



Munich Personal RePEc Archive

**Structural or functional separation in regulated industries? Winners do not punish; possibly cooperate.**

Congedo, Pierluigi

King's College London

30 October 2008

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/15938/>

MPRA Paper No. 15938, posted 26 Jun 2009 14:30 UTC

# SEPARAZIONE FUNZIONALE O STRUTTURALE NELLE INDUSTRIE REGOLATE? I VINCITORI NON PUNISCONO; POSSIBILMENTE COOPERANO (E INNOVANO)

Pierluigi Congedo, King's College London<sup>1</sup>

in *Concorrenza e Mercato*, Vol. 16/2009, Giuffr , Milano

\*\*\*

‘There is a common misconception: that people who are in favour of a free market are also in favour of everything that big business does. Nothing could be further from truth’

Milton Friedman, *The Business Community’s Suicidal Impulse*, 1999

## 1. Premessa.

Il presente articolo   finalizzato ad esaminare alcuni tipi di rimedi pro-concorrenziali nel settore delle comunicazioni elettroniche (in particolare, i processi di separazione funzionale e strutturale) e l’impatto che possono avere le misure di mero *enforcement*, tenendo in considerazione le necessit  di innovazione di determinati settori industriali e esigenze di interesse generale.

Esso procede attraverso l’esame della casistica a disposizione in contesti economici diversi (Stati Uniti, Unione Europea), tenendo in considerazione posizioni anche molto divergenti sia a livello giuridico che economico.

Pertanto, da un lato, si analizzano i rimedi antitrust di natura negoziale, a livello comunitario e nazionale. Dall’altro, si prendono in considerazione le soluzioni adottate a

---

<sup>1</sup> LL.M., M.Phil, Ph.D. candidate King’s College London. Docente a contratto di diritto della concorrenza presso la cattedra di Diritto Civile II, facolt  di giurisprudenza, Univ. di Roma 3. *Counsel*, studio legale Accomply, ordine degli avvocati di Roma e REL Law Society of England and Wales. L’Autore desidera ringraziare i prof. Richard Whish e Margaret Bloom per i feedback ricevuti su questi temi in molte occasioni, il prof. Giuseppe Benedetti per conversazioni sul metodo e il prof. Salvatore Mazzamuto per averlo portato a pensare che rimedi di diritto della concorrenza e di diritto civile possano avere aspetti negoziali prevalenti, al di l  del mero *enforcement*. Errori e imprecisioni del presente scritto sono di esclusiva responsabilit  dell’A. Per ogni commento: Pierluigi.Congedo@kcl.ac.uk.

livello anglosassone negli Stati Uniti e nel Regno Unito, in particolare con riferimento ai *consent decrees* statunitensi (e ad alcuni esempi di rimedi strutturali) e agli *undertakings in lieu of reference to the Competition Commission* previsti dall'*Enterprise Act 2002* (da qui in poi, 'EA02') britannico (un esempio di rimedio funzionale infatti è rinvenibile nella creazione della società *Openreach*, funzionalmente separata nell'ambito del gruppo British Telecom)<sup>2</sup>.

Sulla scia dell'esperienza degli ultimi due decenni negli Stati Uniti e nel Regno Unito, e del processo di riforma in corso a livello comunitario, ci si chiede se la dottrina dei costi sociali di Coase<sup>3</sup>, per la quale un rimedio invasivo e (eventualmente) non adeguato può, a volte, avere un impatto più negativo di un accordo concluso tra le parti (approccio cooperativo non collusivo), non possa suggerire una o più soluzioni maggiormente efficienti in termini economici e più efficaci in termini strettamente giuridici. Due Autori, in particolari, J.B. Baker<sup>4</sup> e, più di recente, G. Monti<sup>5</sup>, ci portano a riflettere sul peso che l'innovazione possa avere nell'adozione del rimedio ottimale, e sulla necessità di bilanciare il ruolo delle autorità regolamentari e/o della concorrenza, da un lato, con le ragioni di '*public policy*' dall'altro.

Si osserverà pertanto come la dottrina antitrust più recente sia giunta a rivedere le posizioni più estreme informate alla scuola neo-classica (scuola di Chicago), e non escludano a priori la possibilità di un maggiore ruolo dello stesso Stato o di un maggior peso di considerazioni di *public policy* allorché le autorità della concorrenza (o, in certi Paesi, regolamentari) siano chiamate ad adottare decisioni particolarmente 'invasive' come i processi di separazione (proprietaria o anche meramente funzionale).

Mediante un approccio meno formalistico, si esaminano le possibilità che possono scaturire anche dall'adozione di un rimedio draconiano quale la separazione strutturale quale sanzione (determinante condizioni favorevoli per un eventuale intervento dello Stato

---

<sup>2</sup> Come si vedrà tali precedenti hanno avuto un preciso ruolo nell'attività di riforma attualmente in corso delle più recenti direttive in materia di comunicazioni elettroniche adottate a livello comunitario nel 2002. In particolare, ci si riferisce alla Direttiva CE 2002/21 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva 'Quadro').

<sup>3</sup> Ronald H. Coase, *The Problem of Social Costs*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, n. 1, Chicago, ottobre 1960. Questo articolo verrà ripreso in maggiore dettaglio ultra.

<sup>4</sup> Professor of Law, Washington College of Law, American University. Autore di '*Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*', in *Antitrust Law Journal*, vol. 74, Issue 3, 2007, pp. 575-602.

<sup>5</sup> Professor of Law, London School of Economics. Autore di '*Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*', in *The Competition Law Review*, Vol. 4, Issue 2, luglio 2008, pp. 123-245.

e finanche la possibilità di creazione di joint-venture con gli stessi concorrenti), e si esamina la possibilità di adottare modelli di separazione funzionale aperte alla cooperazione con i concorrenti.

Si conclude sollevando il dubbio che un approccio possibilmente cooperativo, tra abusante, abusato, concorrenti, sotto l'egida di un regolatore o autorità della concorrenza (dottrina di Nash sui giochi collusivi, e applicazione di Novak, per cui 'il vincitore non punisce'<sup>6</sup>) non sia preferibile, anche e soprattutto nelle industrie regolate ad alto valore tecnologico, avendo a mente le esigenze di innovazione e di raggiungimento di obiettivi di interesse generale che possono esulare dall'applicazione pedissequa delle norme della concorrenza (art. 82 CE, nei casi esaminati).

## **2. I rimedi negoziali.**

Un'analisi dei rimedi antitrust e della loro efficacia può svolgersi su piani disgiunti, siano essi relativi alla soluzione di comportamenti collusivi (intese, cartelli)<sup>7</sup>, siano essi relativi alle misure pro-concorrenziali volte a fronteggiare posizione di dominanza, nella sua duplice forma dell'abuso<sup>8</sup> o della creazione della posizione dominante (portante al 'sostanziale impedimento della effettiva concorrenza', in linea con il linguaggio del regolamento comunitario sulla operazioni di concentrazione<sup>9</sup>).

L'analisi dei rimedi nel presente lavoro, tuttavia, è volta ad inquadrare le misure più adatte adottabili in presenza dei soli comportamenti abusivi nelle industrie regolate, e nelle industrie con infrastrutture di rete di comunicazioni elettroniche, più in particolare.

---

<sup>6</sup> L'articolo cui il presente ragionamento si ispira, pur non avendo valenza strettamente giuridica, è 'Winners do not punish', di Anna Dreber, David G. Rand, Drew Fudenberg and Martin A. Nowak, pubblicato in Nature, Nature Publishing Group, Vol. 452, il 20 marzo 2008. Di particolare rilievo la bibliografia in esso citata, di carattere sia sociologico-economico che giuridico, supportato da modelli matematici derivanti dalla teoria dei giochi di Nash.

<sup>7</sup> Articolo 81 del Trattato CE, e norme nazionali equivalenti.

<sup>8</sup> Articolo 82 del Trattato CE, e norme nazionali equivalenti.

<sup>9</sup> Regolamento CE 20 gennaio 2004 n. 139/2004, Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ('Regolamento comunitario sulle concentrazioni') in Gazzetta Ufficiale UE n. L 24 del 29 gennaio 2004.

L'esperienza angloamericana ci fornisce la possibilità di esaminare una varietà di rimedi (siano essi draconiani, in linea con la scuola di Harvard, concentrata soprattutto sulla struttura delle imprese e portanti alla separazione strutturale; siano essi ispirati alla scuola di Chicago, più orientata alla efficienza economica come obiettivo delle politiche regolamentari e della concorrenza, e portanti alla separazione meramente funzionale) ma non fornisce una soluzione univoca, lasciando emergere il dubbio che un rimedio meramente comportamentale (e meno invasivo) possa non avere successo nel medio e nel lungo periodo in economie caratterizzate da scarsa propensione all'investimento tecnologico e all'innovazione<sup>10</sup>.

Il riferimento ad alcune scuole economiche di pensiero, da Coase a Nash, ci pone di fronte, da un lato, al dilemma dei costi sociali delle politiche di intervento pubblico (in altri termini, se un intervento pubblico a sostegno di interventi strutturali pro-concorrenziali debba considerarsi dannoso o meno in termini di costi diffusi per la collettività e, dall'altro, alle prospettive di successo di scelte co-operative (da qui l'idea di joint-ventures tra incumbent e concorrenti con finalità strutturali, anche aperte all'intervento dello Stato), o a rimedi di natura funzionale tra imprese dominanti e concorrenti, purché non emergano aspetti collusivi (o purché essi siano prontamente repressi).

Alcune scuole economiche (una di queste fa attualmente capo al prof. Novak<sup>11</sup>, del *Massachusetts Institute of Technology*) hanno recentemente dimostrato che la punizione di per sé (o la reiterazione della punizione) non è necessariamente la scelta migliore. La cooperazione ('impegni co-operativi') tra incumbent e abusato, o incumbent e Stato, o incumbent, concorrenti (con quote di mercato pari o inferiori a quelle dell'incumbent), e Stato, potrebbe rappresentare una soluzione ottimale soprattutto laddove sia volta ad adottare misure di carattere strutturale più che semplicemente funzionale, oppure nel

---

<sup>10</sup> Sul rapporto tra diritto della concorrenza ed economia, su rimedi strutturali e efficienza economica, negli anni più recenti è andata emergendo notevole letteratura scientifica e numerosi studi condotti da varie autorità della concorrenza e di settore. Per una prima rassegna si vedano i quesiti sollevati da Richard Whish, in *EC Competition Law*, Lexis Nexis UK, Butterworth, 5a edizione, 2003, pp. 13 ss. Weis, 'Concentration-Profit Relationship' in *Industrial Concentration: the New Learning* (edizioni Goldsmith e aa., 1974); Gribbin, *Postwar Revival of Competition as Industrial Policy*; Cowling e Mueller, *The Social Costs of Monopoly Power* (1978) 88 *Ec J* pp. 724-748, criticato nel 1981 da Littlechild in (1981) 91 *Ec J* pp. 348-363. Si veda anche l'ottimo *Economic Discussion Paper 4 (OFT 386) The development of targets for consumer savings arising from competition policy* (Davies e Majumdar, giugno 2002) disponibile nel sito dell'OFT <http://www.offt.gov.uk>. Fondamentali, infine: Asch, *Industrial Organization and Antitrust Policy* (Wiley, edizione riv., 1983); Scherer e Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Houghton Mifflin, 3a ed., 1990); Lipsey e Chrystal, *Principles of Economics* (Oxford University Press, 9a ed., 1999).

<sup>11</sup> Ispirato alle teorie dei giochi cooperativi di Nash.

quadro di impegni (*commitments*<sup>12</sup>) negoziati in una fase intermedia del procedimento antitrust.

Da qui l'importanza di tenere presente da un lato l'esperienza dei rimedi strutturali e, dall'altro il precedente normativo degli *'undertakings in lieu of market investigations references [to the Competition Commission]*<sup>13</sup> introdotti nell'EA02<sup>14</sup> sollevando il dubbio, almeno in linea teorica, che accordi conclusi su tale base (*'behavioural remedies'* conducenti, ad esempio, alla mera separazione funzionale) possano condurre a soluzioni non ottimali in quelle economie che sono (o furono fino a tempi recenti) maggiormente caratterizzate dall'intervento statale nel mercato, o in cui le autorità regolamentari o della concorrenza possano non avere la necessaria indipendenza e/o competenza tecnica.

Una tale ipotesi porterebbe a ritenere che un intervento di tipo 'funzionale' potrebbe sì prevenire il reiterarsi di comportamenti abusivi, ma potrebbe non essere adatto a favorire interventi legati alla innovazione tecnologica o, comunque, di tipo strutturale, interventi che invece potrebbero di per sé riuscire a prevenire eventuali tipi di abusi legati principalmente all'accesso alla rete.

### 3. Rimedi *ex ante* ed *ex post*: tipologie, funzioni ed effetti.

*'Dissolution is not a penalty; it is a remedy'*

United States v. Aluminium Co. of America (ALCOA), 148 F 2d 416, 446 (1945)<sup>15</sup>

Il primo passaggio da seguire è quello relativo alle tipologie di rimedi, a seconda che essi cadano in una fase 'preliminare' alla conclusione della procedura amministrativa relativa

---

<sup>12</sup> Tale termine verrà usato a volte in maniera alternativa al termine impegni, avendo lo stesso significato.

