

*“La pianta della concorrenza non nasce da sé, e non cresce da sola; non è un albero secolare che la tempesta furiosa non riesce a scuotere; è un arboscello delicato, il quale deve essere difeso con affetto contro le malattie dell'egoismo e degli interessi particolari, sostenuto attentamente contro i pericoli che da ogni parte lo minacciano sotto il firmamento economico”*L. EINAUDI
(da “Economia di concorrenza e capitalismo storico”,
giugno 1942, p. 65)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Facoltà di Giurisprudenza

**Dottorato di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella
dimensione europea**

Ciclo XXIII

**EVOLUZIONE DELLA POLITICA
DELLA CONCORRENZA E INTERESSI
DEI CONSUMATORI**

Relatore

Chiarissimo Prof. Massimo Condinanzi

Dottoranda

Dott.ssa Greta Demartini

Matr. N° 1004363

Sommario

Capitolo 1 Convergenza tra disciplina della concorrenza ed interesse dei consumatori 5

Introduzione..... 5

Scopi ed interessi tutelati dal diritto *antitrust*..... 9

Lesione della libertà economica del consumatore come conseguenza sia di illeciti concorrenziali che di pratiche commerciali scorrette 12

Le pratiche commerciali scorrette: ruolo istruttorio delle associazioni dei consumatori e “fallimento” della disciplina alla luce della recente giurisprudenza amministrativa 16

Sviluppo ed effetti di forme di tutela diretta e indiretta 21

Attività di *advocacy* dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e influenza indiretta sui consumatori 21

Riflessi diretti e indiretti dell’azione dell’Autorità nazionale *antitrust*..... 30

“Espansione” del ruolo del consumatore nel contesto giuridico ed economico..... 34

Profili di diritto dell’Unione europea e nazionali introduttivi..... 34

La tutela del consumatore nell’ordinamento giuridico italiano..... 42

L’evoluzione della normativa 48

La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e i d. lgs. di attuazione n. 145 e n. 146 48

Mercato concorrenziale e tutela dei consumatori: la costruzione della complementarietà in capo all’Autorità garante 55

L’evoluzione della giurisprudenza..... 59

La Cassazione si pronuncia in tema di legittimazione del consumatore alle azioni civili *antitrust*..... 59

Il ruolo del consumatore nella giurisprudenza della Corte di giustizia.....	64
La tutela dell'interesse risarcitorio del consumatore	72
Tentativo di introdurre l'azione collettiva risarcitoria in Italia: l'ultima versione dell'art. 140 <i>bis</i>	75
Cenni sui profili critici dell'applicazione dell'azione di classe.....	80
Ruolo dei consumatori nella giurisprudenza dei giudici amministrativi.....	83
L'influenza “consumeristica” sui nuovi istituti introdotti sia a livello di diritto dell'Unione europea che nazionale in materia di concorrenza ..	87
Riforma del diritto <i>antitrust</i> comunitario e rilancio del consumatore	87
Introduzione della normativa sui commitments in ambito comunitario e successiva procedura interna in materia di impegni	90
La <i>ratio</i> dell'istituto.....	95
Comparazione tra la disciplina nazionale e quella contenuta nel regolamento comunitario.....	99
La prassi decisionale in materia di impegni in ambito comunitario e nazionale.....	102
Le decisioni della Commissione europea	102
Le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.....	109
Effetti delle decisioni con impegni.....	115
<i>Private enforcement</i> e accesso ai documenti	120
Applicazione dell'istituto da parte della AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette	126
Tendenza applicativa dell'istituto in materia di pratiche commerciali scorrette. Considerazioni	132
Conclusioni	136
Bibliografia	141

Capitolo 1

Convergenza tra disciplina della concorrenza ed interesse dei consumatori

SOMMARIO: Introduzione - 1 Scopi ed interessi tutelati dal diritto *antitrust* - 2 Lesione della libertà economica del consumatore come conseguenza sia di illeciti concorrenziali che di pratiche commerciali scorrette - 3 Le pratiche commerciali scorrette: ruolo istruttorio delle associazioni dei consumatori e “fallimento” della disciplina alla luce della recente giurisprudenza amministrativa - 4 Sviluppo ed effetti di forme di tutela diretta e indiretta - 4.1 Attività di *advocacy* dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e influenza indiretta sui consumatori - 4.2 Riflessi diretti e indiretti dell’azione dell’Autorità nazionale *antitrust* -

Introduzione

La disciplina della concorrenza, che ha lo scopo di garantire un corretto funzionamento del mercato, in cui i rapporti fra le imprese siano guidati da una condizione di reciproca rivalità, è messa a confronto, in diverse occasioni, con interessi estranei alle semplici logiche di efficienza produttiva e allocativa¹.

In particolare, l'intreccio esistente tra la normativa a tutela della concorrenza e l'interesse alla protezione del consumatore, in stretta connessione con l'adozione di una nuova prospettiva che esamina gli effetti finali sul mercato delle condotte delle imprese, ha suscitato, negli ultimi dieci anni, un ampio dibattito sia nella sfera nazionale che in quella dell'Unione europea.

¹ Sul punto si veda A. PERA “Concorrenza e antitrust”, Bologna, Il Mulino, 2009 in cui l'autore sostiene che: “..in un mercato concorrenziale oltre all'efficienza produttiva, consistente nella minimizzazione dei costi, si consegue anche quella che gli economisti chiamano efficienza allocativa: la differenza tra prezzi e costi è minima e quindi le risorse disponibili sono utilizzate per produrre proprio quei beni che i consumatori desiderano”.

Già a partire dal periodo in cui Mario Monti era commissario alla concorrenza, si è diffuso a livello sovranazionale un nuovo sistema di controllo in campo *antitrust* e, nel corso del tempo, sono state progressivamente introdotte riforme intese ad assicurare, nell'ambito dell'attività di accertamento della violazione delle norme in materia, un'indagine fondata su una più solida base economica della disciplina in esame e imperniata sul *consumer welfare*. La stessa Neelie Kroes², riprendendo la prassi delle comunicazioni a mezzo stampa del suo predecessore, ha affermato in un articolo³ di giornale che l'obiettivo delle autorità *antitrust* era quello di trovare la migliore soluzione per i consumatori e di incrementare il "*consumer welfare*"⁴. In risposta poi al quesito centrale volto a stabilire se lo scopo della disciplina della concorrenza sia quello di tutelare le imprese e, solo in via subordinata, i consumatori, il commissario europeo senza dare risposta diretta ha aderito alla tesi incentrata sulla tutela del consumatore, fondandola sul presupposto che il rispetto delle regole del gioco produce in generale effetti favorevoli.

A tale proposito è interessante notare come in un discorso successivo⁵, la Kroes riconoscendo la centralità degli interessi del consumatore, abbia volutamente evidenziato l'importanza di garantire una "*sana e robusta*" concorrenza e di evitare, a maggior ragione nella situazione attuale di crisi economica, qualsiasi forma di protezionismo.

Inoltre, a sottolineare la stretta e indubbia connessione esistente tra le due sfere è stata anche la commissaria europea per la tutela del

² Neelie Kroes è stata commissario europeo per la concorrenza dal 2004 al 2009. Dal 10 febbraio 2010 ricopre il ruolo di commissario europeo per la concorrenza Joaquín Almunia.

³ Articolo pubblicato su *The Wall Street Journal*, September 26, 2007.

⁴ Al riguardo la Kroes porta diversi esempi a conferma dell'utilità per i consumatori degli interventi della Commissione, dalla telefonia al mercato dell'energia, a quello delle poste e anche a quello farmaceutico.

⁵ Discorso pronunciato in occasione dell'incontro "*Competition and consumers in the 21st century*", Bruxelles, 21.10.2009.

consumatore⁶, la quale ha evidenziato come un'azione europea a protezione di tali soggetti, attraverso un accrescimento del loro potere di scelta, a sua volta rafforzi l'obiettivo di una concorrenza non falsata nel mercato unico.

Alla luce del criterio del *consumer welfare*, è stato avviato un riesame in materia di abusi di posizione dominante, che ha condotto alla pubblicazione di linee guida sul tema⁷, in cui la Commissione ha affermato che: *“In relazione al comportamento di esclusione, l'attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti, sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori”*⁸ stessi.

Già nella Comunicazione⁹ sulle restrizioni verticali, e successivamente nelle Linee direttrici per l'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 la Commissione, con il prevedere una deroga per gli accordi, decisioni di associazioni e pratiche concordate che soddisfino i requisiti ivi previsti, ha affermato espressamente come obiettivo di tale norma sia la tutela della concorrenza quale *“strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse”*¹⁰. Attraverso un'analisi delle intese aventi per oggetto di restringere la

⁶ Si veda discorso di Meglena Kuneva *“Consumer and competition policies – Both for Welfare and Growth”* pronunciato in occasione del Global Forum on Competition, tenutosi a Parigi il 22.02.2008.

⁷ Si tratta di una Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, del 3.12.2008 in G.U. C 45 del 24.02.2009.

⁸ Comunicazione sopra citata par. 19.

⁹ Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sulle restrizioni verticali, G.U.C.E. C 291 del 13.10.2000: al paragrafo 7 si afferma che *“La tutela della concorrenza è l'obiettivo primario della politica comunitaria di concorrenza in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse”*.

¹⁰ Comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, G.U.C.E. C 101 del 27.04.2004, paragrafo 13.

concorrenza (quali ad esempio la ripartizione dei mercati e la fissazione dei prezzi), il legislatore dell'Unione ha sottolineato il fatto che queste provocano riduzioni della produzione ed aumenti di prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse e una riduzione del benessere dei consumatori, che si trovano a dover pagare un prezzo più elevato per i beni e servizi in questione¹¹.

Si afferma quindi, sia negli atti adottati dalla Commissione sia anche nella prassi applicativa messa in atto in ambito di Unione, l'intento di porre il consumatore quale punto di riferimento delle politiche di concorrenza. I vertici stessi della Commissione, parlando di *consumer welfare* e di efficienza del mercato, arrivano a sostenere che, essendo la protezione del processo competitivo un importante strumento d'azione, è necessario che essa si accompagni ad un obiettivo e non abbia mero valore di per sé per le Autorità garanti nazionali¹².

Nel presente lavoro di ricerca, partendo da alcuni rapidi cenni al diritto dell'Unione europea, si sottolinea il grado di complementarità esistente tra la disciplina *antitrust* e quella a tutela del consumatore. Da un'analisi di fattispecie e provvedimenti adottati in relazione ad esse, in particolare riferiti alla sfera nazionale e all'operato dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che - come vedremo - assume ampie competenze in entrambi i settori, tenterò di far emergere la stretta connessione e la contiguità logica fra le due.

Specificamente dedicato al consumatore è il capitolo 2, in cui si dà conto dello sviluppo della "veste giuridica" di tale soggetto a partire dalla sfera comunitaria e, attraverso il recepimento delle numerose direttive, anche nella legislazione nazionale. Ho potuto constatare che, a sostegno del fondamentale ruolo del consumatore, si è affermata, accanto alla tutela

¹¹ Cfr. paragrafo 21 della Comunicazione.

¹² Si veda sul punto discorso di Philip Lowe "*Consumer welfare and efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?*", 27 marzo 2007, Monaco.

amministrativa svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cd. *public enforcement*), una legittimazione ed un interesse ad agire in capo a tali soggetti davanti ai giudici nazionali per la violazione di norme *antitrust* (cd. *private enforcement*).

In ultimo, il terzo capitolo della tesi, dopo un riferimento al processo di modernizzazione¹³ che ha coinvolto il diritto della concorrenza a livello sovranazionale, si sofferma sul tema specifico dei cd. "impegni"¹⁴, nuove modalità di chiusura anticipata di procedimenti *antitrust* su base consensuale, adottabili da parte della Commissione e dell'Autorità garante nazionale nella propria attività di accertamento e sanzionatoria di illeciti anticoncorrenziali.

Dall'analisi di alcune fattispecie applicative dell'istituto nella sfera nazionale - come vedremo - emerge una tendenza peculiare perfettamente in linea con l'orientamento pro-consumeristico a cui ho fatto cenno.

Paragrafo 1 Scopi ed interessi tutelati dal diritto *antitrust*

Risalendo alle origini del diritto della concorrenza nella sfera dell'Unione europea, notiamo come questo sia nato non solo come strumento di contenimento del potere privato di impresa ma anche come limitazione dell'intervento statale nell'economia interna dei singoli Stati membri, quando animato da fini protezionistici¹⁵. A differenza del diritto *antitrust* statunitense, espressione di una reazione della moderna e giovane democrazia liberale nordamericana ai grandi "potentati economici" (cd.

¹³ Si tratta del processo di modernizzazione introdotto con il regolamento n. 1/2003 del 16.02.2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli art. 81 e 82 del Trattato (testo rilevante ai fini del SEE) pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. L 001 del 4.01.2003.

¹⁴ Come vedremo nel capitolo 3 la corretta denominazione dell'istituto nella sfera dell'Unione europea è quella di *commitments*, da cui è derivata la disciplina del procedimento adottato dal legislatore nazionale.

¹⁵ Sul punto si veda G. Rossi "*Illecito antitrust e tutela del consumatore*", 2009, Giappichelli, cap. 1.

trusts)¹⁶, in Europa esso si è sviluppato principalmente quale argine all'eccessivo potere pubblico.

Nel sistema del Trattato di Roma si faceva riferimento ad un “*regime teso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*” per assicurare la finalità economica di prosperità e sviluppo di cui all'art. 2 TCE¹⁷.

Premesso ciò, nell'indagare i meccanismi di funzionamento del mercato alla luce delle norme *antitrust*, si è posto il problema di individuare gli scopi e gli interessi tutelati, che hanno assunto una “*veste*” e una rilevanza nel corso degli anni.

Osserviamo che all'inizio in Europa il tema degli obiettivi e delle finalità del diritto della concorrenza non ha ricevuto un'attenzione analoga a quella registrata negli USA¹⁸, forse anche in relazione alle peculiarità dello stesso, il quale è stato inserito all'interno di un Trattato collegato alla creazione di un unico grande mercato. Da ciò è derivata quasi “automaticamente” l'attribuzione dello scopo di integrazione dei mercati al fine della rimozione delle barriere al commercio¹⁹.

¹⁶ Si trattava di gruppi di imprenditori costituiti allo scopo di resistere alla concorrenza selvaggia che si andava delineando per l'effetto dell'affermarsi su larga scala dell'attività economica. Fra questi ricordiamo il “potentato” creato da Rockefeller nel settore petrolifero.

¹⁷ All'articolo 2 del TCE: “*La Comunità ha il compito di promuovere, nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione e le azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri*”. A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, l'articolo 2 TCE è stato abrogato e sostituito, nella sostanza, dall'art. 3 TUE.

¹⁸ Si veda la nota contrapposizione tra la scuola di Harvard e di Chicago negli Stati Uniti. Per un approfondimento sul punto si veda S. BASTIANON “*Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*”, 2005, Milano, Giuffrè, p. 23 e ss.

¹⁹ Sul punto si veda S. BASTIANON “*Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*”, 2005, Milano, Giuffrè.

La realizzazione di importanti risultati relativi al mercato comunitario e alla libera circolazione delle merci hanno reso l'obiettivo iniziale di integrazione dei mercati oramai obsoleto, inducendo ad un superamento e alla successiva "*modernizzazione*", fondata, quest'ultima, su valutazioni di natura principalmente economica. Come affermato fin dall'origine dalla Commissione²⁰, le norme in materia di concorrenza non potevano essere considerate esclusivamente uno strumento per la realizzazione del mercato comune e per eliminare, quindi, gli ostacoli agli scambi tra Stati membri, bensì rivolte al perseguimento delle tradizionali finalità di carattere antimonopolistico.

Da questa origine peculiare si arriva ad un diritto *antitrust* dell'ordinamento UE che prende in considerazione, accanto al tradizionale e generale interesse ad una certa modalità di funzionamento degli scambi, quelli singoli di soggetti parti di rapporti inter-soggettivi ben individuabili²¹.

Ecco quindi che nel pensiero economico compaiono gradualmente studi sulla valutazione delle dinamiche che incidono sulle scelte dei consumatori ai fini dell'individuazione delle più corrette linee di politica della concorrenza e che si inizia ad assumere la micro-prospettiva degli spostamenti a vantaggio o a danno di ciascuno dei soggetti attivi sul mercato, modificabili ad opera del decisore istituzionale.

A ciò è strettamente connesso il successivo sviluppo delle disposizioni di diritto dell'Unione che si occupano anche del ruolo dei consumatori nel processo competitivo e che, in particolare, incominciano

²⁰ Si veda Commissione CE, *Decima relazione annuale sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1982, p. 14 e ss.

²¹ A seguito delle modifiche introdotte con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il nuovo art. 3 TUE fa riferimento, nell'ambito degli obiettivi dell'Unione, ad "*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*". Si tratta di una nozione che sembra rispecchiare la nascita di nuove esigenze ed interessi da tutelare e riallacciarsi a forme di intervento diretto al miglioramento della qualità di vita. In tale panorama, le norme regolatrici dei mercati, in passato imperniate principalmente sulla tutela dell'imprenditore dall'attività scorretta del concorrente, diventano strumenti a favore di altri soggetti del mercato ed, in particolare, dei consumatori finali.

con il riconoscere a questi ultimi la legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da illecito *antitrust*²².

Con rilievo ancora maggiore, secondo un'accezione dinamica della concorrenza, ha preso campo anche nel nostro ordinamento la tendenza a collocare la tutela del consumatore al centro del funzionamento del mercato, quasi una "lente" attraverso cui affrontare il tema. Si passa da una competizione fine a sé stessa, o meglio, tecnicamente orientata al corretto andamento del mercato, volta a garantire che i rapporti tra imprese siano guidati da una rivalità reciproca secondo le regole della dottrina efficientista, ad una cosiddetta "per il mercato" piegata a fini ed interessi diversi, collegati ad un concetto di utilità sociale.

Si diffonde uno standard che guida l'operato dell'Autorità nazionale nell'applicazione delle regole in materia e trova ampio riscontro nel nostro ordinamento grazie anche all'attribuzione a questa delle nuove competenze in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette.

Paragrafo 2 Lesione della libertà economica del consumatore come conseguenza sia di illeciti concorrenziali che di pratiche commerciali scorrette

La funzione e la finalità delle normative a tutela della concorrenza e del consumatore vanno individuate, rispettivamente, nell'interesse alla competitività, al fine di garantire che le interrelazioni tra le imprese siano guidate da una condizione di reciproca rivalità, e nella difesa del consumatore, soggetto qualificato, ritenuto parte debole in un rapporto contrattuale. Entrambi sono fenomeni economici, incisi da una regolamentazione giuridica, che concorre a delineare l'interazione e la connessione fra i due.

²² Sul punto si veda ampia trattazione capitolo 2.

In virtù di questa nuova impostazione giuridico-economica relativa all'applicazione del diritto *antitrust* si riscontra una nuova tendenza ad esaminare le condotte delle imprese dal punto di vista degli effetti finali sul mercato e sul consumatore: è emerso quindi sia, da una parte, che il funzionamento concorrenziale del mercato è condizione necessaria perché lo scambio possa dare luogo ai suoi benefici sia che in alcuni casi esso non è sufficiente e richiede interventi volti a garantire la capacità dei destinatari di effettuare le proprie scelte consistenti in una specifica produzione normativa (cfr. *infra* Capitolo 2).

Si sviluppa un approccio cd. "economico"²³, che non si limita ad assicurare alle imprese la libertà formale di agire e di contrarre bensì tenta un bilanciamento con l'impatto effettivo di tali condotte sul mercato.

A sostegno del rapporto di complementarietà e forte connessione tra le due discipline vi è, come già detto, l'attribuzione alla stessa Autorità garante nazionale delle competenze sia in materia di pratiche commerciali scorrette²⁴ sia di pubblicità ingannevole e comparativa. A tale proposito, analizzando alcune fattispecie di comportamenti anticoncorrenziali e di pratiche commerciali scorrette degli operatori del mercato, si può desumere una certa prossimità logica e fattuale, prova evidente del grado di osmosi esistente fra le due.

Così ad esempio i provvedimenti²⁵ relativi all'istruttoria per l'accertamento di un abuso di posizione dominante in capo a Telecom Italia S.p.A. mostrano che questa società teneva, in attuazione di quanto previsto

²³ Cfr. il testo dell'intervento di G. BRUZZONE - M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, per il Convegno AGCM su "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela". Gli autori, a proposito dell'approccio economico affermano che: "Questo nuovo metodo è compatibile con una visione della concorrenza come fenomeno multidimensionale che coinvolge diversi profili, tra i quali quello organizzativo, quello tecnologico e quello del prodotto".

²⁴ Per una definizione si veda *infra* nota 28.

