

IL CASO DIANO

Andrea Giannaccari*

AUTORITÀ GARANTE, Caso A267, *Diano/Tourist Ferry Boat-Caronte Shipping- Navigazione Generale Italiana*, Provvedimento n. 10650, 17 aprile 2002, Bollettino n. 16/2002.

Il caso

Il caso in esame afferisce a territorio impervio e (di)battuto dell'antitrust, in relazione al quale autorevole ed accorsata dottrina, al di qua e al di là dell'oceano e a dispetto di un'esigua produzione giurisprudenziale, da molti lustri si confronta da opposte trincee del pensiero (gius)economico. La pratica in oggetto è quella dei prezzi predatori, tesa all'estromissione dal mercato di un concorrente e pertanto annoverata tra le pratiche escludenti.

La vicenda, che impegnato l'attenzione dell'Autorità garante per oltre un triennio, vedeva contrapposta la società Diano S.p.a. (in seguito Diano) alle società Caronte S.p.a. (Caronte), Tourist Ferry Boat S.p.a. (Tourist) e Navigazione Generale Italiana (NGI). Quest'ultima risultava congiuntamente controllata da Tourist e Caronte, le quali, pur essendo giuridicamente società distinte, hanno costituito un'unica entità economica in virtù di un processo di concentrazione economica, che ha consentito loro di mettere in comune le necessarie risorse per l'espletamento dell'attività.

Il momento da cui trarre le mosse è l'avvio da parte di Diano, nell'agosto 1998, del servizio di trasporto di mezzi gommati e passeggeri sulla rotta Reggio Calabria-Messina, a seguito del quale, nell'ottobre 1998, Tourist e Caronte hanno iniziato a operare sulla stessa rotta per mezzo della loro controllata NGI. In particolare, Diano lamentava il fatto che i prezzi praticati dal concorrente NGI su tale rotta fossero artificialmente bassi e avessero come unico fine quello di estrometterla dal mercato.

Prima di addentrarsi nelle risultanze dell'indagine svolta dall'AGCM, mette conto sottolineare che, anteriormente all'ingresso di Diano sulla rotta Reggio Calabria-Messina, questa non era servita, mentre sulla rotta 'alternativa' San Giovanni-Messina operavano solamente due vettori: Tourist-Caronte e le Ferrovie dello Stato (in seguito FS). Quanto dire che l'impresa predatrice, o presunta tale, era attiva su due mercati territoriali, mentre l'impresa predata su uno

* Junior Research Fellow, LE Lab. Dottorando di ricerca in "Diritto ed Economia", LUISS Guido Carli. LL.M., in Competition Law and Economics presso la Erasmus University, Rotterdam. E-mail: agiannaccari@luiss.it.

solo. Ciò che lascia intuire quale sia la pratica (compensativa) posta in essere dall'impresa egemone al fine di marginalizzare o, peggio, mandare in bancarotta il *newcomer* Diano.

Snodi cruciali per cercare di scardinare le critiche (e le contestazioni delle parti) d'irrazionalità di siffatta strategia escludente, come vuole una cospicua provincia della letteratura economica, sono l'esistenza di rilevanti barriere all'entrata e la reputazione di *incumbent* aggressivo. In altri termini, nel momento in cui la strategia ha prodotto i suoi effetti, il mercato non ha da essere appetibile a potenziali *newcomers*. La contendibilità del mercato si configura come elemento necessario per ravvisare se la condotta sia venata di valenza predatoria. Ma per far luce sul punto le risultanze istruttorie e le valutazioni dell'AGCM sono assolutamente indispensabili, anche al fine di osservare i parametri, *in primis* il rapporto prezzi-costi, cui si è fatto riferimento per le considerazioni di merito.

La decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Prodromica ad una corretta misurazione del potere dispiegato dagli operatori è l'individuazione del mercato rilevante. In proposito, l'Autorità garante ha rilevato che il mercato interessato era quello del servizio di traghettamento di mezzi gommati, sia commerciali che di autovetture, attraverso lo stretto di Messina, escludendo che altri porti della penisola fossero sostituibili con i due sullo stretto. In particolare, ha riscontrato una elevata sostituibilità, dal lato della domanda, tra le rotte operative nello stretto: Villa S. Giovanni-Messina e Reggio Calabria-Messina. Ha in tal modo desunto che le due rotte costituivano due segmenti facenti parte dello stesso mercato (rilevante). Inoltre, quanto alle caratteristiche del mercato, non è evidentemente caduto nel limbo dell'irrelevanza il fatto che la rotta Villa S. Giovanni-Messina rappresentasse circa il 90% del mercato (rilevante), con i due vettori ivi operanti, Tourist-Caronte e FS, presenti con quote di fatturato pari rispettivamente all'82% e al 18%. Diversamente, sulla rotta alternativa Reggio Calabria-Messina, Tourist-Caronte, attivi tramite la controllata NGI, detenevano una quota del 47%, a fronte del 53% di Diano. Va altresì aggiunto, come emerso dall'istruttoria, che la quota di NGI ha manifestato nel corso del tempo un progressivo incremento, mentre quella di Diano una continua contrazione.