<sup>13</sup> Testo tra parentesi quadre aggiunto dall'A.

<sup>14</sup> Quale forma concettualmente assimilabile ai *commitments* di cui all'art. 9 del Regolamento di modernizzazione 1/2003 e di cui all'art. 31 A del Competition Act 1998 (da qui in poi, 'CA98') britannico.

<sup>15</sup> Il Giudice Learned Hand in occasione dello smembramento di Alcoa obiettò (dissenting opinion) 'Un singolo produttore può essere colui che sopravvive in un gruppo di società attive, semplicemente in virtù delle proprie capacità superiori, lungimiranza e operosità... Il concorrente di successo, essendo stato forzato a competere, non dovrebbe essere affossato allorché abbia vinto' [148 F 2d 416 (2nd Circuit 1945)].

all'accertamento dell'abuso (che potremmo definire 'ex ante', e da tenere comunque distinti dalle misure *ex ante* di carattere meramente regolamentare<sup>16</sup>).

I rimedi antitrust *ex ante* sono assurti a strumento particolarmente privilegiato a seguito della riforma apportata dal Regolamento di Modernizzazione n. 1/2003/CE<sup>17</sup>, e sono stati rapidamente introdotti in numerose legislazioni antitrust europee.

Un esempio di impegni di natura negoziale, che intercorrono tra l'*enforcer* (Commissione o autorità nazionale della concorrenza), da un lato, e il supposto responsabile di un comportamento anti-concorrenziale, dall'altro, è contenuto nell'art. 9 del Regolamento. Esso stabilisce che

*'[q]ualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'in frazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato'*<sup>18</sup>.

Tale norma è stata ripresa in numerose legislazioni nazionali europee. La normativa antitrust italiana (per fare un esempio), modificata di recente dal decreto legge 'Bersani' del luglio 2006<sup>19</sup>, prevede all'art. 14 *ter* della l. 287/90<sup>20</sup> che

*'[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 e 82 CE, le imprese possono presentare*

---

<sup>16</sup> 'La regolamentazione mantiene il forte fino a quando la concorrenza non arrivi in soccorso', secondo una espressiva metafora di R. Whish in *EC Competition Law*, 5a edizione, Lexis Nexis, UK, 2003 (nel 2008 alla 6a edizione).

<sup>17</sup> Regolamento CE 16 dicembre 2002, n. 1/2003, regolamento del Consiglio concernente 'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUCE n. L 1 del 4 gennaio 2003.

<sup>18</sup> Il comma successivo prevede le condizioni per la riapertura del procedimento a fronte di elementi oggettivi o inadempimenti da parte del promettente che lascino presumere che le condizioni che hanno permesso la sospensione del procedimento amministrativo siano venute meno.

<sup>19</sup> Decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223, definito 'Bersani' (dal nome del ministro proponente), convertito in legge il 4 agosto 2006, n. 248, '[...] recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto dell'evasione fiscale', recante modifiche significative anche alla legge fondamentale antitrust italiana (pubblicato in GU della Repubblica italiana del 6 luglio 2006). Esso ha introdotto modifiche agli articoli 10, 14 (articolo 14 bis e 14 ter) e 15.

<sup>20</sup> Legge 287 del 10 ottobre 1990, n. 287 recante 'Norme per la tutela della concorrenza e del mercato', in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 240 del 13 ottobre 1990.

*impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione [seguono i commi 2 e 3]'*.

E' bene ricordare che l'articolo 9 del Regolamento di Modernizzazione tecnicamente non è emerso dal nulla. Da un lato, già in precedenza nella pratica della Commissione si era invalsa la prassi di chiudere in una fase preliminare una investigazione allorché la parte investigata avesse fornito sufficiente dimostrazione che la pratica supposta restrittiva della concorrenza era del tutto cessata e comunque non aveva determinato modificazioni irreversibili del mercato.

Una norma assimilabile all'articolo 9 del Regolamento di Modernizzazione non esisteva certamente nel Regolamento n. 17/62/CEE<sup>21</sup> anche se, per certi aspetti, l'attestazione negativa (*'negative clearance'*)<sup>22</sup> o l' 'esenzione individuale' possono essere considerate come forme particolari di 'accordo' tra l'istituzione e la parte attiva di un comportamento che, ad un primo esame, si potrebbe qualificare come non concorrenziale.

Gli impegni disciplinati dall'articolo 9 potrebbero inoltre avere un precedente nei *'consent decrees'* o *'consent orders'* di cui si avvalgono le autorità antitrust statunitensi per porre termine, anche in maniera temporanea, ad una investigazione.

Un approccio simile è stato seguito nel Regno Unito, mediante le modifiche introdotte al Competition Act 1998 (da qui in poi, 'CA98') con l'introduzione nel 2004 dell'articolo 31A (*commitments* sul modello di quelli introdotti dal regolamento di modernizzazione) e con l'adozione dell'EA02, con i cosiddetti *undertakings in lieu of market investigation references* [to the Competition Commission], volti alla presentazione da parte dell'impresa sospettata di comportamenti anti-concorrenziali di impegni vincolanti al fine di prevenire il 'deferimento' alla *Competition Commission*, le cui investigazioni di mercato possono portare a misure anche 'draconiane' al fine di risolvere consistenti distorsioni anti-competitive di mercati specifici<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Regolamento CEE n. 17/62 del 6 febbraio 1962, in G.U.C.E. n. L.13 del 21 febbraio 1962.

<sup>22</sup> Nella sua duplice forma di decisione formale o di semplice *'comfort letter'*.

<sup>23</sup> Si vedrà più oltre come un tale meccanismo caratterizzato da un impegno unilaterale di tipo

Nel Regno Unito i *commitments* ex articolo 31A del CA98 hanno fin qui riscosso particolare successo<sup>24</sup>. Essi, sulla falsariga dell'articolo 9 del Regolamento di Modernizzazione, prevedono la sottoscrizione unilaterale di impegni da parte del soggetto investigato, promettendo di seguire un piano di azione volto a ridurre le criticità nel contesto competitivo entro un lasso di tempo normalmente breve.

Un primo caso risolto nel Regno Unito mediante *commitments* è il caso TV EYE<sup>25</sup>. In tale caso l'Office of Fair Trading ('OFT'<sup>26</sup>) (ritenne che determinati comportamenti tenuti da TV EYE, società controllata dalle società ITV, GMTV, Channel 4 e Channel 5, per conto delle quali vendeva spazio pubblicitario ad agenzie di comunicazione, avessero potuto configurare accordi restrittivi della concorrenza ai sensi del *Chapter I Prohibition* del CA98 (norma equivalente all'articolo 81 CE), nello stabilire condizioni di vendita omogenee, unilateralmente pre-determinate e potenzialmente più onerose per gli acquirenti finali. Gli impegni sottoscritti, in particolare, modificando in parte le condizioni originali di compravendita da parte delle società di trasmissione televisiva, TV EYE e gli acquirenti finali, furono ritenuti sufficienti a far cadere le preoccupazioni di comportamento anticoncorrenziale che avevano dato luogo all'investigazione dell'OFT. Al momento della comunicazione al pubblico dei *commitments*, il 24 maggio 2005, lo stesso presidente dell'OFT, John Vickers, ebbe a dichiarare: 'in alcune circostanze l'accettazione di impegni formali è il modo migliore per risolvere un caso di concorrenza. Il Competition Act 98 è stato modificato [...] per renderli possibili e il caso TV EYE è il primo di questo genere nel Regno Unito'.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è pronunciata anche la Francia, in occasione ad esempio dei *commitments* siglati nel 2006 da France Télécom<sup>27</sup> relativi alle condizioni di

---

comportamentale sia stato utilizzato dall'OFCOM (autorità regolamentare delle comunicazioni inglese) per ottenere la separazione funzionale dell'incumbent di comunicazioni, British Telecom Group, mediante l'operazione Openreach.

<sup>24</sup> Si veda, in tal senso, la comunicazione dell'Office of Fair Trading del 2 marzo 2006 sui *commitments* proposti da Associated Newspapers Limited a fronte di una denuncia presentata il 14 febbraio 2003 da Northern & Shell PLC, in cui si sosteneva che Associated Newspapers Limited avesse violato il Charter II Prohibition (norma equivalente, nella forma e nel senso, all'articolo 82 CE).

<sup>25</sup> Il testo della proposta sottoscritto è disponibile nel sito dell'OFT, [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/media/tveyefinal.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/media/tveyefinal.pdf); per una informazione sommaria sul caso si veda <http://www.offt.gov.uk/news/press/2005/93-05>.

<sup>26</sup> L'Autorità nazionale della concorrenza nel Regno Unito.

<sup>27</sup> Decisione del 17 gennaio 2006 del Conseil de la Concurrence francese. Una descrizione del caso si

utilizzo di tre servizi di telefonia gratuiti quali ‘*numéro azur*’, ‘*numéro vert*’ e ‘*numéro indigo*’. La supposta condotta abusiva sarebbe consistita nel fatto che France Télécom non avrebbe permesso ai propri concorrenti di fornire gli stessi servizi gratuiti da essa offerti utilizzando gli stessi nomi da essa usati. L’accordo siglato da France Télécom con l’autorità nazionale della concorrenza francese consisté nell’acconsentire che i clienti che fossero passati ad un concorrente di France Télécom avrebbero potuto continuare ad utilizzare quegli stessi numeri così come gli stessi nomi commerciali ad essi associati, almeno fino all’esaurimento del materiale pubblicitario che era già stato prodotto con quei nomi. La stessa ricorrente, Cégétel, considerando tali impegni come soddisfacenti, ritirò la denuncia.

Se, in estrema sintesi, i rimedi qui descritti si possono chiamare ‘rimedi pro-competitivi *ex ante*’ perché manifestano la loro efficacia in una fase antecedente la emanazione di una decisione (di ‘condanna’ o di ‘assoluzione’) ex Regolamento di Modernizzazione, un cenno a parte occorre fare per i rimedi ‘*ex post*’ che possono essere imposti dalle autorità della concorrenza (Commissione e autorità nazionali) alla parte che ha posto in essere comportamenti anticoncorrenziali, ai sensi dell’art. 7 del Regolamento di modernizzazione. Tale articolo, appunto, codifica per la prima volta la possibilità di adottare rimedi con finalità antitrust la cui natura può essere funzionale o anche strutturale.

Ma prima di analizzare tali misure, contenute in una decisione posta al termine dell’intera procedura amministrativa antitrust, ai fini del nostro ragionamento è necessario altresì prendere in considerazione un istituto del diritto antitrust inglese analogo a quello dei *commitments* di matrice comunitaria, ma con portata maggiore in quanto inquadrato in un ragionamento di più ampio respiro, perché relativo a comportamenti che possono avere un impatto su un intero mercato del prodotto.

Essi sono gli *undertakings in lieu of reference* [to the Competition Commission] ex articolo 154 EA02<sup>28</sup>, un rimedio che, a seconda delle modalità con cui è posto in essere, si

---

può trovare su [http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=185&id\\_article=669](http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=185&id_article=669). Il risultato dell’adozione degli stessi impegni si trova nel sito di France Télécom in [http://www.entreprises.fr.orange-business.com/site\\_dce/import\\_ftps/offres/numerover/utilisation\\_marques\\_ft.pdf](http://www.entreprises.fr.orange-business.com/site_dce/import_ftps/offres/numerover/utilisation_marques_ft.pdf).

<sup>28</sup> L’articolo 154 EA02, in estrema sintesi, stabilisce che gli impegni in esso previsti si applichino solo allorché l’OFT (o l’autorità di settore competente per materia) ritenga necessario effettuare il rinvio (‘reference’) per una investigazione di mercato alla Competition Commission. L’OFT (o altra autorità di settore) possono dunque accettare gli impegni al fine di rimediare, mitigare o prevenire a) ogni effetto contrario alla concorrenza o b) ogni effetto che provochi uno svantaggio (lett.: *detrimental*) ai consumatori, nella misura in cui esso sia il risultato, o ci si possa attendere che sia il risultato, di un effetto contrario alla concorrenza. Il comma 3 di tale articolo stabilisce che l’OFT dovrà tenere presente la necessità di porre in essere una soluzione che sia ‘**ragionevole e realizzabile**’ per

può sia considerare un rimedio di carattere strettamente ‘pro-concorrenziale’ oppure addirittura di carattere ‘regolamentare’, anch’esso sicuramente ‘*ex ante*’, rispetto all’accertamento dell’infrazione e alla comminazione della sanzione o dell’applicazione di altro rimedio ‘*ex post*’ (ai sensi dell’art. 7 del Regolamento di Modernizzazione).

Gli *undertakings in lieu of reference* rappresentano dunque una forma avanzata di ‘*commitments*’. In essi la prospettiva del rinvio alla *Competition Commission* per un accertamento più approfondito della situazione concorrenziale di un mercato specifico<sup>29</sup>, rappresenta il deterrente che può convincere il management di una società a sottoscrivere gli impegni ‘*in lieu of [...]*’, in luogo del deferimento alla *Competition Commission*.