²⁵ AGCM, Provvedimento n. 18692 – A398 Morosità pregresse Telecom (chiusura istruttoria) del 21.08.2008.

dagli articoli 5 e 24 delle Condizioni Generali di Abbonamento al servizio di telefonia fissa di Telecom, condotte consistenti nel subordinare la richiesta di attivazione di una nuova utenza telefonica o di subentro in una già attiva al previo pagamento delle pregresse morosità del precedente contraente, le quali non corrispondevano in alcun modo ad una controprestazione da parte dell'impresa. La sussistenza di una posizione dominante in capo a Telecom nel mercato *retail* dell'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa discendeva dalla titolarità della rete, capillarmente diffusa sul territorio nazionale, corrispondente al possesso di una consistente quota di mercato.

La condotta vista sopra, espressione di uno sfruttamento abusivo da parte di Telecom della propria posizione privilegiata, presenta una stretta connessione con fattispecie²⁶ di pratiche commerciali scorrette dello stesso operatore quali quelle consistenti nell'addebito in bolletta di somme per connessioni/chiamate verso numerazioni "satellitari/internazionali" effettuate dagli utenti in modo inconsapevole e nella pretesa di un immediato pagamento, pena il distacco della linea telefonica. In questa fattispecie il comportamento dell'operatore viene analizzato sotto il profilo della diligenza professionale definita nel codice del consumo²⁷, alla lettera h) dell'articolo 18 come *"il normale grado della specifica competenza e attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista"* e, alla lettera e) del medesimo articolo, come idoneità a *"falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori"*, e idoneità *"ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione"*

²⁶ AGCM, Provvedimento n. 19051 – Telecom – fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali (chiusura istruttoria) dell'30.10.2008.

²⁷ D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 in G.U. 8.10.2005, n. 235, S.O. n. 162/L.

consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

Nonostante il diverso metro di valutazione del comportamento di Telecom in questo esempio di pratiche commerciali scorrette rispetto a quello relativo al caso visto sopra di abuso di posizione dominante, notiamo come anche in tale ultima ipotesi, la condotta della società, costituendo un ostacolo non solo all’accesso alla rete telefonica, ma anche alla fruizione dei servizi dati e voce offerti dalla medesima nonché da altri concorrenti, va ad incidere in maniera diretta e determinante sull’utente finale. Dal provvedimento dell’Autorità emerge infatti la volontà di ostacolare l’utilizzo da parte dell’impresa dominante del proprio potere di mercato, esercitato con la finalità di impedire ai concorrenti di insidiare la posizione di cui questa gode, ed anche l’attenzione per le ricadute di tale condotta sui consumatori.

Tra gli altri, osserviamo che in un recente procedimento istruttorio²⁸ condotto dall’Autorità nei confronti del Consorzio Bancomat²⁹ volto ad accertare violazioni dell’articolo 101 TFUE connesse alla definizione centralizzata ed uniforme, da parte del consorzio stesso, del valore della commissione interbancaria multilaterale per la carta Pagobancomat, si sottolinea sia che la fissazione di una commissione interbancaria in modo coordinato limita gli spazi di autonomia decisionale delle banche nelle politiche commerciali alla clientela, comportando una significativa riduzione del grado di concorrenza del settore sia che ciò produce condizioni economiche più onerose per l’utenza finale.

²⁸ AGCM Provvedimento n. 21614 - I724 Commissione interbancaria Pagobancomat (chiusura istruttoria) del 30.09.2010.

²⁹ Si tratta di un consorzio al quale partecipano, oltre all’ABI, le banche, gli intermediari finanziari e tutti gli altri soggetti autorizzati dalle leggi nazionali ed europee a operare nell’area dei servizi di pagamento; attualmente, aderiscono al Consorzio BANCORMAT circa 600 banche e società capogruppo di gruppi bancari.

La ricaduta della pratica commerciale oggetto dell'accordo sui consumatori e l'incidenza sui servizi di pagamento ai clienti finali assumono una discreta rilevanza nell'analisi condotta dall'AGCM. Quest'ultima, nell'accettare gli impegni proposti dal Consorzio, valuta il criterio di efficienza economica su cui le parti fondano il metodo di rideterminazione della commissione interbancaria; essa attribuisce inoltre particolare rilievo alla trasparenza, volta a condurre correttamente le scelte dei consumatori e alla corrispondenza con i benefici (in termini di rapidità, sicurezza, affidabilità) prodotti dal servizio Pagobancomat nei confronti di tali soggetti.

Il procedimento istruttorio avviato per accertare una violazione della disciplina in materia di concorrenza, attraverso il nuovo approccio economico, viene bilanciato e confrontato in diverse fasi con le ricadute e gli effetti delle condotte delle imprese sui consumatori.

Paragrafo 3 Le pratiche commerciali scorrette: ruolo istruttorio delle associazioni dei consumatori e “fallimento” della disciplina alla luce della recente giurisprudenza amministrativa

Analizzando alcune fattispecie nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette³⁰ e ingannevoli³¹, notiamo come in alcuni recenti casi

³⁰ Ai sensi dell'art. 20 codice del consumo: “...2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori..”.

³¹ Ai sensi dell'articolo 21 codice del consumo: “ [1] E' considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medioriguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei

le decisioni e i provvedimenti dell'Autorità garante nazionale non abbiano trovato un riscontro positivo nella giurisprudenza amministrativa contraria, che sembra porsi, pertanto, a svantaggio dei consumatori.

Con una serie di pronunce³² in risposta ai ricorsi proposti da alcuni importanti Istituti di credito italiani nel noto caso³³ sulla cd. "portabilità dei

reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice. [2] È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti: a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice. [3] È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza. [4] È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza."

³² Si vedano le sentenze del TAR Lazio Sez. I, n. 3683, 3684, 3685, 3686, 3687, 3688, 3689, 3690, 3691, 3692 del 28.01.2009.

³³ Tale caso comprende i seguenti provvedimenti dell'AGCM: provvedimento n. 18730, PS 1190 – Portabilità mutuo – Deutsche Bank; n. 18737, PS 1201 Portabilità mutuo – Credem; n. 18736, PS 1198 Portabilità mutuo – Gruppo Banca popolare di Vicenza; n. 18741, PS 1207 Portabilità mutuo – Banco popolare; n. 18740, PS 1206 Portabilità mutuo – Banca popolare di Sondrio; n. 18735, PS 1197 Portabilità mutuo – Gruppo UBI Banca; n. 18729, PS 1189 Portabilità mutuo – BNL; n. 18728, PS 1188 Portabilità mutuo – Monte dei Paschi di Siena; n. 18727, PS 1187 Portabilità mutuo – Intesa San Paolo; n. 18732, PS 1192 Portabilità mutuo – Banca Antonveneta; n. 18738, PS 1203 Portabilità mutuo – Credito artigiano; n. 18734, PS 1194 Portabilità mutuo – Banca Sella; n. 18733, PS 1193, Portabilità mutuo – Banca Carige; n. 18731, PS 1191 Portabilità mutuo – Gruppo Unicredit;

mutui”, i giudici amministrativi hanno rovesciato le valutazioni dell’Autorità *antitrust* e annullato le sanzioni inflitte alle banche³⁴.

Analizzando alcune novità normative, da cui la fattispecie era generata, notiamo che il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7³⁵, e le modifiche allo stesso apportate dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244³⁶, erano finalizzate ad assicurare al risparmiatore, che intendesse cambiare banca per sostenere più agevolmente il pagamento di rate di mutuo che gravavano sul proprio bilancio familiare in modo sempre più rilevante, di poterlo fare senza dover affrontare costi. L’articolo 8 di tale decreto conteneva la disciplina relativa alla portabilità e surrogazione del mutuo³⁷.

Con la legge finanziaria per il 2008³⁸ erano poi state introdotte alcune modifiche, a seguito delle quali la nuova versione dell’articolo conteneva un nuovo comma 3 *bis*³⁹, che precisava in maniera categorica l’obbligo di garantire la gratuità dei mutui.

n. 18739, PS 1204, *Portabilità Banca popolare di Milano* del 7.08.2008 in *Boll.* n. 31 del 2.09.2008.

³⁴ Il Consiglio di Stato (Sez. VI) ha confermato le pronunce del TAR, respingendo i ricorsi dell’AGCM con i dispositivi n. 567 e 568 del 23.10.2010.

³⁵ Decreto legge n. 7 del 31.01.2007 in G. U. serie generale - n. 26 del 1.02.2007 , coordinato con la legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 (in questo stesso S.O. alla pag. 5), recante “Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell’istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli”.

³⁶ Legge n. 244 del 24.12.2007 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato in G.U. n. 300 del 28.12.2007.

³⁷ In particolare questo articolo prevedeva che “1. In caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l’esercizio della facoltà di cui all’articolo 1202 del codice civile. 2. Nell’ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L’annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell’atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata. 3. E’ nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l’esercizio della facoltà di surrogazione”.

³⁸ Cfr. *supra*, nota 30.

³⁹ Ai sensi del nuovo comma 3 *bis* dell’art. 8: “La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l’esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono

L'Autorità nazionale *antitrust*, attraverso l'indagine condotta tramite lo svolgimento di test di *mystery shopping*⁴⁰ dall'associazione di consumatori Altroconsumo presso talune filiali di Istituti ed Aziende di credito dislocate nell'intero territorio nazionale, aveva rilevato la sussistenza di una pratica scorretta *"consistente nell'impedire o rendere onerosa per i consumatori, già titolari di un mutuo ipotecario, che si rivolgono agli operatori per ottenerne la surrogazione, l'effettuazione dell'operazione di c.d. portabilità"*, prevista dall'articolo 8 sopra citato. Dalle risultanze dell'indagine, in particolare, era emerso che i professionisti avevano risposto all'esigenza della clientela di cambiare la banca erogante il mutuo, sia offrendo la soluzione più onerosa della sostituzione del mutuo piuttosto che la portabilità, sia effettuando la surrogazione attiva ma con oneri a carico del consumatore.

Il Giudice amministrativo, sulla base di *"un quadro normativo di riferimento"* che secondo la sua interpretazione *"non proponeva all'operatore creditizio univoche coordinate di operatività"*, non ha ravvisato nelle pratiche *"orientative"* individuate dall'Autorità, con il preteso intento di conseguire profitti economici, la sussistenza di pratiche commerciali scorrette⁴¹.

essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi".

⁴⁰ Sul significato di questo termine, che indica un sistema di conduzione dell'indagine istruttoria si veda sentenza TAR n. 3686/2009 citata al punto 3.4: *"Per mystery shopping (letteralmente "compere mistero"; e diversamente denominato, nella pratica commerciale, come "ghost shopping", "secret shopping", "mystery customers", "anonymous audits", "virtual customers", "employee evaluations", "performance audits") si intende, generalmente, una pratica di marketing usata principalmente nell'ambito dei servizi adottata dalle organizzazioni per monitorare le proprie procedure, verificare l'erogazione di servizi o la vendita dei prodotti ed acquisire elementi di garanzia in ordine alla soddisfazione dei propri clienti"*.

⁴¹ A tale proposito si veda, ad esempio, sentenza del TAR n. 3686/2009, punto 3.2: *"..laddove una tale pratica "orientativa" sia stata effettivamente posta in essere da uno o più istituti di credito nei confronti della clientela sul presupposto dell'intento (peraltro*

La vera singolarità della pronuncia è però quella riferita alle perplessità circa le modalità di avvio del procedimento istruttorio e con le quali, di fatto, il TAR contesta il ruolo istruttorio delle associazioni dei consumatori. Sebbene i giudici affermino di non voler mettere in dubbio la liceità del *mystery shopping* come strumento di indagine, nonostante la definiscano come una pratica “*subdola*”, ritengono tuttavia che l'utilizzazione strumentale fattane dall'Autorità, volta ad “*assumere*” la presenza di diffuse pratiche commerciali scorrette, sia “*gravemente inappropriata*”.

Il Collegio osserva che l'indagine condotta dall'associazione Altroconsumo, soggetto privato, se poteva sollecitare legittimamente i poteri pubblici, alla stessa stregua di quanto riconoscibile in capo a ciascun cittadino, non poteva assumere il ruolo di attività propriamente istruttoria: pertanto l'Autorità *antitrust*, protesa al perseguimento dell'interesse pubblico, e, come tale, unica autorizzata a compiere attività istruttorie nell'ambito del procedimento, avrebbe dovuto assumere, a parere dei giudici, un ruolo di primo piano.

Sulla base di queste argomentazioni i giudici hanno annullato i provvedimenti dell'AGCM, che sanzionavano le banche coinvolte.

Ciò comporta un inevitabile riflesso negativo sui consumatori finali, che di fatto subiscono l'asserita “*riscontrata assenza di elementi univocamente indizianti*” e “*l'indimostrata configurazione dell'elemento*

indimostrato) di conseguire profitti economici per effetto della proposta operazione di sostituzione (in luogo della surrogazione) del mutuo, allora non è dato comprendere la portata concretamente decettiva o fuorviante di tale politica imprenditoriale ove si consideri: non soltanto che il cliente (eventualmente insoddisfatto dell'opzione al medesimo offerta da una banca) ben avrebbe potuto rivolgersi altrove, ma, soprattutto, che, in assenza di alcun obbligo legale a contrarre (ed a contrarre esclusivamente mediante surrogazione del mutuo), ben avrebbe potuto qualunque istituto di credito, quand'anche in presenza di un chiaro quadro di riferimento, continuare a proporre alla clientela (esclusivamente) la sostituzione e non (anche) la surrogazione, ove ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili, ma sicuramente) ex se non interpretabili in termini di (sanzionabile) scorrettezza”.

soggettivo qualificante la condotta all'esame", non vedendosi riconoscere le proprie pretese.

Paragrafo 4 Sviluppo ed effetti di forme di tutela diretta e indiretta

4.1 Attività di *advocacy* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e influenza indiretta sui consumatori

Accanto alla regolamentazione contenuta nella legge 287/1990, che ha introdotto "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", relative a poteri di carattere istruttorio e provvedimentale nei confronti delle imprese, occorre, a parere del legislatore, anche riformare i vincoli di carattere legale e amministrativo esistenti in Italia, in particolare nel settore dei servizi⁴².

L'estensione della concorrenza nel nostro Paese non è quindi da ricondurre esclusivamente alla legge del 1990, che ha introdotto la protezione della concorrenzialità del mercato quale bene pubblico, accostandosi alle norme del codice civile riferite a soli rapporti interprivati⁴³.

Appare fondamentale il processo volto ad influenzare e trasformare il quadro legislativo esistente in Italia, rendendo più agevole la libertà di entrata ed uscita da settori e tentando, attraverso l'esercizio di una funzione consultiva e di raccomandazione di carattere generale, di condizionare

⁴² A tale proposito si veda il d.d.l. n. 1240 presentato al Senato nel corso della X legislatura, in cui si osservava che *"alla struttura di mercato e di controllo finanziario sostanzialmente poco concentrata di buona parte del settore industriale e commerciale italiano, corrisponde una situazione caratterizzata da notevoli vincoli alla concorrenza di carattere legale e amministrativo, in particolare nel settore dei servizi"*.

⁴³ Il riferimento è agli articoli 2598 e ss. del c.c. Sul punto si veda intervento di G. AMATO al Convegno *Le ragioni della concorrenza. Vent'anni di antitrust italiano*, Roma, 26.11.2010.

iniziative regolatrici e normative introdotte dal governo a livello centrale e locale⁴⁴.

Questi interventi possono infatti erigere barriere all'entrata o alla mobilità, facilitare la collusione o svantaggiare ingiustamente nella concorrenza determinati operatori invece di altri⁴⁵.

A tale proposito prendiamo in considerazione la norma contenuta nella legge 287 all'articolo 21, che attribuisce all'Autorità il potere di segnalare alle amministrazioni pubbliche e al Parlamento le distorsioni della concorrenza derivanti da leggi e da atti amministrativi nonché quella contenuta all'articolo 22, che le consente di rendere pareri su problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato e su iniziative del Governo potenzialmente restrittive. I successivi articoli 23 e 24 introducono rispettivamente la relazione annuale sull'attività svolta nel corso dell'anno precedente e i rapporti *“circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa relativa ai settori degli appalti pubblici, delle imprese concessionarie e della distribuzione commerciale”*, che l'Autorità deve presentare al Presidente del Consiglio dei Ministri.

A ciò si aggiunga la facoltà del Governo nella persona del Presidente del Consiglio di chiedere pareri su alcune specifiche iniziative legislative⁴⁶, che norme successive hanno esteso ad altre ipotesi⁴⁷.

⁴⁴ Assai significativo è come specifica attenzione al tema venga dedicato anche dall'ordinamento francese nel Rapporto redatto dalla *Commission pour la libération de la croissance française* (cd. “Rapporto Attali”) laddove si ravvisa l'opportunità di operare una riforma che autorizzi l'Autorità di concorrenza francese ad esprimere pareri sui provvedimenti legislativi e amministrativi anche di propria iniziativa, come in Italia.

⁴⁵ Si veda sul tema E. ARISI - F.M. ESPOSITO *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* in *Economia e politica industriale* n. 2/2008.

⁴⁶ A tale proposito l'art. 22 comma 1 secondo periodo recita: *“Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottomettere l'esercizio di un'attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita”*.

⁴⁷ L'Autorità esprime un parere obbligatorio in una serie di ipotesi previste da norme speciali, al fine di verificarne l'impatto sulla concorrenza. Tra queste, senza pretesa di

Questi ultimi pareri⁴⁸, a differenza delle segnalazioni di cui all'articolo 21, hanno ad oggetto iniziative legislative di carattere generale o particolare ancora in corso, inclusi provvedimenti amministrativi singolari⁴⁹, mere prassi e comportamenti⁵⁰, ovvero più genericamente problemi riguardanti la concorrenza e il mercato.

completezza, si indicano: i pareri in tema di servizi di pubblica utilità (art. 2 c. 34 legge 14.11.1995, n. 481), di comunicazioni elettroniche ai fini dell'analisi dei mercati da sottoporre a regolamentazione (art. 19 c. 1 d. lgs. 1.08.2003 n. 259) e di trasferimenti dei diritti d'uso sulle radio frequenze (art. 14 c. 5 d. lgs. 1.08.2003 n. 259), in materia di rapporto tra enti pensionistici e fondi pensione (artt. 6 e 8 d. lgs. 21.4.1993, n. 124 ora abrogato dall'art. 21 d. lgs. 5.12.2005, n. 252), di razionalizzazione della rete di distribuzione dei carburanti (art. 3 d. lgs. 11.2.1998, n. 32), di prezzo dei libri (art. 11 d. lgs. 7.3.2001, n. 62), con riguardo all'approvazione di linee guida in materia di commercializzazione di diritti audiovisivi (art. 6 c. 6 d. lgs. 9.1.2008, n. 9) e infine in relazione alle modalità di affidamento diretto da parte degli enti locali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (art. 23 *bis* d.l. 25.6.2008 n. 112 convertito in legge 6.8.2008, n. 133 recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria").

⁴⁸ Sulla natura di questi pareri la dottrina non presenta un orientamento unanime: alcuni autori riconducono i suddetti pareri tra quelli in senso proprio (F.SAJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1990, I, 465); altri attribuiscono invece ai pareri formulati d'ufficio natura di "pareri-note" privi di effetti giuridici nei confronti dei destinatari (neppure sul piano dell'onere motivazionale in caso di scelta difforme), diversamente opinando con riguardo ai pareri espressi su richiesta dell'amministrazione destinataria, i quali sarebbero pareri "in senso proprio". Altri ancora (L. PISCITELLI, *sub artt. 21-24, Poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità*, in Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 297 e al decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, 1994, 584) operano una distinzione tra: a) pareri che l'Autorità può esprimere, d'ufficio o su richiesta delle amministrazioni interessate, sulle iniziative normative e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato; b) pareri resi, su richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sulle iniziative legislative o regolamentari che possono produrre gli effetti indicati (restrizioni quantitative, diritti esclusivi, imposizione di pratiche generalizzate). Ai primi viene attribuito carattere facoltativo, alla luce di due fattori: 1) la possibilità che il parere venga rilasciato d'ufficio; 2) l'assenza, in ogni caso, di qualsiasi connessione procedimentale con l'esercizio dei poteri ausiliari e di effetti infra-procedimentali rispetto a questi ultimi. I secondi, invece, vengono inquadrati tra i pareri in senso tecnico, la cui espressione, quando richiesta, avrebbe carattere non vincolante ma comunque obbligatorio. In questo secondo caso l'attività consultiva si innesterebbe, quindi, sul procedimento di iniziativa legislativa o regolamentare.

⁴⁹ MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, 3ª ed., Padova, 2004, 2411.

⁵⁰ UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4ª ed., Padova, 2007, 2902.

