltissime competenze regionali – sia concorrenti che esclusive – riducendo di molto gli spazi di intervento normativo delle regioni.

Effettivamente, le norme citate hanno come peculiarità quella di regolare l'espansione e l'ambito di applicazione della concorrenza, di cui cercano di delimitare i confini: se, di solito, il legislatore liberalizza e regola un settore per volta, individuando gli ambiti di competenza esclusivi dello Stato (tra i quali ci sono, appunto, gli aspetti legati alla tutela della concorrenza), quelli delle regioni e quelli concorrenti (è il caso, ad esempio, delle leggi che in passato hanno liberalizzato il settore idrico o il trasporto pubblico locale), in questo caso l'oggetto della norma è proprio la liberalizzazione e l'applicazione delle regole della concorrenza a tutti i settori e le attività economiche. La Corte, quindi, non ha dovuto, come negli altri casi, verificare se la regolazione settoriale si conciliasse con il rispetto dei principi concorrenziali e se fosse stato rispettato il riparto delle competenze ex art. 117 Cost., ma valutare la legittimità costituzionale della regolazione della stessa concorrenza. Per la prima volta dalla riforma del titolo V° della Costituzione, quindi, le sentenze non hanno affrontato

17 A. Simoncini, E. Longo (2013), *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in «Osservatorio della fonti», n. 1/2013, pp. 19-22.

il tema della concorrenza declinato in un certo ambito settoriale¹⁸, ma la regolazione delle politiche di liberalizzazione *tout court*.

Le sentenze, come detto, presentano profili di interesse anche in chiave AIRC.

In particolare, con la sentenza n. 200 del 2012, ripresa successivamente anche dalla sentenza n. 46 del 2013, la Corte ha affermato che l'art. 3 del d.l. n. 138/2011 “non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale”. “La liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di «ri-regolazione» tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (...) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale”.

Infine, riguardo alla sovrapposizione delle competenze statali e regionali, e al rapporto fra regolazione statale e regolazione regionale, la Corte afferma che il legislatore statale non si è sovrapposto ai legislatori regionali, poiché “l'atto impugnato non stabilisce regole, ma piuttosto introduce disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza. In virtù della tecnica normativa utilizzata, basata su principi e non su regole, il

¹⁸ Sul tema, si veda A. Argentati (2011), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, AGCM, Roma, consultabile sul sito www.agcm.it; M. Bellocchi (2013), *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel Titolo V della Parte II della Costituzione*, ASTRID, Roma.

legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale”.

La sentenza n. 8 del 2013, invece, aveva ad oggetto, come detto, l’art. 1 del d.l. n. 1/2012, con particolare riferimento al comma 4, il quale dispone che l’adeguamento delle Regioni, delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni ai principi di liberalizzazione dei mercati introdotti ai commi precedenti costituisce un nuovo parametro di valutazione della virtuosità dei suddetti enti ai fini del rispetto del Patto di Stabilità interno; la Corte ha quindi dovuto rispondere ad alcune regioni che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma e, per farlo, si è chiesta, in particolare, che legame vi fosse fra la concorrenza e la finanza pubblica.

La Corte ha così ribadito che “in vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche, l’art. 1 del decreto-legge n. 1 del 2012 prevede un procedimento di ri-regolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mira all’abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l’iniziativa economica o frenano l’ingresso nei mercati di nuovi operatori, fatte salve le regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, lettera a), e che siano adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite (art. 1, comma 1, lettera b) (...).

In questo quadro, l’art. 1, comma 4, estende all’intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione, come sopra delineati. Del resto, affinché l’obiettivo perseguito dal legislatore possa ottenere gli effetti sperati, in termini di snellimento degli oneri gravanti sull’esercizio dell’iniziativa economica, occorre che l’azione di tutte le pubbliche amministrazioni – centrali, regionali e locali – sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell’uno o dell’altro degli ulteriori enti che compongono l’articolato sistema delle autonomie. Quest’ultimo, infatti, risponde ad una logica che esige il concorso di tutti gli enti territoriali all’attuazione dei principi di simili riforme. (...). Per queste ragioni, il principio di liberalizzazione delle attività economiche – adeguatamente temperato dalle esigenze di tutela di altri beni di valore costituzionale – si rivolge tanto al governo centrale (art. 1, commi 1, 2 e 3), quanto a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni (art. 1, comma 4), perché solo con la convergenza dell’azione di tutti i soggetti pubblici esso può conseguire risultati apprezzabili”.

Con riferimento, invece, al legame fra politiche di liberalizzazione e obiettivi di finanza pubblica – ossia, il punto di vera novità rispetto alla sentenza n. 200 del 2012 – la Corte, nella stessa sentenza,

ha affermato che “non è difficile cogliere la ratio del legame tracciato dal legislatore fra le politiche economiche di liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, e le implicazioni finanziarie delle stesse. Secondo l’impostazione di fondo della normativa – ispirata a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee – è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell’economia nazionale. Questa relazione tra liberalizzazione e crescita economica appare ulteriormente rilevante in quanto, da un lato, la crescita economica è uno dei fattori che può contribuire all’aumento del gettito tributario, che, a sua volta, concorre alla riduzione del disavanzo della finanza pubblica; dall’altro, non si può trascurare il fatto che il Patto europeo di stabilità e crescita – che è alla base del Patto di stabilità interno – esige il rispetto di alcuni indici che mettono in relazione il prodotto interno lordo, solitamente preso a riferimento quale misura della crescita economica di un Paese, con il debito delle amministrazioni pubbliche e con il deficit pubblico. Il rispetto di tali indici può essere raggiunto, sia attraverso la crescita del prodotto interno lordo, sia attraverso il contenimento e la riduzione del debito delle amministrazioni pubbliche e del deficit pubblico. In questa prospettiva, è ragionevole che la norma impugnata consenta di valutare l’adeguamento di ciascun ente territoriale ai principi della razionalizzazione della regolazione, anche al fine di stabilire le modalità con cui questo debba partecipare al risanamento della finanza pubblica. L’attuazione di politiche economiche locali e regionali volte alla liberalizzazione ordinata e ragionevole e allo sviluppo dei mercati, infatti, produce dei riflessi sul piano nazionale, sia quanto alla crescita, sia quanto alle entrate tributarie, sia, infine, quanto al rispetto delle condizioni dettate dal Patto europeo di stabilità e crescita.

Complessivamente, dunque, non è irragionevole che il legislatore abbia previsto un trattamento differenziato fra enti che decidono di perseguire un maggiore sviluppo economico attraverso politiche di ri-regolazione dei mercati ed enti che, al contrario, non lo fanno (...).

Introdurre un regime finanziario più favorevole per le Regioni che sviluppano adeguate politiche di crescita economica costituisce, dunque, una misura premiale non incoerente rispetto alle politiche economiche che si intendono, in tal modo, incentivare”.

In sintesi, da queste due sentenze è possibile trarre le seguenti indicazioni:

1. la Corte ha avallato la nuova regolazione economica promossa dal Governo negli ultimi mesi, basata su una diffusione più ampia possibile dei principi di tutela della concorrenza e del libero mercato;
2. ha affermato che la concorrenza debba comunque essere temperata dalle esigenze di tutela di

- altri beni di valore costituzionale, che rappresentano i confini alla sua espansione;
3. da ciò ne discende che la liberalizzazione dei mercati non introduce necessariamente una de-regolamentazione, ma piuttosto una ri-regolazione che tiene conto anche dello scenario politico-economico contingente;
 4. in particolare, in questo periodo al legislatore è parso opportuno ri-regolare le attività economiche in senso più procompetitivo, anche allo scopo di rispettare i parametri di finanza pubblica richiesti a livello comunitario;
 5. in base a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, infatti, una maggiore concorrenza porta, nel medio-lungo termine, ad una crescita della ricchezza economica di un Paese: in questo senso, viene superata la contrapposizione fra liberalizzazione dei mercati ed utilità sociale, molto spesso considerati come due elementi di un *trade-off*, in cui uno cresceva a discapito dell'altro e viceversa;
 6. in uno Stato organizzato con un modello di *multivel-governance*, tutte le amministrazioni sono chiamate a partecipare attivamente, anche mediante incentivi, alla realizzazione di queste politiche.

In termini di AIR, tutto ciò significa, in primo luogo, che l'analisi dell'impatto della regolazione sulla concorrenza ha acquistato negli ultimi tempi un'importanza sempre crescente, visto il rilievo attribuito dal legislatore statale alla liberalizzazione dei mercati, cui, come abbiamo visto, è necessario che partecipino anche le amministrazioni regionali e locali; in secondo luogo, proprio la possibilità di contenere e limitare l'espansione di una regolazione più proconcorrenziale con la tutela di altri beni di valore costituzionale rende opportuno codificare tale scelta in un procedimento che permetta di valutare i costi e i benefici delle varie opzioni e aumenti la trasparenza nei confronti dei soggetti interessati dalla regolazione, che possono così venire a conoscenza dei criteri che hanno portato ad optare per una soluzione anziché per un'altra.