Per venire ad un esempio di notevole rilievo nell’ambito del tema qui trattato, si ricorda che *undertakings in lieu of reference* furono siglati nel 2005 nel Regno Unito tra il management di British Telecom Group e OFCOM<sup>30</sup>, avendo quest’ultima competenza speciale in materia di mercati di comunicazioni elettroniche a seguito della riforma sulle competenze dell’OFT attuata nel 2003<sup>31</sup>.

Tali ‘*undertakings*’ hanno in effetti portato alla separazione funzionale del gruppo e alla creazione di una società separata, Openreach, deputata alla fornitura dell’accesso ai concorrenti e allo stesso incumbent (BT) su un piano di parità negoziale.

---

lo specifico effetto contrario alla concorrenza ed ogni effetto svantaggioso per i consumatori, derivante da un effetto contrario alla concorrenza. In tali procedure l’OFT può tenere presente l’effetto che ogni azione posta in essere possa avere sui vantaggi del consumatore rilevante legati alla caratteristica (o caratteristiche) del mercato interessato. Ovviamente (comma 3) nessun rimedio del genere deve essere posto in essere dall’OFT se (A) nessun effetto negativo sui consumatori è risultato dall’effetto contrario alla concorrenza; e (B) se l’effetto contrario sulla concorrenza non viene corretto (lett.: *remedied*) mitigato o prevenuto. Interessante il comma 4: l’impegno deve essere posto in essere non appena accettato (dall’OFT, o altra autorità competente); ma può anche essere variato o superato da un’altra intesa (impegno); e, infine, può anche essere revocato unilateralmente dall’OFT.

<sup>29</sup> Attraverso le investigazioni di mercato, lett. *market investigations*.

<sup>30</sup> OFCOM lanciò nel gennaio 2004 la Telecommunications Strategic Review (“TSR”) (essa iniziò ad operare il 29 dicembre 2003, e tale solerzia dimostra l’efficienza di una autorità regolamentare altamente indipendente sia dall’incumbent che dall’amministrazione dello Stato), articolata in tre fasi: 1. accertamento e prospettive; 2. opzioni; 3. quadro di revisione strategica. Tutta lasciava presupporre che tale TSR avrebbe portato ad un rinvio alla Competition Commission. BT accettò dunque di negoziare e di firmare, il 25 settembre 2005, gli ‘*undertakings*’ che portarono, nel gennaio 2006, alla separazione funzionale di BT. Per una ricostruzione molto chiara del processo tecnico di separazione funzionale di BT, si veda la presentazione di Joanna Taylor, BT Global Services, in ‘Openreach-an open network for all. Dream or reality’, novembre 2006, disponibile in [http://www.pts.se/archive/documents/SE/061129\\_presentation\\_joanna\\_taylor\\_9.pdf](http://www.pts.se/archive/documents/SE/061129_presentation_joanna_taylor_9.pdf)

<sup>31</sup> OFCOM iniziò ad operare il 29 dicembre 2003.

Tale strumento ha permesso di contenere le serie perplessità espresse da OFCOM sulla effettività del processo di liberalizzazione delle comunicazioni nel Regno Unito, a fronte di ricorrenti forme di abuso di posizione dominante poste in essere dall'incumbent nei confronti dei concorrenti, soprattutto nella fornitura di servizi di telefonia vocale e di servizi di fornitura di banda larga all'ingrosso<sup>32</sup>.

L'articolo 154 EA02 quale base giuridica che ha condotto all'introduzione del rimedio della separazione funzionale nel Regno Unito applicato ad uno dei massimi operatori mondiali di comunicazioni elettroniche, si può peraltro considerare come il precedente normativo di riferimento per l'attuale progetto comunitario di riforma delle direttive sulle comunicazioni elettroniche<sup>33</sup>.

Il meccanismo degli *undertakings in lieu of market investigation references* nel momento in cui si scrive ha prodotto un risultato che, almeno per gli operatori del mercato, sembra avere avuto un impatto positivo in termini di creazione delle migliori condizioni di accesso (trasparenza, parità, non discriminazione, efficienza) nel mercato delle comunicazioni elettroniche nel Regno Unito.

L'alternativa alla separazione funzionale sarebbe stato il 'deferimento' alla *Competition Commission*, ai sensi dell'articolo 131 EA02. Il deferimento (dall'OFT, o da altra autorità di settore competente) alla *Competition Commission* perché fosse avviata un'approfondita investigazione sulle condizioni della concorrenza esistente in un

---

<sup>32</sup> I comportamenti abusivi, nell'arco dell'ultimo decennio, hanno oscillato dal semplice rifiuto di fornire l'accesso a complesse operazioni di 'margin squeeze', rendendo particolarmente oneroso e a volte impossibile il cosiddetto 'unbundling del local loop'.

<sup>33</sup> Per la riforma si vedano la Proposta di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, di riforma delle Direttive 2002/21/CE su un quadro comune regolamentare delle reti e servizi di comunicazioni elettroniche, 2002/19/CE sull'accesso a, e l'interconnessione di, reti e servizi di comunicazioni elettroniche, e 2002/20/CE sull'autorizzazione nelle reti e servizi di comunicazioni elettroniche, COM (2007) 697 finale, Bruxelles, 13 novembre 2007. Il 24 settembre 2008 il Parlamento Europeo ha approvato una risoluzione legislativa relativa alla proposta di direttiva, recante la separazione funzionale quale rimedio comune a livello europeo (disponibile presso <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0449+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>, che dovrebbe essere recepita nel novembre 2008 nel Consiglio dei Ministri delle Comunicazioni europee. Con riferimento alla separazione funzionale, che diventerà rimedio comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, l'emendamento n. 31 alla Proposta di direttiva stabilisce che '[t]he purpose of functional separation, whereby the vertically integrated operator is required to establish operationally separate business entities, is to ensure the provision of fully equivalent access products to all downstream operators, including the vertically integrated operator's own downstream divisions. Functional separation *may have* [anziché *has*, nel testo originario della proposta di direttiva] the capacity to **improve competition** in several relevant markets by significantly reducing the incentive for discrimination and by making it easier for compliance with non-discrimination obligations to be verified and enforced. In order to avoid distortions of competition in the internal market, proposals for functional separation should be approved in advance by the Commission'.

determinato mercato (del prodotto o di un servizio), allorché l'ente *a quo* avesse avuto ragionevoli presupposti per sospettare (*reasonable grounds for suspecting*) che una caratteristica o combinazione di caratteristiche di un mercato del Regno Unito di beni e servizi avrebbe potuto *prevenire, restringere o distorcere* 'la concorrenza in connessione con la fornitura o acquisizione di un particolare bene o determinati servizi nel Regno Unito o in parte di esso', avrebbe potuto portare, come *extrema ratio*, all'adozione di un rimedio draconiano, quale la separazione strutturale o proprietaria, soluzione scongiurata anche dagli stessi operatori concorrenti.

Scendendo nell'esame tecnico del menzionato articolo, la criticità relativa alla distorsione del mercato deve essere accertata dall'Autorità avendo riguardo a:

- (a) la struttura del mercato interessato o un qualsiasi aspetto di quella struttura;
- (b) qualsiasi condotta (all'interno o meno del mercato relativo) di uno o più persone che, nel condurre una attività, fornisca o acquisisca beni o servizi nel mercato relativo; o
- (c) qualsiasi condotta relativa al mercato relativo ai consumatori di qualsiasi persona che, nel corso della propria attività, fornisca o acquisisca beni o servizi.

In linea con queste norme, l'OFT in effetti aveva avviato una prima investigazione di mercato, solo successivamente trasferita all'OFCOM. Identificati i mercati in cui l'incumbent, BT, avrebbe per lungo tempo abusato della sua posizione dominante, lasciando peraltro presupporre che il trend non si sarebbe invertito, fu deciso di accettare la proposta di *'undertakings'* offerti dal management di BT che portarono alla costituzione della società deputata all'accesso nell'ambito dello stesso gruppo societario, Openreach.

Openreach, quale forma di separazione funzionale volta a costituire una società ad hoc per la gestione dei contratti di interconnessione e di accesso all'infrastruttura di rete fissa di BT, è quindi divenuto rapidamente, anche a fronte dei giudizi positivi provenienti dagli stessi concorrenti di BT in seno alle indagini condotte successivamente all'entrata in vigore degli accordi siglati, il modello per eccellenza di rimedio pro-concorrenziale *ex ante* per garantire un *'level playing field of competition'*, applicabile in maniera omogenea in tutti gli

Stati membri, al fine di garantire parità di trattamento a tutti gli operatori del mercato<sup>34</sup>, fino al punto di rappresentare una delle principale novità dell'adottanda riforma delle direttive sulle comunicazioni elettroniche.

#### 4. I modelli di separazione

Il modello di separazione funzionale realizzato nel Regno Unito nel caso Openreach non è semplicemente uno dei vari rimedi possibili mediante i quali si manifesta la capacità di intervento dell'autorità regolamentare o della concorrenza per favorire la concorrenza.

Rimovendo un eventuale ostacolo 'a monte' (l'accesso alla rete) tale forma di separazione è stata promossa come uno dei rimedi più efficienti e meno invasivi per il libero gioco delle forze del mercato.

Nel mercato specifico dell'accesso all'infrastruttura di rete per la fornitura di servizi a banda larga (*wholesale* e *retail*), uno studio portato avanti dal prof. Martin Cave<sup>35</sup> aveva ribadito anche nei primi anni di questa decade la necessità di favorire in ogni modo l'accesso alla rete dell'incumbent per favorire la concorrenza.

Se ovviamente la migliore condizione per la creazione di effettiva concorrenza poteva considerarsi rinvenuta nella autonoma creazione di infrastrutture concorrenti sulle quali fornire servizi in concorrenza, egli aveva notato che, per una panoplia di ragioni, spesso ciò non è sempre possibile. Da qui il concetto di '*ladder of investments*' descritto da Cave come quel processo per cui a seconda delle condizioni del mercato i concorrenti passerebbero dalla 'situazione di rete' meno replicabile (caso in cui l'accesso verrà ordinato dall'alto, anche mediante la separazione funzionale o anche strutturale), alla fase di massima

---

<sup>34</sup> Si noti infatti che la stessa proposta della Commissione europea non va in direzione di una 'separazione proprietaria'. Essa è piuttosto finalizzata a definire meglio il meccanismo della procedura ex articolo 7 della Direttiva 'Quadro'. Il preambolo della proposta di direttiva, in particolare, dice che una delle maggiori modifiche è finalizzata a 'migliorare la omogeneità della regolamentazione del mercato interno delle comunicazioni elettroniche. Ciò verrà realizzato attraverso un ruolo più stringente della Commissione con riferimento ai rimedi da adottare per favorire il libero gioco della concorrenza.

<sup>35</sup> Warwick Business School, Regno Unito. Autore di Six Degrees of Separation, Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation, in Communications & Strategies, no. 64, 4° trimestre 2006, pp. 89 ss. Si vedano altresì gli atti del congresso EETT 'From Telecommunications to Electronic Communications' ad Atene il 28 marzo 2005. Il suo discorso 'Investment and competition in electronic communications services markets: lesson from Europe and elsewhere' è illuminante.

replicabilità, nella quale i profitti saranno utilizzati per duplicare o triplicare le reti, anche a livello locale<sup>36</sup>.

Nella visione di Cave, ad esempio, la duplicazione degli investimenti in quei mercati in cui l'operatore dominante potrebbe facilmente ridurre ('tagliare') i prezzi, privando i concorrenti dei naturali profitti, deve essere evitata.

Per fare un esempio, nel 1996 negli Stati Uniti il *Communications Act* autorizzò l'accesso alla rete locale delle società Bell da parte dei concorrenti. Essi installarono i loro 'centralini' (*switches*), facilmente replicabili, e affittarono le parti di reti locali disgiunte dalla rete principale (gli *'unbundled loops'*). A questo punto la FCC permise agli operatori dominanti AT&T e MCI di affittare le loro reti a prezzi ribassati, per cui i concorrenti furono costretti a chiedere alla FCC di ritirare l'autorizzazione a loro stessi concessa (essendo essi ormai spinti fuori dal mercato). Chiaramente questo fenomeno dimostra i rischi legati alla replica degli investimenti infrastrutturali.

L'accesso alle infrastrutture dell'operatore dominante deve essere incoraggiato, ma si deve essere altresì in grado di ritirare o rendere meno appetibili le condizioni e i termini di un tale accesso allorché la replicabilità della rete divenga economicamente sostenibile. In altri termini, secondo Cave, gli strumenti regolamentari devono essere modificati ed adattati al grado di concorrenza esistente.

Si potrebbe dire che anche sulla base di questa ricostruzione, l'OFCOM ha ritenuto prioritario, nel 2005, procedere con l'ipotesi di separazione meramente funzionale della rete di BT per favorire l'accesso ai concorrenti su base non discriminatoria, piuttosto che sollecitare la separazione strutturale della rete o, addirittura, la creazione di ulteriori reti.

