

The Lawmaker Role on Concentrations Control: An Analysis of Albanian Market

Ervis Moçka

*Law Department, Faculty of Human Science,
"Ismail Qemali" University of Vlora, Albania
Email: ervis09@libero.it*

Terida Mehilli

*Economics Department, Faculty of Economy,
"Ismail Qemali" University of Vlora, Albania
Email: mehilliterida@virgilio.it*

Ervin Demo

*Director of Communication and Public Relation",
Management Department, Economic Faculty, University of Tirana Albania
E mail: ervindemo@gmail.com*

Abstract: *This paper' search aims to illustrate: the effectiveness of the legislature on market regulation with objective the economic efficiency' and the context within the "Authority of Competition" implements competition policy. The lawmaker role' on Concentrations control is illustrated through both theoretical and empirical methods of economics and law. The economic analysis shows that, the Albanian market is a market of small size and there is a risk of the concentration of the market since the demand is limited and operate only a limited number of companies. We realized that in matters of concentrations with the old Regulation. 4068 of 1989, Albanian law provided for only the prohibition of a concentration that creates or strengthens a dominant position, but didn't provided for the abuse that occur by this position, as provided by European legislation. In addition, the same regulation didn't give to the Competition Authority the possibility to take account of technical progress, as the Community Law. In 2008, the Albanian authority, review the provisions of Law no. 9121 of 28 July 2003 "On Protection of Competition" in order to meet requirements to European competition law under the European integration process. At the end, the results of the paper, on the effective' market situation in Albania, will be exposed according to economic analysis of law.*

Key words: *economic efficiency, concentration, dominance position, protection of competition, competition culture, competition politics, national legislation, European Community legislation.*

1. Mercato, diritto della concorrenza ed il consumatore

Il libero mercato per le imprese è come un gioco dove a volte le aziende sono tentate ad evitare la concorrenza tra loro determinando le "proprie" regole del gioco¹.

Se una società (o gruppo di imprese) possiede un'importante quota di mercato, si può dire che ha / hanno una posizione dominante sul mercato. Le imprese con una posizione dominante, hanno il potere economico necessario per operare in tale mercato, senza essere condizionato dal comportamento dei concorrenti o dei clienti. Un'impresa può abusare di tale potere di mercato mediante guadagni illeciti, eliminando la concorrenza e riducendo il benessere dei consumatori.

L' Abuso derivante dalla posizione dominante è contro la legge e può verificarsi in varie forme come:

- Impostazione dei prezzi troppo alti al loro vantaggio, indebito a scapito dei consumatori.
- Impostazione dei prezzi troppo bassi, sotto costo, che può portare a uscire dalla competitività del mercato le altre imprese o la creazione delle barriere di entrata nel mercato dei nuovi concorrenti.
- Discriminazione delle altre imprese, ad esempio rifiutandosi di fornire beni o servizi solo ad alcune società.

¹ Mehilli T. Ci riferiamo alla posizione delle imprese quando sono price-maker and not price – taker nel mercato.

- L'applicazione delle condizioni di transazione non eque per differenti imprese p.es la vendita di un determinato prodotto solo acquistando insieme un altro prodotto.

È proprio la disciplina *antitrust* in microeconomia che coincide concettualmente con il diritto di tutela della concorrenza riguardando le normative finalizzate ad evitare che la concorrenza tra imprese sia eliminata.

Diverse invece sono le norme di *regolamentazione della concorrenza*, le quali disciplinano il diritto all'esercizio di una specifica attività in un dato settore economico, le *modalità* con cui le imprese possono o debbono esercitare il loro diritto di iniziativa economica, i rapporti tra imprese stesse e tra imprese e soggetti pubblici.

La politica *antitrust* nasce negli Stati Uniti con lo *Sherman Act* del 1890, la finalità del quale era di combattere i monopoli o le posizioni semimonopolistiche (R. Peritz, 1996). In Europa il diritto della concorrenza ha avuto il suo sviluppo a livello internazionale con la costituzione della Comunità Economica Europea². L'obiettivo delle disposizioni comunitarie in materia *antitrust*, era quello di garantire la concorrenza come condizione fondamentale per la realizzazione del mercato comune. A dire la verità, era il Trattato che istituiva la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) del 1951 che prevedeva per primo delle norme *antitrust*. L'art. 66 del Trattato CECA prevedeva un divieto per le intese restrittive della concorrenza, ed una prima forma di controllo delle concentrazioni nel settore siderurgico o del carbone, nonché un potere del controlli della Commissione³.

La quota di mercato che una società possiede sul mercato e la misurazione della dimensione relativa di un'impresa in un settore o di una quota di mercato in termini di prodotto totale, le vendite o la capacità totale occupata da questa società nell'analisi politica di concorrenza è un indicatore importante per evidenziare l'esistenza del potere di mercato.