Nonostante la collocazione all'interno della legge *antitrust*, l'attività consultiva e conoscitiva dell'Autorità riveste carattere autonomo e non meramente complementare o strumentale rispetto ai poteri di intervento diretto nei confronti delle imprese. Attraverso tale funzione consistente nella formulazione di pareri o segnalazioni, l'AGCM, pur mantenendo una posizione neutrale nei confronti della sfera politica⁵¹, si è vista riconoscere di fatto il potere di incidere attivamente sulla regolazione economica dei mercati e sul processo politico istituzionale, favorendo l'adattamento dell'ordinamento giuridico nazionale ai principi di tutela e promozione della concorrenza derivanti dall'Unione europea e svolgendo quindi un importante ruolo nell'elaborazione e realizzazione a più livelli di quest'ultima.

Gli interventi effettuati ai sensi degli art. 21 e 22 della legge n. 287/90 non si traducono in una mera censura nei confronti di provvedimenti amministrativi o legislativi lesivi della concorrenza ma anche in interventi di carattere propulsivo e propositivo, ossia di indicazione in positivo di proposte di modifiche normative da apportare, anche sotto forma di emendamenti, volti a rimuovere distorsioni.

L'esercizio del potere di *advocacy* è subordinato, dal punto di vista sostanziale, al concorso di alcune condizioni, tra le quali la particolare rilevanza del caso, l'esistenza di un nesso di causalità diretta tra l'alterazione del corretto funzionamento del mercato e la previsione contenuta nella norma oggetto di censura e la presenza di una sproporzione tra il pregiudizio alla concorrenza e le esigenze di interesse generale che la disposizione legislativa intende perseguire⁵².

⁵¹ M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico parlamentare?*, in *Diritto Amministrativo*, 1997, 90-91.

⁵² L'accertamento della rilevanza del caso richiede una preliminare valutazione di carattere discrezionale da parte dell'Autorità sulla rilevanza della fattispecie. Il nesso di causalità ed il giudizio di proporzionalità della restrizione introducono il test di proporzionalità, che

Le segnalazioni di cui all'art. 21, che ricadono tra le mere dichiarazioni di giudizio e non tra i pareri in senso tecnico, sono espressione di un'attività ampiamente discrezionale: l'Autorità esercita una funzione di *moral suasion*, che non esplica effetti giuridici vincolanti nei confronti dei destinatari, pur avendo un'efficacia derivante dall'autorevolezza ed indipendenza della fonte. Tali poteri consultivi e di segnalazione contribuiscono, nel tempo, a creare e rafforzare, anche presso le istituzioni e le pubbliche amministrazioni, una cultura della concorrenza e del mercato. Peraltro l'attribuzione di questi ad un'autorità indipendente, in posizione di neutralità rispetto agli interessi settoriali, è volta a garantire una funzione di cura e rappresentanza dell'interesse pubblico che contrasti regolazioni anticompetitive⁵³.

Per quanto attiene l'oggetto della ricerca, emerge come l'attività di *advocacy* generi effetti indiretti sul consumatore finale mediati da altri soggetti pubblici, cui le segnalazioni e i pareri sono rivolti. L'influenza dell'Autorità sulla produzione legislativa ha trovato espressione, ad esempio, nei decreti di cd. "liberalizzazione", con cui si sono affrontati una serie di temi facendo seguito a segnalazioni ed interventi anteriori.

Partendo dalla relazione al disegno di legge di conversione del decreto legge n. 223/2006⁵⁴, notiamo i numerosi richiami alle segnalazioni

l'Autorità deve svolgere tra l'entità della distorsione alla concorrenza provocata dalla norma oggetto di analisi e l'interesse generale ad essa sotteso, al fine di operare un bilanciamento tra interessi pubblici e soluzioni più favorevoli al mercato. Tale test è reso necessario dal fatto che da un lato ogni norma che regola l'economia può contenere un elemento di distorsione della concorrenza, dall'altro si presume che nessuna legge presumibilmente sia priva di un interesse generale quantomeno dal punto di vista formale visto che viene approvata da un organo dello Stato (P.L.PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive in Temi e Problemi, Collana a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1996, 10*).

⁵³ Vedi M. CLARICH, op. cit., p. 85 e ss.

⁵⁴ Decreto legge 4.07.2006 *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 all'evasione fiscale* convertito in legge 4.08.2006 n. 248 *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni*

ed indagini conoscitive dell'Autorità, con riferimento a tariffe professionali, distribuzione commerciale, attività di panificazione⁵⁵, vendita di farmaci⁵⁶, taxi⁵⁷, assicurazioni, servizi bancari e funzionamento delle camere di commercio.

In riferimento al decreto legge cd. "Bersani bis"⁵⁸, il Governo ha richiamato l'attività consultiva e conoscitiva *antitrust* in tema di tariffe aeree, ricariche telefoniche, assicurazioni, guide turistiche, autoscuole e trasporti ferroviari ad alta velocità.

L'influenza è evidente in materia di assicurazioni, dove il passaggio al sistema dell'indennizzo diretto e l'eliminazione della distribuzione esclusiva, ora legge, erano stati auspicati in sede di segnalazione⁵⁹.

Ai poteri di segnalazione e consultivi si aggiunge la facoltà, prevista all'art. 12 comma 2 della legge n. 287/90, per l'Autorità di *"procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione*

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 all'evasione fiscale, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 186 dell'11 agosto 2006 – S.O. n. 183.

⁵⁵ Si veda AS 246 *Nuove norme sulla panificazione* dell'8.11.2002 in *Boll.* n. 44 del 18.11.2002.

⁵⁶ Sui farmaci si veda AS 371 *Regolamentazione della vendita al dettaglio dei farmaci non soggetti a prescrizione medica* del 24.11.2006 in *Boll.* n. 45 del 27.11.2006.

⁵⁷ Per quanto riguarda i taxi si veda AS 277 *Distorsioni della concorrenza nel mercato dei servizi taxi* del 3.03.2004 in *Boll.* n. 9 del 15.3.2004.

⁵⁸ Decreto legge 31.01.2007 *Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli* convertito in legge 2.04.2007 n. 40 *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 77 del 2 aprile 2007 – S.O. n. 91.

⁵⁹ Cfr. AS 301 *Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle assicurazioni private* del 28.07.2005 in *Boll.* n. 28 dell'1.08.2005, AS 309 *Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle assicurazioni private* dell'1.06.2005 in *Boll.* n. 22 del 20.06.2005 e AS 378 *Distribuzione assicurativa in materia di responsabilità civile auto*, del 16.01.2007 in *Boll.* n. 1 del 22.01.2007.

degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata”. Dalla formulazione della norma ricaviamo l’ampiezza del potere di indagine, nel quale pertanto rientrano una molteplicità di prodotti o servizi che ricadono in una pluralità di mercati rilevanti diversi.

Nel recente passato l’Autorità ha condotto procedimenti, tra cui quelli sui prezzi alla clientela dei servizi bancari⁶⁰, sulle carte prepagate⁶¹, sul mercato dei rifiuti da imballaggio⁶², sulla distribuzione agroalimentare⁶³, sui prezzi di ricarica del credito di telefonia mobile⁶⁴, sulle condizioni di mercato e concorrenziali nei servizi di sms, mms, servizi dati in mobilità⁶⁵, sullo stato di liberalizzazione dei settori dell’energia elettrica e del gas naturale⁶⁶, sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri⁶⁷.

L’influenza diretta sui processi di formazione del diritto e gli effetti concreti, seppure indiretti, sui consumatori finali sono emersi nel corso del tempo: esemplare il caso delle carte prepagate (IC 37)⁶⁸, su cui l’AGCM ha condotto un’indagine da giugno 2007 a marzo 2009, che ha condotto il legislatore ad approvare nel frattempo la disposizione di cui all’articolo 1

⁶⁰ AGCM, Provvedimento n. 16403 – IC 32 *Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari* dell’1.02.2007 in *Boll.* n. 3 del 5.02.2007.

⁶¹ AGCM, Provvedimento n. 19678 - IC 37 *Indagine conoscitiva sulle carte prepagate* (chiusura indagine conoscitiva) del 19.03.2009 in *Boll.* n. 13 del 20.04.2009.

⁶² AGCM, Provvedimento n. 18585 – IC 26 *Mercato dei rifiuti di imballaggio* (chiusura indagine conoscitiva) del 3.07.2008 in *Boll.* n. 26 del 14.08.2008.

⁶³ AGCM, Provvedimento n. 16908 - IC 28 *Indagine sulla distribuzione agroalimentare* (chiusura indagine conoscitiva) del 7.06.2007 in *Boll.* n. 22 del 18.06.2007.

⁶⁴ AGCM, Provvedimento n. 16128 – IC 33 *Prezzi di ricarica del credito di telefonia mobile* (chiusura indagine conoscitiva) del 15.11.2006 in *Boll.* n. 44 del 20.11.2006.

⁶⁵ AGCM, Provvedimento n. 19859 – IC 39 *Servizi sms, vizi mms e servizi dati in mobilità* (chiusura indagine conoscitiva) del 7.05.2009 in *Boll.* n. 18 del 25.05.2009.

⁶⁶ AGCM, Provvedimento n. 14031 – IC 22 *Stato della liberalizzazione dei settori dell’energia elettrica e del gas naturale* (chiusura indagine conoscitiva) del 9.02.2005 in *Boll.* n. 6 del 28.02.2005.

⁶⁷ AGCM, Provvedimento n. 14260 – IC 24 *Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri* (chiusura indagine conoscitiva) del 27.04.2005 in *Boll.* n. 17 del 16.05.2005.

⁶⁸ Vedi nota 42.

del d.l. 7/2007 convertito in legge n. 40/2007, relativa all'eliminazione della scadenza e dei contributi di ricarica delle carte prepagate.

L'analisi sui prezzi elevati dei servizi bancari⁶⁹ in Italia, a seguito delle numerose segnalazioni circa l'eccessiva onerosità sottoposte all'attenzione dell'Autorità dalle Associazioni dei consumatori, e da cui è scaturita la segnalazione⁷⁰ relativa alla disciplina dello *ius variandi*, ha posto in rilievo la mancanza di trasparenza in tale mercato e il conseguente deficit informativo a sfavore dei clienti. Il Governo ha accolto tali osservazioni, in particolare quelle volte a trasformare la dinamica dei rapporti tra cliente e banca, attraverso la modifica dell'art. 118 del Testo unico bancario⁷¹.

Essendo già nota la tendenza dell'Autorità ad associare gli obiettivi di protezione del consumatore alla materia *antitrust* strettamente intesa, unita ad una rafforzata convinzione circa la centralità⁷² di tali soggetti nel sistema istituito a tutela del libero mercato, osserviamo come ciò si verifichi ugualmente nell'attività di *advocacy*.

Anche in questo caso l'Autorità nazionale sembra voler superare l'interpretazione comune, secondo cui la protezione del consumatore

⁶⁹ Vedi nota 41.

⁷⁰ AGCM, AS 338 *Disciplina dello "ius variandi" nei contratti bancari* del 26.05.2006 in *Boll.* n. 19 del 29.05.2006.

⁷¹ Con il primo decreto Bersani (d.l. n. 223/2006) l'art. 118 del Testo unico bancaria è riformulato nel modo seguente: "Art. 118. - (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali). – 1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma del codice civile. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: 'Proposta di modifica unilaterale del contratto', con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente".

⁷² Si veda L. FIORENTINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela dei consumatori* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2008.

sarebbe il riflesso del rispetto di alcune regole di condotta volte a contenere forme specifiche di potere di mercato e gli effetti su tale soggetto rappresenterebbero il parametro per selezionare le condotte effettivamente lesive del bene tutelato da quelle astrattamente riconducibili alle fattispecie vietate.

Seguendo una diversa impostazione⁷³, la nostra amministrazione indipendente ha adottato un modello di tutela che individua nel consumatore l'oggetto immediato dell'azione di controllo, in quanto soggetto portatore di interessi particolari.

Alla base di tale scelta l'Autorità garante nazionale sembra porre la ricerca di consenso e l'obiettivo di penetrare il tessuto sociale in un Paese come l'Italia, in cui stenta a diffondersi la cultura e la condivisione del valore della concorrenza nel tessuto sociale⁷⁴.

In questa prospettiva, da un lato si promuovono regole che proteggono la libertà di scelta di tali soggetti come processo di formazione consapevole ed informato⁷⁵, dall'altro si perseguono obiettivi quali la riduzione dei prezzi di servizi e beni specifici ed altri vantaggi immediati per i consumatori⁷⁶.

⁷³ Si tratta di un'impostazione che, come sottolineato in L. FIORENTINO, op.cit., ha suggerito di cercare un fondamento dal basso all'indipendenza delle Authority, nel caso di specie dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas (cfr. Cons. Stato, sez. VI, nn. 7972/2006 e 22012/2006).

⁷⁴ A tale proposito ricordiamo che il tema dell'*accountability* delle Autorità indipendenti, intesa come responsabilità assunta nei confronti del tessuto sociale, rappresenta uno dei nodi più controversi tra le tematiche che riguardano questi organismi e che ha influenzato le tecniche di intervento dell'Autorità garante nazionale.

⁷⁵ Si veda ad esempio la modifica all'art. 118 del Testo unico bancario.

⁷⁶ Esemplari le segnalazioni e le indagini conoscitive sopra citate su taxi, assicurazioni, carte prepagate, ricariche telefoniche, farmaci, tariffe aeree, ecc.

4.2 Riflessi diretti e indiretti dell'azione dell'Autorità nazionale antitrust

L'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale ai sensi dell'art. 1 della legge istitutiva (n. 287/90) ha il compito di applicare le disposizioni di tale normativa, *“in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica”*, ad intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni tra imprese, quando non ricadono nel campo di applicazione degli articoli del TFUE⁷⁷, genera in svariati modi effetti indiretti sui consumatori finali.

Il collegamento tra le norme a tutela della concorrenza e la protezione del consumatore non sembra essere limitato agli scarsi riferimenti contenuti nelle prime⁷⁸, ma si ricava dai risvolti che si producono in via mediata su tali soggetti, influenzandone il comportamento e le abitudini.

L'istruttoria⁷⁹ condotta dall'Autorità sui prezzi elevati del latte artificiale a seguito di numerose segnalazioni, con cui singoli consumatori e associazioni denunciavano che il costo di questi prodotti in Italia era

⁷⁷ Si tratta degli articoli 101 e 102 TFUE. Ai sensi dell'art. 1 comma 2 della legge n. 287/90: *“L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, di seguito denominata Autorità, qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1, ne informa la Commissione delle Comunità europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso”*.

⁷⁸ Si vedano: art. 3 lett. b laddove si vieta l'abuso di posizione dominante che possa *“b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”*; art. 4 sulle deroghe al divieto di intese restrittive della libera concorrenza che diano luogo *“a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori”*; art. 6 che impone di valutare le operazioni di concentrazione prendendo in considerazione, fra l'altro, le *“possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori”*; art. 12 comma 1 sui poteri di indagine dell'Autorità la quale valuta gli elementi forniti da *“chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori”*.

⁷⁹ Si vedano: AGCM, provvedimenti n. 13350 dell'8.07.2004 (avvio istruttoria) e n. 14775 del 12.10.2005 (chiusura istruttoria) I 623 *Prezzi dei lattini per l'infanzia* in Boll. n. 28 del 26.07.2004 e n. 40 del 24.10.2005.

significativamente più elevato di quello di altri Paesi europei, ha avuto notevole impatto su tali soggetti.

Attraverso l'indagine *antitrust* è stata scoperta e rimossa un'intesa tra le principali imprese produttrici di latti per l'infanzia, che aveva provocato una consistente alterazione della concorrenza: accanto ad effetti diretti dei provvedimenti dell'Autorità consistenti in una diminuzione dei prezzi, si sono prodotti anche riflessi indiretti consistenti in una modifica delle abitudini della domanda. I consumatori infatti, influenzati dall'indagine *antitrust*, sono diventati sensibili nei confronti dei prezzi e grazie alla nuova consapevolezza dell'equivalenza tra prodotti di marca e non, hanno mostrato la disponibilità ad acquistare anche latti artificiali non di marca, venduti a cifre inferiori.

Tutto ciò da un lato ha favorito l'ingresso nel mercato dei latti per l'infanzia di nuove ditte, dall'altro ha innescato una concorrenza fra imprese distributrici, anche attraverso il canale farmaceutico, con evidente risparmio per i consumatori finali.

A questi effetti positivi si aggiungono quelli derivanti dall'autorizzazione da parte dell'Autorità della concentrazione⁸⁰ tra le due imprese Koninklijke Numico N.V. e Mellin a seguito della presentazione di impegni, che prevedevano la diminuzione del prezzo del latte artificiale e l'assicurazione che una parte dei prodotti fossero distribuiti presso la GDO (supermercati e ipermercati). Tale operazione si è risolta a favore di una riduzione dei costi e di un notevole vantaggio per i compratori.

Un altro caso recente⁸¹, che ha grande potenziale nel concorrere al prodursi sia di effetti diretti che indiretti sui fruitori del servizio di trasporto, è il procedimento istruttorio avviato dall'Autorità nei confronti di RFI Rete ferroviaria italiana S.p.A., società che gestisce l'infrastruttura ferroviaria

⁸⁰ Si veda a tale proposito AGCM, provvedimento n. 14390 – C 6941 *Koninklijke Numico N.V. / Mellin* del 15.06.2005 in *Boll.* n. 23 del 27.06.2005.

⁸¹ AGCM, Provvedimento 18935 – A 409 *NTV/RFI Accesso al nodo di Napoli* del 2.10.2008 in *Boll.* n. 37 del 29.10.2008.

italiana e della sua controllante, Ferrovie dello Stato S.p.A., a seguito della segnalazione inviata da Nuovo Trasporto Viaggiatori S.p.A., impresa operante nel mercato del trasporto viaggiatori ad alta velocità.

Questa società nuova entrante aveva inviato una richiesta a RFI per poter accedere e utilizzare il centro di manutenzione e le infrastrutture tecniche costituenti l'impianto dinamico Polifunzionale del nodo di Napoli nonché gli spazi nei fabbricati viaggiatori, allo scopo di fare ingresso e concorrere nei mercati del servizio di trasporto. Il comportamento di risposta di RFI, che insieme a Trenitalia S.p.A. deteneva una posizione dominante, era stato ingiustificatamente dilatorio e tale da ostacolare l'ingresso di un nuovo concorrente in un mercato liberalizzato, con effetti favorevoli per l'unico operatore esistente e con evidente pregiudizio per il consumatore finale.

L'avvio dell'istruttoria nei confronti del gruppo Ferrovie dello Stato e di RFI, volta ad accertare l'esistenza di una violazione che, vista la sua dimensione nazionale e l'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale sulle correnti di scambio tra Stati membri, era inquadrabile nella fattispecie dell'art. 82 TCE (ora art. 102 TFUE), ha spinto RFI a presentare tempestivamente impegni ai sensi dell'art. 14 *ter* della legge n. 287/90⁸².

Dall'esito di tale procedimento si desume la spinta impressa dall'Autorità volta ad eliminare le barriere all'entrata del settore dei trasporti ferroviari, confermata in successivi provvedimenti⁸³, con un auspicato effetto finale di miglioramento dell'offerta nei confronti dei consumatori. La stessa Autorità aveva già avuto modo di sottolineare⁸⁴ quali elementi negativi sotto il profilo concorrenziale tanto l'assenza di una chiara

⁸² Impegni presentati da RFI con comunicazione del 12 marzo 2009, integrata il 7 aprile 2009 e pubblicati sul sito dell'Autorità in data 21 aprile 2009. Si veda AGCM, provvedimento 19724 – A 409 NTV/RFI *Accesso al nodo di Napoli* del 9.04.2009.

⁸³ AGCM, AS 659 *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* del 9.02.2010 in *Boll.* n. 4 del 15.02.2010.

⁸⁴ Si veda AGCM, AS 528 *Oneri di servizio pubblico nel settore del trasporto ferroviario* dell'1.6.2008 in *Boll.* n. 21 del 15.06.2009.

distinzione tra gli ambiti aperti alla concorrenza nella fornitura di servizi ferroviari e la sfera in cui i servizi di trasporto rispondono ad obblighi di servizio pubblico, quanto la continua proroga delle concessioni di lunga durata.

Sulla scia di segnalazioni e provvedimenti dell'Autorità, nel quadro normativo di progressiva liberalizzazione introdotto dalle direttive dell'Unione europea recepite in Italia con legge, nuovi operatori⁸⁵ seppur con inevitabili difficoltà stanno spuntando sul panorama nazionale.

L'ingresso di questi ultimi, unito all'indispensabile azione delle Associazioni di consumatori, ha ulteriormente consentito di mettere in luce l'esistenza di barriere all'entrata di natura normativo-regolamentare o riconducibili a condotte di imprese del gruppo FS nel mercato italiano dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri.

Risale infatti allo scorso 15 dicembre l'avvio⁸⁶ da parte dell'Autorità *antitrust* dell'istruttoria nei confronti del gruppo Ferrovie dello Stato S.p.A. e della controllata Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. in relazione all'accesso alla rete del “*competitor*” Arenaways.