La creazione di una società funzionalmente separata dall'incumbent ha permesso l'accesso all'infrastruttura di rete ai concorrenti seguendo il rispetto delle condizioni essenziali di concorrenza già identificate dall'esperienza comunitaria, pur essendo consapevoli della possibilità che il mantenimento funzionale della rete in capo allo stesso gestore avrebbe potuto portare al reiterarsi di comportamenti abusivi e distorsivi della concorrenza. Comportamenti che avrebbero potuto, da un lato, rallentare lo sviluppo dei

---

<sup>36</sup> Nello studio di M. Cave, la replicabilità è governata dall'interazione delle condizioni di costo e di domanda (i costi sono dati dalle economie di scala e di scopo, e dal grado in cui i costi sono sommersi; la domanda è data dalle proiezioni di crescita dei servizi finali e dalla disponibilità di infrastrutture concorrenti).

concorrenti e degli investimenti infrastrutturali e, dall'altro, danneggiare gli stessi consumatori finali.

Nel caso britannico ha sicuramente prevalso la considerazione che, da un lato, l'autorità di settore avrebbe agevolmente monitorato il processo di accesso da parte dei concorrenti sulla rete funzionalmente separata; e, dall'altro, che essa avrebbe potuto contare su un elevato grado di affidamento sulle potenzialità di cooperazione dell'incumbent con l'autorità di settore stessa.

Un altro fattore è stato quello di considerare l'elevato grado di propensione all'ammodernamento della rete dimostrato da BT, a fronte della necessità di trasformare la rete esistente in una rete di cosiddetta 'quarta generazione' (*New Generation Network*)<sup>37</sup>, capace di veicolare servizi (oltre ai servizi di telefonia fissa e mobile, anche servizi di trasmissione televisiva e di elevatissime quantità di dati digitali<sup>38</sup>).

## **5. La separazione funzionale e strutturale. Esperienze a confronto.**

L'esperienza Openreach non è sola nel panorama recente degli interventi 'rimediali' in materia antitrust. Essa va inquadrata nella più vasta categoria delle misure strutturali e funzionali proposte via dagli inizi del secolo scorso dalle due principali scuole economiche statunitensi, quella di Harvard e quella di Chicago, che condussero ad interventi, anche draconiani, quali la separazione strutturale di AT&T nel 1982.

Le due scuole si sono fronteggiate nell'arco del secolo scorso, divergendo, a grandi linee, sulla metodologia e sugli effetti sperati del processo di separazione.

La scuola di Harvard ha prediletto l'approccio strutturale, potremmo dire 'draconiano'. La scuola di Chicago ha in mente l'efficienza economica, più che la '*effectiveness*' del rimedio, l'efficacia di carattere giuridico.

Harvard, da quando il dibattito su rimedi strutturali o funzionali si è fatto particolarmente intenso (1930), è stata sempre particolarmente critica nei confronti di

---

<sup>37</sup> Nel solo 2007 British Telecom ha stanziato 1.5 miliardi di sterline per l'ammodernamento della rete.

<sup>38</sup> In ragione di 50/100 Mbps, contro gli attuali 640Kbps attualmente disponibili in larghe regioni d'Europa.

forme di concentrazione industriale eccessive (posizioni di quasi monopolio o monopolio). Com'è noto, l'art. 2 dello *Sherman Act* aveva condannato in maniera decisa non tanto l'abuso di posizione dominante, quanto la stessa creazione o rafforzamento della posizione dominante. Come è noto, nel 1945 il *Department of Justice* condannò la società Alcoa (Alluminium Company), monopolista nel mercato dell'alluminio, allo smembramento, per il fatto stesso di aver raggiunto una posizione di assoluta dominanza (in seguito all'espansione imprevedibile della domanda di alluminio in relazione all'ingresso degli Stati Uniti nel secondo conflitto mondiale). In linea con tale approccio, e a fronte dei ripetuti casi di abuso di posizione dominante operati in relazione all'accesso all'infrastruttura di rete, nel 1982 la stessa AT&T fu costretta alla separazione strutturale della propria infrastruttura di rete a livello locale.

La scuola di Harvard, come è noto, si basa fondamentalmente su un'analisi antitrust basata sul paradigma ' $S \Rightarrow C \Rightarrow P$ ', in cui S sta per struttura, C per condotta e P per profitto, efficienza, progresso tecnico e crescita<sup>39</sup>. Il modello economico di Harvard riteneva che una industria altamente concentrata conducesse a comportamenti che alla fine avrebbero portato a una bassa efficienza economica, al monopolio, a fornitura ridotta di prodotti (*output*), a prezzi più alti del prezzo di equilibrio in condizioni di perfetta concorrenza, con diffuso detrimento dei consumatori finali<sup>40</sup>.

Le conclusioni adottate dagli economisti di Harvard, impegnati con l'analisi del miglior risultato da adottare in un certo lasso di tempo, erano che il diritto antitrust dovesse occuparsi di rimedi strutturali più che di rimedi di tipo funzionale o comportamentale. Il principale obiettivo della scuola di Harvard era evidentemente quello di ridurre potenziali barriere all'ingresso per permettere ai concorrenti di entrare nel mercato (per aumentare la concorrenza diretta) o di evitare che le imprese esistenti fossero spinte fuori da mercati in cui alla fine solo le imprese strutturalmente dominanti avrebbero prevalso.

---

<sup>39</sup> Questo modello di comportamento industriale fu suggerito per la prima volta da E.S. Mason, in 'Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise', (1939) 29 Am. Ec. Rev. Supplement pp. 61-74. Si veda anche Phillips, 'Structure, Conduct and Performance – and Performance, Conduct and Structure' in Markham e Papenek, *Industrial Organization and Economic Development* (1970); Sutton, *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising and the Evolution of Concentration*, MIT Press, 1991.

<sup>40</sup> Si veda Jones & Sufrin, *EC Competition Law*, 2a edizione, Oxford University Press, 2004, p. 21. La teoria 'S C P' derivava da un lavoro portato avanti inizialmente da E.S. Mason presso l'università di Harvard (egli è anche autore di 'Economic Concentration and the Monopoly Problem', Harvard University Press, 1957), sviluppato dal suo allievo J.S. Bain negli anni '50, attraverso l'osservazione empirica dei comportamenti di industrie altamente concentrate negli USA.

L'approccio 'strutturalista', in altri termini, muove da basi non solo economiche, ma anche sostanzialmente incorporate nei principi fondamentali del sistema giuridico statunitense, per il quale anche una impresa sostanzialmente nascente deve avere la possibilità teorica di sopravvivere e crescere, se efficiente.

A queste conclusioni nel corso degli anni '70 e '80 si venne opponendo la Scuola di Chicago che dimostrò come alcune teorie fondamentali dell'analisi bairdiana non fossero matematicamente sostenute dalla prova empirica, anche se Hovenkamp, della stessa scuola, riconobbe tuttavia che l'antitrust senza analisi strutturale è diventata una pratica impossibile, grazie soprattutto agli scrittori del 'S ⇒ C ⇒ P'<sup>41</sup>.

In effetti la separazione strutturale nell'arco del ventesimo secolo si è rivelata uno strumento cui le Corti hanno fatto ricorso ripetutamente, fino al caso più noto della separazione strutturale di AT&T e la creazione delle cosiddette 'Baby Bells'<sup>42</sup>.

Rimedi strutturali, come opposti ai rimedi comportamentali, sono anche previsti dal Regolamento comunitario sulle operazioni di concentrazione, in particolare attraverso la dismissione di una sussidiaria o di un impianto di produzione e/o la creazione di nuove entità concorrenziali, al fine di ridurre l'indice di concentrazione<sup>43</sup>.

Per portare un esempio, nel caso *Nestlé/Perrier*<sup>44</sup> la Commissione prevede che la fusione avrebbe creato una posizione dominante e che il risultato di ciò avrebbe ostacolato in maniera sostanziale la concorrenza in una parte rilevante del mercato comune. Nestlé propose impegni (in particolare, la vendita di diverse marche minori a terze parti), a fronte dei quali la Commissione autorizzò la fusione<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2a ed., West Publishing Co., 1999, p. 45.

<sup>42</sup> Si vedano ad esempio i casi *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); *United States v. Swift & Co.*, 286 US 106; *United States v. Aluminium Co. of America (ALCOA)*, 148 f.2D 416, 446 (1945) (da cui la famosa frase usata dal giudice '*Dissolution is not a penalty, is a remedy*'); *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 247 US, 470, (1913).

<sup>43</sup> Jones & Sufrin, op. cit., p. 984.

<sup>44</sup> Caso IV/M. 190, [1992] OJ L35/1, [1993] 4 CMLR M17.

<sup>45</sup> Per un esempio di fusione che per l'opposta ragione non è stata autorizzata, si veda il caso *Totalfina/Elf Aquitaine*, Caso IV/M. 1628, confermato in appello, Caso T-342/02, *Petrolescence e SGR2 v. Commissione* [2002] ECR II-67.

La Scuola di Chicago ha portato un cambiamento radicale nel modo di intendere l'approccio di *'enforcement'* delle autorità antitrust, sia negli Stati Uniti che, in misura molto ridotta, nel continente europeo (si potrebbe dire che l'Irlanda e il Regno Unito siate state le prime due realtà europee in cui negli ultimi anni si sia registrato un approccio basato in larga misura sulla scuola di Chicago).

In base a tale scuola il perseguimento della massima efficienza economica attraverso la massimizzazione dell'efficienza allocativa (Pareto) di un mercato specifico, dovrebbe essere il solo obiettivo della politica antitrust. La più piccola impresa, così come la maggiore, non dovrebbe essere protetta da forme di *'antitrust protectionism'*. La sua crescita deve essere sostenuta dalla domanda, alimentata dalla superiore efficienza del prodotto offerto rispetto a quello dei concorrenti. In altri termini è lo stesso mercato che stabilisce ed accerta quale impresa debba sopravvivere e quale impresa debba essere esclusa dal mercato a causa della propria inefficienza<sup>46</sup>.

Il dibattito è ancora aperto. Come scrive Eleonor Fox<sup>47</sup>, l'economia deve essere bilanciata da *'contropinte'* legali e politiche così come da obiettivi. Il modello di Chicago può essere criticato per essere troppo statico e troppo concentrato sugli effetti di lungo periodo piuttosto che sugli effetti di breve periodo e della visione della *'concorrenza quale processo'*. In altri termini, non sarebbe possibile stabilire a priori (o in base a mere ragioni di efficienza nel breve periodo) la supremazia del rimedio funzionale rispetto a quello strutturale.

La stessa OCSE, nella sua Raccomandazione<sup>48</sup> che a partire dal 2001 ha riaperto il dibattito anche a livello comunitario, non giunge ad una scelta definitiva di quale modello rimediabile sia preferibile.

Sebbene l'OCSE riconosca che le politiche *'strutturali'*, le più difficili da adottare, siano in molte occasioni le più consigliabili, d'altro canto ammette che i rimedi *'funzionali'*

---

<sup>46</sup> Si veda Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, Univ. Mich. LR 213, pp. 226-229, and R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books, 1978, stampato nuovamente con una nuova introduzione ed epilogo nel 1993), p. 90-1.

<sup>47</sup> E.M. Fox e L. A. Sullivan "Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are we Going?" (1987) 62 *New York Univ. LR* 936, pp. 956 ss.

<sup>48</sup> Raccomandazione del Consiglio relativa alla separazione strutturale nelle industrie regolate, 26 aprile 2001, C(2001) 78/finale, OCSE, Parigi.

(separazione contabile, separazione funzionale) ‘possono giocare un ruolo utile e importante nel sostenere certe politiche quale la regolamentazione dell’accesso’<sup>49</sup>.

Le decisioni strutturali nelle industrie regolate spesso richiedono un ‘trade-off’ di alto profilo, indipendenza dall’industria regolata, alta esperienza, e trasparenza nell’accertare gli effetti concorrenziali. D’altro canto, anche i rimedi funzionali possono non del tutto eliminare ‘l’incentivo dell’industria regolata di restringere la concorrenza e per questo possono essere meno efficienti nel facilitare la concorrenza rispetto ai rimedi strutturali’<sup>50</sup>.

Tornando al caso di scuola rappresentato dalla separazione strutturale di AT&T, gli economisti e, sulla loro scia, numerosi giuristi, hanno progressivamente abbandonato l’idea della separazione strutturale come rimedio ottimale. La lenta o mancata attuazione delle norme sull’*unbundling* in base allo *US Communications Act 1996*, e l’assenza di effettiva concorrenza a livello locale, hanno portato le aziende di comunicazioni a livello locale ad avanzare l’idea che le *Baby Bells* avrebbero dovuto essere solo ‘funzionalmente’ separate all’interno di una società di fornitura ‘all’ingrosso’ (definita ‘LoopCo’, *Loop Corporation*). Essa avrebbero fornito servizi di rete a livello locale agli operatori locali e alle società di comunicazioni al dettaglio, ed esse avrebbero operato sullo stesso piano degli operatori locali in regime di piena concorrenza.

Proprio muovendo da questa critica e queste osservazioni, venticinque anni dopo le autorità di settore britanniche sono giunte alla conclusione che, nel caso specifico di BT, fosse più indicato procedere con la separazione funzionale.