A questo proposito, non si dovrebbe analizzare solo il livello assoluto della quota di mercato, ma il livello di quota di mercato che occupa in confronto con i concorrenti. Tuttavia, anche le imprese che occupano larga fetta di mercato non necessariamente hanno il potere di mercato in quanto le barriere all'accesso al mercato possono essere molto basse. Per questo uno strumento per individuare e definire i confini della concorrenza tra le imprese è la definizione di un mercato rilevante. Lo scopo principale della definizione del mercato è di individuare le limitazioni della concorrenza affrontate da parte delle imprese. Tra le altre cose, la determinazione del mercato consente di calcolare le quote di mercato delle società che sono attive nel mercato, e di valutare la posizione dominante o meno.

Ricordiamo che per l'analisi economica un mercato rilevante viene determinato in base ai fattori geografici e la tipologia del prodotto.

2. Lo sviluppo del diritto di concorrenza in Albania

In Albania la nascita e lo sviluppo della politica di concorrenza inizia solo nel 1990 con l'inizio della transizione da un'economia centralizzata in un'economia di mercato. La legge costituzionale del 1991⁴ stabiliva le fondamenta dell'economia del paese nel riconoscimento della libera iniziativa di tutti i soggetti economici e nel riconoscimento di una pluralità politica. Iniziavano così una serie di riforme strutturali per l'orientamento da un'economia centralizzata verso l'economia del mercato⁵ dove particolare importanza fu data alla privatizzazione, alla deregolamentazione delle attività economiche, alla liberalizzazione dei prezzi e degli scambi, ecc.

Insieme alla libertà economica delle imprese iniziano a comparire anche le minacce delle pratiche anticoncorrenziali che hanno come fonte: (i) le normative e la loro esecuzione amministrativa e (ii) il comportamento degli operatori nel mercato⁶.

La mancanza di una normativa in difesa della concorrenza ha fatto sì che gli operatori nel mercato adottassero le proprie regole del gioco, orientate verso l'unico obiettivo di trarre il maggior vantaggio possibile, danneggiando così mediante comportamenti anticompetitivi sia gli altri operatori nel mercato, il consumatore e lo stesso sistema economico.

² La CEE nasce nel 1957 con la firma dei trattati di Roma, in vigore dal 1° Gennaio 1958.

³ A livello di singoli Stati membri, leggi in materia *antitrust* sono stati adottati prima dalla Francia nel 1945 con *Ordonnance* n. 45-1483, poi dal Regno Unito nel 1948 con *Monopolies and Restrictive Practices Act*, anche se la prima vera legge organica efficace in materia sarà considerato quello adottato dalla Germania nel 1957 (D.J. Gerber, 1998).

⁴ Legge n. 7491 del 29 aprile 1991

⁵ Mehilli T. A differenza dell'economia centralizzata dove caratteristica principale era la presenza dell'unico settore pubblico, l'economia di mercato di base ha la proprietà privata e la libera concorrenza.

⁶ Autorità della Concorrenza (2006). *Politica Nazionale della Concorrenza* Dal <http://www.caa.gov.al>

Il 7 dicembre 1995 dopo un vuoto normativo di cinque anni e vedendo che i meccanismi correttivi spontanei del mercato erano insufficienti a evitare gli effetti distortivi dello stesso, l'autorità albanese approva la legge n. 8044 "Sulla Concorrenza"⁷ che segna anche il primo tentativo per realizzare un sistema di tutela della concorrenza in Albania.

L'art. 1 della legge definiva che l'oggetto della legge era quello di definire le regole di azione di tutti i partecipanti nel mercato, nonché i loro diritti e obblighi in termini di una concorrenza leale. Dando che i partecipanti nel mercato oltre i operatori che offrono beni e servizi sono anche i consumatori, la legge nella sua Part IV tutelava anche i diritti di quest'ultimi.

Per quanto riguarda il campo d'applicazione della legge n. 8044 riguardante i comportamenti e le pratiche poste in essere dalle imprese restrittive della concorrenza, si potevano individuare tre macro aree: le intese, "la posizione dominante" e le operazioni di concentrazione.

L'attenzione del legislatore ricadeva in modo particolare sulla "posizione dominante". L'art.4 nel suo paragrafo 6 definiva come posizione dominante: "una posizione del impresa nel mercato ove la concorrenza è inesistente o insignificante ...". Lo stesso paragrafo prevedeva l'esistenza di una posizione dominante nei casi in cui un'unica impresa o una unione d'impresе possedeva una quota di mercato superiore al 40%.

La particolarità della disciplina, a differenza della disciplina europea è, che veniva vietata la "posizione dominante" in per sé, e non un suo abuso. Il primo capo della legge si intitolava "la divisione e il divieto delle unioni" (dove con il termine "unione" si identificavano le concentrazioni), e mirava principalmente a sancire il divieto di creazione di una posizione dominante. Così tramite i meccanismi di *divisione* della società (artt. 5-8) e controllo delle "unioni" (concentrazioni) artt. 9-15, si mirava a sancire il divieto della creazione di una posizione dominante.

Infatti, le uniche operazioni di concentrazioni vietate erano quelle che davano luogo alla costituzione di una posizione dominante sul mercato (art.13). Il divieto di una posizione dominante era basato nel ragionamento che essendo quello albanese un mercato di piccole dimensioni esiste il rischio della concentrazione del mercato, dando che da una parte la domanda è limitata e dall'altra vi operano solo un numero limitato di imprese (E. Katro 2010, p. 10 ss).