L'instaurazione di tali procedimenti è indice della nuova propensione a mettere in discussione e riorganizzare un mercato falsamente liberalizzato come quello ferroviario.

⁸⁵ Tra questi si veda *Arenaways S.p.A.*, società privata nata nel 2006 e operante nel trasporto passeggeri, con l'offerta di servizi accessori, sulla tratta Torino-Milano.

⁸⁶ AGCM, Provvedimento n. 21920 A436 – *Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario* del 15.12.2010 in *Boll.* n. 49 del 3.01.2011.

Capitolo 2

“Espansione” del ruolo del consumatore nel contesto giuridico ed economico

SOMMARIO: 1 Profili di diritto dell’Unione europea e nazionali introduttivi - 2 La tutela del consumatore nell’ordinamento giuridico italiano -3 L’evoluzione della normativa - 3.1. La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e i d. lgs. di attuazione n. 145 e n. 146 - 3.2 Mercato concorrenziale e tutela dei consumatori: la costruzione della complementarietà in capo all’Autorità garante - 4 L’evoluzione della giurisprudenza - 4.1 La Cassazione si pronuncia in tema di legittimazione del consumatore alle azioni civili *antitrust* - 4.2 Il ruolo del consumatore nella giurisprudenza della Corte di giustizia - 5 La tutela dell’interesse risarcitorio del consumatore - 5.1 Tentativo di introdurre l’azione collettiva risarcitoria in Italia: l’ultima versione dell’art. 140 *bis* - 6 Ruolo dei consumatori nella giurisprudenza dei giudici amministrativi - 6.1 Cenni sui profili critici dell’applicazione dell’azione di classe

Paragrafo 1 Profili di diritto dell’Unione europea e nazionali introduttivi

La prospettiva economica sia nazionale che dell’ordinamento dell’Unione europea è stata capovolta nel corso degli anni. Attraverso progressive trasformazioni l’attenzione si è spostata sul consumatore come “attore” del mercato. Si osserva che nel diritto comunitario in origine solo la concorrenza e le quattro libertà fondamentali costituivano l’ossatura, essendo invece i diritti e gli interessi dei consumatori protetti solo in via mediata⁸⁷.

Il destinatario di beni e servizi era preso in considerazione come “metro” di valutazione del comportamento dell’*homo economicus*, ossia

⁸⁷G.F.CARTEI *Consumatore (tutela del)* in M. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 635. L’instaurazione di un mercato comune europeo “costituita un obiettivo originariamente preordinato più alla tutela degli interessi delle imprese che alla difesa delle esigenze dei consumatori”.

dell'operatore di mercato, e si trovava in posizione di "osservatore" rispetto ad azioni decise altrove senza una sua partecipazione, se non nella fase finale. Si nota che il Trattato di Roma non conteneva alcuna disposizione diretta sulla condizione del soggetto che acquista beni o servizi⁸⁸.

La costruzione della figura del consumatore e della sua veste giuridica si è sviluppata negli anni: l'individuo operando nella sfera economica dell'ordinamento, sia singolarmente che in gruppi, ha acquisito consapevolezza della propria funzione, dei propri interessi e aspettative. A ciò si somma l'andamento dei mercati e la strumentalizzazione della tutela del consumatore fatta a fini politici dai detentori del potere⁸⁹, che hanno contribuito a porre tale figura al centro di un ampio dibattito e a far diventare la protezione un'esigenza di portata generale, un interesse pubblico.

Se la posizione giuridica del consumatore emerge con chiarezza già agli inizi del Novecento negli Stati Uniti portando poi alla nascita del movimento noto come "*consumerismo*"⁹⁰, quest'ultimo si diffonde ampiamente anche in Europa continentale negli anni '60 e '70⁹¹.

⁸⁸ G.F.CARTEI, op. cit., p. 635, ricorda che il consumatore era "*meramente menzionato in quattro disposizioni: artt. 39, n. 1 lett. e) e 40 n. 3, in tema di agricoltura; art. 85, n. 3 che subordina l'autorizzazione di alcuni accordi tra imprese alla condizione che "una congrua parte dell'utile che ne deriva" sia riservata agli utenti e art. 86, lett. b), in tema di concorrenza*".

⁸⁹ Rilevano a tale proposito i messaggi a difesa dei consumatori rivolti dai vari capi di Stato (John Kennedy, Lyndon Johnson e Valéry Giscard d'Estaing) al pubblico degli elettori.

⁹⁰ Il *consumerism* si sviluppa negli USA come movimento di informazione, contrasto, concertazione, avendo come interlocutori i produttori e i distributori di beni e di servizi e i protagonisti del settore pubblicitario. In questo Paese in cui si radica, prima che altrove, e nelle forme più intense il capitalismo monopolistico e oligopolistico, la posizione del consumatore emerge con nettezza all'inizio del Novecento quale reazione alle frodi alimentari, a cui segue l'emanazione del *Pure and Food Drug Act* del 1906 e l'istituzione della *Federal Trade Commission* nel 1914.

⁹¹ In questi anni sorgono associazioni private, talvolta sollecitate dagli stessi organismi governativi, si stampano riviste, opuscoli, articoli in difesa dei consumatori, compaiono le prime trasmissioni radiofoniche e televisive dedicate all'informazione e all'educazione di questi soggetti, si moltiplicano i convegni, le discussioni sulla posizione del consumatore e dei suoi diritti, si istituiscono organismi amministrativi a favore dei consumatori in Francia, Inghilterra, Svezia e Olanda. L'Italia, ove nascono alcune associazioni con intenti

Tali soggetti diventano punto di riferimento delle strategie economiche e dall'attenzione rivolta nei loro confronti dalle Istituzioni derivano le prime leggi, che si sviluppano in maniera frammentaria nei singoli settori.

Per i Paesi membri dell'allora Comunità europea emerge il problema, da un lato di assicurare trattamenti equivalenti agli imprenditori al fine di non ostacolare la libera azione nello spazio economico europeo, dall'altro di armonizzare le discipline dei singoli Stati sulla tutela dei consumatori.

In ambito comunitario la nascita di una politica dei consumatori risale agli anni Settanta del Novecento, a partire dalla Carta europea dei consumatori del 1973⁹² approvata in un contesto più ampio rispetto a quello dei Paesi membri, ad opera del Consiglio d'Europa.

La necessità di armonizzazione ha contribuito a sviluppare a livello sovranazionale una cospicua produzione normativa contenente le prerogative e i diritti dei consumatori insieme a regole per l'esercizio di azioni di tutela giudiziale e stragiudiziale che ne garantisca l'effettività.

L'ordinamento dell'Unione si è spinto nella costruzione di un diritto europeo dei consumatori, attraverso emanazioni progressivamente mirate e tramite la creazione di un nuovo spazio di azione teso a collegare il campo delle condotte sanzionabili ai fini di tutela di tali soggetti con le disposizioni atte a realizzare il mercato interno.

Pertanto sullo scenario originario del rapporto esistente tra impresa e consumatore, in cui quest'ultimo aveva un ruolo assolutamente marginale⁹³,

coraggiosi ma con scarsi mezzi (l'Unione nazionale consumatori, il Comitato di difesa dei consumatori, il Movimento dei consumatori, la Federconsumatori, ecc), è indietro in tale processo. Sul punto si veda G. ALPA *"Introduzione al diritto dei consumatori"*, ed. Laterza, 2006.

⁹² La Carta europea dei consumatori è stata approvata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 543 del 1973.

⁹³ R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti in Le nuove leggi civili commentate*, 4, 1998: *"Nel sistema di mercato imperfetto delle moderne società"*

essendo mero destinatario delle strategie aziendali, a partire dai movimenti e dalle organizzazioni spontanee di consumatori che hanno dato vita al fenomeno del “consumerismo”, si è impiantata nel corso degli anni una disciplina ricca e articolata.

Immediatamente dopo la Carta europea⁹⁴, il Consiglio ha approvato una risoluzione⁹⁵ nel 1975 sui diritti dei consumatori, che fissando gli obiettivi principali della politica comunitaria, ha aperto la strada a programmi di intervento mirato, volti tra l'altro ad armonizzare le legislazioni degli Stati membri per creare un mercato interno in cui la

capitalistiche, il consumatore, di fronte all'esistenza di situazioni di monopolio e oligopolio, all'ipertrofica immissione di prodotti, alla prevalenza della contrattazione di massa e all'uso spregiudicato dello strumento pubblicitario, non si è atteggiato come attore-fruitor del mercato, ma come strumento delle strategie aziendali delle grandi imprese, con la conseguenza che l'assenza di una pronta risposta sul piano normativo ha determinato il sorgere di movimenti e organizzazioni spontanee di consumatori per denunciare e contrastare le distorsioni più pesanti del sistema economico a capitalismo avanzato”.

⁹⁴ Per ogni approfondimento si rinvia a G. Alpa “Introduzione al diritto dei consumatori”, ed. Laterza, 2006. È importante qui rilevare che la Carta europea di protezione dei consumatori ha definito il consumatore come “ogni persona, fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato” e ha individuato i seguenti diritti fondamentali da garantire ai consumatori in ogni Paese aderente: a) il diritto alla protezione e all'assistenza da realizzarsi attraverso un agevole accesso alla giustizia e una razionale amministrazione di essa; b) il diritto al risarcimento del danno sopportato dal consumatore per la circolazione di prodotti difettosi o per la diffusione di messaggi pubblicitari menzogneri, erronei o decettivi ; c) il diritto all'informazione o all'educazione in ordine alla qualità e ad ogni altro aspetto del prodotto nonché in ordine all'accertamento dell'identità dei fornitori; d) il diritto alla partecipazione delle associazioni esponenziali di interessi dei consumatori ad organi informativi con funzione consultiva e alla rappresentanza in seno ai consigli di amministrazione delle società che gestiscono servizi pubblici. La Carta si chiude con l'invito, rivolto alle associazioni di fabbricanti e commercianti, ad elaborare propri “codici” e ad instaurare “prassi commerciali” che, pur conformandosi ai principi accolti dalla legislazione statuale, promuovano l'osservanza di norme anche più rigorose, sempre sottoposte alla approvazione degli organismi nazionali dei consumatori.

⁹⁵ Risoluzione del Consiglio della CEE del 14 aprile 1975, G.U.C.E. C 92/1 del 14 aprile 1975. Sulla base dei diritti fondamentali elencati nella Carta europea di protezione dei consumatori, vengono fissati gli obiettivi principali della politica comunitaria: efficace protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza del consumatore, contro i rischi che possono nuocere agli interessi economici, predisposizione di mezzi adeguati di consulenza, assistenza e risarcimento dei danni, informazione ed educazione del consumatore, consultazione e rappresentanza del consumatore nella preparazione delle decisioni che li riguardano.

circolazione di beni e servizi non sia ostacolata. Si è sviluppata in maniera prevalente la normativa di settore, relativa a tutti i segmenti in cui si articola il rapporto individuale tra professionista e consumatore, come la pubblicità commerciale, la conclusione del contratto, il credito al consumo, le clausole abusive, la multiproprietà, ecc., mancando invece leggi di portata generale.

Il Trattato di Roma, che come abbiamo detto non contemplava norme *ad hoc* sui diritti dei consumatori, prediligendo la tutela degli interessi delle imprese, veniva modificato e integrato prima dall'Atto unico europeo entrato in vigore l'1 luglio 1987, che rafforzava il ruolo del Comitato economico e sociale avente competenza in materia di protezione del consumatore e introduceva un articolo, contenente un riferimento esplicito al "*conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori*"⁹⁶; poi con il Trattato di Maastricht sull'Unione europea entrato in vigore l'1 novembre 1993, veniva inserito nel testo originario un titolo apposito (XI)⁹⁷ sulla protezione dei consumatori ed erano altresì riconosciute a questi una tutela giuridica primaria e una posizione di rango costituzionale comunitario, pari a quella delle imprese. L'articolo contenuto in questo titolo ha avuto grande importanza poiché ha identificato con chiarezza gli interessi facenti capo a tali soggetti, ritenuti meritevoli di tutela: ciò risulta ancora più rilevante se confrontato con l'esperienza italiana, in cui la mancanza nella Costituzione di una norma programmatica sul consumatore, ha finito per nascondere la circostanza che, tra i diversi

⁹⁶ Si tratta dell'articolo 100 A, ai sensi del quale la Commissione nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e del consumatore "*si basa su un livello di protezione elevato*".

⁹⁷ Con queste disposizioni l'Unione si è attribuita competenze specifiche in materia: ai sensi dell'art. 129 A "*La Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante: a) misure adottate in applicazione dell'articolo 100 A nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata*". Tali misure non impediscono ai singoli Stati membri di assumere iniziative di tutela più rigorose.

interessi di cui quest'ultimo è portatore, esistono delle differenze qualitative, e quindi funzionali e strutturali di una certa portata da tenere in considerazione.

Mancando nel nostro testo costituzionale una previsione esplicita⁹⁸ che individui e qualifichi i diritti di tali soggetti in rapporto alla relativa tutela, la dottrina⁹⁹ ne ha individuato un riferimento indiretto all'articolo 41 della Costituzione, in particolare nel concetto di "*utilità sociale*" di cui al comma 2, posto come limite alla libera iniziativa economica privata propria dell'attività di impresa, ritenuto riassuntivo di tutti quei valori extra-economici aventi contenuto sociale. Ciò, se da un lato ha consentito di far emergere quegli interessi del consumatore connessi ad esempio alla sicurezza o alla salute, dall'altro, collocando tale soggetto in una dimensione esclusivamente sociale, ha ostacolato il venir in rilievo di questa figura in un contesto economico, quale indispensabile attore del mercato e conseguentemente ha intralciato lo sviluppo e la comprensione di principi e istituti giuridici in grado di rendere un adeguato riconoscimento e una giusta tutela. Pertanto appare preferibile la lettura¹⁰⁰ che tiene conto del primo comma della disposizione costituzionale in esame e riconosce la libertà di ogni privato di intraprendere attività finalizzate ad una condizione di benessere economico, superando la visione tradizionale, la quale attribuiva la libertà di intraprendere attività finalizzate a raggiungere tale condizione soltanto agli imprenditori. La formulazione di cui all'articolo 41 della

⁹⁸ Diversamente, ad esempio, dalla Costituzione spagnola del 1978, nel cui art. 51 si legge: "*I pubblici poteri garantiscono la difesa dei consumatori e degli utenti, proteggendo, per mezzo di strumenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici degli stessi. I pubblici poteri promuovono l'informazione e l'educazione dei consumatori e degli utenti, favoriscono le loro organizzazioni e le ascoltano sulle questioni relative, nei termini stabiliti dalla legge. Nell'ambito di quanto disposto ai punti precedenti la legge regola il commercio interno ed il regime dell'autorizzazione dei prodotti commerciali*".

⁹⁹ Si veda A. ZITO "*Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*", Torino, 1998, Giappichelli, pag. 26 e ss.

¹⁰⁰ Si veda in S. PRISCO *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Giappichelli, G. COLETTA, *Il consumatore come titolare del diritto fondamentale al benessere economico*, .

Costituzione consente una reinterpretazione¹⁰¹ della norma, in modo da riconoscere la libertà generale dell'agire economico anche ai consumatori, nella misura in cui tali soggetti agiscono sulla base di un principio di razionalità economica¹⁰².

Ciò risulta coerente con l'impostazione del diritto comunitario, che a partire dalle disposizioni introdotte con Maastricht ha configurato il mercato come un *"sistema di relazioni che si svolgono attraverso l'esercizio della pari libertà economica degli attori, siano essi le imprese, i consumatori, i lavoratori, i risparmiatori"*¹⁰³ e pertanto ha voluto attribuire rilevanza a molteplici situazioni soggettive, tra cui in particolare quelle a protezione dei consumatori.

La politica comunitaria di tutela dei consumatori si è susseguita attraverso programmi di durata triennale ed intensi progetti elaborati per realizzare i diritti individuati dalla risoluzione del 1975, arrivando a porre, nei tempi più recenti, tali soggetti su un piano di parità con il professionista.

Con il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1° maggio 1999, l'art. 129A introdotto con Maastricht è stato sostituito dall'art. 153, in cui si afferma l'impegno della Comunità a *"promuovere gli interessi dei consumatori e ad assicurare un elevato livello di protezione"*: gli organismi dell'Unione europea hanno assunto quindi un ruolo propulsivo allo scopo di

¹⁰¹ L'ipotesi prospettata è coerente con quanto espresso da A. ZITO, *Tutela amministrativa e tutela civile nei confronti della pubblicità ingannevole e parità di trattamento tra imprenditori e consumatori*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, vol. II, 1998 pag. 1586-1587, in cui l'autore ritiene che se: *"nell'articolo 41 comma 1 Cost. si legge il riconoscimento della libertà economica di tutti gli attori, intesa come capacità di autodeterminarsi liberamente in relazione al raggiungimento di un'utilità economica senza subire interferenze di altri nell'ambito di tale attività, non è più possibile sostenere che l'unica situazione soggettiva avente nel mercato rilievo giuridico sia quella dell'imprenditore e dunque che siano solo gli interessi di questa categoria a venire in considerazione"*

¹⁰² Sei veda R. COLAGRANDE *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, op. cit. pag. 721: *"... principio di razionalità economica rappresentato dalla realizzazione della massima soddisfazione con il minimo impiego di risorse; posizione, quindi, pariordinata a quella riconosciuta alle imprese concorrenti che originariamente erano i principali destinatari del Trattato"*.

¹⁰³ A. ZITO, *op. ult.cit.*, p. 1585.

proteggere in maniera effettiva gli interessi dei tali soggetti nonché di rafforzarli rispetto a quelli degli altri operatori di mercato. Ulteriore aspetto rilevante si trova al paragrafo 2 della norma in esame, in cui si dispone che *“nella definizione e nell’attuazione delle altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti la protezione dei consumatori”*: l’Unione si incarica di considerare in ogni caso quest’ultima come una delle proprie politiche istituzionali, da confrontare e mediare con le altre (tra cui la politica agraria, di concorrenza, dei trasporti, del credito, ecc.).

Si passa quindi da un programma di iniziative volte a tutelare interessi nuovi in origine¹⁰⁴ per arrivare all’individuazione di diritti oggetto di disposizioni di natura non più di natura programmatica, ma precettiva.

Tali diritti, che consistono in quelli soggettivi perfetti riconosciuti ad ogni individuo come “persona” (quali la salute e la sicurezza), negli interessi economici e nei diritti soggettivi che implicano una considerazione non solo individuale ma anche collettiva (come l’educazione, l’informazione e l’organizzazione), sono riportati in maniera analoga nell’articolo corrispondente (art. 169) contenuto nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

¹⁰⁴ Mi riferisco in particolare alla risoluzione sui diritti dei consumatori approvata nel 1975, che conteneva un programma di armonizzazione legislativa di tutte le iniziative a tutela dei diritti dei consumatori, i quali erano stati elaborati dal Consiglio d’Europa nella Carta del 1973

Paragrafo 2 La tutela del consumatore nell'ordinamento giuridico italiano

Nell'ordinamento nazionale assistiamo ad una prima fase, che ha inizio negli anni Settanta e dura una decina di anni, volta all'individuazione della figura del consumatore quale controparte, non solo economica, dell'impresa e all'attribuzione a quest'ultimo di diritti considerati in rapporto all'attività imprenditoriale.

Da una sostanziale indifferenziazione tra la figura di consumatore e quella di acquirente di servizi e prodotti, si è passati, in maniera graduale e in relazione allo sviluppo del mercato, all'individuazione di un soggetto specifico dotato di autonomia e indipendenza.

Questo negli anni ha assunto le vesti del contraente debole, mutuatario, risparmiatore, danneggiato o addirittura cittadino *tout court*, non trovando alcuna definizione né all'interno del codice civile né in ambito giurisprudenziale.

Partendo dal riferimento al sistema economico caratterizzato dalla diffusione di beni e servizi, il consumatore è diventato centro di imputazione di situazioni giuridiche rilevanti: ciò in particolare si è verificato a seguito di un intervento legislativo e giurisprudenziale nei singoli settori in cui si può articolare il rapporto di consumo¹⁰⁵. Nella fase più recente, risalente all'ultimo decennio, è cambiata la prospettiva di intervento pubblico incentrato esclusivamente sull'attività di impresa per dare spazio ad una produzione normativa, che attraverso un'attenzione rivolta inizialmente, in generale, al sistema economico nel suo complesso e in seguito in maniera più specifica alla tutela del singolo consumatore, ha sviluppato una fitta e abbondante quantità di leggi.

¹⁰⁵ A tale proposito meritano cenno le disposizioni in materia di pubblicità (d.l. n. 74 del 25.1.1992 in attuazione della direttiva n. 84/450/CEE), l'attenzione attribuita al settore del credito, al segmento relativo alla vendita del prodotto e del servizio e al risarcimento in caso di danni derivanti da vizi e difetti di prodotti e servizi.