Se il contesto appare dunque sempre più favorevole ad incentivare lo sviluppo dell'AIRC all'interno dell'AIR, da un punto di vista più strettamente operativo risulta ad oggi difficile immaginare che si possa giungere, in tempi brevi, a poter disporre di documenti contenenti delle analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza trasparenti e ben fatte, soprattutto a livello di disposizioni regionali e locali. L'AIRC richiede infatti competenze tecniche specifiche la cui presenza non può essere data per scontata neppure a livello di amministrazioni centrali; ecco allora che appare di fondamentale importanza il ruolo che potrà svolgere, in questo campo, l'Autorità che

per missione si occupa proprio della tutela della concorrenza e dei mercati, l'Antitrust. Nei paragrafi che seguono si cercherà proprio di illustrare il ruolo che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato potrà avere, nei prossimi anni, nello sviluppo e nella diffusione dell'AIRC.

4. Il ruolo dell'AIRC a sostegno della funzione di advocacy dell'AGCM

4.1 L'AIRC a supporto di una regolazione pro-concorrenziale

La regolazione, ovvero l'insieme delle diverse forme di intervento dei poteri pubblici nelle relazioni tra domanda ed offerta (principalmente si regola l'offerta), viene motivata sulla base di diversi argomenti riconducibili, fondamentalmente, ai "fallimenti di mercato" (presenza di esternalità, beni pubblici e beni meritori, monopolio naturale, potere di mercato, informazione asimmetrica), nonché a obiettivi sociali o legati alla salute, alla sicurezza e alla qualità dell'ambiente. Anche la regolazione comporta tuttavia dei costi, e i fallimenti della regolazione ("*regulatory failures*") possono avere conseguenze anche più gravi dei fallimenti del mercato¹⁹. Anche in presenza di fallimenti del mercato che giustificano un intervento pubblico nell'economia dunque, tale intervento dovrebbe essere posto in essere solo laddove è possibile dimostrare che esso determina l'aumento del benessere sociale netto²⁰ e dovrebbe comunque essere proporzionale agli obiettivi di interesse pubblico da perseguire.

Per chiarire meglio il ruolo dell'Autorità nel promuovere la concorrenza è utile approfondire la definizione di "*competition advocacy*":

«Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition»²¹.

La prima parte di questa definizione si riferisce a tutte le attività svolte dall'Autorità per la

19 Viscusi W Kip, Joseph E Harrington, John M Vernon (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT press.

20 In Australia, il *Best Practice Regulation Handbook* del 2007, nella sezione dedicata all'AIRC, prevede esplicitamente che il Regulatory Impact Statement possa raccomandare interventi restrittivi della concorrenza unicamente nel caso in cui: a) i benefici per l'intera collettività superano i costi; b) gli obiettivi di interesse pubblico possono essere raggiunti unicamente attraverso restrizioni alla concorrenza.

21 Advocacy Working Group, Report on "*Advocacy and competition policy*", 2002.

concorrenza che non ricadono nel ruolo di *enforcement*.

La seconda parte definisce le due linee principali dell'attività di *advocacy*: quella diretta a tutti i soggetti nell'obiettivo di diffondere una maggiore consapevolezza dei benefici della concorrenza e del ruolo dell'Antitrust nel promuovere e tutelare la concorrenza e quella che si rivolge alle altre Autorità pubbliche con funzioni di regolazione²².

Gli ostacoli alla concorrenza non derivano infatti esclusivamente dai comportamenti anticoncorrenziali tra privati, come la collusione tra i concorrenti, fusioni, accordi verticali anticoncorrenziali restrittivi della concorrenza e abuso di posizione dominante unilaterale, ma anche, in alcuni casi, dall'intervento normativo e regolamentare sui mercati svolto da enti e amministrazioni pubbliche che operano a livello statale o territoriale. L'intervento pubblico nella regolazione dei mercati si giustifica nei settori caratterizzati da fallimenti del mercato e soprattutto in presenza di monopoli naturali. In particolare, tale intervento è necessario a tutelare l'interesse pubblico quando i meccanismi di mercato non sarebbero in grado di garantire i livelli minimi di servizio. Tuttavia, l'intervento normativo può ostacolare piuttosto che promuovere il raggiungimento degli obiettivi di pubblico interesse ("*regulatory failures*"²³), o può andare oltre quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico²⁴.

Mentre i comportamenti anticompetitivi delle imprese e dei soggetti privati possono essere arginati attraverso l'attività di *enforcement* attribuita all'Autorità per la concorrenza, l'intervento di regolazione pubblico è assolutamente legittimo e rende più difficile un intervento dell'Autorità. Tale intervento non può che esplicarsi quindi attraverso una verifica da parte dell'AGCM delle eventuali restrizioni alla concorrenza non necessarie o non proporzionali contenute negli atti regolamentari delle amministrazioni pubbliche e attraverso la promozione di soluzioni regolatorie in grado di perseguire l'obiettivo di regolazione minimizzando l'impatto restrittivo sulla concorrenza.

L'AIRC ha l'obiettivo di minimizzare le restrizioni non necessarie alla concorrenza (verificando se e in che misura una proposta regolamentare è restrittiva della concorrenza e valutando la

²² Simon J. Evenett, Julian L. Clarke (2005), *Designing And Implementing Economic Reforms In Developing Countries: What Role For Competition Advocacy?*

²³ A.E Kahn (1988), *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* e P.W MacAvoy, *Industry Regulation and the Performance of the American Economy*, W.W. Norton, 1992.

²⁴ Anche a livello europeo deroghe alla disciplina della concorrenza sono giustificate solo se l'intervento pubblico è necessario al perseguimento di interessi pubblici e solo se l'intervento è proporzionale a questi obiettivi (v. art. 106 TFUE e sentenza corte costituzionale n. 325/2010).

proporzionalità delle restrizioni rispetto agli obiettivi) o il numero di soggetti su cui queste ricadono²⁵. Per raggiungere queste finalità essa deve contenere una chiara indicazione degli elementi delle singole opzioni regolatorie che influiscono sugli assetti concorrenziali di mercato, nonché l'individuazione dei soggetti potenzialmente interessati, direttamente o indirettamente, dalle modifiche di tali assetti.

L'approccio utilizzato nell'AIRC, a differenza di quello tipico dell'AIR (analisi di impatto della regolazione), è in grado di valutare non solo gli effetti statici ma anche gli elementi di tipo dinamico della regolazione sull'efficienza dei mercati. Le metodologie utilizzate per l'analisi di impatto della regolazione infatti, come l'analisi costi-benefici, esaminano i possibili effetti di diverse opzioni normative sulla base di parametri che caratterizzano un determinato assetto regolatorio e non sono in grado, nella maggior parte dei casi, di tenere conto dell'influsso dei cambiamenti dei parametri che influiscono sul mercato e i suoi principali attori. La dinamica del mercato (determinata dalla situazione dell'offerta e della domanda) è invece determinante per individuare l'opzione di regolazione ottimale sotto il profilo della concorrenza. Ad esempio, le condizioni che caratterizzano il monopolio naturale possono mutare nel tempo e venir meno col variare di alcuni fattori, come la dimensione della domanda o la tecnologia. Al crescere della domanda possono sparire i presupposti di questo monopolio e il benessere complessivo può aumentare con l'ingresso sul mercato di uno o più nuovi operatori. Inoltre, la tecnologia può permettere di superare alcuni vincoli della struttura produttiva, ad esempio rompendo il legame con le infrastrutture fisiche, facendo venir meno la caratteristica di monopolio naturale di un settore o di un mercato (si pensi alla telefonia mobile). Infine, la dimensione dell'impatto di provvedimenti restrittivi della concorrenza può dipendere dalla elasticità della domanda al prezzo cui sono inversamente correlate le perdite di benessere di monopolio. L'AIRC analizza l'impatto dei provvedimenti potenzialmente restrittivi della concorrenza tenendo conto delle variabili che definiscono il contesto competitivo in cui l'intervento si inserisce e delle possibili variazioni di queste variabili indotte dall'intervento stesso. Come nel caso dell'AIR, l'AIRC, per essere efficace, deve accompagnare l'iter della regolazione. Tale analisi non si sostituisce all'AIR ma la integra per i provvedimenti e le azioni che hanno un impatto sulla concorrenza. Un'opzione con effetti restrittivi sulla concorrenza può risultare comunque l'opzione preferita nel caso in cui dall'analisi completa emergano benefici netti sociali, economici o ambientali in grado di compensare i costi sul consumatore derivanti dall'impatto concorrenziale.

25 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», pp. 191-204.

4.2. Le metodologie di AIRC e l'evoluzione delle Raccomandazioni OCSE

L'OCSE ha attivamente contribuito alla diffusione dell'AIRC nei diversi Paesi sottolineando l'importanza di introdurre l'analisi in maniera graduale, attraverso metodologie e principi omogenei. Per motivi di efficienza e di scarsità di risorse, l'OCSE propone di effettuare una prima "scrematura" dei provvedimenti per identificare quelli maggiormente restrittivi della concorrenza. Solo nei casi in cui l'impatto risulti essere particolarmente significativo o ricadere su un numero elevato di imprese L'AIRC dovrebbe poi essere approfondita attraverso strumenti più rigorosi sotto il profilo quantitativo. In ogni caso il livello di dettaglio dell'analisi deve essere proporzionale ai potenziali effetti anticompetitivi del provvedimento.