Mediante tale disciplina si mirava oltre che abbattere i monopoli, anche di favorire l'accesso di maggior numero di imprese di piccole e medie dimensioni nel mercato, evitando così anche che il processo di privatizzazione si riducesse semplicemente in un trasferimento di una posizione dominante da un soggetto pubblico ad uno privato. A questo scopo l'art. 5 sanciva l'obbligo di separazione della società che si trovava in posizione dominante, in più società che avrebbero operato sul mercato in autonomia e concorrenza tra loro. Tutto il processo veniva gestito dalla Direzione della concorrenza economica che preparava il dossier come si sarebbe proceduto, anche se l'art. 8 prevedeva che l'ultima decisione al riguardo la separazione spettava al Ministro del Commercio.

Per quanto riguarda le concentrazioni, l'art. 9 prevedeva che l'autorizzazione per procedere doveva essere richiesto alla Direzione della concorrenza economica, e fissava anche una soglia di fatturato, l'operazione al di sotto questa soglia veniva considerata irrilevante ai fini della restrizione della concorrenza e non necessitava di autorizzazione. Contro la decisione di negazione di autorizzazione di concentrazione si poteva proporre ricorso al Ministro del Commercio che, valutate le circostanze, qualora rilevava che la concentrazione in oggetto potesse comportare degli "importanti vantaggi" per l'economia nazionale o per gli interessi pubblici poteva concedere l'autorizzazione. La legge appare molto ambigua, perché da una parte non prevedeva in nessun caso una possibilità di esenzione dal divieto di creazione di una posizione dominante, dall'altro invece con la previsione di sopra lo permetteva (E. Katro, 2010).

Mancava anche una specificazione sulla natura o entità di questi "importanti vantaggi" lasciando così in mano al Ministro, l'ultima decisione. L'art. 15 invece prevedeva anche un'autorizzazione sotto determinate condizioni, che se non venivano rispettate, l'autorizzazione veniva annullata.

La terza parte della legge disciplinava le intese restrittive della concorrenza. Ai sensi dell'art. 16 della legge n. 8044 erano vietati gli accordi orizzontali che incidevano sull'attività economica restringendo la concorrenza. L'art. 16 prevedeva anche tre tipi di accordi orizzontali che venivano considerati di per sé come restrittivi della concorrenza e quindi vietati, questi sono: a) accordi che fissavano i prezzi; b) accordi che ripartivano i mercati; e c) accordi che controllavano o limitavano la produzione, l'offerta o la domanda, lo sviluppo tecnico e gli investimenti. Anche per quanto riguarda la materia delle intese restrittive della concorrenza la disciplina introdotta dalla legge n. 8044 prevedeva delle differenze significative dalla legislazione europea, poiché la legge non prevedeva delle esenzioni, classificando così tutte le intese che soddisfano i criteri previsti dalla legge come restrittive della concorrenza.

⁷ Gazzetta ufficiale della Repubblica Albanese n. 27 del 1995.

La legge n. 8044 ha il merito di aver istituito la prima struttura per la tutela della concorrenza in Albania (art. 57), quella della Direzione della Concorrenza economica, un'istituzione pubblica sotto le dirette dipendenze del Ministro del Commercio⁸. L'artt. 58-59 attribuivano a tale Direzione la totalità dei compiti e poteri in tema di tutela della concorrenza. Contro le decisioni della Direzione della concorrenza o del Ministro era previsto il ricorso al tribunale.

Nonostante lo sviluppo della politica della concorrenza da parte della legge n. 8044 del 1995, tale legge era lontana dalla legislazione, le istituzioni e la politica della concorrenza dell'UE nella quale l'Albania ispira ad aderire. La Direzione non è stata in grado di applicare in modo efficiente la legge sulla concorrenza, un'inadeguatezza che derivava dal suo essere un organo non indipendente, dalla mancanza del personale qualificato e anche dalle poche risorse finanziarie necessaria per condurre il monitoraggio dei mercati. Un'altra causa del fallimento della legge era l'assenza di una cultura concorrenziale in Albania⁹. Il fatto poi che la legge non si applicava a settori importanti dell'economia quali: telecomunicazioni, trasporti, agricoltura, assicurazioni ecc. rendeva necessario un suo cambiamento. Sarà sostituito dalla legge n. 9121 del 28 luglio del 2003 "Sulla tutela della concorrenza" che introduce notevoli cambiamenti alla disciplina della concorrenza in Albania, ravvicinando tale disciplina a quella europea, conseguenza anche degli obblighi di adattamento del diritto albanese a quella dell'UE come condizione necessaria nell'ambito di processo d'integrazione europea.

3. Obblighi d'adattamento del diritto albanese nell'ambito del processo d'integrazione europea

Le prime relazioni diplomatiche tra l'Unione europea e l'Albania risalgono al 1991. L'11 maggio '92 l'Albania sottoscrisse il suo primo accordo con Bruxelles, l'accordo decennale di commercio e cooperazione economica che entro in vigore nel dicembre 1992¹⁰. Nel 1999 l'Unione Europea lanciava il Processo di Stabilizzazione ed Associazione (PSA), un'iniziativa volta a creare nei Balcani un contesto politico coerente, onnicomprensivo, tramite la prospettiva di integrazione dei paesi dell'area nell'Unione europea¹¹ e la promozione della stabilizzazione, della transizione all'economia di mercato e della cooperazione regionale.