Si è riconosciuto, prima di tutto, che nel sistema produttivo operano un numero di soggetti diversi dagli imprenditori, tra cui i risparmiatori, investitori, intermediari finanziari, ecc. tutti animati da un principio di razionalità economica e dotati di uguale¹⁰⁶ libertà di agire. Ciò significa peraltro che il primo comma dell'articolo 41 della Costituzione è da interpretare in maniera ampia, non come riservato esclusivamente all'iniziativa dell'impresa, ma a tutti coloro che entrano nel mercato con una propria sfera di diritti e pretese specifiche di tutela da parte dell'ordinamento. In una fase iniziale quindi era rilevante, non tanto la questione circa la qualificazione giuridica da dare agli interessi dei consumatori¹⁰⁷, quanto piuttosto l'affermazione della piena cittadinanza di tali interessi all'interno dell'ordinamento economico. Quindi la libertà economica iniziava ad essere considerata "come un diritto fondamentale che assiste la personalità dell'uomo, nel duplice senso di principio che richiede garanzie per definire uno spazio di agire libero e autonomo e una regolazione dei modi in cui tale agire si dispiega con le altre sfere di autonomia"¹⁰⁸.

L'ultimo periodo è contraddistinto da un intenso fervore legislativo sia a livello europeo, che nei singoli Stati membri e nel nostro Paese.

Da un lato osserviamo che la tutela dei diritti dei consumatori è uno dei settori in cui le istituzioni dell'Unione europea hanno ritenuto di assumere una funzione di armonizzazione degli ordinamenti nazionali,

¹⁰⁶ Sul principio di uguaglianza A. FERRARI *Le forme di tutela dei consumatori: le esperienze più recenti* in Jus, Rivista di scienze giuridiche n. 1, gennaio-aprile 1995, p. 189.

¹⁰⁷ Cfr. sul tema degli interessi diffusi R. ROTA *Gli interessi diffusi nella azione della pubblica amministrazione*, Milano 1998, p. 134 e ss. Inoltre A. ZITO, op. cit. p. 21 e ss. rileva che gli interessi dei consumatori vengono visti oggi, anche a livello di considerazioni di teoria generale, come una delle teorie più significative di quel processo di progressivo allargamento delle situazioni giuridiche soggettive degne di riconoscimento e di tutela che caratterizza da due secoli a questa parte tutti quegli orientamenti giuridici che si sono costruiti sul fondamento della protezione delle libertà personali e degli interessi economici e sociali degli individui e dei gruppi.

¹⁰⁸ Cfr. A. FERRARI op. cit.

preoccupandosi sia di introdurre regole *ad hoc* per colmare vere e proprie lacune¹⁰⁹ sia adottando strumenti di giustiziabilità di tipo giudiziale e stragiudiziale¹¹⁰, relativi all'osservanza da parte degli operatori delle prerogative dei consumatori. Dall'altro, sul versante nazionale, nel rispetto degli obblighi europei si è assistito ad un'intensa opera di attuazione di direttive¹¹¹ e all'approvazione della legge 30 luglio 1998 n. 281 definita *bill of rights* dei consumatori e utenti, che ha introdotto per la prima volta un riconoscimento generale dei diritti di tali soggetti, tutelati fino a quel momento solo occasionalmente¹¹². Scopo di quest'ultima riforma era infatti

¹⁰⁹ Ciò accade ad esempio con riferimento all'Italia, in cui sono state introdotte normative prima inesistenti in relazione a settori su cui il legislatore nazionale non era ancora intervenuto: tra queste, ad esempio, la disciplina della multiproprietà, della pubblicità comparativa, dell'azione inibitoria..

¹¹⁰ Mi riferisco agli strumenti delle cd. *alternative dispute resolution (ADR)* e alle formule di composizione dei conflitti alternative o complementari al ricorso all'Autorità giudiziaria ordinaria.

¹¹¹ Tra le tante si ricordano, in ordine cronologico: direttiva n. 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (attuata con d. lgs. 15.1.1992 n. 50), direttiva n. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, modificata da ultimo dalla direttiva n. 98/7/CE (attuata con d. lgs. 25.2.2000, n. 63), direttiva n. 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (attuata con l. 6.8.1990, n. 223), direttiva 90/134/CEE concernente i viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso" (attuata con d.lgs. 17.3.1995, n. 111), direttiva n. 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (attuata con l. 6.2.1996, n. 52 art. 25), direttiva n. 97/7/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda i contratti negoziati a distanza (attuata con d. lgs. 25/5/1999 n. 185), direttiva n. 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (attuata con d. lgs. 2.02.2002, n. 24), direttiva n. 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari (attuata con d. lgs. 19.8.2005, n. 190).

¹¹² Cfr. in S. PRISCO *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Giappichelli, Torino 2002 G. COLETTA, *Il consumatore come titolare del diritto fondamentale al benessere economico*, p. 133 si sofferma sul fatto che esistevano regole giuridiche che li proteggevano indirettamente come avveniva con le norme penali o civili e che la loro posizione risultava palesemente debole in quanto collegata con le categorie dell'interesse diffuso e quindi come tale non difendibile *ex se*, se non in occasione di una crescita e trasformazione di tale interesse diffuso in una vera e propria situazione giuridica soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo). Si veda anche R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti in Le nuove leggi civili commentate*, 4, 1998, p. 700 sottolinea che "con la legge 30 luglio 1998, n. 281 il legislatore italiano, sulla scia dell'integrazione europea, ha tentato di dare una risposta organica alla sempre più pressante istanza sociale

quello di predisporre un meccanismo di protezione diretta e di garanzia dei diritti e degli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti in grado di funzionare efficacemente, sia in sede nazionale che locale. Quindi con la nuova disciplina contenuta nella legge viene riconosciuta a tali soggetti una puntuale caratterizzazione giuridica come singoli e sotto forma di associazioni attraverso la legittimazione generale ad agire di queste ultime a tutela degli interessi collettivi.

Fornendo una definizione estensiva di consumatore¹¹³, che pur riferendosi solo alle persone fisiche¹¹⁴, ricomprende sia il soggetto che acquista sia l'utente di un servizio pubblico o privato, il legislatore ha voluto riconoscere loro posizioni soggettive che ricalcano, seppur con alcune differenze, quelle previste in ambito comunitario¹¹⁵. Tuttavia non si può non rilevare come nella disciplina nazionale sia mancato un riconoscimento del diritto all'utilità e al benessere economico del consumatore: tale conseguenza della non corretta individuazione e lettura della base giuridica, identificata nell'art. 41 della Costituzione, desta ancora maggiore sorpresa se valutata alla luce dell'espressa pretesa di *"conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione europea, nonché nella normativa comunitaria derivata"*. Infatti

di protezione dei consumatori e degli utenti, attraverso un'operazione di 'chirurgia giuridica' che involge profili sostanziali, processuali e amministrativi".

¹¹³ Ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 281 del 1998: *"Ai fini della presente legge si intendono per a) consumatori ed utenti: le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta.."*.

¹¹⁴ Il consumatore è considerato solo come persona fisica *"mentre tra le proposte formulate in sede dottrinale si auspicava una definizione più ampia che ricomprendesse anche le aggregazioni di persone fisiche non votate al perseguimento di intenti di lucro"* in G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, p. 60.

¹¹⁵ Si tratta della tutela della salute, della sicurezza e qualità dei prodotti e servizi, del diritto ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, dell'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, alla promozione dell'associazionismo libero, volontario e democratico, alla erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza (ex. art. 1 comma 2 legge n. 218 del 1998).

risultava trascurata la disposizione del Trattato¹¹⁶, che proprio nell'ottica di una rivalutazione della posizione del consumatore e della rilevanza dei suoi interessi all'interno del mercato, attribuiva a tale soggetto una posizione di rango costituzionale, quale attore del mercato che agisca secondo un criterio di razionalità economica rappresentato dalla realizzazione della massima soddisfazione con il minimo impiego di risorse.

Il silenzio del legislatore che da un lato appariva “*contraddittorio nella fatidica occasione dalla quale era legittimo attendersi la completa ed esplicita attuazione dei principi comunitari in base ai quali il consumatore ha acquisito una piena cittadinanza sociale ed economica*”¹¹⁷, sembrava voler confermare quell' orientamento dottrinale nonché di parte della giurisprudenza costituzionale¹¹⁸ e amministrativa¹¹⁹, che consideravano la

¹¹⁶ Si tratta dell'art. 129 A del Trattato di Roma come modificato dal Trattato di Maastricht sull'Unione europea.

¹¹⁷ Cfr. R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti* in *Le nuove leggi civili commentate*, 4, 1998, p. 721.

¹¹⁸ Si veda in particolare Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 59, in *Foro italiano*, 1988, I, c. 2158 con nota critica di F. COSENTINO, *L'articolo 2601 c.c. e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte costituzionale*, che ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 2601 c.c. sollevata dal Tribunale di Milano con ordinanza 7 febbraio 1980 per contrasto con l'articolo 3 Cost. nella parte in cui non prevede che anche le associazioni di consumatori possano promuovere l'azione per la repressione della concorrenza sleale. In questa occasione la Corte, ribadendo la vigenza dell'art. 2601 e considerando che le associazioni di consumatori hanno “*finalità istituzionali diverse dal potenziamento di un determinato prodotto e sono esponenziali di interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici*” ha rimandato al legislatore “*la predisposizione di adeguati strumenti di salvaguardia per il consumatore attualmente limitati alla tutela penale (cfr. art. 444 c.p.) prevedendo le forme e l'ambito di azioni specifiche sul modello di quelle contemplate dalle legislazioni tedesca e svizzera in favore delle associazioni dei consumatori*”.

¹¹⁹ Si veda, tra le altre, Tar Lazio, Sez. I, 1° agosto 1995, n. 1474, in *Foro amministrativo*, 1996, I, p. 107 e Cons. di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro amministrativo*, 1996, I, p. 3383, le quali nel negare la posizione di soggetto controinteressato ad un'associazione di consumatori nel ricorso promosso da alcune compagnie di assicurazione contro un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità per violazione della norma sulle intese, pur avendo l'associazione di consumatori partecipato al procedimento sanzionatorio, hanno ritenuto che l'associazione stessa riveste una posizione che, se la legittima alla partecipazione al procedimento davanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non la qualifica come parte controinteressata nel giudizio avente per oggetto i relativi provvedimenti giacché l'associazione è portatrice di un

libertà economica patrimonio dei soli imprenditori, ritenendo che la garanzia del diritto di iniziativa economica “*non consentirebbe di configurare una diretta rilevanza dell’interesse del consumatore nella disciplina antitrust*”¹²⁰

Dalla fine del 1998 alla primavera del 2002 si è assistito a grandi novità nel diritto dei consumatori sia in ambito di Unione europea che nel nostro ordinamento nazionale sulla scia del primo: in particolare l’adozione da parte della Commissione europea di un Libro verde sulla “protezione dei consumatori nell’Unione europea”¹²¹, che conduce poi al progetto di direttiva sulle pratiche commerciali sleali¹²², accanto all’adozione di alcune direttive di portata generale e di una comunicazione sulla “strategia della politica dei consumatori 2002-2006”¹²³. Le novità hanno interessato anche la tutela giurisdizionale con la divulgazione da parte della Commissione di un Libro verde relativo ai modi di risoluzione alternativa delle controversie¹²⁴.

A seguito di tutte queste iniziative della Commissione, è sorta sul piano interno l’esigenza di provvedere al coordinamento di tutta la

interesse uguale a quello di tutti i cittadini orientata al buon funzionamento del mercato, con la conseguenza di potersi ritenere legittimata solo all’intervento adesivo dipendente. Il giudice d’appello precisa che la partecipazione al procedimento non muta la situazione giuridica soggettiva della partecipante, che avendo soltanto un potere di denuncia all’Autorità, non è legittimata né a ricorrere né a proporre appello: in sostanza l’interesse del consumatore coincide con quello pubblico al corretto funzionamento del mercato senza assumere autonomia propria.

¹²⁰ Si veda R. COLAGRANDE, *op. cit.* p. 720.

¹²¹ COM(2001) 531 def. e una Comunicazione della Commissione: Seguito dato al Libro verde sulla tutela dei consumatori nella UE, COM(2002) 289 def.

¹²² Si tratta della direttiva n. 2005/29/CE concernente pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹²³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni - Strategia della politica dei consumatori 2002-2006, COM(2002) 208 def.

¹²⁴ COM (2002) 196 def.

vastissima disciplina in un testo unico, facendo così fronte alla mancanza dello stesso nell'ordinamento dell'Unione.

Paragrafo 3 L'evoluzione della normativa

3.1. La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e i d. lgs. di attuazione n. 145 e n. 146

I lavori preparatori “particolarmente accurati”¹²⁵ della direttiva 29/2005 sfociati nel Libro Verde sulla tutela dei consumatori dell'Unione europea del 2001 sopra menzionato, pur fondandosi sul presupposto della tutela del consumatore come valore in sé, riconoscono la necessità di creare uno spazio senza frontiere interne, nel quale siano garantite le libertà di circolazione e il buon funzionamento del mercato; ciò attraverso l'eliminazione degli ostacoli e delle distorsioni della concorrenza dovuti alle differenze tra le normative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali scorrette, che pertanto devono essere armonizzate¹²⁶.

Così nel testo in esame la politica della concorrenza connessa al corretto funzionamento del mercato interno si raccorda a quella centrale della tutela del consumatore in un'ottica di massima armonizzazione. In questa prospettiva un sistema di regole uniformi nei singoli Stati membri, su cui si può costruire un'efficace politica di promozione degli interessi dei consumatori, coincide con il mercato unico e richiede che all'interno di questo la concorrenza non sia falsata¹²⁷.

¹²⁵ Cfr. L.G. VIGORITI, *“Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette”*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 521.

¹²⁶ All'articolo 1 della direttiva: *“La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori”*.

¹²⁷ G. GHIDINI e V. FALCE, *La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Profili di rilievo sistematico*, VIII Convegno “Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario”, Treviso.

La direttiva risulta essere stata adottata a norma dell'art. 95 del Trattato CE¹²⁸ quale misura di ravvicinamento delle legislazioni nazionali per "l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno" nonché, in relazione all'articolo 153 del Trattato CE¹²⁹ per il conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori e degli interessi economici, innalzando il livello di protezione di quelli che sono stati definiti "diritti civili nel mercato"¹³⁰.

Contenendo una legislazione generale - ciò peraltro contrariamente alle precedenti direttive sul tema della concorrenza sleale e della tutela dei consumatori¹³¹ - la disciplina di cui alla direttiva comunitaria si articola in

¹²⁸ L'articolo 95 TCE (ora art. 114 TFUE) al primo comma recitava: *"In deroga all'articolo 94 e salvo che il presente Trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 14. Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.(...)"*

¹²⁹ L'articolo 153 TCE (ora art. 169 TFUE e art. 12 TFUE) recitava: *"1. Al fine di promuovere l'interesse dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. 2. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. 3. La Comunità contribuisce al perseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 2 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno, b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. 4. Il Consiglio deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure di cui al paragrafo 3 lettera b. 5. Le misure adottate a norma del paragrafo 4 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione".*

¹³⁰ Tale definizione proviene da G. GHIDINI C. CERASANI, *Consumatore (tutela del)*, *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento V, Milano 2001, 264.

¹³¹ Osserviamo che la direttiva rappresenta il primo autentico nucleo del percorso di elaborazione di una disciplina comunitaria sulla concorrenza sleale. Così incidentalmente G. DE CRISTOFARO, Premessa in AA.VV. *"Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori* a cura di G. DE CRISTOFARO, 2007. Ricorda inoltre A. PERA in *"La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza"* in *Rivista di diritto civile - Attualità e notizie* 2008 che il tema era all'attenzione della Commissione europea dal lontano 1962 quando la stessa istituzione comunitaria affidò

due parti: la prima (artt. 2-13) regola le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori, nozione amplissima che include qualsiasi condotta tenuta da professionisti anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all’instaurazione di rapporti contrattuali; la seconda contiene disposizioni che apportano una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti¹³².

Intendendo per “*pratica commerciale sleale qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*”¹³³, la direttiva impone agli imprenditori di tutti gli Stati membri un divieto generalizzato di porre in essere quelle che risultino lesive degli interessi economici dei consumatori; a tale proposito fornisce un sistema di valutazione del carattere sleale di una pratica commerciale, introducendo un insieme di parametri uniformi per stabilire se una condotta possa considerarsi lecita nell’ambito dell’intera UE. In ultimo, la norma affida agli Stati membri il compito di predisporre mezzi (anche processuali) adeguati per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, nonché un apparato di sanzioni incisive ed efficaci nei confronti dei professionisti¹³⁴ che dovessero eventualmente farvi ricorso.

all’Istituto Max Plunk di Monaco di presentare una ricerca sulla situazione delle diverse leggi degli Stati membri sulla concorrenza sleale.

¹³² La seconda parte della direttiva (artt. 14-16) contiene disposizioni che apportano modifiche alla direttiva 1984/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, alle direttive 1997/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e alla n. 2002/65/CE del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Di queste due ultime direttive vengono modificati gli artt. 9 concernenti la fornitura di beni e servizi non richiesti. Vengono altresì modificati la direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e il regolamento CE n. 2006/2004 del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

¹³³ Art. 2 lett. d) della direttiva 2005/29/CE.

¹³⁴ Secondo la definizione contenuta nella direttiva, art. 2 lett. b) è “*professionista: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente*

Nel prevedere un divieto unico di pratiche commerciali sleali, la direttiva lo suddivide in norme riguardanti le due tipologie delle pratiche ingannevoli e aggressive: tra le prime –suddivise in azioni ed omissioni ingannevoli - rientrano quelle, come la pubblicità, che inducendo in errore il consumatore, gli impediscono di scegliere in maniera consapevole ed efficiente; sono considerate pratiche aggressive quelle che limitano considerevolmente la libertà di scelta del consumatore e comportano il ricorso a molestie, coercizione, uso di forza fisica ed indebito condizionamento.

Attraverso l'adozione di uno strumento di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali fra imprese e consumatori, di tipo "orizzontale"¹³⁵ e di natura "sussidiaria"¹³⁶, le Istituzioni comunitarie hanno voluto individuare un passaggio indispensabile per rimuovere o quantomeno ridurre gli ostacoli all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere, con il ruolo fondamentale della realizzazione e lo sviluppo del mercato interno¹³⁷. Infatti ciò che blocca le imprese a promuovere ed offrire i propri beni o servizi in tutti gli Stati membri è soprattutto l'esistenza di significative differenze fra le legislazioni nazionali in materia di pubblicità e di pratiche commerciali: tali disuguaglianze da un lato costringono gli imprenditori a sostenere

direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista": pertanto la norma si rivolge anche alle libere professioni ed alla pubblica amministrazione qualora non agisca nell'esercizio di potestà pubblicistiche.

¹³⁵ Ciò significa che la disciplina contenuta nella direttiva investe tutte le pratiche commerciali (quali che ne siano le caratteristiche e i contenuti dei contratti a cui sono connesse).

¹³⁶ La natura "sussidiaria" è motivata dal fatto che, laddove sussistano nel diritto dell'Unione europea disposizioni *ad hoc* che regolamentano aspetti specifici di determinate tipologie di pratiche commerciali, ovvero di pratiche commerciali aventi ad oggetto determinate categorie di beni o servizi, tali disposizioni "speciali" sono destinate comunque a trovare applicazione accanto ai precetti "generali" dettati dalla direttiva n. 2005/29/CE ed eventualmente anche a prevalere su questi qualora sussista incompatibilità (si veda art. 3 par. 4 della direttiva).

¹³⁷ Si veda *considerando* n. 4 della direttiva 2005/29/CE.

ingenti costi e ad affrontare rischi rilevanti, dall'altro frenano i consumatori, che negli acquisti transfrontalieri tendono a considerare meno sicuri i rapporti contrattuali con i professionisti aventi sede negli altri Paesi¹³⁸.

Volendo quindi creare un quadro giuridico uniforme allo scopo di stimolare le imprese ad offrire i propri beni e servizi ai consumatori in una dimensione transnazionale, si osserva che il legislatore, diversamente da quanto era accaduto in quasi tutte le precedenti direttive relative alla tutela in materia contrattuale, ha stabilito un livello di armonizzazione completa, e non meramente minimale, a cui gli Stati membri devono attenersi, senza poter né ridurre né incrementare tale livello: ciò si può desumere sia dalla mancanza di una statuizione che autorizzi esplicitamente i Paesi membri a mantenere in vigore "disposizioni più rigorose" relative al livello di tutela, sia dalla formulazione dell'articolo 4 della direttiva, che vieta di apporre alla libertà di prestazione di servizi e alla libertà di circolazione delle merci limitazioni motivate da ragioni relative al settore delle pratiche commerciali sleali¹³⁹.