Per assistere il regolatore nella prima fase dell' AIRC, l'OCSE e l'Office of Fair Trading (OFT) hanno identificato una "*Competition checklist*"²⁶, una lista di domande utili a valutare la rilevanza dell'impatto di un provvedimento sulla concorrenza sulla base di indicazioni quali-quantitative (v. Box 1).

Anche in Italia il Regolamento di attuazione dell'AIR, Dpcm 170/2008, che ha introdotto esplicitamente l'ambito della concorrenza tra quelli sui quali si dovrà soffermare la valutazione dell'impatto della regolazione, introduce una *check list* simile a quella già proposta dall'OCSE e dall'OFT. La l. 229/2003 ha poi esteso l'AIRC alle Autorità indipendenti, nella consapevolezza che il miglioramento del contesto regolamentare deve necessariamente coinvolgere anche queste Autorità, che hanno assunto un ruolo essenziale nel nostro ordinamento per alcuni settori chiave dell'economia. Considerato che i provvedimenti regolatori delle Autorità indipendenti sono per loro natura atti a influenzare l'assetto concorrenziale dei mercati, sarebbe opportuno estendere anche a queste autorità l'obbligo di accompagnare l'AIR con un'AIRC per i provvedimenti di maggiore impatto sulla concorrenza²⁷. Anche in assenza di un ricorso strutturato all'AIRC, l'analisi di impatto dei provvedimenti delle Autorità darà comunque evidenza dell'impatto in termini concorrenziali, considerato che la promozione della concorrenza o comunque dei benefici che un regime concorrenziale garantisce ai consumatori è uno degli obiettivi principali che le Autorità sono tenute a perseguire nella loro attività istituzionale.

Il Consiglio dell'OCSE ha adottato, il 22 ottobre 2009, una raccomandazione sulla valutazione

²⁶ OECD (2007), *Competition assessment toolkit*, Parigi, 2007; OFT, *Completing competition assessments in Impact Assessments, Guideline for policy makers*, August 2007.

²⁷ L. Cavallo (2010a), *L'Analisi dell'Impatto della Regolazione sulla Concorrenza*, in «Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione», consultabile sul sito www.osservatorioair.it.

concorrenziale²⁸. La raccomandazione invita i governi ad introdurre un processo adeguato per individuare le politiche pubbliche esistenti o le proposte di policy potenzialmente restrittive della concorrenza e a sviluppare criteri specifici e trasparenti per effettuare la valutazione concorrenziale al fine di rivedere e modificare le norme in chiave pro-competitiva. E' in corso di definizione il primo rapporto sullo stato di implementazione della raccomandazione nei vari Paesi OCSE²⁹, finalizzato a trarre utili spunti e suggerimenti per aggiornare la raccomandazione e migliorare o affinare il Manuale di supporto all'analisi. Il rapporto riporta importanti passi avanti compiuti dai Paesi analizzati nello sviluppo e nell'utilizzo delle metodologie di analisi.

L'OCSE raccomanda di assoggettare alla valutazione concorrenziale anche le politiche pubbliche volte a promuovere la concorrenza: ad esempio, nel caso di istituzione di una nuova autorità di regolazione o di revisione di un regime regolatorio, la valutazione può assicurarsi che il regolatore sia adeguatamente "separato" dal settore oggetto della regolazione e indipendente dagli operatori; in caso di introduzione di regimi di concorrenza per il mercato, può verificare che il meccanismo di gara fornisca i corretti incentivi per raggiungere gli obiettivi pro-concorrenziali. In ogni caso l'analisi può orientare verso la scelta delle opzioni di regolazione con maggiori effetti pro-competitivi.

Tra le proposte di aggiornamento e revisione della Raccomandazione in discussione assume particolare rilievo quella di estendere l'AIRC agli interventi di regolazione che prevedono l'attribuzione di sussidi pubblici e/o che prevedono vantaggi per le imprese pubbliche rispetto alle imprese private che operano nello stesso mercato.

A supporto della valutazione, nel 2011 L'OCSE ha aggiornato le metodologie di analisi di impatto della regolazione proponendo un "Manuale per la valutazione dell'impatto concorrenziale della regolazione" che fornisce una metodologia generale per identificare le restrizioni non necessarie e per sviluppare politiche alternative e meno restrittive in grado di perseguire comunque gli obiettivi strategici prefissati³⁰. Il Manuale è pensato per essere utilizzato anche da coloro che non hanno una specifica formazione economica o relativa alla politica della concorrenza e si rivolge non solo alle Autorità per la concorrenza ma anche ai governi nazionali, con una formulazione che ne consente

28 OECD (2009), *Recommendation of the Council on Competition Assessment*, 22 October 2009 - C(2009)130.

29 OECD (2013), *Competition Assessment: Development*, Report by the Secretariat, January 2013; OECD (2012), *Evaluation of competition enforcement and advocacy activities: The results of an OECD survey*, December 2012, DAF/COMP/WP2(2012)7/REV1.

30 OCSE (2011), *Manuale per la valutazione dell'impatto concorrenziale della regolazione*, Volume I: I Principi, Volume II: Linee guida.

un utilizzo a vari livelli, tanto di governo nazionale che federale o regionale.

Gli elementi contenuti nel manuale possono essere utilizzati nell'ambito dell'azione governativa principalmente in tre modi:

1. per un esame della normativa esistente;
2. per un esame dei progetti di legge o di regolazione;
3. come supporto alle valutazioni effettuate dalle autorità di concorrenza dell'impatto concorrenziale delle disposizioni legislative e regolamentari predisposte dalle varie istituzioni impegnate nello sviluppo e nella revisione delle politiche governative, quali i Ministeri o altri enti pubblici che operano anche a livello territoriale.

Il Manuale si divide in due volumi: il primo volume introduce "I principi" per la valutazione dell'impatto concorrenziale. In esso sono contenuti vari esempi dei benefici derivanti dalla concorrenza, viene introdotto il test concorrenziale (attraverso le "checklist"), vengono illustrate alcune delle modalità attraverso le quali i governi possono valutare gli effetti concorrenziali delle proprie politiche. Il secondo volume contiene le "Linee guida" per la valutazione concorrenziale e fornisce indicazioni tecniche più dettagliate sulle questioni fondamentali da prendere in esame quando si effettua una valutazione dell'impatto concorrenziale.

Se dal test concorrenziale emerge un impatto restrittivo sulla concorrenza rilevante in termini di entità dell'impatto o di numero di imprese interessate, si passa alla valutazione completa. Uno degli aspetti che assume particolare rilievo in tale fase di analisi è la questione dei costi imposti dalla regolazione sulle imprese presenti sul mercato e sui potenziali nuovi entranti. I costi della regolazione possono essere significativi e asimmetrici e la loro identificazione è rilevante ai fini della valutazione degli effetti della regolazione sull'entrata, l'uscita o il futuro grado di concorrenza su un dato mercato. Ad esempio, le imprese di dimensioni minori possono subire un pregiudizio più rilevante in caso di una regolazione che imponga onerosi nuovi investimenti o spese in R&S per introdurre ad esempio nuovi standard di qualità o di tutela dell'ambiente.

Considerato che la stima dei costi imposti dalla regolazione è una parte della valutazione standard costi/benefici, risultano particolarmente evidenti in relazione a tale aspetto della valutazione le sinergie tra il processo standard di AIR e la valutazione concorrenziale.

Box 1. Test Concorrenziale

Un'ulteriore approfondita valutazione concorrenziale dovrebbe essere condotta se nella proposta di regolazione è previsto anche solo uno dei 4 effetti di seguito descritti:

(A) Limitazioni al numero e alla varietà dei fornitori

Ciò si verifica se il progetto di regolazione:

1. garantisce diritti esclusivi a un'impresa per la fornitura di determinati beni o servizi
2. richiede licenze, permessi o un processo di autorizzazione come requisiti per operare su un certo mercato
3. limita la capacità di fornitura di determinati beni o servizi per alcuni tipi di imprese
4. aumenta in maniera significativa i costi di entrata o di uscita dal mercato per le imprese
5. crea una barriera geografica alla capacità delle imprese di fornire beni o servizi, all'investimento di capitali o al processo di fornitura.

(B) Limitazione della capacità concorrenziale dei fornitori

Ciò può verificarsi se il progetto di normativa:

1. limita la capacità delle imprese di fissare i prezzi dei beni o servizi forniti
2. limita la libertà delle imprese di pubblicizzare o commercializzare i propri beni o servizi
3. istituisce criteri di misurazione della qualità del prodotto che comportino vantaggi per determinati operatori rispetto ai concorrenti, o che risultano superiori al livello prescelto da dei consumatori informati
4. aumenta in maniera significativa i costi di produzione per alcune imprese rispetto ad altre (in particolare trattando i nuovi entranti sul mercato in maniera diversa rispetto agli operatori già presenti sullo stesso mercato).

(C) Riduzione degli incentivi delle imprese a competere in maniera vigorosa

Ciò può verificarsi se la proposta:

1. crea un regime di auto-regolazione o co-regolazione
2. richiede o incoraggia la fornitura di informazioni sulla produzione, sui prezzi, sulle vendite o sui costi del fornitore
3. esenta l'attività di un determinato settore o gruppo di imprese dall'applicazione della normativa nazionale sulla concorrenza
4. riduce la mobilità dei clienti tra vari fornitori di beni o servizi aumentando i costi espliciti o impliciti del trasferimento da un fornitore a un altro.