A seguito del positivo giudizio della Commissione, avallato dal Consiglio nel giugno 2001, quest'ultimo decise di richiedere alla Commissione l'elaborazione di una bozza di mandato a negoziare l'Accordo di Stabilizzazione e Associazione (ASA). Successivamente, il 21 ottobre 2002, il Consiglio decise l'apertura dei negoziati per l'accordo con l'Albania, negoziati che furono effettivamente aperti il 31 gennaio 2003. L'Accordo venne firmato dalle due parti il 12 giugno 2006. Il Processo di ratifica ha richiesto invece un periodo di tre anni, incoronandosi con l'entrata in vigore dell'Accordo il 01 aprile 2009¹². L'accordo che comprende 137 articoli, 5 allegati e sei protocolli, è un trattato internazionale che prevede meccanismi, strumenti e obiettivi concordati, per realizzare un percorso specifico, il cui scopo è l'avvicinamento all'Unione (Polara T. 2001)¹³.

Tale accordo prevede l'obbligo di armonizzazione progressiva della legislazione albanese a quella dell'Unione, in particolare l'Art 70 dell'ASA¹⁴ prevede che "L'Albania si impegna per rendere progressivamente la propria legislazione presente e futura compatibile con l'acquis comunitario. ... Il ravvicinamento inizia con la firma del accordo e si deve estendere progressivamente a tutti gli elementi dell'acquis comunitario contemplati dal accordo entro la fine del periodo transitorio previsto all'articolo 6 nella durata massima di 10 anni diviso in due fasi. Il paragrafo 3 dell'art. 70 prevede che durante la prima fase "il ravvicinamento verte sugli elementi fondamentali dell'acquis relativo al mercato interno e su altri

⁸ "Politica Nazionale della Concorrenza"- Autorità della Concorrenza, Tirane 2006

⁹ Alta Autorità della concorrenza, "Politica nazionale della concorrenza" Tirane 2006

¹⁰ L'Accordo del maggio 1992 permise all'Albania di beneficiare dei fondi del programma Phare, che vennero distribuiti su un insieme di settori interessati dalle riforme.

¹¹ La prospettiva d'integrazione dei paesi balcanici nell'Unione europea venne enunciata per la prima volta dal Consiglio il 17 maggio 1999. Posizione comune del 17 maggio 1999 adottata dal Consiglio in base all'articolo 15 del trattato sull'Unione europea concernente il Patto di stabilità per l'Europa sudorientale (1999/345/PESC), in GUCE L 133 del 28.05.1999, p. 1. La prospettiva d'adesione venne riconfermata in occasione del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del giugno 2000 e riconfermata a Salonicco nel giugno 2003, in occasione del Consiglio europeo e del Vertice Ue-paesi dei Balcani occidentali e sviluppata secondo la c.d. "Agenda di Salonicco".

¹² Com'è prassi, è invece entrato in vigore immediatamente, al momento della firma, la parte dell'accordo concernente la dimensione commerciale, cioè il c.d. Accordo commerciale interinale.

¹³ Sull'Accordo di Stabilizzazione e Associazione tra l'Albania e l'UE e i suoi paesi membri: Federico Niglia (a cura di) "L'Albania verso l'Unione Europea: il ruolo dell'Italia"; Istituto Affari Internazionali 2006. Il testo completo dell'Accordo http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/albania/st08164.06_en.pdf.

¹⁴ Il testo dell'accordo sul http://www.europa.eu.int/comm/external_relations/see/albania/index.htm

settori importanti come la concorrenza, i diritti di proprietà intellettuale, industriale e commerciale, gli appalti pubblici, la standardizzazione e la certificazione, i servizi finanziari, ...”.

Oltre l'art. 70 che si è visto comporta un obbligo di ravvicinamento delle legislazione albanese a quella dell'UE, l'accordo contiene anche obblighi al fine di garantire il rispetto delle regole della concorrenza che richiamano espressamente gli obblighi imposti dagli ex articoli 81, 82, 86 e 87 del TCE. In particolare l'art. 71 dell'ASA dispone sulla linea degli artt. 81 e 82 TCE (101 e 102 TFBE) che “sono incompatibili con il corretto funzionamento del presente accordo, nella misura in cui possano essere pregiudizievoli al commercio tra la Comunità e l'Albania:

- i) tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza;
- ii) lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante nell'intero territorio della Comunità o dell'Albania, o in una sua parte sostanziale;
- iii) qualsiasi aiuto statale che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsi o minacci di falsare la concorrenza”.

L'articolo nel paragrafo 2 prevede anche che le pratiche contrarie al articolo 71 devono essere valutate secondo i criteri derivanti dall'applicazione delle regole in materia di concorrenza applicabili nella Comunità e in particolare degli articoli 81, 82, 86 e 87 del trattato che istituisce la Comunità europea nonché degli strumenti interpretativi adottati dalle istituzioni comunitarie. L'art.71 nel paragrafo 3 prevede anche che vengano conferiti ad un organismo pubblico indipendente , i poteri necessari per la completa applicazione delle disposizioni del paragrafo , punti i) e ii) e cioè relative alle intese e la posizione dominante.