Appena due anni prima negli Stati Uniti, il caso *Verizon v. Trinko* aveva aperto la porta al principio di contemperamento delle esigenze dell’operatore dominante. La Corte Suprema statunitense in quel caso afferma

‘[In *Aspen Skiing* il convenuto rifiutò di fornire al concorrente un prodotto già venduto a prezzo di dettaglio;] in Verizon gli elementi distaccati (*unbundled*) offerti

---

<sup>49</sup> Raccomandazione OCSE, nota 25, p. 3.

<sup>50</sup> Raccomandazione OCSE, nota 25, p.3.

in base alla sezione 251 (c) 3 [dello *US Code*] non sono disponibili al pubblico, ma sono forniti ai concorrenti ‘*under compulsion and at considerable expense*’<sup>51</sup>.

Un’altra affermazione tratta dalle conclusioni adottate dalla Corte Suprema americana nello stesso processo recita:

‘I tradizionali principi antitrust non giustificano il fatto di aggiungere il presente caso alle poche eccezioni esistenti della proposizione che non c’è dovere di aiutare i concorrenti. L’analisi antitrust deve sempre essere sintonizzata *alla struttura particolare e alle circostanze dell’industria di cui si discute*’<sup>52</sup>.

Infondo la stessa OCSE non adotta una posizione netta, di preferenza per l’uno o l’altro rimedio. Essa invita gli Stati membri a valutare attentamente i benefici e i costi di qualsiasi rimedio strutturale rispetto ai benefici e costi di misure di tipo comportamentale’, valutando costi e benefici secondo il seguente schema:

- (i) effetti sulla concorrenza
- (ii) effetti sulla qualità e il costo della regolamentazione
- (iii) costi transattivi delle modifiche strutturali e
- (iv) i benefici economici e pubblici della integrazione verticale, basata sulle caratteristiche economiche dell’industria nello Stato sotto indagine.

In una posizione simile si pone R. Bork, affermando che ‘gli attacchi nei confronti di strutture di mercato concentrate’<sup>53</sup> è ammissibile solo se essi possono trarre dei benefici attraverso un miglioramento nell’allocazione delle risorse, superiori ai costi derivanti dalla distruzione dell’efficienza produttiva’<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Caso Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP (abbreviato in Verizon v. Trinko) deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti il 13 gennaio 2004, 540 U.S. 398 (2004) (citazione dal *writ of certiorari*).

<sup>52</sup> Lett.: ‘*Traditional antitrust principles do not justify adding the present case to the few existing exceptions from the proposition that there is no duty to aid competitors. Antitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstance of the industry at issue*’.

<sup>53</sup> Mediante separazioni strutturali.

<sup>54</sup> R. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*, Free Press, 1993, p. 177.

In effetti, nelle industrie regolamentate, come nel settore delle comunicazioni elettroniche, la separazione verticale è uno dei più estremi rimedi che possono essere adottati per fronteggiare una situazione anti-concorrenziale<sup>55</sup>.

In altri termini, superato l'approccio draconiano, negli ultimi venti anni è andata senz'altro prevalendo la scuola funzionale, per cui il rimedio deve essere soppesato e adeguato alla specifica realtà economica, in chiave dinamica, valutando l'impatto in un arco temporale più lungo di quello che un'autorità della concorrenza, mediante un approccio meramente strutturale, possa prendere in considerazione. Da qui l'emersione e la prevalenza di rimedi di tipo funzionale, non irrevocabili, anche da un punto di vista strettamente giuridico.

Il legittimo quesito che si impone a questo punto è se una misura funzionale, per se stessa meno invasiva, sia realmente sempre preferibile. Se sì, l'interprete deve chiedersi in quali forme e in quale fase di un procedimento antitrust essa sia esperibile. Senza escludere a priori che, in determinati contesti e in determinate condizioni, anche un rimedio strutturale non sia addirittura preferibile (ad esempio in settori di particolare rilievo quali quello delle comunicazioni elettroniche o della fornitura di energia).

## **6. Criticità del rimedio della separazione strutturale e funzionale**

Nel settore delle comunicazioni in Europa non si registrano casi di separazione strutturale.

Un esempio di separazione strutturale, nell'ambito delle industrie regolamentate, può venire dal caso relativo alla separazione dell'infrastruttura ferroviaria dalla società di

---

<sup>55</sup> Le forme di separazione verticale possono oscillare da una forma poco invasiva (separazione contabile, ad esempio) a forme progressivamente più invasive, che vanno dalla separazione funzionale (separazione dei diversi servizi in diverse divisioni della stessa società) alla separazione societaria (separazione dei diversi servizi in diverse società, comunque detenute dalla stessa capogruppo), alla separazione 'operativa' (mettendo le operazioni ma non la proprietà della componente meno competitiva sotto il controllo di una entità indipendente), fino al controllo congiunto (ogni impresa competitiva detiene una quota della componente non competitiva) e può portare alla separazione proprietaria (o strutturale) con proprietari separati delle componenti competitive e non competitive). Classificazione basata sul saggio di Sally Van Sicken, 'Privatisation and Deregulation of Regulated Industries, and Competition Policy', Paper presentato al 5° workshop internazionale sulla Politica di concorrenza, Seul, Corea del Sud, 8 novembre 2000, p. 6. Ma si veda anche, di Geradin & Kerf, l'ottimo *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 58 ss.

gestione. Anche in questo caso, diametralmente opposto nelle modalità di esecuzione dal caso Openreach, il precedente proviene dal Regno Unito.

Tale esempio, ancora una volta, fornisce elementi di analisi più negativi che positivi.

Al termine di una parabola durata pochi anni, il Regno Unito preferì nazionalizzare nuovamente la rete (Railtrack) che, dal momento della separazione strutturale, era andata scivolando verso condizioni di mantenimento e di operabilità sempre più critiche.

Nel settore ferroviario, a differenza del settore delle comunicazioni elettroniche, i concorrenti normalmente agiscono in uno scenario separato orizzontalmente (per esempio, all'interno di uno Stato, società di trasporto regionali e integrate verticalmente possono competere con società simili in altre regioni, in uno scenario separato orizzontalmente).

Le società integrate verticalmente, magari a livello regionale, hanno abitualmente detenuto il controllo della rete e della fornitura dei servizi. In tempi recenti, tuttavia, le strategie economiche di diversi paesi europei hanno portato alla privatizzazione di società abitualmente controllate dallo Stato, insieme alla separazione verticale di società integrate. La separazione verticale (*'vertical disintegration'*) va analizzata per trarre conclusioni che non si distaccano molto dalla separazione strutturale orizzontale o verticale delle società di comunicazioni.

La disintegrazione verticale fu inizialmente finalizzata a 'distaccare' l'accesso ai binari, al fine di metterli a disposizione di altre società di servizi di trasporti. In altre parole, l'*incumbent* è stato forzato ad accettare l'accesso da parte di società concorrenti sulla sua stessa infrastruttura, mantenendo la proprietà sia dei servizi che della rete.

La prima opzione (semplice separazione funzionale verticale) naturalmente preserva la proprietà dell'*incumbent*, ed è generalmente preferita in economie già o ancora controllate dallo Stato.

La seconda scelta per facilitare la concorrenza invece può essere quella di avviare un massiccio processo di privatizzazione, sia nella gestione della rete che nella gestione dei servizi. Per questo motivo tra gli anni '80 e '90 si è assistito in diversi Stati europei (con considerevoli aspetti 'dirigisti') al tentativo di creare società che gestiscono privatamente i

servizi su una rete ancora pubblica. Questo processo porta ad una sorta di separazione 'proprietaria', in cui rete e servizi sono detenuti da entità diverse (coesistenza di società pubbliche e private). Quali effetti pro-competitivi hanno avuto queste forme di separazione (funzionale, strutturale, proprietaria) nel campo dei trasporti ferroviari? L'esempio inglese è chiaro. Il processo di privatizzazione, almeno della società di servizi, aumenta la concorrenza in particolare aumentando la pressione sui risultati annuali dei manager (tenuta di un profilo '*cost-efficiency oriented*'). Ma il mantenere la rete infrastrutturale in mano pubblica si è rivelato, d'altro canto, un rischio soprattutto in termini di adeguati investimenti per l'ammodernamento.

La terza forma di politica pro-competitiva (privatizzazione con separazione proprietaria) nel settore dei trasporti su rete ferroviaria si è avvalsa altresì del parallelo processo di '*deregulation*', liberalizzando le tariffe, in particolare a livello dei servizi.

Un tale processo peraltro, risente del fatto che una tale politica è possibile soprattutto su tratte brevi (inter-regionali) mentre a livello locale, all'interno della aree metropolitane, vi è meno concorrenza e una politica tariffaria molto più rigida.

Queste premesse servono a facilitare eventuali comparazioni con il settore delle comunicazioni elettroniche. L'esperienza ha dimostrato che la concorrenza si realizza più facilmente attraverso la concorrenza tra aziende pienamente privatizzate ma ancora integrate verticalmente (con o senza separazione proprietaria) anziché tramite lo 'spacchettamento'<sup>56</sup> (separazione funzionale). Infatti è risultato evidente che lo spacchettamento di rete e servizi ha portato alla ingestibilità del traffico ferroviario (è stata pregiudicata la '*networks inter-operability*').

Eppure, in Europa<sup>57</sup> e in Australia<sup>58</sup> ha prevalso la politica dell'*unbundling*, mentre negli Stati Uniti e in Canada quella della combinazione di privatizzazione e de-regulation.

---

<sup>56</sup> Lett.: *unbundling*.

<sup>57</sup> In Europa, dove il *vertical unbundling* ha prevalso, ogni Stato ha adottato una politica differente.

<sup>58</sup> La politica australiana di *unbundling* è in linea con la politica economica del governo finalizzata a liberalizzare tutte le industrie regolate, a partire dall'*unbundling* delle reti dal servizio.

Nel Regno Unito, il governo ha dapprima suddiviso la rete in diverse società, con Railtrack a capo della parte più importante (binari, stazioni e infrastrutture principali), creando al contempo ben venticinque società di gestione di treni passeggeri (*unbundling* verticale, attraverso mera separazione funzionale). Poi, a partire dal 1996, il governo ha venduto ai privati le azioni di Railtrack (privatizzazione) e ha dato in *franchising* le società di gestione dei treni<sup>59</sup>, imboccando la via della separazione strutturale.

La società che controlla la rete, Railtrack, è giunta rapidamente (2001) al fallimento per una quantità di ragioni, che vanno dai gravi incidenti occorsi, alla difficoltà di innovare la rete (soprattutto la *West Coast Main Line*). Il governo in carica in quegli anni dovette procedere con un intervento diretto, trasformando la società privata Railtrack in una società ‘senza fine di lucro’ denominata Network Rail<sup>60</sup> (al culmine del processo di ri-nazionalizzazione).

Queste esperienze, pur in contesti giuridici e politici profondamente diversi, devono essere presi in considerazione anche alla luce del corrente processo di riformulazione dei rimedi pro-concorrenziali da adottare in base alle direttive comunitarie sulle comunicazioni elettroniche (l’articolo 7 della direttiva Quadro, per esempio).

A fronte di questi esempi, tratti sia dal panorama statunitense che britannico, alcune domande emergono con prepotenza.

La separazione strutturale (ma anche, in certe condizioni, la separazione funzionale), in industrie di rete altamente sofisticate, può essere ugualmente auspicabile allorché essa (i) possa essere soggetta ad un adeguato monitoraggio da parte di una entità di regolazione o di vigilanza effettivamente indipendente e (ii) possa addirittura favorire l’intervento diretto dello Stato, al fine di evitare inefficienti duplicazioni o, nel peggiore dei casi, incidenti e mal funzionamenti, anche avendo in mente la possibilità di promuovere consorzi (tra incumbent e concorrenti, o tra incumbent, concorrenti e Stato) per raggiungere un adeguato livello di investimenti per ammodernare l’infrastruttura di rete?

---

<sup>59</sup> Al tempo stesso il governo ha creato un’autorità di regolamentazione dei trasporti, per gestire (i) il pieno accesso alle reti e (ii) la limitazione rigida delle licenze territoriali tra concorrenti.

<sup>60</sup> Per una rassegna dettagliata del panorama di liberalizzazione in Europa e nel Regno Unito in questo settore, si veda Gomez-Ibanez e de Rus, *Competition in the Railways Industry: an international comparative analysis*, pubblicato da Edward Elgarm Cheltenham UK – Northampton, USA, 2006, pp. 1 ss.

Paradossalmente, in Europa l'*unbundling* verticale (separazione strutturale di infrastrutture e servizi) solo in rarissimi casi ha portato ad un aumento del numero dei concorrenti (e dunque della concorrenza), sebbene le direttive comunitarie avessero avuto proprio questo obiettivo.

La scarsità di concorrenti e la necessità di ammodernare comunque la rete per sostenere la concorrenza esterna, da un lato, e fornire un servizio adeguato allo sviluppo tecnologico globale, dall'altro, anche al punto di ridurre i rischi che in relazione all'accesso alla medesima infrastruttura di rete si vengano reiterando le stesse forme di abuso, ci spinge a considerare, almeno in linea teorica, se ulteriori forme di separazione siano auspicabili.