(D) Limitazione delle possibilità di scelta e delle informazioni disponibili ai consumatori

Ciò può verificarsi se la proposta:

1. limita la capacità di scelta del fornitore da parte dei consumatori
2. riduce la mobilità dei clienti tra i vari fornitori di beni o servizio, aumentando i costi di trasferimento impliciti o espliciti
3. modifica in maniera sostanziale le informazioni necessarie ai consumatori per effettuare scelte efficienti di acquisto.

Fonte: OECD Competition assessment Toolkit Volume 1 – Competition Assessment Principles 2011.

Nel caso in cui una regolazione mostri di avere un impatto rilevante sulla concorrenza, si dovrebbe procedere ad un'analisi più approfondita. A tal fine è di fondamentale importanza identificare il mercato rilevante interessato (in termini geografici e di prodotto) e la sua struttura nell'ambito dei due stadi della valutazione. Un'analisi quantitativa dell'impatto sulla concorrenza richiede di rappresentare il mercato sulla base delle sue caratteristiche di dimensione geografica o di prodotto, delle caratteristiche della domanda, della struttura del mercato in termini di numero di operatori e grado di concentrazione dell'offerta, del livello dei prezzi e del *markup*. Gli strumenti per questo tipo di analisi sono quelli generalmente utilizzati dalle autorità di concorrenza per condurre le proprie valutazioni nell'ambito dell'attività di *enforcement*: dove l'analisi dovesse essere condotta da altre Autorità o amministrazioni, l'Autorità potrebbe quindi offrire un rilevante supporto in termini di competenze e esperienze.

Per identificare i soggetti su cui, direttamente o indirettamente, ricadranno gli effetti del provvedimento (ovvero i fornitori effettivi e potenziali del determinato bene o servizio o di beni o servizi sostituibili a quello in oggetto), è necessario delimitare il mercato rilevante (in termini geografici e di prodotto). Definito il mercato rilevante bisognerà poi analizzarne la struttura in termini di numerosità e dimensione delle imprese, di concentrazione della produzione³¹. L'analisi della struttura del mercato rilevante permette di rappresentare in termini quantitativi l'"opzione zero", ovvero la situazione concorrenziale iniziale sulla quale la nuova proposta regolativa si inserisce e che costituisce il punto di riferimento per valutarne e misurarne l'impatto e di determinare il rischio e la dimensione delle possibili ripercussioni negative di un provvedimento sull'assetto concorrenziale, che saranno maggiori in mercati con un minore numero di imprese o più concentrati, specie se in presenza di elevate barriere all'entrata.

4.3. Il ruolo dell'AGCM per lo sviluppo e la diffusione dell'AIRC

Il contesto legislativo che si va delineando come si è detto prospetta un ruolo più incisivo dell'AGCM nel promuovere lo sviluppo e la diffusione delle metodologie di analisi di impatto della concorrenza, sia come sostegno alle proprie attività (in particolare l'attività di *advocacy*) che in vista

³¹ L'Indice più utilizzato per misurare il grado di concentrazione di un mercato è l'indice di *Herfindahl-Hirschmann (HHI)*. Questo indicatore richiede informazioni sugli esatti livelli di produzione delle imprese presenti sul mercato; quando disponibili, si possono utilizzare le quote di mercato degli operatori principali. Uno strumento più semplice da ricostruire è l'indice di concentrazione di quattro o cinque imprese.

del supporto in termini di competenze ed esperienze che l'AGCM potrebbe fornire alle amministrazioni centrali o territoriali o alle Autorità di regolazione chiamate a svolgere attività di analisi di impatto della regolazione sui propri provvedimenti.

Come è stato già evidenziato in diverse sedi³² infatti, il fatto che l'AGCM sia l'unica Autorità non soggetta all'obbligo di effettuare l'AIRC ai sensi dell'art. 12 della l. 229 del 2003 non significa che essa non possa e non debba avvalersi di strumenti di analisi di impatto, ovvero farsi promotrice dello sviluppo di tali strumenti nei confronti di altri enti e organismi di regolazione che operano a livello centrale o territoriale.

Con riferimento all'attività che l'Autorità esercita sugli atti di propria competenza, i nuovi compiti attribuiti all'AGCM dalla normativa vigente in materia di promozione di concorrenza, contribuiranno a promuovere un maggiore ricorso da parte dell'AGCM agli strumenti metodologici dell'analisi di impatto sulla regolazione favorendo lo sviluppo di procedure più strutturate o di vere e proprie metodologie di AIRC.

Di fatto, anche se in maniera non sistematica, l'Autorità già svolge analisi di impatto: questo perché, pur non essendo una Autorità di regolazione, l'AGCM ha assunto negli ultimi anni alcuni poteri difficilmente distinguibili dall'attività regolatoria³³. È il caso, ad esempio, dell'analisi accompagnata da un *market test*³⁴ che l'Autorità compie ogni qualvolta debba valutare gli impegni proposti alle imprese nei confronti delle quali sono stati aperti procedimenti per verificare violazioni della disciplina sulla concorrenza ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90³⁵. L'analisi relativa alle decisioni con impegni approfondisce l'impatto di un comportamento potenzialmente lesivo della concorrenza e valuta la capacità degli impegni proposti dall'impresa di rimuovere gli effetti anticoncorrenziali che hanno dato avvio alla procedura. Anche se non hanno

32 G. Mazzantini (2010), *op. cit.*; L. Cavallo (2010a), *op. cit.*.

33 L'AGCM, pur non avendo veri e propri poteri regolatori, compie di fatto, anche se in maniera non sistematica analisi assimilabili all'AIRC; v. ad es. L. Cavallo (2010b), *L'analisi delle decisioni con impegni: un esempio di Analisi di impatto della regolazione (informale) sulla concorrenza (AIRC)?*, Osservatorio AIR, «Rassegna trimestrale», Luglio 2010, Anno I, n. 3.

34 Il *market test* consiste nella pubblicazione degli impegni volta a permettere ai terzi interessati di esprimere le loro osservazioni.

35 A titolo esemplificativo di come la valutazione degli impegni possa essere letta alla luce dell'AIRC, si veda: L. Cavallo (2010b), *op. cit.* In questo articolo viene esaminata, alla luce della *checklist* per l'AIRC, l'analisi condotta dall'AGCM con riferimento alla procedura per impegni aperta nei confronti di Poste Italiane per presunta violazione dell'articolo 102 TFUE (ex art. 82 del Trattato CE).

natura regolatoria³⁶ gli impegni sono volti a modificare (positivamente) l'assetto concorrenziale del mercato e, una volta approvati dall'Autorità, diventano obbligatori e vincolano l'attività dell'impresa che li ha presentati.

Le nuove previsioni normative che rafforzano il potere di *advocacy* dell'AGCM nei confronti delle amministrazioni centrali (in particolare il parere preventivo sull'impatto concorrenziale dei disegni di legge governativi e i regolamenti) e territoriali (in particolare 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, art. 4 d.l. 1/2012) contribuiranno a rafforzare e strutturare il ricorso a metodologie di analisi di impatto della regolazione. L'attività di *advocacy*, come si è visto, richiede all'Autorità di valutare l'impatto della regolazione di altri enti ed organismi sulla concorrenza e di informare o dare pareri ai soggetti responsabili della regolazione (in collaborazione con loro o con un ruolo di supervisione), o di predisporre una informativa più generale di tutti gli atti e provvedimenti lesivi della concorrenza che verrà poi incorporata nella "legge annuale sulla concorrenza" che il Governo presenta al Parlamento.³⁷

Anche se nessuna Autorità svolge una vera e propria AIRC a supporto della propria attività di *advocacy*³⁸, l'utilizzo di principi e strumenti di analisi riconducibili a quelli utilizzati per l'AIRC e il rapporto continuo con le autorità di regolazione che operano a livello centrale o locale che caratterizza l'attività di *advocacy* si ritiene possa comunque contribuire a uno sviluppo della cultura e delle metodologie di analisi sia per l'Autorità per la concorrenza che per le autorità di regolazione con cui quest'ultima si deve relazionare.

Oltre ad un maggiore e più sistematico utilizzo dell'AIRC da parte dell'AGCM in relazione e a

36 La possibilità di adottare decisioni con impegni, attribuisce all'Autorità poteri che vanno oltre il semplice accertamento e repressione della violazione; il TAR è più volte intervenuto a ribadire i limiti al potere "regolatorio" dell'AGCM, che non può comunque modificare o aggiungere ulteriori obblighi agli impegni presentati dalle imprese e definire orientamenti finalizzati a una più ampia attività di disciplina del mercato interessato (v. Sentenza Tar Lazio su ricorso ACI Global n° 281 del 2009; Tar Lazio, sentenza n°10428 del 19 novembre 2008).