Come si può vedere gli artt. 70 e 71 dell'ASA costituiscono degli obblighi giuridici importanti per l'Albania, il primo per quanto riguarda il ravvicinamento della legislazione e il secondo in materia della concorrenza.

4. La legge N.9121 del 28.7.2003 “Sulla protezione della concorrenza” e la sua efficacia

La nuova disciplina ha definitivamente abrogato la legge n. 8044 del 1995, ritenuta non in linea con le corrispondenti disposizioni europee. Il fine della nuova legge era il ravvicinamento della legislazione albanese nel campo della concorrenza agli standard europei.

Una delle novità più importanti della legge n.9121 e quella di istituire la prima *Autorità garante della concorrenza* organo pubblico di natura amministrativa indipendente (artt. 18-31). A differenza della legge del 1995 che non si applicava a molti settori importanti la nuova legge, va applicata a tutti i settori dell'economia,. L'art. 3 della legge n. 9121 del 2003 nel dare le definizioni del: impresa, intesa, associazioni di imprese, posizione dominante, mercato rilevante ecc. riprende testualmente le definizioni che sono state date dalla giurisprudenza comunitaria.

Gli articoli 8 e 9 della legge n. 9121 disciplinano invece l'abuso della posizione dominante L'art. 8 fissa i criteri per analizzare la posizione dominante¹⁵. L'analisi comincia con la determinazione del mercato rilevante e continua con l'analisi del potere del mercato che detiene l'impresa e le altre imprese concorrenti¹⁶.

In linea con l'art. 82 TCE (102 TFUE) **l'art. 9 vieta l'abuso della posizione dominante. e non più la posizione dominante in per sé**, come invece prevedeva la legge del 1995. Questa è anche una delle novità importanti che la legge prevede Il secondo comma dell'articolo elenca i casi di un abuso della posizione dominante, riprendendo testualmente quelli previsti dall'art. 81 TCE, e cioè sono pratiche abusive:

- a) l'imporre direttamente ed indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione;
- b) limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

¹⁵ Questi criteri sono: il potere di mercato dell'impresa in relazione anche con altri concorrenti; le barriere che impediscono l'entrata nel mercato; la concorrenza potenziale; il potere economico e finanziario dell'impresa; la dipendenza economica di fornitori e clienti; la controeazione dei clienti; i legami economici con altre imprese; altre caratteristiche del mercato come: omogeneità del prodotto, trasparenza del mercato, ecc.

¹⁶ Anche qui vengono seguite le linee definite dalla Corte di Giustizia, specialmente nelle sentenze *Hoffmann-La Roche (C -85/76)*; e *AKZO (C-62/86)*.

d) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Oltre a tali pratiche la legge albanese ne prevede altri due e che consistono nel

e) rifiuto di fornitura ad un cliente o rifiuto di licenza e

f) rifiuto di accesso nell'infrastruttura essenziale (*essential facilities*).

Il primo caso è previsto nella situazione in cui un impresa produttrice vuole entrare anche nel mercato di distribuzione e per questo rifiuta di fornire i suoi clienti che già operano nel mercato di distribuzione¹⁷, il secondo caso ha a che fare con i mercati dove esiste una infrastruttura essenziale come per esempio telecomunicazioni, energia ecc.

Secondo il secondo esempio qui sopra citato il caso più importante che ha indagato l'Autorità Garante della Concorrenza Albanese, riguarda il mercato della telefonia mobile, dove le due società AMC e Vodafone Albania durante il periodo dell'inchiesta (2005-2007) hanno avuto una posizione dominante sul mercato e abusato di questa posizione. La Commissione della Concorrenza nel settembre 2005 ha aperto l'inchiesta nel settore della telefonia mobile attraverso lo sviluppo di procedure investigative per entrambe le società allora operanti nel mercato della telefonia mobile.

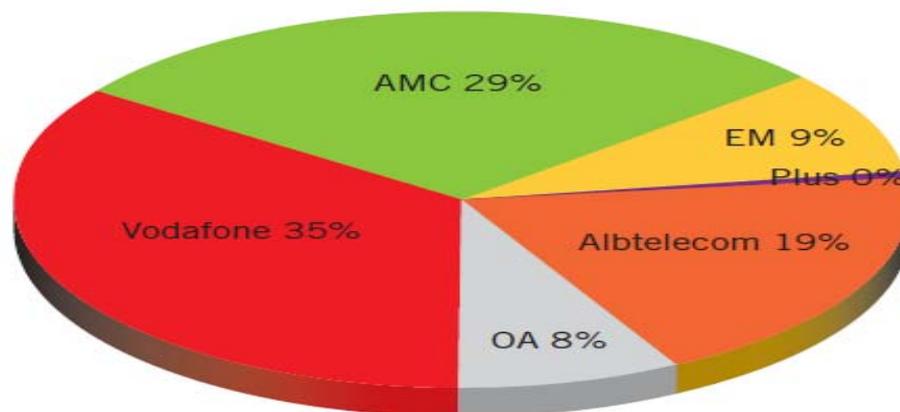
Suddetta Commissione per arrivare alla conclusione di abuso dalla posizione dominante, ha utilizzato tra le altre, le tre prove ampiamente accettata dalla dottrina economica:

- Analisi dei prezzi di mercato – esistenza o meno di prezzi più elevati senza ragionevole rapporto con il valore economico del servizio"
- Analisi dei ricavi totali - La determinazione della condizione che i benefici commerciali provenienti non si sarebbero realizzati in un mercato competitivo"
- Precedente Il confronto con altri casus ed mercati simili¹⁸,

e la loro conseguente testimonianza per abuso dalla posizione dominante dei due operatori.