Rispondendo prontamente alle esigenze di armonizzazione, l'ordinamento italiano attraverso la delega contenuta nella legge comunitaria 2005¹⁴⁰ ha recepito la direttiva in tre provvedimenti normativi: si tratta dei decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e gli articoli 2, 4 e 8 del d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

Il primo¹⁴¹ decreto contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa e in particolare le norme di recepimento della

¹³⁸ Cfr. la *Relazione* illustrativa della "Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno" presentata dalla Commissione nel 2003, in COM(2003) 356 def. p. 4 e ss.

¹³⁹ Sul punto si veda G. DE CRISTOFARO *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 1060.

¹⁴⁰ Si tratta della l. 25 gennaio 2006 "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2005".

¹⁴¹ D. lgs. n. 145 del 2 agosto 2007, recante "Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la dir. 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole".

direttiva n. 1984/450/CEE¹⁴² come modificata dalla direttiva 1997/55/CE¹⁴³ e dall'articolo 14 della stessa direttiva 2005/29/CE destinata alla protezione dei "professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali" ed ha lo scopo di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. In riferimento alla pubblicità comparativa diretta¹⁴⁴ osserviamo in particolare che, pur avendo tradizionalmente suscitato la preoccupazione di molte imprese per il fatto che la sua natura tendenzialmente aggressiva aumenti la battaglia concorrenziale, se è condotta correttamente, rappresenta uno strumento informativo fondamentale a disposizione dei consumatori. Ciascun produttore può infatti valorizzare i pregi che rendono il suo prodotto superiore rispetto a quello degli altri, contribuendo ad aumentare la trasparenza del mercato e accreditandosi così presso il pubblico di consumatori.

Il decreto n. 146¹⁴⁵ reca invece le disposizioni di recepimento degli articoli 1-13 e 15-17 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (dir. 2005/29/CE), inserite nel Codice del consumo¹⁴⁶; l'attuazione della direttiva

¹⁴² Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, G.U. L 250 del 10.09.1984.

¹⁴³ Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, G.U. L 290 del 23.10.1997.

¹⁴⁴ In Italia la pubblicità comparativa non è mai stata esplicitamente vietata dalla legge, ma, in modo particolare quella diretta, è stata spesso ritenuta illecita dai giudici sulla base dell'interpretazione restrittiva delle esistenti norme in materia di concorrenza sleale (articolo 2598 c.c.).

¹⁴⁵ D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, recante "Attuazione della dir. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE e il regolamento CE n. 2006/2004".

¹⁴⁶ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 recante il Codice del consumo a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229. Il Codice del consumo a seguito delle modifiche ha un titolo III suddiviso in tre capi: il primo, dal titolo "Disposizioni generali" (artt. 18 e 19) reca una serie di definizioni ed individua l'ambito di applicazione e la portata del nuovo *corpus* normativo in esso incluso, definendone i rapporti con altre discipline e sancendone (comma 3° art. 19) la natura sussidiaria; il secondo ("Pratiche commerciali scorrette" artt. 20-26) contiene le disposizioni che recepiscono gli artt. 5-9 della direttiva e riproducono - sostanzialmente inalterato - il contenuto dell'Allegato 1; il

è stata poi “completata” con il d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, che ha introdotto innovazioni nel codice finalizzate ad integrare il *corpus* normativo già esistente¹⁴⁷.

Se dal punto di vista sostanziale il legislatore nazionale ha riportato pedissequamente il contenuto delle normative comunitarie relative alle pratiche sleali e alla pubblicità ingannevole e comparativa, per quanto riguarda la parte “procedimentale”, risulta di grande interesse la scelta¹⁴⁸ per il modello unico di tutela davanti ad un soggetto amministrativo, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, avente tradizionalmente competenze relative all’applicazione della normativa in materia di concorrenza.

Premesso che i Paesi membri sono stati lasciati liberi di approntare strumenti di attuazione delle direttive in materia di pratiche commerciali sleali e di individuare le persone o le organizzazioni che avessero interesse a contrastarle, scegliendo se rivolgersi ad un’autorità giudiziaria o ad un

terzo (“Applicazione” artt. 27-27 *quater*) ospita infine le norme di attuazione degli artt. 10-13 della direttiva 2005/29/CE.

¹⁴⁷ In particolare, oltre alla modifica della rubrica del titolo III della parte II del codice del consumo (arricchita dalla locuzione “Pratiche commerciali”), con la sostituzione del comma 2° dell’articolo 57 del cod. cons. sono stati resi pienamente omogenei anche sul piano della formulazione testuale delle relative disposizioni i regimi normativi cui le “forniture non richieste” vengono assoggettate dall’art. 57 stesso (relativo alle forniture di beni mobili e servizi non finanziari non previamente ordinati dai consumatori) e dall’art. 67 *quinquies decies* cod. cons. (relativo alla fornitura di servizi finanziari non richiesti). Inoltre l’art. 2 del d. lgs. n. 221/07 ha inserito nell’elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori e agli utenti “come fondamentali”, elenco contenuto all’articolo 2 comma 2° cod. cons., il diritto “all’esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà”, ora contemplato dalla lett. c *bis*). In riferimento a quest’ultimo art. G. DE CRISTOFARO *Op.cit.* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008 osserva che il legislatore ha inserito la lettera c *bis*) “omettendo peraltro inspiegabilmente di eliminare dalla lettera c del medesimo comma 2 dell’art. 2, la previsione esplicita del “diritto ad una corretta pubblicità”, previsione divenuta del tutto superflua in seguito all’introduzione della lett. c *bis*), dal momento che la pubblicità non è altro che una delle pratiche commerciali cui quest’ultima statuizione fa riferimento”

¹⁴⁸ La scelta di cumulare le competenze in materia di diritto della concorrenza e diritto dei consumatori in capo ad una medesima autorità pubblica è in linea con quanto già da tempo effettuato nel Regno Unito (ove tali competenze sono state riunite in capo all’*Office of Fair Trading*) nonché in altri Paesi come gli Stati Uniti (*Federal Trade Commission*) o l’Australia (*Australian Competition & Consumer Commission*).

organo amministrativo, in Italia si è optato non a caso per l'Autorità amministrativa indipendente¹⁴⁹ incaricata di vigilare sulla corretta concorrenzialità del mercato.

3.2 Mercato concorrenziale e tutela dei consumatori: la costruzione della complementarietà in capo all'Autorità garante

Sebbene la prima emersione del consumatore come attore del mercato e l'attribuzione all'Autorità garante di competenze a sua tutela si deve far risalire al 1992, quando il legislatore con il decreto legislativo n. 74 del 25 gennaio 1992¹⁵⁰ conferì a questa il compito di vigilare ed intervenire in materia di pubblicità ingannevole, è evidente che a tale stadio dell'evoluzione della disciplina *antitrust* l'Autorità appariva prevalentemente orientata ad un ruolo di garante del corretto funzionamento del mercato e che la tutela dell'interesse pubblico alla correttezza e veridicità delle informazioni commerciali era vista in stretta connessione e strumentalità rispetto all'effetto sulle dinamiche competitive del mercato¹⁵¹.

¹⁴⁹ A questa sono state altresì conferite importanti funzioni, come Autorità competente per l'applicazione del Regolamento n. 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori. In particolare l'Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi del regolamento citato anche in relazione ad infrazioni non transfrontaliere; per lo svolgimento di tali compiti la stessa può avvalersi della Guardia di Finanza. L'intervento dell'Autorità è indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

¹⁵⁰ Decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 (come modificato dal decreto legislativo 25 febbraio 2000, n.67 e dalla legge 6 aprile 2005, n.49) "Attuazione della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa".

¹⁵¹ A tale proposito, sul ruolo della pubblicità quale "leva concorrenziale" si veda Tribunale di Primo grado CE, sentenza 28 marzo 2001, *IMA c. Commissione*, in causa T- 144/99, dove al punto 72 si specifica che: "la pubblicità è un elemento importante dello stato di concorrenza su un determinato mercato, in quanto consente una migliore valutazione dei meriti di ciascun operatore, la qualità delle prestazioni e il loro costo".

Con il decreto sulla pubblicità comparativa¹⁵² il legislatore, superando la tradizionale resistenza del nostro ordinamento ad ammettere questa forma di pubblicità, accresceva ulteriormente la funzione *pro* consumeristica dell'Autorità.

Si arriva quindi, attraverso il recepimento della direttiva 2005/29/CE con l'art. 27 del Codice del consumo e l'art. 8 d. lgs. 2 agosto 2007 n. 145, ad attribuire le competenze ad accertare la violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa e ad adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori ed inibitori, esclusivamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato: ciò peraltro con modalità assolutamente identiche in entrambi i casi¹⁵³, sia per quanto riguarda il procedimento volto all'accertamento delle infrazioni che in riferimento alla natura, all'entità e alla tipologia delle sanzioni irrogate nonché all'adozione degli opportuni provvedimenti inibitori e/o ripristinatori¹⁵⁴.

Questa estensione oggettiva di competenze in capo all'Autorità garante, scelta dal legislatore nazionale per svolgere la funzione di contrasto nei confronti delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa¹⁵⁵, contribuisce a consolidare il ruolo di

¹⁵² Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 67 "Attuazione della direttiva 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa".

¹⁵³ In riferimento sia alle pratiche commerciali scorrette sia alla pubblicità ingannevole e comparativa.

¹⁵⁴ Notiamo come sia identica la disciplina del procedimento contenuta nelle norme menzionate ed anche come in riferimento ai regolamenti attuativi adottati dall'Autorità (delibera n. 17589 del 15 novembre 2007, "Regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette" e delibera n. 17590 del 15 novembre 2007 "Regolamento in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita") non sono riscontrabili differenze significative.

¹⁵⁵ Come evidenzia A. PERA in *"La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza"* in *Rivista di diritto civile - Attualità e notizie* 2008: *"Sotto il profilo degli strumenti di attuazione della tutela sostanziale approntata dalla Direttiva, il legislatore comunitario invita gli Stati membri ad assicurare mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali. In particolare gli Stati membri sono lasciati liberi nell'individuare le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali"*

protagonista privilegiato della stessa amministrazione indipendente nella formazione del percorso pro-consumeristico.

L'adozione di una tutela amministrativa presenta inoltre numerosi vantaggi¹⁵⁶, essendo, prima di tutto, più facilmente accessibile al consumatore senza che quest'ultimo si veda costretto ad affrontare i costi di un giudizio davanti ad un'autorità giudiziaria; in secondo luogo, è finalizzata alla difesa di un interesse pubblico alla creazione e al mantenimento di un sistema in cui sia garantita e promossa la libertà di scelta del contraente di fronte alle politiche commerciali ingannevoli, aggressive o scorrette delle imprese; infine garantisce un controllo sostanziale, che prescinde dall'accertamento di un danno risarcibile, realizzabile in tempi contenuti.

Possiamo quindi osservare come il *public enforcement* della disciplina a tutela del consumatore e della concorrenza sia stato demandato alla medesima Autorità, dotata in entrambi i casi dei poteri di attivarsi d'ufficio. Tale duplice attribuzione di competenze in capo ad un unico soggetto riflette l'evidente convinzione del legislatore, considerato il collegamento fra le due discipline, di poter assicurare una più efficace ed effettiva tutela della concorrenza e del consumatore¹⁵⁷.

sleali, inclusi i concorrenti. Tali soggetti possono promuovere un'azione giudiziaria contro le pratiche commerciali sleali e/o sottoporre tali pratiche al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria".

¹⁵⁶ Cfr. a tale proposito cfr. E. FRENI *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2008, p. 277.

¹⁵⁷ Osserviamo peraltro che la scelta di un'unica autorità, che si occupi sia della tutela della concorrenza che della protezione del consumatore, è presente in diversi sistemi giuridici, tra cui la Federal Trade Commission negli USA, che ha sia il compito di vigilare il mercato in materia di pratiche concorrenziali sleali, sia di prevenire atti scorretti o ingannevoli o pratiche che possano ledere il consumatore e la sua sicurezza, salute, informazione, ecc. Accanto agli Stati Uniti anche il Regno Unito e l'Australia hanno riconosciuto ad una singola Autorità amministrativa competenze sia in materia di concorrenza che di tutela del consumatore. Nel Regno Unito il ruolo svolto dall'*Office of Fair Trading* è stato di recente riaffermato con l'*Enterprise Act* del 2002: accanto ai suoi poteri in materia di

E' già stato altresì osservato come nel testo definitivo della direttiva, *“la politica della concorrenza in vista del corretto funzionamento del mercato interno, si raccorda a quella della tutela del consumatore, all’insegna di un principio di armonizzazione massima”*¹⁵⁸. La funzione della norma comunitaria volta a ricomporre le distorsioni conseguenti alle disparità delle legislazioni nazionali in tema di consumatori, è anche quella di favorire gli scambi nel mercato della Comunità e in quello internazionale.

Ad ulteriore rafforzamento delle nuove attribuzioni di competenza sopra illustrate, occorre riflettere sulla solida convinzione diffusa ad opera dell'Autorità *antitrust* nazionale circa l'importanza della difesa del consumatore quale “fondamento della democrazia” e, nei fatti, “espressione di civiltà” e “applicazione dei principi costituzionali”¹⁵⁹.

Sembra che l'Autorità, volendo assumere una finalità da perseguire nella sua veste di pubblica amministrazione, abbia deciso di orientarsi verso il perseguimento degli interessi del consumatore, “figura centrale e non più periferica del mercato”¹⁶⁰: da ciò deriva che la difesa di questo soggetto, attraverso l'ampio consenso prodotto in ambito pubblico, assume un ruolo quale fonte di legittimazione di tale organismo e che la tradizionale funzione primaria di tutela della concorrenza viene inevitabilmente influenzata e, forse, in alcuni casi, in parte “distorta”, da questo nuovo pregnante obiettivo.

concentrazioni e cartelli fra imprese, le competenze relative alla protezione dei consumatori sono state aumentate e rafforzate.

¹⁵⁸ Cfr. G. GHIDINI, V. FALCE *“La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Profili di rilievo sistematico”*, VIII Convegno “Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario”, Treviso, Casa dei Carraresi, 22-23 maggio 2008. Si veda anche il riferimento ad A. TIZZANO *“Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza”* in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 4, 695.

¹⁵⁹ Si vedano le parole del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato A. Catricalà, in *Presentazione alla relazione annuale*, 24 giugno 2008.

¹⁶⁰ Cfr. Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Antonio Catricalà presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul riordino dei servizi locali- disegno di legge S772 - 8 febbraio 2007.

Ciò sta a significare che in un Paese come l'Italia, in cui la cultura della concorrenza si sta affermando a fatica, l'Autorità *antitrust*, in conformità alle nuove attribuzioni conferitegli, ha cercato di ottenere consenso a livello sociale anche attraverso l'attribuzione al consumatore di una posizione di protagonista nel mercato.

Paragrafo 4 L'evoluzione della giurisprudenza

4.1 La Cassazione si pronuncia in tema di legittimazione del consumatore alle azioni civili *antitrust*

Partendo dal presupposto sostenuto ed argomentato secondo cui il turbamento dell'ordine economico, provocato da una violazione delle norme *antitrust*, danneggia anche i soggetti privati, terzi estranei all'intesa, non possiamo tralasciare un cenno al percorso giurisprudenziale nazionale relativo alla legittimazione del consumatore ad agire e alle relative modalità.

Da alcune iniziali pronunce¹⁶¹, che mostrano l'attaccamento ad una visione incentrata sul mercato e sulla tutela delle imprese, si desume una

¹⁶¹ La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 1811 del 4.3.1999, sez. I, a fronte della domanda di nullità di una fideiussione bancaria, mossa da un singolo utente, per contrasto con gli articoli 101 e 102 TFUE (già artt. 85 e 86 del Trattato), per il motivo che detto negozio incorporava clausole stabilite da norme bancarie uniformi, affermava la carenza di legittimazione a far valere detto contrasto, in considerazione del fatto che: *"tali norme sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra le imprese e vietano la formazione di intese, suscettibili di pregiudicare il commercio, impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Destinatari diretti delle norme in questione sono pertanto gli imprenditori commerciali, destinati ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza: l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio solo in via riflessa ed indiretta dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese"*. In altra sentenza, la n. 827 dell'1 febbraio 1999 la Corte di Cassazione ha chiarito che: *"a fondamento delle tutele che la legge [legge n. 287/90] introduce sta il libero mercato in quanto tale, cioè l'interesse pubblico a conservarlo e non quello del singolo a difendere il proprio diritto"*. Si veda anche sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I civile, 9.12.2002, n. 17475, *Foro italiano*, 2003, Vol. CXXVI, 1122; ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538, *Foro italiano*, 2003, I, 2938 e anche in *Foro italiano*, 2004, I, 466 e ss. con commenti di R. PARDOLESI *"Cartelli e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?"*, F. FERRO LUZZI *"Prolegomeni in tema di mercato*

prospettiva volta all'affermazione dell'estraneità del consumatore al sistema di tutele della legislazione *antitrust*: la Corte di Cassazione si è infatti espressa in diverse occasioni sulla posizione del consumatore, soffermandosi in particolare sul problema delle regole di competenza applicabili all'azione di risarcimento dei danni derivanti al contraente finale dalla pratica distorsiva della concorrenza.

Se rispetto a quest'ultimo punto la Cassazione¹⁶² ha avuto modo di arrivare abbastanza agevolmente ad una soluzione, indicando che “è la materia che individua la competenza” e affermando che l'attribuzione alla Corte d'appello in unico grado consegue al solo fatto della proposizione di un'azione di nullità o di risarcimento del danno per le violazioni della normativa *antitrust* ex art. 33 comma 2 della legge n. 287/90, più problematico è stato trattare la questione relativa alla configurabilità di una situazione in capo ai consumatori finali inquadrabile in un diritto soggettivo¹⁶³, leso dalla condotta antigiusuridica delle imprese.

In una prima pronuncia¹⁶⁴, infatti il Giudice Supremo separa i danni lamentati da tali soggetti, relegandoli in una sfera esterna rispetto al perimetro in cui si colloca l'apparato rimediale predisposto dalla normativa *antitrust*, che sembra presupporre, invece “una tipologia di danni

concorrenziale e “*aurea aequitas*” (ovvero delle convergenze parallele) e G. GUIZZI “Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare”.

¹⁶² Ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione III Civ., 17.10.2003, n. 15538.

¹⁶³ Sul punto osserviamo che, dopo la storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22.7.1999, n. 500, dal punto di vista della risarcibilità del danno non fa più differenza che si parli di risarcimento di diritto soggettivo o di interesse legittimo: la Cassazione ha definitivamente accolto la nozione di danno ingiusto quale lesione dell'interesse al bene della vita, indipendentemente dalla qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato. Pertanto, data la maggiore facilità nel configurare in capo al consumatore un interesse legittimo al corretto funzionamento del mercato, sarà anche più facile decidere nel senso di una risarcibilità del danno a suo favore.

¹⁶⁴ Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I civile, 9.12.2002, n. 17475, *Foro italiano*, 2003, Vol. CXXVI, 1122, con nota di A. PALMIERI “Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni “extravagantes” per un illecito inconsistente” e nota di E. SCODITTI “Il consumatore e l'antitrust”.

strettamente connessa alle tematiche dell'impresa e della sua presenza sul mercato". Siamo qui ancora legati ad una visione in cui la tutela del consumatore si trova ad essere separata dalla disciplina del mercato e della concorrenza¹⁶⁵: la responsabilità dell'imprenditore nei confronti di tale soggetto non deriva in maniera automatica dalla stipulazione da parte dell'impresa dell'intesa vietata; occorre invece *"che, nel concreto, il rapporto instauratosi fra il consumatore finale e l'impresa si connoti, in tutto o in parte, nello specifico, per i caratteri della (naturalmente specificatamente da comprovare) anti-giuridicità, per la violazione di uno specifico diritto soggettivo vantato da quest'ultimo"*¹⁶⁶. L'azione risarcitoria del consumatore riveste, secondo la Cassazione, i caratteri di un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza, esclusa pertanto dalla previsione di cui all'art. 33 comma 2 della legge 287/90 a motivo dell'estraneità del consumatore rispetto a coloro che fino a quel momento erano considerati *"i protagonisti del mercato"*.

Del resto l'orientamento espresso dalla Suprema Corte riflette una lettura formalistica dell'articolo 41 della Costituzione, richiamato nell'*incipit* della legge n. 287, secondo cui la normativa *antitrust* si fonderebbe solo sulla tutela della libertà economica, in riferimento all'attività svolta dagli imprenditori e senza alcun riguardo ad altri soggetti. La dottrina ha rilevato come in realtà la lettura corretta sia quella¹⁶⁷ che, a seguito di un passaggio da un modello di Stato-gestore ad un modello di Stato regolatore¹⁶⁸, tenta un'equilibrata ricomposizione di mercato ed utilità

¹⁶⁵ Del resto l'affermazione dell'estraneità del consumatore al sistema di tutele della legislazione *antitrust* non era nuova nella giurisprudenza di legittimità: si veda Cass. 4 marzo 1999, n. 1811, *Foro italiano*, 1999, voce Unione europea, 1006, in cui si afferma che *"l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni.."*

¹⁶⁶ Cass. civ., sez. I n. 17475.