In effetti, movendo dalla logica paretiana, l'ottimale allocazione dei fattori della produzione (risorse) può giustificare lo scarso numero di concorrenti in un determinato mercato.

Se prendiamo l'esempio dei trasporti, l'equilibrio tra servizi ferroviari e servizi stradali ha probabilmente raggiunto un livello di equilibrio per cui è difficile ipotizzare nuovi entranti sia nell'uno che nell'altro settore.

Conclusioni simili si possono trarre, probabilmente, per il settore delle comunicazioni fisse e mobili.

Ma se i concorrenti non possono aumentare, e le reti sono destinate a restare uniche (a livello locale, per esempio) o in numero limitato (*backbones*, dorsali in fibra ottica, ad esempio), quali possibilità ci sono di permettere contemporaneamente coesistenza efficiente, sviluppo, e prevenzione o limitazione degli abusi? Com'è possibile, non volendo punire reiteratamente la stessa forma di abuso, prevenirlo ponendo in essere manovre pro-concorrenziali che, lungi dall'imporre separazioni (strutturali o funzionali), perseguano al tempo stesso l'esigenza di incentivare l'ammodernamento tecnologico?

Con queste premesse, ci si chiede se possa essere realistico suggerire la separazione delle infrastrutture solo in presenza di un efficiente e indipendente autorità regolamentare, che in realtà deve essere affiancata da operazioni di intervento dello Stato che possano colmare il gap finanziario e di budget, promovendo e sostenendo investimenti che, nel lungo periodo, potrebbero rimuovere alla radice la causa stessa dell'abuso.

E se lo Stato può giocare un ruolo di sostegno ‘infrastrutturale’, senza per questo alterare il gioco della concorrenza e il ruolo del mercato, quale ruolo possono rivestire i concorrenti?

A queste domande si può rispondere dopo avere analizzato alcune recenti riflessioni svolte a livello europeo sul peso stesso che hanno alcuni fattori ‘extra-concorrenziali’ quali le esigenze di innovazione, da un lato, e ragioni di ‘*public policy*’, dall’altro.

**7. Possibilità di atti di autonomia negoziale assistita per fronteggiare casi di ripetuta distorsione della concorrenza, in particolare con riferimento alle industrie regolate.**

L’analisi delle esperienze fin qui condotte in vari Paesi ha evidenziato che la separazione funzionale, ancorché più complessa e di difficile monitoraggio, è quella che avrebbe garantito i migliori risultati nel medio periodo. La separazione strutturale, al contrario, sia nel settore delle comunicazioni elettroniche che dei servizi ferroviari, per riprendere gli esempi suesposti, avrebbe portato a notevoli diseconomie, oltre alla ricreazione, in scala, delle stesse situazioni di monopolio e di condotte abusive che il rimedio avrebbe dovuto prevenire.

Non è quindi difficile comprendere come l’esperienza inglese di separazione funzionale nel settore delle comunicazioni elettroniche stia attualmente influenzando la stessa riforma della direttive sulle comunicazioni elettroniche.

La domanda che emerge legittima a questo punto è se tra i rimedi antitrust applicati alle industrie regolamentate in presenza, ad esempio, di comportamenti abusivi legati alla dottrina delle *essential facilities* (rifiuto di fornire accesso, *predatory pricing*, *margin squeeze*) sia possibile prevedere un rimedio, anche strutturale, in cui le parti in causa (incumbent e concorrenti, ma anche lo Stato) possano giocare un ruolo rilevante.

Un ruolo importante, in tal senso, in direzione infrastrutturale, potrebbe essere giocato dallo Stato. Tuttavia, un intervento dello Stato, sia esso regolamentare o di

intervento diretto su invito della stessa autorità nazionale della concorrenza, può rivelarsi, se sbagliato, estremamente oneroso non solo per l'azienda ma anche per la collettività<sup>61</sup>.

Per introdurre un diverso punto di vista e di analisi critica occorre chiedersi se il comportamento abusivo che si intende prevenire (in un'ottica meramente regolamentare) o sanzionare sia originato da precise scelte manageriali oppure sia conseguenza di deficit strutturali.

Una rete obsoleta, sia essa di comunicazioni elettroniche, sia essa ferroviaria, sia essa volta al trasporto di energia elettrica o al trasporto e stoccaggio di gas e petrolio, può essere la prima causa di comportamenti abusivi (rifiuto di fornire l'accesso, *predatory pricing*, *margin squeeze*, per fare degli esempi).

*Quid iuris* se la separazione strutturale anziché determinare le conseguenze negative già osservate nei casi AT&T e Railtrack, in determinate circostanze e in presenza di attori 'cooperativi' potesse addirittura portare all'avvio di un processo di innovazione tecnologica?

Il rimedio antitrust, se interpretato in prospettiva e in modo dinamico, anziché semplicemente come intervento statico (quale può essere una sanzione, magari reiterata), può determinare vantaggi per un intero settore e per la stessa economia di un Paese nel suo insieme. L'idea è quella di promuovere rimedi che abbiano una valenza cooperativa, spostando l'accento dalla scelta del rimedio strutturale o funzionale a favore dell'individuazione, da un lato, dell'obiettivo da perseguire e, dall'altro, le parti da coinvolgere nella realizzazione dell'obiettivo.

Un intervento che spinga l'incumbent, da un lato, alla separazione strutturale della rete, ma, dall'altro, alla creazione di una joint-venture, in cooperazione con gli stessi

---

<sup>61</sup> La teoria dei costi sociali di Coase, punto di riferimento per la scuola economica di diritto da cui negli anni '70 e '80 si è sviluppata anche la stessa scuola di Chicago, ci insegna che ogni intervento statale, non ancorato all'idea di profitto marginale quale perseguito dagli azionisti di un'azienda, nel lungo periodo si può rivelare gravemente dannoso per la collettività stessa. In economie in cui la presenza dello Stato nel mercato si è protratta anche al di là di quanto richiesto da un nuovo contesto economico mondiale, l'intervento dello Stato che non sia quello di controllore dei comportamenti anti-concorrenziali può rivelarsi più dannoso che ottimale. Coase, premio nobel nel 1960, scrisse due importanti articoli nel 1959 e 1960: *The Theorem of Social Costs e Federal Communications Commission*, entrambi incentrati sul dilemma tra intervento dello stato in economia, allocazione delle risorse, importanza di un approccio orientato all'efficienza economica da parte delle autorità regolamentari.

concorrenti e, eventualmente, con l'intervento esterno dello Stato, in determinati contesti in cui l'economia di mercato è ancora una recente acquisizione, potrebbe portare allo sviluppo di infrastrutture di rete di nuova generazione altrimenti impossibili da realizzare con il solo investimento dell'operatore dominante, a monte della separazione strutturale.

In effetti, in determinati contesti, l'infrastruttura di rete (sia essa infrastruttura 'backbone' che infrastruttura locale) potrebbe rivelarsi del tutto insufficiente, anche se *ex autoritate* venisse ordinato l'accesso ai concorrenti, e anche a fronte di reiterati procedimenti amministrativi antitrust con relativa sanzione amministrativa.

E' l'esempio delle comunicazioni a banda larga, che in determinate aree possono essere fornite solo attraverso, ad esempio, l'utilizzo del radio-spettro elettromagnetico (comunicazioni elettroniche attraverso il protocollo Wi-Max).

Un rimedio con natura co-operativa, da parte di incumbent e concorrenti e Stato, potrebbe portare allo sviluppo di azioni parallele che avessero ad oggetto non solo la realizzazione della rete in cavo di nuova generazione ma anche la previsione di copertura di aree (le aree rurali, o le isole, ad esempio) mediante lo sfruttamento efficiente del radio spettro, in gran parte ancora sotto utilizzato.

Sono spunti di riflessione che, da un lato, tengono in considerazione l'attuale evoluzione della politica della concorrenza anche sotto l'aspetto di riforma dell'applicazione dell'articolo 82 CE in senso '*economic-oriented*'<sup>62</sup> e, dall'altro, dell'emersione di problematiche strettamente connesse alla riforma degli stessi obiettivi, in senso lato, dell'Unione europea.

Da un'organizzazione di mercato (o di mercati), in cui le politiche antitrust sono state chiaramente influenzate dalla scuola di Friburgo e sulla centralità del rispetto del gioco competitivo tra imprese, si giungerebbe alla nuova centralità del consumatore quale utente e quale cittadino.

Senza ricorrere alla Carta di Nizza, è sufficiente pensare al protocollo di Lisbona e all'affermazione che l'Unione Europea dovrà essere una unione politica la cui crescita sarà

---

<sup>62</sup> Si veda l'intero processo avviato dal *Discussion Paper* della Commissione europea sull'articolo 82 CE del dicembre 2005 (disponibile in : <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>).

basata soprattutto sulla conoscenza, per comprendere che determinati obiettivi primari, quali lo sviluppo e l'estensione geografica delle comunicazioni elettroniche, forse non potrà essere realizzata semplicemente mediante le tradizionali politiche antitrust e la mera garanzia che la competizione non sia falsata.

Una politica antitrust avanzata dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di azione co-operativa o concertata, anche sotto la direzione di una efficiente autorità antitrust, che non escludesse a priori l'eventualità di adottare (i) misure sanzionatorie strutturali, con la possibilità di ingresso nel capitale della società di gestione della struttura separata anche da parte dei concorrenti e dello Stato, da un lato, ovvero (ii) ovvero rimedi 'a monte' di natura funzionale (come gli *undertakings in lieu of*) con un maggiore accento sulla cooperazione incumbent-concorrenti, dall'altro.

Non è facile sostenere che la ricorrenza di abusi della medesima specie possa giustificare sulla base dei principi di 'legal effectiveness' e di 'economic efficiency'<sup>63</sup> rimedi diversi da quelli previsti dall'articolo 7 del Regolamento di Modernizzazione, dagli impegni o dagli *'undertakings in lieu of'*, e da quelli che caratterizzeranno la riforma della direttiva Quadro delle comunicazioni elettroniche.

Proporre rimedi strutturali in cui non solo i concorrenti ma persino lo Stato potrebbero essere parti di accordi volti alla realizzazione di infrastrutture di nuova generazione, e non solo nel settore delle comunicazioni elettroniche, può sollevare il dubbio del rischio almeno della tacita collusione, per giunta favorita dalle stesse autorità della concorrenza sotto la cui supervisione simili accordi dovrebbero trovare realizzazione.

L'idea di favorire un approccio co-operativo tra incumbent e concorrenti deve avere una forte ragione di essere.

Una risiede nella dottrina generale secondo cui i rimedi pro-concorrenziali, allorché facilitino la concorrenza tra imprese piuttosto che garantire lo *status quo* dell'impresa dominante, altresì contribuiscano allo sviluppo di progetti innovativi.

---

<sup>63</sup> A. Tajana, If I had a hammer. Structural remedies and abuse of dominant position, in Competition and Regulation in Network Industries, 2006, vol. 1, n° 1, pp. 3-28. Si veda altresì dello stesso Autore Structural Remedies and Abuse of Dominant Position, TILEC Discussion Paper, Tilburg University, Dicembre 2005.

Fino ad oggi due scuole si sono contrapposte sulle ragioni che sono a monte di ogni processo di innovazione.

L'innovazione, secondo la dottrina di Arrow, è frutto del confronto concorrenziale tra imprese di varia grandezza; non è, come invece ritiene Schumpeter, frutto del successo dell'impresa dominante, di per sé 'distruttrice' delle imprese concorrenti meno efficienti.

Come ha osservato recentemente J. B. Baker, nei settori altamente tecnologici, l'innovazione derivante dalla concorrenza produce i propri effetti positivi addirittura a livello di '*total welfare*' (cioè di combinazione tra '*individual welfare*' della singola impresa e '*general consumer welfare*')<sup>64</sup>. In particolare, allorché l'innovazione riguardi una impresa altamente tecnologica (come nel caso di un operatore di comunicazioni elettroniche), gli effetti positivi di misure pro-concorrenziali che, ad esempio, determinino la separazione funzionale o anche strutturale di una rete, purché su essa vengano svolti i necessari intereventi innovativi, produrrebbe effetti positivi che si propagano al di là del semplice circolo ristretto dei diretti concorrenti (incumbent e concorrenti diretti)<sup>65</sup>.

La scelta tra un modello di separazione di tipo funzionale che 'protegga' l'incumbent preservando il proprio controllo sull'infrastruttura, può trovare una forte giustificazione nelle teorie di innovazione tecnologica connesse alla posizione di dominanza sostenute da J. Shumpeter<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Jonathan B. Baker, Beyond Shumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, in *Antitrust Journal*, American Bar Association, Vol. 74 Issue 3, 2007, pp. 575 ss.