Per questi motivi, la Commissione della Concorrenza decise di infliggere un'ammenda per entrambe le società di circa 211 milioni di euro per AMC e 242,6 milioni per Vodafone. La decisione è stata impugnata dinanzi alla Corte di Tirana, che ha deciso di respingere la richiesta di JSC AMC (Affermando la decisione della Commissione). Subito dopo questa decisione sotto la raccomandazione della Commissione le autorità competenti attuano una serie di misure per la facilitazione delle licenze e cioè la diminuzione delle barriere d'entrata.

Tabela 1: Reddito complessivo degli operatori delle comunicazioni elettroniche



Totali 2010 = 57087 Milion Lek

Fonte: Autorità delle Comunicazioni Elettroniche e Postali (2010)

Attualmente riferito al reddito complessivo degli operatori telefonici nel mercato albanese possiamo dire che è cambiato ben poco riguardo le posizioni dominanti delle due società.

¹⁷ In linea con la Sentenza della Corte di Giustizia causa C-6-7/73, *ICI & Commercial Solvents*.

¹⁸ Mehilli T. Caso analogo riguarda l'azione della Commissione Europea della Telefonia Mobile in Spagna <http://europa.eu.int>

Importante notare invece, che, se nella norma comunitaria non è prevista espressamente una esenzione, l'ultimo comma dell'art.9 legge albanese prevedeva che non possono essere considerate come pratiche abusive, se l'impresa in posizione dominante riesce a dimostrare che ha agito per ragioni oggettive, come possono essere le ragioni tecniche o commerciali.

Per quanto riguarda invece la nozione della posizione dominante, essa viene definita dall'art. 3 comma 5 della legge, riprendendo la definizione data dalla Corte di Giustizia nella sentenza *United Brands* del 1978 (C 27/76).

Gli articoli 10-17 contengono invece la disciplina delle *concentrazioni*, in linea con gli artt. 1-7 del regolamento (CE) n. 4068/89 relativo al controllo delle operazioni delle concentrazioni. Articolo 12 prevede l'obbligo di notifica e richiesta di autorizzazione per le concentrazioni tra imprese che superano determinate soglie del fatturato.

Sulla base di quanta suddetto ed le Istruzioni "Per le modalità di notifica semplificata sull'esistenza delle concentrazioni", un'operazione di concentrazione deve essere notificata all'Autorità Garante della Concorrenza se le imprese partecipanti in concentrazione hanno un fatturato complessivo di oltre 70 miliardi di lek o il fatturato di tutte le imprese che operano insieme nel mercato interno è più di 800 milioni di euro, ed il fatturato di almeno un'impresa partecipante al mercato interno è più di 500 milioni di lek.

Esistono delle eccezioni in cui le aziende che aderiscono (realizzando il cosiddetto concentrazione) possono ampliare i mercati portando vantaggio al cliente, ad esempio si sviluppano nuovi prodotti con una migliore efficienza e si riducono i costi di produzione o di distribuzione. Le riorganizzazioni di questo tipo sono consentiti e benvenuti nella misura in cui non danneggiano le concorrenza e quindi migliorano la competitività e gli standard di vita.

Proprio negli ultimi anni i più grandi cambiamenti nella struttura del mercato albanese si sono verificati negli intermediari finanziari e le compagnie di assicurazione. L'ingresso nel mercato di importanti gruppi finanziari europei, come Raiffeisen Bank, Intesa San Paolo, Societe Generale, ProCredit Holding, ecc, hanno creato un ambiente più competitivo e un'espansione aggressiva dei servizi bancari.

Il caso più classico di concentrazione è stato quello della fusione creata dal American Bank d'Albania e dalla banca Italo -Albanese.

Questa forma di concentrazione, a seguito della quale Banca Italo - Albanese ha cessato di esistere come soggetto giuridico, e si è creato la nuova banca, con lo stesso nome: American Bank of Albania, con maggiore potere di mercato e si è classificata al secondo posto dopo Raiffeisen Bank.

Vista sotto l'efficienza del mercato, la posizione di mercato della nuova banca ABA dopo la concentrazione non limitava in modo significativo la concorrenza nel mercato e portava vantaggio ai clienti.

L'introduzione di nuovi prodotti / servizi, il miglioramento di quelli esistenti, la creazione di nuove sinergie, lo sviluppo delle tecnologie d'informazione, ecc... sono stati gli strumenti d'analisi economica pro-concorrenziali che superavano le conseguenze del rafforzamento della posizione ABA nel mercato. Per questi motivi, la Commissione della Concorrenza ha autorizzato la concentrazione e la nuova banca opera già nel mercato sotto unico nome di Intesa San Paolo.

