

Legge annuale sulla concorrenza: ancora una modifica anticoncorrenziale

Di Serena Sileoni

Curiosa sorte, quella del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Oltre ai tempi lunghi che la faranno diventare, quantomeno, la legge annuale per il 2016 anziché per il 2015, nel corso dell'esame parlamentare si è passati dall'esigenza di difendere le norme proconcorrenziali al rischio di vedere inserite norme anticoncorrenziali.

È il caso di proposte di modifica restrittive alla ordinaria libertà contrattuale, come quelli sul *rate parity*, o sui nuovi limiti per le società odontoiatriche, o inerenti il divieto per le banche di fare da agenti immobiliari, o ancora l'emendamento che vieta l'uso «non adeguato» di nomi attinenti a strutture ricettive, evidentemente in chiave anti Airbnb e *sharing economy* del turismo.

Ma è anche il caso di iniziative apparentemente opposte, che sembrano ambire a eliminare vincoli concorrenziali ma che in realtà proteggono o rafforzano le uniche posizioni di monopolio o dominanti davvero esistenti: quelle che trovano la loro ragion d'essere non nella forza di mercato, ma nella protezione della legge.

Così, ad esempio, due subemendamenti presentati dai senatori Margiotta (PD) e Di Biagio (NCD) chiedono l'abrogazione del comma 2 *quater* dell'art. 8 della legge istitutiva dell'Autorità per la concorrenza e il mercato. Questa norma impone agli operatori che operano in regime di monopolio o che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale di praticare ai concorrenti delle loro partecipate o controllate le stesse condizioni di accesso a beni e servizi che abbiano in esclusiva, nel caso in cui siano utilizzati per attività estranee rispetto a quelle strumentali al servizio che gestiscono in regime di monopolio o come servizio di interesse generale.

La norma è stata introdotta successivamente all'istituzione dell'Autorità e delle regole sulla concorrenza e in occasione delle modifiche ad essa apportate, con legge n. 57 del 2001, in materia di apertura e regolazione dei mercati.

In particolare, l'art. 11 di questa legge ha affiancato l'abuso di dipendenza economica all'obbligo per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale o in monopolio di praticare, come detto, condizioni equivalenti.

L'accostamento non è casuale: l'abuso di dipendenza economica nasce come istituto tipico dei contratti di subfornitura, dove veniva riscontrato frequentemente che il contraente 'forte' applicasse condizioni ingiustificatamente gravose a un'impresa, cliente o fornitrice, che si trovasse in uno stato, appunto, di dipendenza

Serena Sileoni è Vice-Direttore Generale dell'Istituto Bruno Leoni.

economica rispetto al committente. Nel 1998, con la legge n. 192, il divieto di abuso di dipendenza economica è stato così sancito per i contratti di subfornitura nelle attività produttive, ossia nel caso di affidamento a imprese minori della predisposizione di alcune parti del prodotto finale o dello svolgimento di alcune fasi del processo produttivo, con tendenziale dipendenza del subfornitore dalle direttive del committente. Nel modificare questo istituto, nel 2001 la legge n. 57 ha anche previsto, accanto a tale fattispecie, l'obbligo per le imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio sul mercato, di rendere accessibili beni e servizi di cui abbiano la disponibilità esclusiva a condizioni equivalenti alle imprese direttamente concorrenti e alle imprese partecipate o controllate. In sostanza, come emerge anche dall'affiancamento delle due figure, quello che si è voluto evitare è che una posizione 'dominante' potesse essere motivo di vantaggio, con la differenza che, nel caso di imprese in regime di monopolio o esercitanti un servizio di interesse economico generale, tale posizione è indiscutibile in quanto derivante da disposizioni di legge.

Si tratta di una norma che, come si è detto, limita la capacità contrattuale, ma per quegli operatori che in realtà godono di una condizione di protezione legale tale da rendere, in maniera apparentemente controintuitiva, l'assenza di una simile condizione un danno alla libertà di concorrenza.

Il requisito soggettivo perché, infatti, scatti l'obbligo di applicare le stesse condizioni applicate alle società controllate o partecipate è condizionato al fatto che l'impresa non sia meramente dominante, ma benefici di un regime di monopolio o eserciti la gestione di un servizio di interesse economico generale per espressa previsione di legge. È questa l'unica autentica forma di monopolio o esclusiva che possa esistere, dal momento che, per quanto possano sussistere posizioni dominanti o anche temporaneamente monopolizzanti, in un regime di libera concorrenza esse possono sempre essere sfidate da nuovi concorrenti, tranne nel caso in cui, appunto, non vi sia un divieto legale che limiti l'accesso al mercato. È tale condizione soggettiva, che deriva direttamente da una protezione legale e non da una capacità di mercato, che consentirebbe all'impresa in questione, in assenza dell'obbligo di condizioni equivalente, di fornire alle proprie eventuali partecipate o controllate beni o servizi, di cui abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza del servizio pubblico o del monopolio gestito, a condizioni più vantaggiose che ad altri concorrenti.

Proprio la peculiarità di uno scudo legale (il monopolio o il servizio pubblico universale) rende la norma sulle condizioni equivalenti un divieto che, a una considerazione più attenta, contribuisce alla libertà di concorrenza, poiché evita che, dalla posizione di dominio garantita dalla legge, discenda per l'operatore di mercato e le sue controllate o partecipate una posizione di rendita anche nei settori diversi da quelli in cui opera in regime di monopolio o in costanza del servizio di interesse economico generale.