<sup>65</sup> Si vedano, sul tema, gli importanti contributi di Edwin Mansfield, *Microeconomics of Technological Innovation*, in *Technology and Global Industry*, Bruce R. Guile & Harvey Brooks eds., 1987, p. 311; Jeffrey Bernstein & M. Isaq Nadiri, *Interindustry R&D Spillovers, rates of Return, and Production in High-Tech Industries*, in *American Economic Review*, 1988, p. 429; Zvi Griliches, *The Search for R&D Spillovers*, *Scandinavian Journal of Economics* S29 (1992), p. 94; Charles I. Jones & John C. Williams, *Measuring the Social Return to R&D*, *Q.J. Econ.* (1998), p. 1119; cfr. Timothy F. Bresnahan, *The Mechanisms of Information Technology's Contribution to Economic Growth*, in *Institutions, Innovation and Growth: Selected Economic Papers*, Jean-Philippe Touffut ed., 1992, pp. 135-137 (articolo che fornisce esempi in cui i profitti benefici aggregati sociali in relazione a investimenti in tecnologia dell'informazione eccedono i profitti privati perché l'inventore non può facilmente contrattare con la miriade di imprese che beneficiano della innovazione, comprese le imprese che fanno prodotti complementari e eventuali co-inventori).

<sup>66</sup> Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 3a edizione, 1942, p. 83. Si veda anche Morton I. Kamien, *Market Structure and Innovation Revisited: Japan and the World Economy*, 1989, p. 331.

Su posizioni diametralmente opposte si pone Kenneth Arrow, il quale sostiene che solo la concorrenza possa sviluppare l'innovazione. Mentre Schumpeter ritiene che solo una impresa che abbia prevalso sulle altre imprese meno efficienti possa godere della sufficiente grandezza, risorse economiche, e assenza di tensione competitiva che possa promuovere la ricerca, anche tecnologica, e quindi lo sviluppo, Arrow, al contrario, sostiene che solo una impresa che sia costantemente in competizione con un'altra impresa possa cercare di innovare quel tanto che possa permettere di erodere il mercato della concorrente.

La resistenza ad innovare propria del monopolista, rigidamente fisso sulle proprie posizioni di dominanza, viene così definito in economia 'effetto Arrow', o effetto di sostituzione<sup>67</sup>, perché anziché opporre innovazione il monopolista oppone (sostituisce) se stesso al bisogno del consumatore, piuttosto che offrire un prodotto o servizio migliore. Tale effetto di 'resistenza' sarà più forte in due condizioni: allorché si teme che un nuovo prodotto possa completamente spiazzare quello, magari obsoleto, fornito dall'incumbent; e allorché il monopolista non teme che altre imprese possano presto fornire un prodotto simile a quello che viene fornito dall'incumbent<sup>68</sup>.

Da queste posizioni estreme in letteratura economica sono emersi quattro fondamentali corollari, in base ai quali (i) la concorrenza nello stesso processo di innovazione, incoraggia l'innovazione stessa; (ii) la concorrenza tra rivali che producono un prodotto esistente incoraggia quelle imprese a trovare dei modi per abbassare i costi, migliorare la qualità o sviluppare migliori prodotti; (iii) le imprese che si aspettano di avere maggiore concorrenza nel mercato di un prodotto dopo l'innovazione, hanno minor incentivo ad investire in R&S; (iv) una impresa avrà un ulteriore incentivo ad innovare se nel far questo può scoraggiare eventuali potenziali rivali dall'investire in R&S<sup>69</sup>.

Tenendo in mente questi quattro fondamentali fattori economici, sarà possibile probabilmente indirizzare il legislatore comunitario verso la migliore forma di intervento sull'infrastruttura, inteso come rimedio pro-concorrenziale.

---

<sup>67</sup> Lett. '*replacement effect*'.

<sup>68</sup> J. B. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation*, p. 579.

<sup>69</sup> J.B. Baker, *Beyond Shumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation*, p. 580.

A seconda dei Paesi e del grado di maturità produttiva raggiunto da determinati mercati, la scelta di una misura draconiana potrebbe rivelarsi senz'altro sbagliata. La misura 'comportamentale', meno invasiva, potrebbe essere infatti sufficiente a vedere comunque effettuati i necessari investimenti in R&S per permettere all'incumbent di prevenire l'estromissione dal mercato per obsolescenza (in base al secondo e quarto principio suesposti). Viceversa in determinate economie potrebbe accadere l'inverso, cioè che l'incumbent (in base al terzo principio esposto) possa ritenere che l'innovazione finisca per aumentare il numero di imprese fornitrici di un determinato servizio.

E' proprio in questo scenario (di resistenza all'innovazione) che forse sarebbe preferibile suggerire la separazione strutturale della rete come rimedio veramente pro-competitivo, anche se i rischi di malfunzionamenti dell'attività produttiva, potrebbero essere elevati.

La separazione strutturale (o proprietaria), associata con l'intervento in R&S da parte dei concorrenti e persino dello Stato, potrebbe essere l'unica via da seguire, in certe realtà, per dotare una realtà economica della necessaria innovazione<sup>70</sup>. Un approccio schumpeteriano, di preservazione dell'impresa dominante nel quadro di una semplice separazione funzionale, laddove potesse prevalere una logica di semplice conservazione dell'esistente pur di non favorire il gioco della concorrenza, si potrebbe superare proprio mediante la combinazione di separazione strutturale e cooperazione.

Come correttamente sostiene Baker nel suo illuminante saggio su innovazione e concorrenza '[...] *antitrust is not a general-purpose competition intensifier. Rather, antitrust intervention can be focused on industry settings and categories of behavior where enforcement can promote innovation*'.

Il punto non è seguire, alternativamente, il ragionamento di Schumpeter o di Arrow, ma cercare la soluzione che possa facilitare, anche attraverso la concorrenza, l'innovazione, l'unico vero obiettivo che un mercato vitale deve perseguire.

---

<sup>70</sup> Sulla ricostruzione dei quattro principi fondamentali dell'intervento pro-competitivo e pro-innovazione si veda sempre J. Baker, op. cit., pp. 580 ss.

Ciò può anche significare che una soluzione ottimale non può essere suggerita se non nel contesto in cui l'autorità garante, da un lato, e l'incumbent, o gli oligopolisti, si trovano ad operare.

Più in generale, l'esperienza e la casistica dimostrano che l'intervento dell'autorità garante non dovrà essere semplicemente orientato a punire l'azione anticoncorrenziale, ma altresì a tenere presente quali condotte anticoncorrenziali rallentino lo sviluppo o paralizzino l'innovazione.

Avendo in mente i quattro principi economici su esposti, un programma antitrust modellato sull'obiettivo di favorire l'innovazione e, quindi, lo sviluppo, dovrà focalizzarsi su quelle misure che, anziché ridurre il livello di innovazione, la favoriscano.

Come osserva Baker, in quei casi in cui 'chi innova prende tutto' l'autorità garante dovrà proteggere la concorrenza nel mercato del prodotto; laddove sia prevedibile che una forte concorrenza possa sviluppare ricerca tecnologica e quindi innovazione e sviluppo, l'autorità dovrà privilegiare misure che anziché deprimere l'innovazione la favoriscano.

Nella stessa misura, l'autorità garante colpirà quelle intese collusive che possano frenare, anziché sviluppare, la ricerca e l'innovazione.

Se normalmente la scelta della separazione funzionale dovrebbe essere la migliore in termini di garanzia di continuità dell'investimento e della ricerca per sviluppare un prodotto (o un servizio) altamente competitivo, non è detto che in altre circostanze invece possa essere solo la separazione strutturale (proprietaria) il rimedio adeguato volto a favorire l'azione concertata, e l'immissione del capitale necessario, affinché gli stessi concorrenti possano dotarsi di una infrastruttura di rete su cui competere<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Si veda J. Baker, op. cit., pp. 601 e 602. Secondo l'Autore, si deve andare oltre la rigida contrapposizione di pro-Schumpeteriani e pro-Arrowiani. La soluzione non sta nel favorire l'incumbent o la molteplicità dei concorrenti, per se. La politica antitrust non deve essere esclusivamente finalizzata a facilitare un abbassamento dei prezzi, fornire maggiore output produttivo e maggiore qualità dei prodotti. Uno degli obiettivi che si deve tenere presente è l'innovazione tecnologica che da certa misura di 'antitrust enforcement' può derivare. Ragion per cui anche un esito parzialmente 'collusivo', con prezzi post-intervento più alti, magari determinati da un accordo anticoncorrenziale, ma che possano aver determinato una innovazione sostanziale nel settore specifico, potrebbe essere benvenuta.

Qualsiasi approccio si intenda adottare, sarà necessario trovare due ordini di giustificazioni o di pre-condizioni. L'uno legato a ragioni di interesse generale e, diremmo, di *'public policy reasons'*. L'altro l'esistenza di un sistema giuridico e di autorità garanti indipendenti.

Sul tema dell'interesse generale è nota la resistenza di ammetterne la cittadinanza in un sistema fondamentalmente legato alla norma e al precedente come nel caso del diritto della concorrenza. Non siamo in presenza di norme di mera natura e finalità pubblicistiche. Siamo di fronte ad un sistema normativo che trattando con i privati e nell'interesse innanzitutto dei privati, siano essi imprese o consumatori, richiede la certezza dell'interpretazione.

Ragioni di mero interesse generale, o di *public policy*, potrebbero essere distorte per ammettere soluzioni che si discostano anche profondamente dalla prassi interpretativa e giurisprudenziale.

Se l'intervento dello Stato può essere concepito come un *'last remedy'* accettabile anche secondo le scuole neo-keynesiane, in presenza di situazioni di grave crisi dei modelli economici di origine neo-liberista e classica<sup>72</sup>, e a tal proposito non è difficile trovare precedenti anche nel panorama giurisprudenziale europeo, più difficile è immaginare la natura ibrida di un intervento statale e privato al tempo stesso.

Il rischio maggiore è che l'abusato si trovi a dover co-operare con l'abusante. Non è chi non veda il rischio di collusione, anche solamente tacita, se il numero e le caratteristiche strutturali dei 'co-operanti' determini le condizioni di oligopolio.

La rimozione di un abuso può determinare un innalzamento dei prezzi finali del prodotto o del servizio offerti. La soluzione di un problema ne potrebbe generare uno anche più grave.

Eppure le condizioni di cui sopra potrebbero giustificare un simile rischio.

---

<sup>72</sup> Si consideri l'approccio proposto da Paulson, e in parte condiviso da P. Krugman, nel corso della crisi finanziaria mondiale del 2008 a sostegno delle società finanziarie statunitensi, seguito a breve dal progetto comune europeo.

Da un lato, occorre sottolineare l'importanza delle ragioni di interesse generale. Un sistema normativo pro-concorrenziale ha come obiettivo primario l'interesse del consumatore e del cittadino. La reiterazione di un abuso determinato da insufficienza infrastrutturale non è accettabile in un'ottica pro-concorrenziale. Non solo è a rischio la concorrenza, ma persino lo sviluppo di intere regioni dell'Unione europea.

Se negli anni Sessanta e Settanta si è pensato che solo la nazionalizzazione di servizi essenziali potesse garantire la fornitura di servizi universali essenziali quali la telefonia fissa, il dubbio che oggi emerge è che il processo di liberalizzazione possa non colmare i nuovi *gap* emergenti, per esempio con riferimento alla diffusione della banda larga, da un lato, o relativi al ripetersi di abusi dello stesso tipo in relazione alle infrastrutture esistenti. Entrambi i problemi sono in parte riconducibili alla rigidità ed obsolescenza delle infrastrutture esistenti. Ma allora ci si chiede se la necessità di soddisfare le esigenze dell'interesse economico generale, ai sensi dell'art. 16 CE<sup>73</sup> e 86 (già 90) CE<sup>74</sup>, possano favorire l'intervento dello Stato o persino la cooperazione degli stessi concorrenti, pur sotto la permanenza del rigido scrutinio delle autorità di settore o della concorrenza<sup>75</sup>.

Su tale secondo aspetto recentemente G. Monti si è pronunciato in maniera illuminante, in linea con il cambiamento di direzione che le stesse autorità comunitarie stanno per essere chiamate.

---

<sup>73</sup> Articolo 16: 'Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti'.

<sup>74</sup> Articolo 90: '1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.  
2. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.  
3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni'.

<sup>75</sup> Si veda il contributo di Kevin Coates, nel capitolo 'Regulating the Telecommunications Sector: Substituting Practical Co-operation for the Risks of Competition', in *Regulation and Deregulation Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, curato da Christopher McCrudden, Oxford University Press, 1998, pp. 249 ss. In particolare egli sottolinea la necessità di adottare un approccio che lungi dall'intervenire in maniera eccessiva nella regolamentazione dei servizi di comunicazione, lasci ampia possibilità di autoregolamentazione in capo agli operatori di comunicazioni stesse.

In particolare, Monti prevede ad esempio il recente caso Telefonica<sup>76</sup>, e al sentenza del Tribunale di Primo Grado in Deutsche Telekom, in relazione a comportamenti considerati abusivi, ancorché posti in essere in linea con le direttive impartite dalle autorità di settore in materia di comunicazioni elettroniche.