37 Art. 47, l. n. 99/2009.

38 L'utilizzo di metodologie di AIRC nell'attività di *advocacy* sarebbe costosa in termini di tempo e di risorse. Si ritiene che potrebbe essere tuttavia utile avvalersi dell'AIRC nei casi in cui l'impatto risulti particolarmente significativo. Si tratterebbe nella maggior parte dei casi di applicare un AIRC "ex-post", considerato che l'attività di *advocacy* si svolge, salvo alcune eccezioni, su provvedimenti già adottati e non accompagna l'iter di regolazione.

supporto delle proprie attività, si prospetta anche un ruolo più attivo e di sostegno dell'Autorità per l'analisi effettuata da altri enti di regolazione centrali o territoriali, come già avviene in altri Paesi (è il caso ad esempio dell'OFT in UK³⁹). Tale prospettiva è favorita sia dall'obbligo per le amministrazioni di completare l'AIR con l'AIRC nei casi di provvedimenti legislativi o regolamentari di maggiore impatto sulla concorrenza (previsto dal Regolamento AIR), sia dalle disposizioni normative che riguardano il settore dei servizi pubblici locali (SPL) e che richiedono agli enti locali o agli enti di governo degli ambiti di illustrare le motivazioni delle proprie scelte di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il rispetto delle norme europee in materia di concorrenza⁴⁰.

Anche se risulta preferibile che sia l'istituzione responsabile della formulazione della normativa in questione a condurre la valutazione concorrenziale, il supporto di soggetti esterni e in particolare delle Autorità per la concorrenza è giustificato dal fatto che il legislatore competente potrebbe non avere sufficienti competenze, esperienze o capacità tecniche in materia di concorrenza per condurre un'analisi dettagliata e più ampia di quanto richiesto dal test concorrenziale ovvero potrebbe non portare avanti seriamente il processo di valutazione della concorrenza in assenza di un controllo esterno e indipendente⁴¹.

Per questi motivi sono già diversi i Paesi che richiedono non solo direttamente alle proprie autorità di concorrenza di rivedere tutte le nuove disposizioni legislative e regolamentari per le quali ci si aspetta un impatto economico prima che esse entrino in vigore, ma anche di definire interventi a supporto dell'implementazione dell'analisi da parte delle autorità o amministrazioni competenti, di tipo trasversale (produzione di manuali o linee guida) o puntale (interventi di consulenza diretta alle amministrazioni). Nel Regno Unito, ad esempio, l'*Office of Fair Trading (OFT)*, l'autorità per la concorrenza, è competente sia per la formulazione delle linee guida per

39 Vedi L. Cavallo (2010a), *op. cit.*

40 Anche se l'abrogazione delle disposizioni in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali prevista all'art. 23-*bis* del d.l. 122/2008 e successivamente dall'art. 4 della l. 148/2011 e relativo decreto attuativo fanno venir meno l'obbligo degli enti locali di procedere ad un'analisi di mercato per l'affidamento dei servizi e di sottoporre al parere AGCM delle risultanze dell'analisi, gli enti locali devono comunque motivare le proprie scelte di affidamento e dimostrare il rispetto delle regole europee sulla concorrenza ai sensi dell'art. 34 del d.l. 179/2012. L'AGCM può peraltro impugnare ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 eventuali provvedimenti ritenuti lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Sarebbe quindi auspicabile un ruolo attivo dell'Autorità nel promuovere analisi ex-ante da parte degli enti affidanti più efficaci per ridurre gli eventuali interventi ex-post (v. L. Cavallo (2010a), *op. cit.*).

41 Sarebbe auspicabile, come specificato anche in UK dal *National Audit Office (NAO)*, che le strutture amministrative del governo si dotassero di personale con competenze tecniche appropriate per questo tipo di analisi, o che quantomeno facessero ricorso a competenze specialistiche esterne per i casi più rilevanti.

la valutazione concorrenziale che per la revisione dell'impatto concorrenziale delle politiche governative di recente adozione. L'OFT ha svolto tali compiti in collaborazione con l'autorità generale di regolazione, il *Better Regulation Executive (BRE)*, trovando forme di collaborazione idonee a sviluppare metodi di lavoro comuni e rafforzare la cooperazione⁴².

Anche in Italia l'Autorità potrebbe avere un ruolo importante nel supportare le altre Autorità di regolazione o amministrazioni pubbliche centrali o territoriali nel condurre analisi adeguate. Senza arrivare a prevedere un intervento diretto, considerato che una consulenza specifica, che pure avviene in altri Paesi, non sarebbe sostenibile in termini di risorse e di strutture (soprattutto nei confronti delle amministrazioni che operano a livello territoriale, ad esempio nei settori dei SPL), l'Autorità potrebbe mettere a disposizione delle Autorità/amministrazioni centrali o territoriali le proprie competenze ed esperienze specifiche e le proprie conoscenze in merito agli strumenti quantitativi necessari a sviluppare le analisi di impatto per definire metodologie e principi comuni e produrre delle "linee guida sull'AIRC". Nel 2008 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha già prodotto linee guida sull'AIRC e le ha sperimentate nella regione Toscana, pubblicando i risultati e la metodologia⁴³.

Tenendo conto di questa prima esperienza l'Autorità potrebbe sviluppare e sperimentare delle nuove linee guida che tengano conto delle metodologie suggerite nei citati manuali recentemente pubblicati dall'OECD e del tipo di analisi che le Autorità/amministrazioni centrali e territoriali sono chiamate ad effettuare sulla base delle recenti disposizioni normative illustrate nei paragrafi precedenti.

Con riferimento ai SPL, per assistere gli enti affidanti nella predisposizione delle relazioni previste ai sensi dell'art. 34 del d.l. 179/2012 e garantire una maggiore omogeneità e confrontabilità sul territorio delle relazioni prodotte, sarebbe opportuno che le amministrazioni centrali producessero delle linee guida o schemi tipo per la redazione delle relazioni, chiedendo all'AGCM di sviluppare la parte relativa all'illustrazione delle scelte di affidamento e della dimostrazione del rispetto della disciplina europea in materia di concorrenza.

Tale ruolo di supporto all'analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza prodotta dagli

⁴² Per casi particolarmente complessi ulteriore supporto può essere fornito anche dalla OFT's *Competition Advocacy Team*.

⁴³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2008), *Analisi di Impatto della Regolazione sulla concorrenza: linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana*, in «Collana Studi e Ricerche», n. 2, pubblicato anche sul sito dell'autorità, www.agcm.it.

enti territoriali, senza compromettere l'autonomia di questi enti, potrebbe contribuire a favorire il raccordo tra i diversi livelli di governo, locale, statale ed europeo.

Per concludere è rilevante osservare che i benefici dell'AIRC per l'economia e la collettività compensano certamente i costi dell'analisi e giustificano un investimento in questo tipo di valutazione⁴⁴. Anche se la misurazione degli impatti netti in questo campo è particolarmente complessa ed è difficile stabilire empiricamente collegamenti casuali diretti, esistono diverse evidenze a supporto del rilevante impatto dell'integrazione di un efficace programma di valutazione concorrenziale nell'ambito dell'azione politica e governativa. Il Rapporto dell'OCSE del 1997 ha osservato che la conduzione di 15 valutazioni concorrenziali effettuate negli Stati Uniti, costate complessivamente 10 milioni di dollari, ha portato a risultati stimati in un beneficio netto complessivo pari a circa 10 miliardi di dollari, con un rapporto costi-benefici di 1 a 1000. Il governo australiano ha concesso sostanziosi finanziamenti agli stati e alle regioni per effettuare valutazioni concorrenziali, consistenti in pagamenti pro-capite basati sulla quantità delle revisioni legislative completate. Secondo le stime del governo australiano i benefici annuali all'economia derivanti dai miglioramenti produttivi e dal riequilibrio dei prezzi in molti dei vari settori in cui il piano sulla politica della concorrenza nazionale è stato applicato sono stati pari al 2,5% del prodotto interno lordo (20 miliardi di dollari australiani)⁴⁵.

5. Il ruolo dell'analisi di impatto (AI) per misurare l'impatto dell'attività dell'AGCM sui consumatori

5.1 Misurare i benefici della concorrenza e l'efficacia dell'intervento dell'AGCM

Come già evidenziato, se da un lato è ampiamente riconosciuto che la maggiore concorrenza può avere un impatto determinante sulla crescita e portare ai relativi benefici in termini di efficienza dei mercati, innovazione, crescita e benessere dei consumatori, dall'altro è necessario tenere presente

⁴⁴ Peraltro, come si è visto, sono limitati i casi in cui l'impatto potenziale sulla concorrenza è così elevato da giustificare il ricorso ad analisi approfondite dal punto di vista quali/quantitativo (e quindi "costose"): nella maggior parte dei casi è sufficiente il riferimento alle "checklist" per selezionare i provvedimenti di maggiore impatto e per individuare le opzioni di regolazione meno restrittive della concorrenza.

⁴⁵ Australian Government, Productivity Commission, 2005, *Review of National Competition Policy Reforms*, Productivity Commission Inquiry Report, No. 33, 28 February 2005

che la concorrenza non è un valore in sé, ma un mezzo finalizzato a garantire una condizione di massimo benessere per la collettività e che pertanto deve essere sostenuta nella misura in cui si dimostra efficace nel perseguire tale obiettivo. Le Autorità per la concorrenza hanno l'importante ruolo di favorire il virtuoso legame fra concorrenza e crescita economica nell'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini, tutelare il consumatore e rendere l'ambiente più competitivo.