Al fine di valutare il potere di mercato e la relativa posizione (dominante) delle parti, l'Autorità ha considerato, oltre alle quote detenute dalle società e alla loro presenza sulle rotte, anche la sussistenza di barriere sia di tipo infrastrutturale (approdi), sia amministrativo (diritti di attracco e concessioni demaniali). È giunta, quindi, a ritenere che l'insieme di tali fattori, oltre alla maggiore disponibilità finanziaria, alla reputazione guadagnata nel corso della trentennale attività e alla maggiore capienza della flotta e dei servizi offerti, fossero tali da consentire al gruppo Tourist-

Caronte di trovarsi in posizione dominante nel mercato del servizio di traghettamento attraverso lo stretto, con una quota complessiva pari a circa il 79%, molto superiore a quella di Diano, valutata intorno al 4%. In particolare, rilevava l'Autorità garante, la rotta principale Villa S. Giovanni-Messina, risultando difficilmente contendibile, impediva l'ingresso di nuovi operatori. La concorrenza potenziale di eventuali *newcomers*, pertanto, era circoscritta alla sola rotta dove operava Diano, la Reggio Calabria-Messina, la quale, come osservato, rappresentava quota marginale del mercato rilevante. Tali elementi hanno consentito all'AGCM di stabilire, come vuole liturgia comunitaria, che il gruppo fruiva di autonomia comportamentale nei confronti dei concorrenti e dei consumatori e quindi occupava una posizione dominante.

Venendo alla condotta operata dal gruppo Tourist-Caronte, l'Autorità ha ravvisato l'abuso in relazione alle tariffe applicate e agli orari di partenza dei traghetti. Quanto al primo punto, si è evinto dall'istruttoria che le tariffe applicate dalla controllata NGI sulla rotta Reggio Calabria-Messina erano state, nel corso del tempo e a seguito delle 'fisiologiche' variazioni, quasi sempre (tranne in un caso) al di sotto di quelle fissate dal concorrente Diano. Altri elementi di rilevanza sono altresì emersi dalla comparazione delle tariffe tra le due rotte. Già la Guardia di Finanza aveva messo in evidenza come le tariffe della controllata NGI risultassero sensibilmente inferiori, circa il 50% in meno, rispetto a quelle applicate dal gruppo Tourist-Caronte sulla rotta Villa S. Giovanni-Messina. L'Autorità ha corroborato la segnalazione rilevando che, a seconda dei periodi presi in esame o che si considerasse la sola andata o anche il ritorno, le tariffe praticate dal gruppo Tourist-Caronte (per i veicoli commerciali) sulla rotta Villa S. Giovanni-Messina erano superiori di una percentuale compresa tra il 30% e l'85% rispetto a quelle applicate dalla controllata NGI sull'altra rotta. La constatazione assumeva contorni inquietanti anche perché la durata del tragitto (e quindi i costi imputabili) sulla rotta Villa S. Giovanni-Messina era minore rispetto all'altra.

Inoltre, in relazione agli orari di partenza, è emerso che le corse di NGI venivano definite in modo tale da anticipare di dieci minuti quelle fissate da Diano: la pratica veniva reiterata anche a seguito delle modificazioni che Diano, *in itinere*, apportava agli orari delle corse al fine di evitarne la sistematica sovrapposizione. Il risultato della condotta, a detta dell'Autorità, invece di essere teso alla massimizzazione del servizio (come sostenuto dalle parti), era quello di produrre difficoltà di carattere logistico e organizzativo (come confermato dalla stessa Capitaneria di Porto di Reggio Calabria), e pertanto posto a conferma dell'intento escludente.

Per sciogliere, tuttavia, il nodo gordiano della predatorietà della strategia, vale a dire l'individuazione della soglia al di sotto della quale il ribasso dei prezzi mette in crisi e cortocircuita le virtù salvifiche della concorrenza, l'Autorità ha deciso, con il *placet* e su stessa indicazione delle parti, di basarsi sulla nozione di costo incrementale (di breve periodo).