¹⁶⁷ Lettura peraltro già illustrata sopra al capitolo 2 paragrafo 1 e rif. alla nota 14.

¹⁶⁸ Cfr. A. LA SPINA – G. MAJONE *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

sociale, valorizzando all'interno della tutela della concorrenza e del mercato le ragioni del consumatore.

Occorre arrivare alla famosa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁶⁹ del 2005 per ottenere la chiara affermazione che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*¹⁷⁰. I Giudici Supremi si esprimono in tal senso dopo aver ammesso che *“oggetto immediato della tutela della legge”*¹⁷¹ *non è il pregiudizio del concorrente ancorché questo possa essere riparato*

¹⁶⁹ Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. unite, 4.02.2005, n. 2207 in *Foro italiano*, 2005, 1014 con nota di A. PALMIERI R. PARDOLESI *“L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori”* e nota di E. SCODITTI *“L’antitrust dalla parte del consumatore”*; in *Corriere giuridico*, 2005 con nota di I. PAGNI *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/2005: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell’assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, p. 333 e ss. nonché in *Danno e resp.* 2005, con nota di B. INITIARI *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per la lesione della libertà negoziale*, p. 495 e ss.

¹⁷⁰ Ancora la Cassazione prosegue: *“Pare opportuno notare peraltro che mentre siffatta esclusione della legittimazione in parola non è prevista dalla legge, questa peraltro, all’articolo 4, laddove prevede il potere discrezionale dell’Agcm di autorizzare un’intesa che possiede i caratteri che giustificerebbero il divieto, indica tra i presupposti della discrezionalità...il “beneficio del consumatore”. La legge dunque non ignora, nella materia dell’intesa, l’interesse del consumatore al punto da prevedere un’ipotesi in cui esso, alla cui tutela l’ideologia antitrust è funzionale, può essere tutelato per un periodo limitato addirittura da un allentamento del divieto del più classico comportamento anticoncorrenziale”*. Ancora: *“Il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di un’intesa si realizza per l’appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell’intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva “a monte” lo rende rispetto ad essa non scindibile”*. Occorre ricordare inoltre che alcuni spunti ispiratori della sentenza esaminata erano già contenuti in Cassazione civile, sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, nella quale si affermava che l’art. 2 della legge n. 287 del 1990, nello stabilire la nullità delle intese, non aveva inteso dare rilevanza esclusivamente all’eventuale negozio giuridico originario postosi all’origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione (anche successiva al negozio originario) che, in quanto tale, realizzava un ostacolo al gioco della concorrenza.

¹⁷¹ Legge n. 287 del 10.10.90 su G.U. 13 ottobre 1990, n. 240 e successive modifiche.

dalla repressione della intesa.., bensì un più generale bene giuridico” e che “tale più ampia tutela accordata alla legge nazionale antitrust, in armonia con il Trattato, tuttavia non ignora la plurioffensività possibile del comportamento vietato”,

Da queste parole sembra finalmente potersi abbandonare quella visione che impediva la nascita e lo sviluppo del *private enforcement*¹⁷² e che relegava il consumatore ai margini del mercato, non consentendo di individuare una qualsiasi posizione soggettiva dello stesso da far rientrare nella tutela della disciplina *antitrust*.

Le Sezioni Unite rivedono, con tale pronuncia, la ricostruzione tradizionale del rapporto tra disciplina della concorrenza sleale e regole *antitrust*, individuando la caratteristica specifica di queste ultime, a livello sia di ordinamento dell’Unione che nazionale, nell’idoneità a tutelare un bene giuridico più ampio rispetto al mero interesse del concorrente, da individuarsi nella “struttura” e nella “logica competitiva” del mercato.

Due anni dopo la Corte precisa¹⁷³ che il contratto “a valle” con il consumatore è inscindibile rispetto alla volontà anticoncorrenziale esistente “a monte”, la quale trova “*il suo momento di realizzazione massima nella necessitata ed inconsapevole adesione del consumatore finale*”, è la punta dell’iceberg che “*mette al sacco il meccanismo autoequilibratore su cui poggiano gli architravi del libero mercato*”: pertanto teorizzare una censura tra intesa illecita a monte e contrasto a valle significa negare “*l’intero assetto, comunitario e nazionale della normativa antitrust, la quale (giova*

¹⁷² Si veda a tale proposito la riflessione di A. PALMIERI R. PARDOLESÌ “*L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*”, nota cit. in riferimento all’iniziale posizione espressa dalla prima sezione della Suprema Corte. Gli autori sottolineano che: “*Era la prima volta in due lustri e passa di esperienza autoctona che si affacciavano in sede di legittimità le problematiche connesse alle azioni proposte da non imprenditori in un panorama comunque povero di iniziative sul versante della tutela civilistica*” e che “*l’iniziale passo falso della prima sezione della Suprema Corte..minacciava di soffocare sul nascere l’ancora implume private enforcement*”.

¹⁷³ Sentenza della Corte di Cassazione, III civile, 2 febbraio 2007, n. 2305.

ribadirlo) è posta a tutela non solo dell'imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato".

Del resto, ampliando lo sguardo all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, si osserva che la Corte di giustizia ha dato ampio spazio al tema della legittimazione ad agire per la violazione di norme *antitrust*, riconoscendo il ruolo di qualsiasi soggetto e pertanto anche dei consumatori finali¹⁷⁴, "*contraenti deboli*" a far valere la violazione di tale disciplina.

4.2 Il ruolo del consumatore nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Attraverso le riflessioni della dottrina sulle disposizioni di diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza, rileviamo che esso nasce non solo come disciplina del potere privato d'impresa, al fine di impedirne un uso contrastante con gli scopi comunitari¹⁷⁵, ma anche come auto-limitazione dell'intervento statale in economia¹⁷⁶.

Ciò distingue tale normativa da quella derivante dall'esperienza nord-americana, che ebbe origine con lo *Sherman Act*, la più antica legge

¹⁷⁴ Si veda sentenza della Corte del 20 settembre 2001 *Courage Ltd contro Bernard Crehan*, C-453/99, in cui si sottolineava che, poiché le disposizioni contenute negli articoli del Trattato conferiscono diritti ai singoli, che i giudici nazionali devono tutelare, "*qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1 del Trattato*". L'Avvocato generale Mischo nelle sue conclusioni relative al caso *Courage* al punto 38 rileva, con riferimento all'effetto diretto delle norme comunitarie *antitrust*, che "*coloro che possono beneficiare di tale tutela sono certamente, in primo luogo, i terzi, vale a dire i consumatori e gli utenti che sono lesi da un'intesa vietata*".

¹⁷⁵ Notiamo che l'art. 3 del Trattato CE prevedeva che "*Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente Trattato: ..g) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*".

¹⁷⁶ Per un confronto tra la nascita e il significato del diritto *antitrust* americano e la disciplina della concorrenza comunitaria, con i suoi caratteri originali dovuti all'origine storica, i quali si riflettono sull'apparato di *enforcement*, si veda G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli 2009.

antitrust degli Stati Uniti¹⁷⁷, avente la funzione di garantire la piena libertà di svolgere attività economica sul mercato, quale elemento fondante la sovranità del popolo.

Analogamente, invece, in entrambi gli ordinamenti, vengono utilizzati nozioni e concetti indefiniti (tra cui, ad esempio, le “pratiche concordate” o la “posizione dominante”), suscettibili di essere variamente interpretati. Rispetto alle consolidate tradizioni giuridiche di ciascuno Stato, i disposti contenuti nelle norme *antitrust* lasciano un ampio spazio di libertà all’interprete. Sebbene l’opera definitoria possa dirsi oggi in buona parte compiuta ad opera della Commissione e della Corte di giustizia, nell’ambito dell’Unione europea restano considerevoli i margini di mutevolezza e flessibilità, oltre che di incertezza, anche a causa delle intersezioni con differenti ambiti di intervento affidati alla Commissione (politica sociale, industriale, commerciale, ecc.).

Per risalire a quale sia il ruolo del consumatore e il tipo di rilevanza attribuito ai suoi interessi nel diritto dell’Unione europea, bisogna pertanto tenere in debita considerazione le caratteristiche del contesto giuridico dell’Unione in materia di concorrenza e le modalità di *enforcement*.

Premesso che al livello centralizzato di controllo della Commissione si affianca, in applicazione del regolamento n. 1/2003¹⁷⁸, quello decentrato¹⁷⁹ rappresentato dall’applicazione delle norme *antitrust* ad opera

¹⁷⁷ Lo *Sherman Antitrust Act* del 1890 prendeva il nome dal suo autore, il senatore repubblicano *John Sherman* dell’Ohio; tale legge rimase per anni inutilizzata, in una sorta di stasi applicativa, quasi come se il mero intervento normativo, che prevedeva il carcere e risarcimenti pari al triplo dei danni oltre a consistenti spese legali, fosse stato sufficiente a ricondurre nella legalità cartelli e regimi di monopolio. Poi, con le presidenze di Theodore Roosevelt e di William Howard Taft, ne venne fatto un ampio uso, volto a colpire grandi colossi, tra cui il monopolio della *American Tobacco Company* e la *Standard Oil*.

¹⁷⁸ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi 101 e 102 TFUE) pubblicato in Gazzetta ufficiale n. L001 del 4.01.2003.

¹⁷⁹ Come noto l’adozione del regolamento n. 1/2003 (cd. “regolamento sulla modernizzazione”) ha prodotto il passaggio da un sistema accentrato di riserva di autorizzazione a quello di esenzione legale, che ha messo fine sia all’onere della

sia dell' Autorità di concorrenza che dei giudici degli Stati membri a tutela dei diritti dei singoli¹⁸⁰, può essere utile quindi verificare in quale misura ciascun sistema di tutela ammetta, accanto all'attività dell'amministrazione pubblica, azioni private di competenza della giurisdizione ordinaria, o di giurisdizioni ad *hoc*.

Emerge a tale proposito che le azioni promosse dai singoli svolgono un ruolo di rilievo nell'attuale quadro dei rimedi processuali esistenti a ristoro di danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, di fronte alla cd. cooperazione rafforzata¹⁸¹ tra autorità giudiziarie dei singoli Stati membri, autorità amministrative di settore "indipendenti"¹⁸² e Commissione europea.

notificazione delle intese alla Commissione sia alla competenza esclusiva di quest'ultima nella concessione delle esenzioni.

¹⁸⁰ Cfr. anche la *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli art. 85 e 86 del Trattato* (93/C 39/5) in G.U.C.E. C 39 del 13.02.1993, 6 nonché la successiva *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE* in G.U.C.E. C 101 del 27 aprile 2004, 54.

¹⁸¹ Cfr. Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, che all'art. 1 stabilisce: "*Il presente regolamento definisce le condizioni in base alle quali le autorità competenti dello Stato membro designate in quanto responsabili dell'esecuzione della normativa sulla tutela degli interessi dei consumatori collaborano fra di loro e con la Commissione al fine di garantire il rispetto della citata normativa e il buon funzionamento del mercato interno e al fine di migliorare la protezione degli interessi economici dei consumatori*".

¹⁸² A tale proposito G. ROSSI op. cit. sottolinea che "*lo Stato, per applicare con efficacia la normativa antitrust, sia quasi costretto a farsi altro da se, costituendo organi dagli ampi poteri, immuni, almeno nelle aspirazioni, dalle logiche di amministrazioni caratterizzate da lunghe tradizioni di interventismo economico, e/o di collusione con la grande impresa privata*". Sulla constatazione dell'originalità delle Autorità amministrative indipendenti rispetto ai modelli di amministrazione pubblica noti al diritto interno si vedano anche M. CLARICH *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 77 ss., M. CLARICH *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, 3858; G. SANTI *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, in *Contratto impresa*, 1996, 1029 e ss. Sugli altri problemi posti dalle Autorità amministrative indipendenti, in particolare sulla legittimazione costituzionale dei nuovi organi si veda G. PERICU, *Legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti e politica della concorrenza*, in AA. VV. *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Temi e problemi, edizione speciale, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1996. In quest'ultimo volume, sempre sulla necessità di creare un'autorità indipendente europea diversa dalla Commissione si veda D. WOLF *Autorità amministrative indipendenti e attuazione della politica antitrust*.

Il riconoscimento dell'azionabilità della pretesa risarcitoria da parte del privato danneggiato dall'illecito anticoncorrenziale risponde all'esigenza di assicurare, oltre alla tutela dell'interesse del singolo, anche la realizzazione delle condizioni per un efficiente svolgimento della concorrenza nel mercato, con la conseguente allocazione delle risorse più efficiente e più concorrenziale, che porta ad un aumento del benessere collettivo.

Nell'ottica del pieno riconoscimento della legittimazione ad agire in capo ai singoli nei casi di violazione delle regole a tutela della concorrenza, fondamentale è il percorso delineato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (già Corte di giustizia delle Comunità europee)¹⁸³ attraverso le sue pronunce, a partire dal noto caso *Courage c. Crehan*¹⁸⁴.

Sulla base della constatazione del principio¹⁸⁵ consolidato nella giurisprudenza dell'Unione, secondo il quale il diritto contenuto nelle norme del Trattato gode del primato e dell'effetto diretto all'interno degli Stati membri, e pertanto sia impone obblighi sia crea diritti che entrano a far parte del patrimonio giuridico dei singoli¹⁸⁶, il caso in questione si riferisce all'art. 85 TCE (ora art. 101 TFUE)¹⁸⁷ in materia di concorrenza, che vieta *“tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati*

¹⁸³ Nel Trattato di Lisbona questa istituzione è concepita come istituzione unitaria, ma suddivisa in una pluralità di formazioni: Corte di giustizia, Tribunale e Tribunali specializzati.

¹⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C- 453/99 *cit.*

¹⁸⁵ G. ROSSI *“Take Courage!” La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro italiano*, 2002, IV, 5 parla di principio della *full effectiveness of Community law* in virtù del quale peraltro *“qualsiasi singolo è legittimato all'azione risarcitoria dal diritto comunitario”*.

¹⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa C26/62 *Van Gend & Loos*, Racc. pag. 1, sentenza del 15 luglio 1964, causa C 6/64, *Costa*, Racc. pag. 1127 e sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 *Francovich e a.*, Racc. p. I-5357.

¹⁸⁷ Nella sentenza *Courage* della Corte sopra *cit.* al punto 20 si legge: *“..l'art. 85 del trattato costituisce, ai sensi dell'art. 3 lett. g), del trattato Ce..una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati dalla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno...”*

membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”, stabilendone la nullità assoluta¹⁸⁸ di pieno diritto.

A partire dal suddetto principio, in virtù del quale quindi “gli art. 85 n. 1 del trattato Ce e 86 del trattato Ce¹⁸⁹ producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare¹⁹⁰”, si arriva ad affermare che “qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell’art. 85, n. 1 del trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione”.

Sebbene la norma contenuta nel trattato non disponga nulla circa il risarcimento del danno antitrust, nella sentenza in esame viene affermato per la prima volta che “la piena efficacia dell’art. 85 del Trattato CE e, in particolare, l’effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possano restringere o falsare il gioco della concorrenza (punto 26)”¹⁹¹. A ciò si aggiunge che (punto 27): “un siffatto diritto rafforza..il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest’ottica le azioni di

¹⁸⁸ Nella sentenza *Courage* la Corte (punto 22) precisa che “..questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell’accordo o della decisione interessati”.

¹⁸⁹ Ora artt. 101 e 102 TFUE.

¹⁹⁰ Vedi sentenza *Courage cit.*, punti 23 e ss.

¹⁹¹ G. ROSSI, *op. cit.*, sottolinea che sebbene “..l’art. 81 nulla dispone circa il risarcimento del danno antitrust, e la stessa Corte, più volte, ha sostenuto, con riferimento alla nullità delle intese, pure espressamente sancita dal trattato, che le conseguenze civilistiche delle violazioni antitrust sono soggette alle regole nazionali”, tuttavia “La Corte ha compiuto una profonda incursione nei diritti interni, in materia di risarcimento del danno antitrust, smentendo (tacitamente) la propria precedente giurisprudenza secondo cui le conseguenze civilistiche dell’illecito antitrust sono disciplinate dagli Stati membri; ma i fondamenti comunitari di tale operazione rimangono indefiniti”. L’autore afferma poi che la pronuncia in esame avvia un processo di comunitarizzazione delle regole in tema di risarcimento del danno antitrust.

risarcimento¹⁹² danni innanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di una effettiva concorrenza nella Comunità”.

Inoltre, il regolamento CE n. 1/2003 prevede la diretta applicabilità degli articoli 101 e 102 TFUE da parte dei giudici nazionali¹⁹³ e sottolinea al considerando n. 7 che questi ultimi svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza¹⁹⁴ e tutelano diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra i privati, accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni.

A seguito della nota sentenza *Courage* si assiste, a livello di Unione europea, ad una esigenza di strutturazione sistematica del *private enforcement*, considerato come rimedio idoneo ad assicurare una maggiore tutela del diritto della concorrenza, attraverso la pubblicazione prima del Libro Verde¹⁹⁵ della Commissione, poi del successivo Libro bianco¹⁹⁶.

¹⁹² G. ROSSI, *op. cit.*, si sofferma sul fatto che la regola classica di *common law* della “*in pari delicto doctrine*” postula che le parti, al di fuori di situazioni patologiche come i vizi della volontà, si trovano su un piano di parità sostanziale oltre che formale e quindi partecipano in misura uguale alla perpetrazione dell'illecito: da ciò si avrebbe che nessuna delle due è meritevole di alcuna tutela, neppure quella minimale derivante dall'azione restitutoria, rispetto alle conseguenze pregiudizievoli patite per l'effetto del contratto illecito. Il principio in esame viene invece ridimensionato per i casi in cui parte del contratto illecito sia un consumatore, di cui gli ordinamenti recepiscono la natura “*oneside*” o asimmetrica derivante dal preponderante potere contrattuale della parte imprenditoriale. Nel caso relativo alla contrattazione restrittiva tra imprenditori, “*tradizionalmente intesa come momento di aggregazione di potere di mercato imprenditoriale, in danno degli altri attori di mercato e dei consumatori in particolare*”, la Corte di giustizia percepisce in modo chiaro che i costi derivanti dalla restrizione della concorrenza sono “scaricati” a valle sugli utilizzatori-consumatori, che rappresentano la parte debole da tutelare.

¹⁹³ Il regolamento n. 1/2003 (artt. 5 e 6) attribuisce alle autorità garanti e alle giurisdizioni degli Stati membri la competenza ad applicare le regole di concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE).

¹⁹⁴ Peraltro si osserva nella sentenza *Courage* sopra cit. (punti 24 e ss.) che le azioni private non devono essere ostacolate dagli Stati membri poiché attraverso di esse aumenta il grado di effettività della disciplina *antitrust*, nell'interesse generale oltre che, ovviamente, dei singoli danneggiati. L'azione privata, infatti, può servire da strumento di tutela dell'interesse generale, che non è più monopolio esclusivo delle Autorità *antitrust*.

¹⁹⁵ Libro Verde “*Sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme antitrust comunitarie*” del 19.12.2005, COM (2005) 672 def. In tale documento la Commissione, constatando che i modelli di procedure nazionali di cui disponevano i

La questione della tutela dei terzi e, in particolare, del consumatore finale a seguito di comportamenti anticoncorrenziali delle imprese costituisce anche l'oggetto della sentenza *Manfredi*¹⁹⁷, con la quale la Corte di giustizia risponde ai quesiti pregiudiziali sollevati dai giudici nazionali in riferimento alla vicenda in materia di r.c. auto¹⁹⁸. Tale pronuncia, che consolida la precedente giurisprudenza e gli orientamenti espressi nel Libro Verde¹⁹⁹, puntualizza e chiarisce alcuni aspetti in tema di risarcimento del danno provocato da un illecito *antitrust*. In particolare, i giudici comunitari ribadiscono che *“l'art. 81 deve essere interpretato nel senso che chiunque ha diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento del danno”*²⁰⁰.

Viene chiarito che il titolare di un interesse giuridicamente rilevante può far valere la nullità di un'intesa vietata secondo le modalità previste

privati, intesi sia come imprese che come consumatori, non erano adeguati e, in certi casi, erano addirittura inesistenti, ha cercato di tratteggiare una serie di possibilità volte a facilitare l'esercizio degli strumenti di tutela giurisdizionale da parte dei soggetti lesi dagli illeciti anticoncorrenziali.

¹⁹⁶ Libro bianco della Commissione *“in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”* del 2.04.2008, COM (2008) 165 def., che ha recepito i principi contenuti nella sentenza *Courage* citata e ha cercato di rendere attuabili ed efficaci le proposte contenute nel Libro verde.

¹⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04 *Vincenzo Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in *Racc.*, p. I-6619.