L'efficacia della loro azione si misura in relazione alla capacità di influire sul contesto di mercato per favorire il raggiungimento degli obiettivi prioritari di riforma del sistema economico e dei relativi benefici sul consumatore. Al fine di verificare l'efficacia della loro azione e di misurarne i risultati le Autorità per la concorrenza (AC) di diversi Paesi hanno già avviato procedure di quantificazione dei benefici complessivi dei propri interventi applicando quindi una "analisi di impatto" sulle proprie attività.

Come si è già ribadito, queste attività non sono attività di regolazione (nonostante come si è già visto molti degli interventi dell'Autorità siano in parte assimilabili a interventi di regolazione) e quindi questa analisi non si configura come una analisi di impatto della regolazione o AIR ma come una analisi di impatto degli interventi dell'Autorità per la Concorrenza. Questo tipo di analisi si concentra in genere sui benefici per i consumatori, misurati prevalentemente in termini di incrementi di prezzo "evitati" grazie agli interventi delle AC nel mercato interessato.

Alcune delle Autorità che conducono questo tipo di analisi, in particolare l'OFT del Regno Unito e la FTC (USA), pubblicano anche il rapporto tra questi benefici e i costi dell'intervento⁴⁶.

5.2. Le metodologie: semplici e poco "costose"

A partire da un'analisi comparata delle analisi di impatto condotte dalle Autorità per la concorrenza di alcuni paesi OCSE e delle rispettive metodologie utilizzate, uno studio recente⁴⁷ trae alcune indicazioni metodologiche comuni utili a dare indicazioni e supporto alle Autorità che ancora non fanno uso dell'analisi e che vorrebbero implementarla. Lo studio evidenzia analogie e differenze tra le metodologie utilizzate nei diversi Paesi e approfondisce l'opportunità di creare forme di cooperazione volte a uniformare gli approcci e definire assunzioni e standard metodologici comuni.

Le stime sono condotte in genere sulla base delle informazioni disponibili *ex-ante*, ovvero al momento in cui l'intervento viene adottato. Sulla base di queste informazioni, che sono semplici da

⁴⁶ OFT (2012), *Positive Impact 11/12 - Consumer benefits from the OFT's work*, OFT, 1428.

⁴⁷ W. S. Davies (2012), *A survey of the approaches and methods used to assess the economic effects of a Competition Authority's work*, Swedish Competition Authority.

identificare perché generalmente già rilevate dall'Autorità nell'esercizio della propria attività istituzionale (a differenza dei dati che dovrebbero essere raccolti per una eventuale misurazione *ex-post*, che sarebbero meno facili da reperire e comunque a costi più elevati⁴⁸), vengono effettuate le proiezioni future di cosa sarebbe avvenuto in presenza e in assenza dell'intervento. In genere le stime riguardano le intese, le concentrazioni e l'abuso di posizione dominante⁴⁹ e si focalizzano sui benefici per i consumatori (obiettivo prioritario delle AC), misurando l'effetto degli interventi in termini di riduzione dei prezzi/massimizzazione del benessere dei consumatori. L'analisi è prevalentemente di tipo statico; solo in casi più rari viene stimato anche l'impatto in termini di produttività, innovazione e crescita.

Difficilmente viene inclusa nell'analisi una stima dell'"effetto deterrente", ovvero dell'impatto dell'attività Antitrust finalizzata a scoraggiare e impedire l'insorgere di comportamenti illeciti da parte delle imprese⁵⁰: nella maggior parte dei casi le AC si limitano a far menzione nel Rapporto di tale effetto. Le azioni con effetto di tipo deterrente riducono la necessità d'intervento da parte dell'Autorità Antitrust: se, come spesso avviene, i risultati di queste azioni non vengono "contabilizzati", tanto maggiore sarà l'efficacia delle azioni di tipo deterrente tanto minori risulteranno i benefici stimati della azione complessiva dell'Autorità e il rapporto tra questi benefici e i costi dell'intervento. L'assenza di metodologie e indicazioni condivise per stimare i benefici delle azioni con effetto deterrente costituisce quindi uno dei principali limiti dell'analisi di impatto dell'attività delle AC, ed è una delle direzioni su cui si stanno concentrando le attività di ricerca sull'argomento⁵¹.

La stima dell'impatto dei singoli interventi dell'Autorità (SII) può essere quantificata attraverso

48 Sulla valutazione *ex-post*, si veda W. S. Davies. and B. Lyons (2007), *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition*, Cheltenham, Edward Elgar. pp.106-7. E' comunque importante, per avere valutazioni più complete e attendibili, effettuare anche la valutazione *ex-post* quando i dati saranno disponibili. Tuttavia considerati i maggiori costi, tale analisi dovrebbe essere condotta solo su un numero più ristretto di casi selezionati.

49 Anche se alcune AC conducono analisi anche su altre attività di *advocacy* o su iniziative in materia di tutela dei consumatori.

50 Sull'argomento si veda M. K. Block, F. C. Nold and J. G. Sidak (1981), *The deterrent effect of antitrust enforcement*, in «Journal of Political Economy», 89, 3, pp. 429-445.

51 W. S. Davies (2012), *Ex-post evaluation of cases of Abuse of Dominance and Deterrence: some thoughts on the deterrence multiplier*, presentati all'OECD, ottobre 2012. P. Ormosi (2012), *Evaluating the Impact of Competition Law Enforcement*, Paper presentato all'OECD, giugno 2012, DAF/COMP/WP2(2012); F. Smuda (2012), *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*, «ZEW Discussion Paper» N. 12-050. Sull'argomento si veda anche M. K. Block, F. C. Nold and J. G. Sidak (1981), *op. cit.*

la seguente formula:

$$SII = \sum_{i=1}^n \frac{t_i \Delta p_i}{(1+r)^i}$$

Dove:

t è la misura del *turnover*;

Δpe è l'entità dell'incremento dei prezzi che l'intervento ha permesso di eliminare o di evitare;

n è la durata dell'effetto della condotta anticoncorrenziale, ovvero il numero di anni in cui si ipotizza che la variazione di prezzo si sarebbe protratta in assenza di intervento;

r è il tasso di interesse utilizzato per scontare i benefici futuri⁵².

Il risultato è la stima del differenziale di prezzo che il consumatore ha risparmiato ogni anno grazie all'intervento dell'Autorità, moltiplicato per il numero di anni in cui si sarebbe protratto il comportamento anticoncorrenziale e il conseguente effetto sui prezzi, in assenza di intervento (i benefici dell'intervento futuri sono attualizzati).

In alcuni casi, specie in relazione agli interventi relativi ad operazioni di concentrazione, viene in genere effettuato anche un aggiustamento per tener conto della perdita di surplus relativa alla quota dei consumatori che nel caso di incremento del prezzo avrebbero rinunciato a consumare il bene prodotto (*deadweight loss*). In questo caso la stima del risparmio del consumatore è dato dall'entità degli scambi interessati prima dell'operazione di concentrazione, moltiplicati per la stima dell'incremento di prezzo che sarebbe stato determinato dall'operazione, meno la riduzione del consumo e quindi la variazione degli scambi che questo avrebbe comportato.

I parametri relativi alla variazione di prezzo evitata e alla durata dell'intervento dovrebbero essere stimati, ove possibile, in base a proiezioni ottenute sulla base dei dati e delle informazioni disponibili. Nella stima del turnover è necessario aver presente che gli effetti delle operazioni anticoncorrenziali non si limitano alle parti coinvolte (*partie's turnover*) ma si estendono anche al resto del mercato (*market turnover*) provocando reazioni anche delle imprese che non partecipano al cartello o all'operazione di fusione o che non sono la parte dominante del mercato. In genere si preferisce comunque utilizzare la versione più ristretta o più conservativa della definizione e tener conto solo delle parti coinvolte, pur nella consapevolezza di avere un valore sottostimato.

52 OFT e EC scontano i benefici futuri al 3.5%

Nei casi in cui i dati e le informazioni disponibili non siano sufficienti a ottenere stime specifiche delle variazioni di prezzo eliminate o evitate o della durata dell'impatto, le AC dei diversi Paesi si avvalgono di valori standard, che si differenziano a seconda che la condotta anticoncorrenziale sia determinata da un cartello, da una operazione di concentrazione o da un abuso di posizione dominante.

Il lavoro di Davies evidenzia che, seppure con eccezioni specifiche non trascurabili, i parametri standard assunti per misurare l'impatto sui prezzi per tipo di condotta anticoncorrenziale (cartello/concentrazione/abuso) presentano una ridotta variabilità tra i diversi Paesi. In assenza di informazioni specifiche, questi parametri potrebbero quindi essere utilmente utilizzati dalle AC che si accingono a sviluppare questo tipo di analisi per avviare le prime valutazioni, magari attenendosi ai valori più bassi dei *range* utilizzati da altri Paesi (e quindi più cautelativi).

L'evidenza empirica rileva che il sovrapprezzo medio che si determina in conseguenza di un cartello varia dal 17 al 30 per cento⁵³. I Paesi considerati nello studio di Davies assumono di norma un valore di stima del 10% (in alcuni casi OFT e la Commissione Europea assumono un impatto del 15%).