L'Autorità in base all'art. 13 vieta le concentrazioni che creano o rafforzano la posizione dominante di una o più imprese nel mercato. Viene invece concessa l'autorizzazione della concentrazione nel caso quando una delle imprese interessate rischia il fallimento (*failing firm* o *rescue merger*¹⁹). La notifica all'Autorità è condizione necessaria per la realizzazione della concentrazione, questa non può neanche realizzarsi prima di essere concessa l'autorizzazione (art.14). Le concentrazioni non possono essere realizzate prima della notifica all'Autorità, né prima della autorizzazione di quest'ultima, (art 14), tutti gli accordi conclusi in violazione sono nulli salvo un'autorizzazione per una realizzazione provvisoria concessa ai sensi dell'art. 60. In caso di mancato notifica è prevista anche una sanzione che può variare da un minimo di 2% ad un massimo di 10% del fatturato conseguito nell'anno precedente (art.74 paragrafo 1). La procedura del controllo delle concentrazioni che l'Autorità deve seguire è stabilita dal Capo V della legge (art.53-64). La legge fissa dei limiti temporali entro quali l'Autorità deve decidere sull'autorizzazione o meno di un'operazione di concentrazione, la mancanza della decisione entro tali limiti viene considerata come una decisione di autorizzazione della concentrazione (art.56 paragrafo 3). Va aggiunto che le decisioni di autorizzazione, negazione, o autorizzazione sotto determinate condizioni (previsto dall'art.61), sono atti amministrativi e sono impugnabili dinanzi al Tribunale ordinario di Tirana²⁰ entro 30 giorni dall'emissione (art.40).

¹⁹Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, JO 2004 C 31/5, § 89. <http://www1.oecd.org/daf/clp/Roundtables/FAIL00.HTM>

²⁰ L'Albania è sprovvista di un Tribunale Amministrativo.

Come si vede la materia delle concentrazioni era disciplinata in linea con il vecchio regolamento n. 4068 del 1989, si ricorda che oggi la disciplina nell'UE è regolata dal regolamento 139/2004 che richiede alla Commissione di accertare se le concentrazioni "ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o rafforzamento di una posizione dominante" e che nel valutare una concentrazione la Commissione tenga conto "dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza". La norma albanese, invece prevedeva solo il divieto di una concentrazione che crea o rafforza una posizione dominante, e non dà la possibilità all'Autorità di tenere conto dell'evoluzione o progresso tecnico come la disciplina comunitaria.

Questo fatto è stato anche uno dei motivi che ha spinto nel 2008 l'Autorità albanese di intraprendere l'iniziativa di rivedere le disposizioni della legge n. 9121 del 28 luglio 2003 "Sulla tutela della concorrenza" allo scopo di ravvicinarla in modo completo alla legislazione europea della concorrenza e a quella dei paesi membri. Di conseguenza il 16 Settembre 2010 è stata approvata la *legge n. 10317 del "Su alcune aggiunte e cambiamenti nella legge 9121 del 28.03.2003 "Sulla tutela della concorrenza"*²¹ Per quanto riguarda la disciplina delle concentrazioni, si è preveduto di armonizzare la legislazione albanese portandola in linea con il regolamento 139/2004 poiché la legge n.9121 come si è visto era in linea con il precedente regolamento n. 4068 del 1989. Così l'Autorità della Concorrenza adesso nella valutazione delle concentrazioni deve tener conto anche dall'efficienza economica che può derivare da tali concentrazioni. La legge n. 10317 del 16 Settembre 2010 elimina tutte le differenze tra la disciplina albanese e quella dell'Unione Europea, riprendendo letteralmente la disciplina di quest'ultima.

Conclusioni

In conclusione il ruolo del legislatore sul controllo delle concentrazioni così come l'intero sviluppo della politica della concorrenza in Albania si può suddividere in quattro fasi.

La prima fase che va dall'anno 1990 con l'inizio della transizione verso l'economia del mercato fino al 1995 caratterizzata da un vuoto normativo in materia, dove tutto era lasciato in mano agli meccanismi correttivi spontanei del mercato.

La seconda fase inizia con l'approvazione della legge n. 8044 "Sulla Concorrenza"²² che segna anche il primo tentativo per realizzare un sistema di tutela della concorrenza in Albania. La disciplina del controllo delle concentrazioni era in funzione della prevenzione della formazione di una posizione dominante sul mercato, una posizione che si ricorda in per sé proibita dalla legge. Tale legge in vigore fino al 2003 anche se è stato il primo tentativo di istituzionalizzare la disciplina, come si è visto portava delle profonde divergenze con la legislazione dell'UE ed è stato inefficace nel dare i risultati richiesti e questo ha comportato il suo cambiamento con la legge 9121 del 28.03.2003 che ha segnato anche l'inizio della terza fase.

Tale legge oltre il merito di ravvicinare la disciplina con quella europea ha anche il merito di fornire all'Albania per la prima volta di un *Autorità garante della concorrenza* come organo pubblico indipendente di natura amministrativa.