Riprendendo il testo della decisione in Telefonica la Commissione stabilisce che

*‘Telefonica si trova compressa tra due regolatori, il regolatore nazionale e la Commissione europea, che sono agli antipodi. Come conseguenza, la decisione della Commissione crea enormi incertezze riguardo il ruolo giocato dagli enti regolamentari e dalle autorità della Concorrenza nel settore delle comunicazioni, ponendo in dubbio le funzioni di supervisione delle autorità spagnole’<sup>77</sup>.*

La reazione della Commissione non si è fatta attendere. Essa ha immediatamente replicato che una divergenza tra misure *ex ante* proposte (dalle autorità di settore sulla base di previsioni di costo e del mercato esistente, non escluderebbe la possibilità che, *ex post*, la Commissione possa accertare comportamenti anticoncorrenziali, sanzionandoli.

G. Monti brillantemente coglie l’occasione di tale divergenza interpretativa e ‘rimediale’ tra regolatore nazionale e Commissione per trarre conclusioni che possiamo applicare, *mutatis mutandis*, al dilemma oggetto del presente articolo, ovvero quale sia il rimedio (nel caso di specie, quale tipo di separazione) sia preferibile, tenendo in considerazione le condizioni di specifici mercati, per esempio qualora essi siano esaminati in una prospettiva dinamica e di lungo periodo.

G. Monti rileva come attualmente persino la supremazia delle norme della concorrenza sulle politiche comunitarie potrebbe essere messa in dubbio<sup>78</sup>. L’Autore, richiamando i due recenti casi, si chiede se non ci siano condizioni di ‘*public policy*’ quali, ad esempio, l’obiettivo di promuovere l’innovazione, che non possano prevalere su mere considerazioni valide per l’*id plerumque accidit* in altri mercati.

---

<sup>76</sup> COMP/38.784 – Telefonica SA (broadband) del 4 luglio 2007; comunicato stampa IP/07/1011 (4 luglio 2007).

<sup>77</sup> Telefonica, comunicato stampa del 4 luglio 2007 ([http://saladeprensa.telefonica.es/documentos/Telefonica\\_NP\\_040707.pdf](http://saladeprensa.telefonica.es/documentos/Telefonica_NP_040707.pdf)). Traduzione dell’A.

<sup>78</sup> G. Monti, Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law, in *The Competition Law Review*, Vol. 4, n. 2, luglio 2008, pp. 128 ss., con riferimento alla richiesta del presidente francese Zarkozy di mitigare i principi di concorrenza). L’articolo è disponibile in: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol4Iss2Art2Monti.pdf>

Egli richiama la possibilità di ‘*regulatory holidays*’ che sospendono le obbligazioni regolamentari allorché un’impresa sia impegnata con lo sviluppo di un nuovo prodotto, ‘priorizzando’ l’efficienza dinamica rispetto a quella allocativa<sup>79</sup>. Monti sostiene la sua teoria prendendo in considerazione anche il settore dell’energia analizzando, a livello nazionale, la fusione E.ON/RuhrGas. E.ON detiene una posizione dominante collettiva (con RWE) nel settore dell’energia elettrica, mentre RuhrGas è dominante nel settore della fornitura del gas.

In quel caso, se il Bundeskartellamt tedesco ha proibito la fusione, il governo, in base all’eccezione contenuta nella legge tedesca sulle fusioni, ha autorizzato l’operazione di concentrazione. Ciò è possibile allorché ‘la limitazione della concorrenza è bilanciata dai vantaggi all’economia nel suo insieme a seguito della concentrazione, o se la concentrazione è giustificata da un predominante pubblico interesse’<sup>80</sup>.

Il governo tedesco, nel caso di specie, ritenne infatti che l’operazione di concentrazione avrebbe portato a maggiori garanzie di fornitura della quantità necessaria di gas (in particolare, di gas russo). Il rischio qui segnalato da Monti, ma anche da altri Autori, è una sorta di ‘*regulatory antitrust action*’, che finirebbe per spingere al di là dell’applicazione *ex post* delle norme antitrust in una fase per così dire ‘anticipata’. Con il rischio che un eccessivo rigore possa scoraggiare il tentativo di fornire una soluzione ‘pragmatica’ a problemi particolarmente complessi da risolvere avendo presente le dinamiche di mercati regolati quali quello delle comunicazioni elettroniche o dell’energia. Monti richiama ampiamente i principi che dovrebbero informare i rimedi, anche a livello strutturale, che la Commissione può imporre. In particolare, pone in posizione centrale il principio di proporzionalità, quale principio informatore non solo dei rimedi legati alle operazioni di concentrazione, ma anche allorché la Commissione debba adottare un rimedio (funzionale o strutturale) ai sensi dell’art. 7 del Regolamento di Modernizzazione o dell’art. 9 (impegni).

Egli conclude affermando che ‘ci dovrebbero essere casi in cui il diritto della concorrenza lasci il passo alla regolamentazione, sia perché sospendere l’applicazione

---

<sup>79</sup> G. Monti, op. cit., p. 132.

<sup>80</sup> Articolo 42 della legge tedesca sui limiti alla concorrenza.

delle concorrenza può portare a maggiore efficienza o perché ciò può permettere il perseguimento di altri obiettivi di ‘*non-economic policy*’<sup>81</sup>.

## 8. Conclusioni.

Non è semplice trarre conclusioni univoche in un campo in cui non solo è difficile separare il diritto della concorrenza (che normalmente opera *ex post*) rispetto alla regolamentazione (che, con i migliori propositi, si dovrebbe limitare ad operare *ex ante*, pronta a ritirarsi allorché il mercato specifico comincia a divenire concorrenziale).

Nel corso dell’articolo abbiamo cercato di sottolineare l’utilità della separazione della rete, in determinate condizioni di mercato, e abbiamo visto i rischi che non solo con la separazione strutturale, ma anche con quella funzionale, possono emergere e portare al fallimento del rimedio.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, una separazione strutturale (ad esempio come misura sanzionatoria ex art. 7 del Regolamento di Modernizzazione), in determinate economie potrebbe facilitare la nascita di *joint-ventures* di tipo cooperativo, anche con i concorrenti, senza escludere l’intervento dello Stato, avendo come obiettivo la creazione di reti di nuova generazione.

Un simile approccio, che potremmo definire sanzionatorio con ‘opportunità’ cooperative, potrebbe rivelarsi più utile nel lungo periodo di una mera separazione funzionale, così come previsto dalla proposta di direttiva in materia di comunicazioni elettroniche attualmente in discussione. D’altro canto, anche la separazione funzionale, quale rimedio adottato nel corso di procedure antitrust (per esempio in relazione ad impegni o ‘*undertakings in lieu of*’, sul modello britannico di BT/Openreach) potrebbe, in certe economie, facilitare, da un lato, l’accesso (l’aggiornamento della rete potrebbe rimuovere le cause che spesso sono all’origine di reiterate forme di abuso di posizione dominante) e, dall’altro, l’adozione di forme cooperative (per esempio, co-investimenti) anche da parte di concorrenti, stante la capacità delle stesse autorità di prevenire e, nel caso, sanzionare in maniera decisa, eventuali pratiche collusive.

---

<sup>81</sup> G. Monti, op. cit. p. 144.

Nel primo caso (separazione *ex post* di tipo strutturale, con elementi di cooperazione) addirittura lo stesso Stato potrebbe giocare un ruolo determinante con funzione (anche in linea con le teorie economiche keynesiane di intervento con funzione di sostegno alla domanda) di investimento volto ad innovare quella stessa rete la cui obsolescenza, allo stato, potrebbe essere la stessa causa o fattore determinante di determinati comportamenti abusivi.

Concludendo e richiamando i concetti espressi in apertura, non necessariamente un provvedimento sanzionatorio da parte dell'autorità della concorrenza produrrebbe l'effetto sperato nel lungo periodo (quello di prevenire eventuali reiterazioni della condotta abusiva).

In altri termini, una politica pro-concorrenziale di lungo periodo potrebbe essere più 'efficiente' se avesse come punto di riferimento il principio che 'il vincitore non (necessariamente) punisce'.

### **Bibliografia (in ordine cronologico)**

E. S. Mason, in 'Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise', (1939) 29 Am. Ec. Rev. Supplement, pp. 61-74;

J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 3a edizione, 1942, p. 83;

R. H. Coase, *The Problem of Social Costs*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, n. 1, Chicago, ottobre 1960;

Phillips, 'Structure, Conduct and Performance – and Performance, Conduct and Structure' in Markham e Papenek, *Industrial Organization and Economic Development*, 1970;

Weis, 'Concentration-Profit Relationship' in *Industrial Concentration: the New Learning*, ed. Goldsmith e aa., 1974;

R. H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books, 1978, stampato nuovamente con una nuova introduzione ed epilogo nel 1993), p. 90-1;

Gribbin, 'Postwar Revival of Competition as Industrial Policy', in Cowling e Mueller, *The Social Costs of Monopoly Power* (1978) 88 Ec J pp. 724-748;

Littlechild in (1981) 91 Ec J pp. 348-363;

Asch, *Industrial Organization and Antitrust Policy*, Wiley, edizione riv., 1983;

E.M. Fox e L. A. Sullivan "Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are we Going?" (1987) 62 New York Univ. LR 936, pp. 956 ss;

E. Mansfield, *Microeconomics of Technological Innovation*, in *Technology and Global Industry*, Bruce R. Guile & Harvey Brooks eds., 1987, p. 311;

J. Bernstein & M. Isaq Nadiri, 'Interindustry R&D Spillovers, rates of Return, and Production in High-Tech Industries', in *American Economics Review*, 1988, p. 429;

M. I. Kamien, *Market Structure and Innovation Revisited: Japan and the World Economy*, 1989, p. 331.

Scherer e Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 3<sup>a</sup> ed., 1990;

Sutton, *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising and the Evolution of Concentration*, MIT Press, 1991;

T. F. Bresnahan, 'The Mechanisms of Information Technology's Contribution to Economic Growth', in *Institutions, Innovation and Growth: Selected Economic Papers*, Jean-Philippe Touffut ed., 1992, pp. 135-137;

Z. Griliches, 'The Serach fro R&D Spillovers', *Scandinavian Journal of Economics* S29 (1992), p. 94;

- C.I. Jones & J.C. Williams, *Measuring the Social Return to R&D*, Q.J. Econ. (1998), p. 1119;
- Substituting Practical Co-operation for the Risks of Competition', in *Regulation and Deregulation Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, curato da C. McCrudden, Oxford University Press, 1998, pp. 249 ss;
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2a ed., West Publishing Co., 1999, p. 45;
- H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, Univ. Mich. LR 213, pp. 226-229;
- Lipsey e Chrystal, *Principles of Economics*, Oxford University Press, 9a ed., 1999;
- S. Van Sicken, 'Privatisation and Deregulation of Regulated Industries, and Competition Policy', Paper presentato al 5° workshop internazionale sulla Politica di concorrenza, Seul, Corea del Sud, 8 novembre 2000, p. 6;
- Raccomandazione del Consiglio relativa alla separazione strutturale nelle industrie regolate, 26 aprile 2001, C (2001) 78/finale, OCSE, Parigi;
- Economic Discussion Paper 4 (OFT 386) *The development of targets for consumer savings arising from competition policy* (Davies e Majumdar, giugno 2002), <http://www.ofst.gov.uk>;
- Geradin & Kerf, *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 58 ss;
- R. Whish, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 5a ed., 2003, pp. 13 ss (ora 6a ed, 2008);
- Jones & Sufrin, *EC Competition Law*, 2a ed., Oxford University Press, 2004, p. 21;
- M. Cave, Warwick University, *Six Degrees of Separation, Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation*, in *Communications & Strategies*, no. 64, 4° trimestre 2006, pp. 89 ss (anche, atti del congresso EETT 'From Telecommunications to Electronic Communications' ad Atene il 28 marzo 2005);
- Discussion Paper* della Commissione europea sull'articolo 82 CE del dicembre 2005 (disponibile in: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>);
- A. Tajana, *Structural Remedies and Abuse of Dominant Position*, TILEC Discussion Paper, Tilburg University, Dicembre 2005;
- Gomez-Ibanez e de Rus, *Competition in the Railways Industry: an international comparative analysis*, pubblicato da Edward Elgar Cheltenham UK – Northampton, USA, 2006, pp. 1 ss;
- A. Tajana, *If I had a hammer. Structural remedies and abuse of dominant position*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2006, vol. 1, n° 1, pp. 3-28;
- J. Taylor, BT Global Services, in 'Openreach-an open network for all. Dream or reality', novembre 2006, disponibile in [http://www.pts.se/archive/documents/SE/061129\\_presentation\\_joanna\\_taylor\\_9.pdf](http://www.pts.se/archive/documents/SE/061129_presentation_joanna_taylor_9.pdf)

J.B. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, in *Antitrust Journal*, American Bar Association, Vol. 74 Issue 3, 2007, pp. 575 ss;

K. Coates, capitolo 'Regulating the Telecommunications Sector':

J. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 74, Issue 3, 2007, pp. 575-602;

A. Dreber, David G. Rand, Drew Fudenberg, A. Nowak, 'Winners do not punish', *Nature*, Nature Publishing Group, Vol. 452 (20 marzo 2008);

G. Monti, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, Vol. 4, n. 2, luglio 2008, pp. 128 ss.