Per le operazioni di concentrazione è molto più difficile che i Paesi ricorrano a valori standard di impatto sui prezzi. In assenza di informazioni o in mancanza della possibilità di ottenere valori attendibili sulla base di simulazioni, la maggior parte dei Paesi di atesta su un valore molto basso, pari all'1%. Questo valore, oltre a risultare anomalo (risultando 10 volte più basso di quello utilizzato per i cartelli), non sarebbe sufficiente a giustificare un intervento dell'Antitrust: per questi motivi Davies suggerisce di utilizzare un parametro più ragionevole e propone una stima dell'impatto sui prezzi del 3%⁵⁴.

Con riferimento alla durata, gli standard utilizzati dai diversi Paesi presentano una maggiore

53 Y. Bolotova and J. Connor (2006), *Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis*, International Journal of Industrial Organization, Elsevier, vol. 24.

54 A differenza che nel caso dei cartelli, la letteratura empirica non permette di identificare una stima attendibile dell'impatto sui prezzi. Gli studi più rilevanti in tale contesto sono quello di Ashenfelter and Hosken, che su 5 casi selezionati rileva una stima dell'aumento del prezzo compreso tra il 3% e il 7% (O. C. Ashenfelter, D. Hosken (2008), *The effect of mergers on consumer prices: evidence from five selected case studies*, «NBER Working Paper», n. 13859). Werden et al. (1991) rilevano un aumento del 5.6% (G. Werden, A. Joskow and R. Johnson (1991), *The Effects of Mergers on Price and Output: Two Case Studies from the Airline Industry*, in «Managerial and Decision Economics», 12, pp. 341-352) e Borenstein (1990) un valore medio del 9.5% (S. Borenstein (1990), *Airline Mergers, Airport Dominance, and Market Power*, in «American Economic Review», Papers and Proceedings, 80, 400-404).

variabilità. In particolare per quanto riguarda le intese i valori utilizzati vanno da 1 a 6 anni (OFT). Gli studi empirici sulla durata dei cartelli⁵⁵ fanno riferimento a un valore di durata misurato fino al momento in cui i cartelli vengono rilevati, che è quindi un periodo presumibilmente più breve della loro potenziale durata. Quest'ultima dovrebbe essere stimata sulla base della sopravvivenza dei cartelli che nel passato sono cessati per cause diverse dalla loro rilevazione da parte delle Autorità per la concorrenza. La letteratura teorica rileva una serie di possibili determinanti della durata dei cartelli, che vanno dalla severità delle sanzioni o decisioni con impegni, dal settore, da specifiche condizioni del mercato e delle condizioni di entrata sul mercato. Le istituzioni europee utilizzano valori di durata che vanno da 1, 3 o 6 anni a seconda delle loro valutazioni in merito alla futura sostenibilità del cartello alla data dell'individuazione dello stesso, anche se questa scelta è soggetta a forte discrezionalità. La scelta più appropriata dovrebbe essere un valore intermedio tra 1 e 6 anni. Per le operazioni di concentrazione quasi tutte le AC si attestano su valori standard di durata degli effetti di uno o due anni, anche se la Commissione Europea utilizza in genere analisi puntuali più specifiche.

I risultati dell'analisi permettono in genere di dimostrare che i costi dell'attività antitrust sono molto contenuti se paragonati ai guadagni per la collettività e per i consumatori derivanti dall'azione di prevenzione o di rilevazione di pratiche concorrenziali scorrette. L'utilizzo dell'analisi di impatto degli interventi delle Autorità antitrust (come quello dell'AIR per le autorità indipendenti) può quindi contribuire a dare maggiore legittimazione al ruolo delle autorità e quindi a rafforzarne l'autorevolezza⁵⁶.

In alcuni Paesi, l'Autorità è obbligata a condurre l'analisi di impatto dei propri interventi⁵⁷. 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 una analisi di impatto trasparente. Sarebbe quindi utile che anche l'AGCM sviluppasse al proprio interno queste metodologie evidenziandone i risultati. In assenza di dati e informazioni

55 M. K. Block, F. C. Nold and J. G. Sidak (1981), *op. cit.*; Ormosi P., (2012), "Evaluating the Impact of Competition Law Enforcement", June 2012, DAF/COMP/WP2(2012)5

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

57 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.

specifiche desumibili dal mercato di riferimento e nell'attesa di avere studi e simulazioni più approfonditi che permettano di ottenere parametri più adeguati e stime più attendibili, l'analisi potrebbe comunque essere sviluppata, con costi e risorse molto limitati, sulla base di indicatori cautelativi desunti dagli standard forniti dall'esperienza internazionale.

6. Conclusioni

La crisi economica internazionale degli ultimi anni ha influito pesantemente e in modo negativo sull'economia e i conti pubblici di molti Paesi, compresa l'Italia; non sorprende quindi che una parte notevole della produzione normativa abbia avuto ad oggetto la ripresa economica e la stabilizzazione dei conti pubblici. Per tentare di porre un argine agli effetti della crisi e per rispondere alle pressioni internazionali il governo Monti ha deciso di intraprendere la strada delle liberalizzazioni attraverso una serie di decreti che hanno disposto la massima diffusione possibile dei principi del libero mercato e della concorrenza, anche se temperata e limitata dalla tutela degli altri interessi e valori costituzionalmente rilevanti; in base al nuovo quadro normativo, laddove non c'è esigenza di tutelare uno di questi interessi, deve prevalere una regolazione proconcorrenziale e devono essere eliminati gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati.

Anche la Corte costituzionale, come si è visto, ha dichiarato costituzionalmente legittime le recenti norme che hanno liberalizzato le attività economiche, anche se il suo orientamento in merito agli strumenti da utilizzare per tali politiche non appare ancora del tutto univoco⁵⁸.

In tale contesto, assume una sempre maggiore importanza il ruolo svolto dall'analisi d'impatto della regolazione e, in particolare, dall'analisi dei suoi effetti sulla concorrenza: come si è visto, infatti, esiste un nesso diretto fra apertura dei mercati alla concorrenza e *performance* economiche e un legame indiretto fra questa e i conti pubblici. L'AIR e l'AIRC risultano perciò oggi più che mai strumenti fondamentali per aumentare la qualità della regolazione e delle politiche pubbliche.

I decreti legge introdotti recentemente e analizzati in questo lavoro offrono un contesto particolarmente favorevole all'ulteriore diffusione e potenziamento di questi strumenti.

⁵⁸ V. Onida (2013), *Quando la Corte smentisce se stessa*, in «Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 1/2013.

In primo luogo, le norme esaminate intendono avviare una sorta di ri-regolazione dell'attività economica e imprenditoriale in senso più proconcorrenziale, "in attesa (o in luogo) della revisione dell'articolo 41 della Costituzione", come recitava il testo originario dello stesso d.l. 138/2011; da questo punto di vista, l'AIRC, come fase dell'AIR, appare strumento assolutamente utile e necessario per valutare la futura produzione normativa alla luce di questa nuova fase regolatoria avviata dal legislatore.

In secondo luogo, l'art. 34 del d.l. 201/2011 e l'art. 1 del d.l. 1/2012 forniscono indirettamente delle indicazioni piuttosto chiare su come dovrebbe essere fatta un'AIRC, elencando le principali restrizioni all'iniziativa privata e allo sviluppo della concorrenza che non dovrebbero essere introdotte da leggi e regolamenti, tranne nel caso siano giustificate dalla tutela di qualche altro interesse costituzionalmente rilevante. In altre parole, questi due articoli costituiscono delle linee guida alla stesura di una corretta AIRC che si aggiungono ad altri strumenti già disponibili, come le linee guida pubblicate dall'OCSE descritte in questo lavoro, e possono essere considerate a tutti gli effetti una sorta di normativa antitrust rivolta ai soggetti pubblici.

In terzo luogo, infine, alla luce dei nuovi poteri attribuiti all'AGCM ex art. 35 del d.l. 201/2011 e alla luce dei vincoli imposti dal patto di stabilità agli enti che non liberalizzano e introducono nuove regolazioni pro concorrenziali, appare quanto mai opportuno, soprattutto per regioni ed enti locali, introdurre l'AIR e l'AIRC allo scopo di valutare anche l'impatto che le norme hanno sui mercati e sulla concorrenza. In caso contrario, infatti, si correrebbe il rischio di vedere il regolamento impugnato di fronte al Tar da parte dell'Antitrust o di essere classificati come "enti non virtuosi" e di incorrere in una riduzione dei trasferimenti di risorse da parte del governo centrale, in ossequio alle norme sul rispetto del patto di stabilità interno.

Alla luce di queste considerazioni, appare dunque opportuno, e, anzi, necessario, estendere il più possibile l'AIR, sia a tutti i livelli amministrativi (e, da questo punto di vista, lo Statuto delle Imprese potrebbe aver mosso dei passi importanti), che a tutti gli atti normativi.