Per quanto riguarda la disciplina delle concentrazioni bisogna aspettare un ulteriore intervento del legislatore avvenuto il 16 Settembre 2010 con l'approvazione della *legge n. 10317 del "Su alcune aggiunte e cambiamenti nella legge 9121 del 28.03.2003 "Sulla tutela della concorrenza"* quale ha preveduto ad armonizzare la legislazione albanese a quella europea, portandola in linea con il regolamento 139/2004 poiché la legge n.9121 come si è visto era in linea con il precedente regolamento n. 4068 del 1989 e ha consentito all'Albania l'adozione di una legislazione, tra le più avanzate in materia di tutela della concorrenza.

L'analisi economica del secondo caso delle eccezioni previste dalla legge Albanese riguardanti i mercati dove esiste già una infrastruttura essenziale come per esempio telecomunicazioni, energia ecc in linea con l'art. 82 TCE (102 TFUE) /*art. 9 della legge n. 9121 e i nuovi provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza in Albania per le nuove licenze e i nuovi operatori nel mercato delle comunicazioni non hanno avuto i risultati economici aspettati.*

Questo perché il mercato Albanese è di piccole dimensioni con una domanda limitata, small business e quel che è più importante il consumatore non ha la cultura del cambiamento creando così facilmente situazioni di customer fidelity.

²¹ Legge n. 10 317 del 16. 09.2010 Fletorja Zyrtare e vitit 2010 N. 135

²² Gazzetta ufficiale della Repubblica Albanese n. 27 del 1995

Differente si presenta il caso classico di concentrazione creato dalla fusione del American Bank d'Albania e dalla Banca Italo-Albanese e nascita della nuova banca, con lo stesso nome: American Bank of Albania, con maggiore potere di mercato classificata al secondo posto dopo Raiffeisen Bank che oggi (dal 2008) opera nel mercato sotto unico nome di Intesa San Paolo.

Vista sotto l'efficienza del mercato, la posizione di mercato dell'attuale Intesa San Paolo dopo la concentrazione non limitava in modo significativo la concorrenza nel mercato e portava vantaggio ai clienti come: l'introduzione di nuovi prodotti / servizi bancari, il miglioramento di quelli esistenti, la creazione di nuove sinergie, ecc... In questo caso gli strumenti d'analisi economica pro-concorrenziali si basano sui benefit del consumatore, che superavano le conseguenze del rafforzamento della posizione dominante nel mercato dell'attuale Intesa San Paolo.

Bibliografia

- R. Peritz "Competition Policy in America 1888-1992: History Rethoric, law", New York, 1996.
- D.J.Gerber "Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus", Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Lorenzo Federico Pace, *I Fondamenti del diritto Antitrust Europeo*, Giuffrè editore- Milano 2005
- U. Draetta e N. Parisi, *Elementi di diritto dell'Unione Europea- Parte speciale*, Giuffrè Editore terza edizione Milano 2010
- Autorità della Concorrenza (2006). "Politica Nazionale della Concorrenza". Dal <http://www.caa.gov.al>
- E. Katro "Ndikimi i Bashkimit Evropian mbi disiplinën e konkurrencës" in OPTIME nr. 1 del 2010, p. 10 ss.
- E. Katro "Le intese nel diritto albanese della concorrenza" in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, n. 1, GIUFFRÈ.
- Paolo Cendon, *Il diritto privato nella Giurisprudenza: la Concorrenza*; UTET s.r.l Torino 2005
- G. Bonilini – M. Confortini, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, redazione UTET giuridica, Torino, 2010
- Lamarca, Paganelli *Procedure d'applicazione*, in CENDON (a cura di), *La Concorrenza*; Torino, 2005
- Merola, Armati, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: profili procedurali*, in *DirUE*, 2004
- "Politica Nazionale della Concorrenza" Autorità della Concorrenza, Tirane 2006 <http://www.caa.gov.al>
- Federico Niglia (a cura di) "L'Albania verso l'Unione Europea: il ruolo dell'Italia"; Istituto Affari Internazionali 2006. Accordo http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/albania/st08164.06_en.pdf.
- Polara T. (a cura di) "I Paesi balcanici e l'Unione Europea: A che punto è l'integrazione?" Osservatorio Balcani, 2001.
- Robert H. Frank 1999, *Microeconomia*, McGraw – Hill (ed) <http://www.europa.eu.int/comm/externalrelations/see/albania/index.htm>
- Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, JO 2004 C 31/5, § 89. <http://www1.oecd.org/daf/clp/Roundtables/FAIL00.HTM>
- Legge n. 10 317 del 16. 09.2010 Fletorja Zyrtare e vitit 2010 N. 135
- EU Commission's Stabilization and Association Report of april 4, 2002*. COM (2002) 163
- Pranvera Kellezi, "Kurs per shkollen e Larte te Magjistratures", Nentor 2004, Tirane
- Commissione Europea della Telefonia Mobile in Spagna <http://europa.eu.int>
- Autorità delle Comunicazioni Elettroniche e Postali <http://www.akep.al/images/stories/AKEP/legjislacioni/liqji-nr-9918-date-19-5-2008-1.pdf>