In definitiva, l'obbligo di applicare ai concorrenti di una propria controllata o partecipata le condizioni equivalenti applicate a quest'ultima al fine di consentire loro di avere accesso ai beni e servizi di cui si ha la disponibilità esclusiva per via della gestione di un servizio pubblico di interesse generale o di un monopolio non richiede né l'esistenza di una posizione dominante né un'analisi sull'essenzialità dei beni o servizi di cui si richiede la messa a disposizione, ma deriva automaticamente dalla peculiare condizione soggettiva dell'impresa obbligata, condizione che trova la propria forza di mercato non nella sua capacità competitiva, ma nella protezione della legge. Ne è riprova il fatto che la legge prevede distintamente l'ipotesi di posizione dominante come indipendente e autonoma rispetto all'applicazione di condizioni non equivalenti. La legislazione disciplina, in sostanza, due illeciti distinti: l'abuso

di posizione dominante e l'applicazione di condizioni non equivalenti da parte di una società che gestisce un servizio di interesse economico generale o che esercita in regime di monopolio. E questa applicazione è considerata illecita a prescindere dal fatto di dare luogo a una posizione dominante.

La norma è già stata richiamata in una importante vicenda alla fine dell'anno 2015, quando l'Antitrust, a seguito di una denuncia dell'operatore telefonico H3G S.p.A., ha accertato la violazione, da parte di Poste Italiane S.p.A., degli obblighi di accesso a condizioni equivalenti a quelle accordate alla propria controllata Poste Mobile S.p.A. a beni o servizi di cui la prima ha disponibilità esclusiva per via delle attività di interesse generale svolte (provvedimento n. 25795 del 2015, in bollettino n. 48 del 4 gennaio 2016).

Il caso, ora pendente in tribunale a seguito del ricorso di Poste, nasce dalla segnalazione di H3G di aver richiesto a Poste italiane l'accesso alle sue infrastrutture materiali e immateriali e alla sua rete di sportelli per poter offrire i propri servizi di telefonia mobile al pubblico – un settore in cui Poste non opera come monopolista o concessionario di pubblico servizio – alle stesse condizioni praticate da Poste a Poste Mobile.

Poste Italiane fornisce infatti a Poste Mobile una serie di servizi e mette a disposizione una serie di beni che rientrano nell'ambito di quelli di cui ha la disponibilità esclusiva per effetto della gestione del servizio universale postale, ossia di beni di cui solo lei può disporre in costanza del fatto che è fornitrice del servizio postale universale: trattasi, in concreto, della rete di uffici postali, che consente a Poste Mobile una catena distributiva, promozionale e di servizi di informazione e assistenza post-vendita delle SIM di Poste Mobile.

L'esempio recente delle Poste aiuta a comprendere come la norma in esame valga a individuare vincoli alla libertà contrattuale non di un'impresa ordinaria, ma di quelle imprese che, essendo titolari della gestione di un servizio di interesse generale o operando in regime di monopolio legale, potrebbero avvantaggiarsi di tali prerogative legali per ostacolare la concorrenza in settori diversi da quello su cui insiste il servizio essenziale o il monopolio, approfittando di beni e servizi di cui la legge assegna loro la disponibilità esclusiva per la gestione dell'attività di interesse generale o in monopolio, ma che possono essere utili anche per lo svolgimento di attività diverse in regime di libero mercato. In altri termini, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/2008, la norma, apparentemente limitativa della capacità contrattuale di un operatore di mercato, trova la sua ratio nell'«impedire che [...] società [protette dalla legge] costituiscano fattori di distorsione della concorrenza», in questo caso beneficiando o facendo beneficiare le proprie controllate o partecipate di una situazione di privilegio che trova giustificazione solo per il settore economico che è affidato loro in esclusiva, e non per altri settori in cui volessero operare, ancorché indirettamente, in regime di libera concorrenza.

I due subemendamenti al disegno di legge annuale sulla concorrenza che vorrebbero abrogare questo obbligo sono stati proposti in un momento delicato. Se approvati, la fine dell'obbligo di condizioni equivalenti non solo potrà avvantaggiare Poste, ma, in maniera forse ancor più rilevante per l'economia del paese, potrà incidere sulle vicende relative alla posa della banda larga, considerata altamente strategica dall'attuale governo.

Difatti, se dovesse cadere il vincolo, Enel non avrebbe l'obbligo di dare accesso alle sue infrastrutture per la fibra o la rete elettrica alle stesse condizioni a cui accede Enel Open Fiber. Ad esempio, non sarebbe obbligata a fornire alle stesse condizioni i cavidotti elettrici e i contatori. In altri termini, si potrebbe fare forte della sua posizione legalmente 'protetta' per far ottenere un rilevante vantaggio concorrenziale alla sua società costituita per la posa

della fibra, e consistente nel praticare condizioni diverse di accesso o per operazioni su infrastrutture che si rendano necessarie in via straordinaria – come la modifica dei contatori.

La nascita di Enel Open Fiber, se l'emendamento dovesse passare, agevolerebbe pertanto Enel nel potenziare la sua posizione nel settore della banda larga non per sua propria forza, ma perché le regole, compresa quest'ultima abrogazione, glielo consentono.

A rigore, i subemendamenti in questione dovrebbero essere dichiarati inammissibili. Per quanto l'ammissibilità debba essere motivata dall'estraneità dell'oggetto dell'emendamento rispetto al testo in discussione, in questo caso la ratio delle modifiche proposte è talmente contraria rispetto alla finalità del disegno di legge da potersi ritenere che si tratti, appunto, di un emendamento estraneo.

Abrogare il comma 2 *quater* vuol dire infatti agire a difesa delle situazioni di monopolio o esclusiva legali: una finalità che va esattamente nella direzione opposta rispetto a quella che dovrebbe avere una legge annuale per la promozione della concorrenza. Non resta che attendere che il governo, se volesse essere coerente e prendere sul serio la legge sulla concorrenza molto più di quanto non ha finora dimostrato, dia parere negativo.

IBL Focus

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.