Riguardo al primo punto, è indubbio che dopo la riforma del titolo V della Costituzione, nel 2001, le Regioni hanno allargato i propri ambiti di intervento normativo e aumentato la propria discrezionalità, potendo ormai disciplinare, anche in via esclusiva, diversi settori assai rilevanti per l'economia; dai pochi lavori disponibili in letteratura⁵⁹, tuttavia, emergerebbe che le normative

⁵⁹ Si veda, ad esempio, per quanto riguarda il comparto della distribuzione commerciale, G. Mazzantini, G. Oliva (2007), *Qualità della regolazione e performance economiche a livello regionale: il caso della distribuzione commerciale in Italia*, in *Studi e ricerche*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

regionali mirano molto raramente ad aumentare l'efficienza, la *performance* e la competitività dei settori che vanno a regolare, e che più spesso hanno come effetto quello di rendere arduo l'ingresso a nuovi soggetti economici o, comunque, di privilegiare i c.d. "campioni regionali" o "locali", con ripercussioni (negative) dirette e indirette sui conti pubblici e sui consumatori. In altre parole, dalle ricerche effettuate fino ad oggi – che altro non sono se non una sorta di VIR (valutazione dell'impatto della regolazione) non ufficiali – emergerebbe piuttosto chiaramente come non sia più rinviabile l'applicazione dell'AIRC anche alle normative (almeno) di livello regionale.

Riguardo al secondo punto, sembrano maturi i tempi per estendere l'AIR e l'AIRC a tutti i tipi di atti normativi, compresi, ad esempio, i disegni di legge di iniziativa parlamentare, visto che oggi sembrano prevalere gli elementi che fanno propendere per estendere l'obbligo di motivazione anche alle leggi rispetto a quelli che, storicamente, hanno fatto propendere per il contrario⁶⁰; l'obbligo di motivazione delle leggi costituirebbe anzi un utile strumento per verificare la loro efficacia, oltre che la loro legittimità⁶¹.

In altre parole, l'AIR e, al suo interno, quale componente fondamentale, l'AIRC, dovrebbero essere sempre più utilizzati quali strumenti per elevare la qualità delle politiche e dei testi di legge e per connotare di maggiore trasparenza i processi di formazione delle norme; i due aspetti, quello della qualità delle politiche pubbliche e quello della loro trasparenza, non sembrano tra l'altro in contrasto ma, anzi, fra loro complementari. Come è stato recentemente notato, la realizzazione di un'AIR effettiva ed efficace contribuirebbe ad elevare la qualità delle politiche pubbliche e ad allineare l'Italia ad altri Paesi e organismi internazionali, facendola partecipare al "grande dibattito che si svolge da un ventennio nel mondo sulla possibilità di sopperire alle deficienze delle democrazie rappresentative con una buona dose di democrazia deliberativa o dibattimentale", la quale, tuttavia,

disponibile anche su www.agcm.it; mentre, per quanto riguarda gli appalti pubblici, F. Decarolis, C. Giorgiantonio (2012), *Tutela della concorrenza e rispetto delle specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici: Stato, Regioni o Enti locali?*, presentato al convegno SIDE-ISLE tenutosi a Roma il 13-15 dicembre 2012.

60 B. G. Mattarella (2010), *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, in «Osservatorio AIR», settembre 2010.

61 "Se, come sembra, l'AIR serve ad acquisire maggiori elementi conoscitivi prima di decidere, l'esplicitazione in legge dei motivi che hanno spinto il legislatore a cambiare le regole consente di verificare se l'AIR è stata di fatto svolta, qual è stato il suo grado di approfondimento e, inoltre, agevola la successiva valutazione della conformità degli effetti prodotti rispetto a quelli sperati e quindi l'utilità delle c.d. clausole valutative e, più in generale, della valutazione di impatto della regolamentazione". M. Carli (2007), *La qualità della formazione in Italia: un problema di cultura*, in "Buone" regole e democrazia, a cura di M. Raveraira, Rubbettino editore, p. 195.

“richiede ben strutturate procedure di *notice and comment* nella fase della progettazione e formulazione delle politiche pubbliche, per ascoltare prima di decidere”⁶². Le consultazioni previste dall’AIR sarebbero quindi uno strumento privilegiato per aumentare la trasparenza ed ampliare il coinvolgimento di un maggior numero di soggetti alla realizzazione delle politiche e alla verifica della loro effettiva realizzazione⁶³, in ossequio al principio dell’*accountability*, soprattutto in un periodo di forti ristrettezze finanziarie⁶⁴.

In tutto questo non mancano ovviamente le difficoltà: la principale delle quali appare essere quella relativa alla mancanza di *expertise* per la realizzazione di una corretta AIRC, sia a livello di governo centrale che – e soprattutto – a livello di regioni ed enti locali. Per introdurre e sviluppare progressivamente l’analisi d’impatto della regolazione sulla concorrenza appare dunque opportuno un maggiore coinvolgimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁶⁵, e ciò per almeno due ordini di motivi: il primo è legato al fatto che tale Autorità è l’amministrazione che, per vocazione e *mission*, ha le competenze più appropriate per compiere tale tipo di valutazione o, almeno, per svolgere un ruolo di consulenza e controllo sul lavoro svolto da altre amministrazioni. Per lo stesso motivo, laddove presenti, si potrebbero coinvolgere allo stesso modo anche le altre autorità di settore (ad esempio, nel caso di una normativa nazionale o regionale in tema di appalti si potrebbe coinvolgere in qualità di consulente l’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, ecc.)⁶⁶

Il secondo è legato al fatto che l’Antitrust, come abbiamo visto, svolge già, in modo più o meno

62 S. Cassese (2013), *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo di governare*, «Lezione in occasione della presentazione del Rapporto 2012-2013 di *Italiadecide*», Camera dei Deputati, Roma, 11 febbraio 2013.

63 “Le politiche pubbliche – e il dibattito intorno ad esse – sono fondamentali per il funzionamento della democrazia. Questa non si esaurisce nella espressione periodica di voti e nella rappresentanza. Richiede anche conoscenza, consultazioni, discussione pubblica degli indirizzi indicati da coloro che sono chiamati a governare. Per questo, parlare della qualità delle politiche pubbliche vuol dire discutere del metodo nel governare”. S. Cassese (2013), *op. cit.*

64 “Di fronte alla pervasività e alla dilatazione dei vincoli economico-finanziari, con riferimento a qualsiasi decisione dei pubblici poteri a partire dalla produzione delle regole (che impegnano l’utilizzo di risorse collettive), il processo valutativo della qualità delle regole si configura come requisito coesistente al dovere di rendere conto”. M. M. Procaccini (2007), *Accountability. Una parola in gioco nella valutazione della “qualità” delle regole ovvero la declinazione di un paradigma*, in “*Buone” regole e democrazia*, a cura di M. Raveraira, Rubettino editore, p. 97

65 In questo senso, anche N. Lupo (2010), *La tutela del mercato, della concorrenza e dei consumatori nei processi legislativi. Alcune considerazioni*, in *Governo dell’economia e diritti fondamentali nell’Unione europea*, a cura di G. Rivosecchi e M. Zuppetta, Cacucci editore, 2010, p. 78.

66 F. Decarolis, C. Giorgiantonio (2012), *op. cit.*

formale, un'attività di questo tipo, senza contare che i recenti decreti del governo Monti le hanno attribuito ulteriori poteri che sembrano voler rafforzare il suo ruolo in questo campo (su tutti, il nuovo art. 21-*bis* della l. 287/90).

Appendice normativa

L'art. 3 del d.l. 138/2011

“1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di:

- a) vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;
- b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione;
- c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale;
- d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;
- e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese”.

N.B. Il testo cui si fa riferimento è quello che risulta in seguito all’approvazione della legge di conversione (legge 14 settembre 2011, n. 148).

L'art. 35 del d.l. 201/2011

“1. Alla [legge 10 ottobre 1990, n. 287](#), dopo l'[articolo 21](#), è aggiunto il seguente:

«21-bis (Poteri dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza)

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni”.

L'art. 34 del d.l. 201/2011

“1. Le disposizioni previste dal presente articolo sono adottate ai sensi dell'[articolo 117, comma 2, lettere e\) ed m\), della Costituzione](#), al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale.

2. La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e

compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

3. Sono abrogate le seguenti restrizioni disposte dalle norme vigenti:

a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area;

b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica;

c) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche;

d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti;

e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore;

f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi;

g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta.

4. 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”.

L'art. 1 del d.l. 1/2012

“1. Fermo restando quanto previsto dall'[articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 14 settembre 2011, n. 148](#), in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'[articolo 41 della Costituzione](#) e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente articolo e secondo le previsioni del presente articolo:

a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità;

b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.

2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per

i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.

3. Nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 e secondo i criteri ed i principi direttivi di cui all'[articolo 34 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 22 dicembre 2011, n. 214](#), il Governo, previa approvazione da parte delle Camere di una sua relazione che specifichi, periodi ed ambiti di intervento degli atti regolamentari, è autorizzato ad adottare entro il 31 dicembre 2012 uno o più regolamenti, ai sensi dell'[articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400](#), per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato rende parere obbligatorio, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione degli schemi di regolamento, anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità. In mancanza del parere nel termine, lo stesso si intende rilasciato positivamente.

4. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguano ai principi e alle regole di cui ai commi 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'[articolo 120 della Costituzione](#). A decorrere dall'anno 2013, il predetto adeguamento costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi enti ai sensi dell'[articolo 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 15 luglio 2011, n. 111](#). A tal fine la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito dei compiti di cui all'[articolo 4](#), comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano procedono all'adeguamento secondo le previsioni dei rispettivi statuti".