Come è noto, diversi schemi sono stati suggeriti dalla letteratura economica al fine di individuare un criterio capace di depurare dalle riduzioni di prezzo prodotte dal libero dispiegarsi delle forze competitive quelle dovute ad intenti di matrice anticoncorrenziale. L'Autorità, nel caso in esame, ha optato per l'adozione dell'innovativo criterio dei costi incrementali, preferendolo al più noto test, elaborato dai professori di Harvard, Phillip Areeda e Donald Turner, oltre un quarto di secolo fa e incentrato sui costi medi variabili. Coerentemente con la giurisprudenza comunitaria (cfr. Causa C-62/86 AKZO Chemie BV/ Commissione, 1991; Causa C-333/94P, Tetra Pak International SA/ Commissione, 1996), l'AGCM aveva in passato fatto affidamento su tale approccio (cfr. Autorità Garante, Caso A76-Tekal/Italcementi, 1995; Autorità Garante, Caso A255-Associazione Italiana Internet Providers/Telecom, 2000), ma ha preferito in questo caso volgere lo sguardo al modello dei costi incrementali, sviluppato da Baumol, implementato da Bolton, Brodley e Riordan e, infine, utilizzato dalla Suprema Corte U.S. in Brooke (1993), uno dei più importanti casi di epoca moderna attinenti ai prezzi predatori.

Il metodo si propone di isolare dall'insieme dei costi quelli specificamente sostenuti dall'impresa per la produzione di beni e servizi immessi sul mercato a prezzi predatori. Ulteriore affinamento prevede la differenziazione tra costi incrementali di breve e lungo periodo, comprendendo tra i primi i costi irrecuperabili legati alla maggiore produzione e, tra i secondi, tutti i costi, recuperabili e non, destinati all'ampliamento dell'attività. Utilizzando tale metodologia – condivisa dalle parti, ma criticata quanto all'individuazione di alcune voci di costo –, l'Autorità garante ha rilevato che le tariffe applicate dalla controllata NGI sulla rotta Reggio Calabria-Messina, producevano ricavi insufficienti a coprire i costi incrementali sia di breve che di lungo periodo. Pertanto, era dato concludere che la strategia di prezzo posta in essere palesava intenti latentemente predatori.

Per di più, dalla comparazione dei costi con i prezzi (praticati da Tourist-Caronte) relativi alla rotta Villa S. Giovanni-Messina, emergeva un margine operativo superiore al 40%, che consentiva al gruppo di compensare i costi derivanti dall'attuazione della strategia escludente sull'altra rotta, mantenendo comunque, sull'intero mercato rilevante, un risultato complessivo positivo. In altri termini, la rendita di posizione sulla rotta esercitata in condizioni pressoché monopolistiche e con elevate barriere all'entrata garantiva risorse finanziarie tali da sostenere la battaglia (predatoria) sull'altro segmento del mercato. In tal modo, ha sostenuto l'Autorità, il gruppo Tourist-Caronte era riuscito a preservare la posizione dominante sul mercato, si era creato una reputazione di *incumbent* aggressivo e, quale fisiologico corollario, aveva scoraggiato l'ingresso di potenziali concorrenti.

Per tali motivi, la politica tariffaria adottata, oltre alla sovrapposizione degli orari, aveva messo in pericolo la continuazione dell'attività da parte di Diano, il quale, tra l'altro, aveva fissato prezzi insufficienti a coprire i costi unicamente al fine di valutare (oltre che stimolare) la risposta del mercato sulla nuova rotta. Così facendo, ha sostenuto l'Autorità, il gruppo Tourist-Caronte sarebbe riuscito, *medio tempore*, a rialzare le tariffe, levandosi dal guado dei prezzi inferiori ai costi incrementali di breve periodo e recuperando, soprattutto, le perdite affrontate – e subite – sulla rotta Reggio Calabria-Messina. A tal proposito gioverà forse mettere in evidenza che l'Autorità, nel porre l'accento sulla possibilità di recupero, si è spinta in direzione della giurisprudenza nord-americana. Quest'ultima, infatti, per sanzionare la condotta predatoria richiede di dimostrare, oltre al *gap* tra costi e prezzi, che il soggetto egemone abbia la ragionevole prospettiva di recuperare la perdita.

Sulla scorta di tali considerazioni, l'Autorità garante ha affermato che la strategia posta in essere era in grado di compromettere lo sviluppo della concorrenza effettiva e potenziale del servizio di traghettamento nello stretto di Messina, integrando così un abuso di posizione dominante e configurando violazione particolarmente grave dell'art. 3 della legge n. 287/90. Conformemente a tale conclusione, ha comminato alle tre società sanzioni complessivamente superiori ai due milioni di euro.