¹⁹⁸ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva accertato (provv. N. 8546 del 28 luglio 2000, in *Boll.* n. 30 del 14 agosto 2000) l'esistenza di un'intesa tra le principali compagnie di assicurazione (comprese alcune filiali di imprese estere) nella forma dello scambio illecito di informazioni, in violazione dell'articolo dell'articolo 2 della legge n. 287/1990. In tale contesto i singoli avevano instaurato alcuni procedimenti davanti al Giudice di pace di Bitonto per ottenere la condanna delle compagnie di assicurazione alla restituzione della maggiorazione dei premi pagata in virtù dell'intesa dichiarata illecita dall'Agcm.

¹⁹⁹ Nel Libro Verde la Commissione ha cercato di tratteggiare una serie di possibili linee di intervento volte a facilitare l'esercizio degli strumenti di tutela giurisdizionale da parte dei soggetti lesi dagli illeciti anticoncorrenziali, mancando anche a livello di diritto dell'Unione un quadro giuridico efficace per l'instaurazione di azioni per il risarcimento del danno *antitrust*.

²⁰⁰ Sent. *Manfredi*, punto 63.

nelle regole procedurali di ciascuno Stato, a condizione che queste rispettino i principi di equivalenza e di effettività²⁰¹.

In particolare, sull'identificazione dei “*terzi titolari di un interesse giuridicamente rilevante*”, seppur i giudici del rinvio operino una formulazione generica del quesito pregiudiziale, dagli stessi atti processuali risulta come il reale interrogativo riguardi la possibilità dell'esistenza di uno specifico interesse comunitario del consumatore finale alla libera concorrenza²⁰².

Con il chiedere se tali soggetti siano legittimati ad agire per far valere la nullità dell'intesa illecita e, di conseguenza, per il risarcimento del danno *antitrust*, il giudice sembra voler conoscere se dal diritto dell'Unione europea si possa desumere l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante in capo al consumatore finale.

Pur non pronunciandosi direttamente su tale quesito, la sentenza rappresenta un passaggio fondamentale per l'instaurazione di azioni finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno nell'ordinamento nazionale derivante da comportamenti anticoncorrenziali.

La materia è poi stata affrontata dal legislatore dell'Unione nel Libro bianco della Commissione “*in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*”, che ha come fondamentale scopo quello di creare un quadro giuridico comune di

²⁰¹ Cfr. sent. *Manfredi*, punto 62: “In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purchè tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27 e *Courage e Crehan*, cit., punto 29).

²⁰² Prova di quanto detto sono le conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed presentate il 26 gennaio 2006 nelle quali si afferma che “l'iniziativa di azioni di diritto privato deve, in primo luogo, venire da coloro i cui interessi sono tutelati dal diritto della concorrenza, fra i quali figurano anche i consumatori, come avviene nelle cause di cui trattasi” (punto 31).

condizioni, in base alle quali i singoli soggetti lesi (imprese e cittadini) possono esercitare il proprio diritto di agire davanti ai giudici nazionali²⁰³ per ottenere un risarcimento dei danni ed essere compensati in modo integrale.

Paragrafo 5 La tutela dell'interesse risarcitorio del consumatore

Negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, l'interesse dei singoli ad un sistema giuridico che garantisca una concorrenza non falsata tra gli operatori di mercato si realizza attraverso il nucleo del *private enforcement*, consistente in un insieme di rimedi a carattere risarcitorio e di misure cautelari a contenuto inibitorio.

Con una serie di documenti²⁰⁴ la Commissione europea ha tentato di descrivere alternative e rimedi procedurali atti a promuovere l'utilizzo di tale strumento, non rinunciando in linea teorica all'idea di assegnare alle azioni dei privati anche un effetto deterrente nei confronti degli autori delle violazioni²⁰⁵. La possibilità prevista in alcuni ordinamenti giuridici²⁰⁶ di ottenere i danni punitivi²⁰⁷, sotto forma di richieste di risarcimenti doppi o tripli, caratterizza chiaramente le domande dei singoli di un contenuto non

²⁰³ Alle azioni dei singoli promosse davanti ai giudici nazionali si affiancano le misure sanzionatorie adottate dalle Autorità pubbliche di settore, che non possono subire interferenze o essere sostituite o compromesse dalle prime.

²⁰⁴ Il tema dell'accesso dei consumatori alla giustizia è stato oggetto prima di un Libro verde pubblicato nel 1993, COM (93) 576 def. su "*L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*"; a questo documento ha fatto seguito un Libro verde su "*La responsabilità civile per danno da prodotti difettosi*", COM (99) 396 def. in cui la Commissione ha considerato l'opportunità di introdurre forme risarcitorie collettive a tutela del consumatore.

²⁰⁵ La Commissione Europea ha inserito nel Libro Verde del 2005 (nota 7) l'opzione dei "*danni punitivi*" tra i rimedi volti a facilitare lo sviluppo del *private enforcement*.

²⁰⁶ Cfr. Inghilterra, in cui è nato l'istituto dei danni punitivi e pertanto è possibile chiederne la liquidazione (si parla di *exemplary damages*).

²⁰⁷ Sul punto si è pronunciata la Corte di giustizia nel caso *Manfredi* cit. Il Collegio ha precisato come i danni punitivi non siano di per sé contrastanti con l'ordinamento comunitario, ma ciò nonostante possano urtare con le tradizioni dei singoli Stati membri. Spetterà pertanto a questi ultimi decidere se prevederli a livello legislativo.

solo risarcitorio del danno subito, ma anche di deterrenza nei confronti degli autori delle violazioni.

Dalla lettura del Libro bianco²⁰⁸ si rileva invece come la Commissione abbia voluto attribuire a tali azioni una finalità in primo luogo compensativa e, solo in via indiretta, deterrente²⁰⁹. Questo documento, riaffermando il principio espresso dalla Corte di giustizia secondo cui *“chiunque abbia subito un danno causato da una violazione di norme antitrust deve poter chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali nazionali”*²¹⁰, evidenzia l’efficacia e il ruolo di semplificazione che può svolgere l’azione collettiva. In particolare, la necessità di prevedere meccanismi che consentano l’aggregazione di singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme *antitrust*, risponde all’esigenza di ridurre i costi da sostenere in termini di spese legali e procedurali, nonché di produzione di prove e alla finalità di incentivare l’iniziativa dei consumatori che abbiano subito un danno diffuso e di valore relativamente basso. Questi soggetti *“sono spesso scoraggiati dall’intentare un’azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare. Di conseguenza..rimangono attualmente prive di risarcimento”*²¹¹. La Commissione avanza l’ipotesi di combinare due meccanismi

²⁰⁸ Si vedano Libro bianco sopra citato e documenti allegati, tra i quali Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the antitrust rules, Brussels, 2 April 2008, SEC (2008) 404.

²⁰⁹ Libro bianco, p. 1.2: *“L’obiettivo primario del Libro bianco è migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida.[..] Il miglioramento della giustizia retributiva produrrebbe pertanto di per sé conseguenze positive in termini di effetto deterrente per le infrazioni future e di maggiore rispetto delle norme antitrust comunitarie”*.

²¹⁰ Libro bianco, p. 2.1: la Commissione precisa poi che *“Questo principio si applica anche agli acquirenti indiretti, ossia agli acquirenti che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l’autore dell’infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un considerevole danno perché su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale”*.

²¹¹ Libro bianco, p. 2.1.

complementari di azione collettiva: quelle rappresentative, che dovrebbero essere *“intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili”*²¹² e quelle collettive con modalità *opt-in*, nelle quali *“le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito”*.

Il tema dell'accesso alla giustizia, in relazione alla sfera delle violazioni della normativa a tutela dei consumatori, è stato da ultimo oggetto di un Libro verde²¹³ in cui la Commissione, dopo aver affermato che *“..l'accesso ai mezzi di ricorso da parte dei consumatori nel caso in cui i loro diritti vengano lesi dagli operatori commerciali, favorisce la fiducia nei mercati e ne migliora le prestazioni”*, affronta la questione della risoluzione di ricorsi di massa e *“si prefigge lo scopo di fornire mezzi efficaci per i risarcimenti collettivi dei cittadini di tutta l'UE”*, ossia *“meccanismi mediante i quali un gruppo importante di consumatori vittime delle prassi di un unico operatore commerciale può ottenere un indennizzo effettivo, qualsiasi sia la sede dell'operatore commerciale nell'Unione europea”*²¹⁴. Come sottolineato dalla Commissione nel documento, l'ampliamento dei mercati di largo consumo, i quali diventano in alcuni casi transfrontalieri, fa sì che a seguito di una serie di pratiche identiche o

²¹² Libro bianco, p. 2.1. La Commissione precisa che *“Tali soggetti: i) vengono designati ufficialmente in anticipo, oppure ii) sono abilitati ad hoc da uno Stato membro in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust per intentare un'azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri”*.

²¹³ Si tratta del Libro verde *“Sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori”*, COM (2008) 794 def. Questo documento *“non riguarda i mezzi di ricorso collettivo per le vittime delle infrazioni alla normativa antitrust comunitaria.”*, fattispecie alle quali si applica il citato Libro bianco.

²¹⁴ Cfr. Libro verde, al punto 2 Presentazione del problema, par. 7.

analoghe si produca un danno a svantaggio di un gran numero di consumatori, creando altresì una distorsione del mercato²¹⁵.

Sebbene quest'ultimo Libro verde escluda dal proprio ambito di applicazione il ricorso collettivo per le vittime delle infrazioni alla normativa *antitrust* dell'Unione (artt. 101 e 102 TFUE), il confine tra queste fattispecie e la sfera delle violazioni della normativa a tutela dei consumatori appare piuttosto labile: la violazione della disciplina a tutela della concorrenza ricomprende ad esempio gli accordi e le pratiche concordate tra imprese, che possono pregiudicare il commercio fra Stati membri, anche attraverso la fissazione di prezzi o l'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, producendo un effetto negativo sui consumatori.

Da ciò possiamo trarre una riconferma circa la stretta connessione e la convergenza tra la disciplina a tutela della concorrenza e la normativa a favore degli interessi dei consumatori.

Questo modo di considerare i rapporti tra diritto *antitrust* e attuazione dello stesso attraverso i meccanismi di *private enforcement* ha avuto riflessi legislativi negli ordinamenti dei singoli Stati dell'Unione europea, i quali si sono effettivamente dotati di strumenti *ad hoc* anche sotto forma di azioni di classe o collettive per promuovere l'attività dei singoli diretta ad ottenere il risarcimento dei danni.

5.1 Tentativo di introdurre l'azione collettiva risarcitoria in Italia: l'ultima versione dell'art. 140 bis

L'istituto della *class action*, nato e cresciuto negli Stati Uniti quale strumento processuale ordinario per favorire l'accesso alla giustizia da parte

²¹⁵ Ad esempio le banche britanniche sono oggetto di un'indagine per aver sistematicamente imposto oneri eccessivi a diverse centinaia di migliaia di consumatori i cui conti sono conseguentemente andati in rosso (paragrafo 6 del Libro verde).

della collettività, in caso di illecito plurioffensivo²¹⁶, ed ivi applicato anche alle conseguenze dell'illecito *antitrust*, ha suscitato interesse in Italia a partire dagli anni Settanta.

A seguito delle vicende di scandali finanziari che hanno coinvolto il nostro Paese negli anni Novanta²¹⁷ e della crescente necessità di tutelare i consumatori, sono stati presentati diversi disegni di legge, finalizzati ad introdurre forme di protezione verso le pratiche illecite degli operatori economici.

Si è arrivati con la legge 24 dicembre 2007 n. 244²¹⁸ ad inserire nel Codice del consumo²¹⁹ un art. 140 *bis*, in seguito riformulato dalla legge n. 99 del 2009²²⁰, che ha introdotto l'azione di classe in Italia con un'applicazione a partire dal 1 gennaio 2010 per gli illeciti compiuti a decorrere dal 15 agosto 2009.

L'istituto, che ha carattere speciale essendo inserito in una normativa *ad hoc* e riguardando i soli consumatori ed utenti, differisce pertanto rispetto all'equivalente americano, in relazione al quale qualsiasi soggetto può intraprendere ed essere parte di un'azione sia in qualità di attore che di convenuto: dal proprio ambito di applicazione restano pertanto esclusi i soggetti imprenditori lesi da pratiche anticoncorrenziali nello svolgimento di attività. Il Codice del consumo, all'art. 3 lettera a) definisce “*consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività*

²¹⁶ L'attuale istituto è codificato nelle *Federal Rule of Civil Procedure* e precisamente nella *Rule 23*, da ultimo emendata nel 2005 dal *Class Action Fairness Act*.

²¹⁷ Si ricordano, fra le altre, la vicenda Parmalat e Cirio, che hanno riportato l'attenzione del mondo politico sulla necessità di introdurre nel nostro ordinamento efficaci mezzi di difesa anche di natura processuale degli interessi dei piccoli azionisti, e più in generale, dei consumatori.

²¹⁸ Si tratta della finanziaria per il 2008 con il suo art. 2 commi da 445 a 449.

²¹⁹ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

²²⁰ Legge 23 luglio 2009, n. 99 “*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese nonché in materia di energia*”.

imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”²²¹.

L’azione di classe è rivolta a tutelare i diritti individuali omogenei dei consumatori e utenti lesi da un medesimo fatto illecito (cd. plurioffensivo), da un lato agevolando un’efficiente amministrazione della giustizia attraverso un’organizzazione del contenzioso di tipo seriale e dall’altro favorendo la protezione di singoli danneggiati, che a motivo dell’importo ridotto della pretesa risarcitoria non avrebbero interesse ad agire in via individuale.

Trovando applicazione nel caso di illeciti sia di natura contrattuale che extracontrattuale previsti tassativamente all’articolo 140 *bis*, comma 2, la categoria che rileva in relazione al tema in esame è quella dei “*diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*”. Con l’accostamento di entrambe le tipologie di illeciti, che come noto in Italia sono assoggettati al controllo della medesima Autorità, il legislatore riconosce la lesione procurata ai consumatori finali non solo dalle prime, che colpiscono tali soggetti in maniera diretta, influenzandone indebitamente le scelte commerciali, ma anche dalle condotte anticoncorrenziali messe in atto dalle imprese.

Si ripete quella complementarietà già presa in considerazione nell’analisi, che caratterizza la tensione esistente tra normativa a tutela della concorrenza, che comporta importantissimi benefici per i consumatori finali in via indiretta e disciplina avente come obiettivo la protezione di questi

²²¹ Parte della dottrina preferisce orientare la propria analisi attraverso un criterio oggettivo: a tale proposito è fondamentale lo scopo perseguito dal soggetto agente, che non deve essere legato all’esercizio di impresa o di attività a carattere professionale, ma privato, da inserire peraltro nel contesto diriferimento che condiziona l’agire. Per alcune recenti riflessioni sulla figura del consumatore si veda L. ROSSI CARLEO *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in occasione del convegno su *La riforma del Codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari* presso AGCM, 19 marzo 2010.

ultimi. Inoltre la previsione di cui all'art. 140 *bis*, recependo l'orientamento sopra considerato che configura un interesse del consumatore al corretto funzionamento del mercato e un diritto ad agire per il risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa *antitrust*, amplia gli strumenti a disposizione dei consumatori per porre rimedio alle fattispecie di illeciti anticoncorrenziali, eliminando evidentemente i dubbi legati alla legittimazione ad agire in capo a tali soggetti.

Dal punto di vista procedurale si può sottolineare l'esistenza di un giudizio preliminare di ammissibilità²²² svolto dal giudice in occasione della prima udienza, a seguito di un esame sommario della questione, allo scopo di limitare le azioni non fondate e pretestuose²²³. Qualora sussistano i requisiti per ammettere l'azione, il giudice con un'ordinanza fissa le modalità di pubblicità ai fini di consentire una tempestiva adesione all'azione degli appartenenti alla classe (meccanismo cd. dell'*opt-in*), i diritti individuali oggetto del giudizio e un termine perentorio entro cui gli atti di adesione²²⁴ devono essere depositati in cancelleria²²⁵.

Il Tribunale ha facoltà di sospendere il giudizio qualora sui fatti rilevanti sia in corso un'istruttoria davanti ad un'Autorità indipendente o

²²² Tale fase ricorda quella di *certification* propria dell'ordinamento americano, in cui si prendono in considerazione requisiti stringenti fra cui, ad esempio, la *numerosity*, ossia la sussistenza di un numero sufficiente di soggetti tale da giustificare un'azione di classe.

²²³ Il Tribunale competente in composizione collegiale – ossia quello ordinario del capoluogo di Regione in cui ha sede l'impresa convenuta (tranne per la Valle d'Aosta per cui è competente il Tribunale di Torino, per il Trentino Alto-Adige e il Friuli Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il Tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il Tribunale di Napoli) – dichiara con ordinanza reclamabile la domanda inammissibile “*quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe*”.

²²⁴ L'adesione comporta la perdita del diritto di intraprendere qualunque azione individuale autonoma risarcitoria e/o restitutoria.

²²⁵ Questo meccanismo è opposto rispetto alla *class action* americana in cui la classe definita dal giudice è vincolante per tutti i soggetti che vi rientrano: questi ultimi devono optare per “uscire” dal giudizio (cd. *opt out*) per non subire l'effetto vincolante della sentenza e non vedere pregiudicato il diritto soggettivo di agire in via autonoma.

penda un giudizio davanti ad un giudice amministrativo²²⁶. Questa possibilità, che ha una funzione di raccordo tra i due procedimenti anche allo scopo di consentire al giudice di avvalersi dei risultati dell'istruttoria compiuta dall'Autorità²²⁷ con l'ausilio di strumenti tecnici idonei all'accertamento degli illeciti *antitrust*, non è invece prevista dalle norme processuali attuali per i casi in cui l'azione di *private enforcement* venga esperita dai singoli davanti ai giudici ordinari su base individuale.

Sul punto merita un approfondimento in un elaborato dedicato ai profili procedurali la questione relativa ai rapporti tra attività e decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o della Commissione e azioni instaurate davanti giudici nazionali. Per quanto ci interessa in questo ambito, è sufficiente sottolineare che l'art 16 del regolamento n. 1/2003 ha sancito espressamente l'obbligo, derivante dal principio di leale cooperazione con le istituzioni dell'Unione²²⁸ a cui sono tenuti i giudici

²²⁶ Art. 140 *bis* comma 6 nella nuova versione introdotta dalla legge n. 99/2009.

²²⁷ Occorre precisare che le azioni di classe possono essere proposte successivamente all'accertamento di una violazione *antitrust* da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o della Commissione (cd. *follow-on actions*), oppure possono anche essere intentate senza il previo accertamento dell'illecito (cd. *stand-alone actions*). In quest'ultimo caso comporteranno evidentemente difficoltà per il giudice chiamato ad accertare l'esistenza dell'illecito anticoncorrenziale, avendo competenze specifiche più limitate e ristretti poteri istruttori.

²²⁸ Sul punto si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare la sentenza del 14 dicembre 2000, *Masterfood Ltd c. HB Ice cream Ltd*, C- 344/98 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale posta dalla Suprema Corte irlandese circa una clausola di esclusiva contenuta in accordi di fornitura di frigocongelatori stipulati con venditori al dettaglio di gelati per il consumo immediato. La Corte afferma che: "*Per non violare il principio generale di certezza del diritto, un giudice nazionale, quando si pronuncia su un accordo o su una pratica la cui compatibilità con gli artt. 85, n. 1, e 86 del Trattato (divenuti artt. 81, n. 1, CE e 82 CE) costituisce già oggetto di decisione da parte della Commissione, non può adottare una decisione contrastante con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado*". Ancora: "*Quando la soluzione della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale dipende dalla validità della decisione della Commissione, dall'obbligo di leale cooperazione deriva che il giudice nazionale, al fine di evitare di emettere una decisione incompatibile con quella della Commissione, dovrebbe sospendere il procedimento fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento da parte dei giudici comunitari, a meno che esso non ritenga che, nelle*

nazionali, di evitare pronunce in materia di concorrenza contrastanti con le decisioni della Commissione.

A seguito della modifiche introdotte con la legge n. 99/2009, qualora accolga la domanda, il Tribunale non si limita ad una sentenza di accertamento circa la responsabilità del convenuto ma pronuncia altresì una condanna *“con cui liquida, ai sensi dell’art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all’azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme”*²²⁹. Possiamo ritenere che, nei casi di diritti individuali non soltanto omogenei ma anche di identica misura (in quanto sussistenti in capo a ciascun aderente nel medesimo ammontare), il giudice liquidi una somma definitiva uguale per ognuno; nella diversa ipotesi in cui invece tali diritti sussistano in capo ai singoli consumatori o utenti in maniera differenziata, il giudice fisserà una somma base, da moltiplicarsi per il numero corrispondente a quanto fatto valere in sede di adesione.

5.2 Cenni sui profili critici dell’applicazione dell’azione di classe

In primo luogo possiamo notare come nella nuova formulazione dell’art. 140 *bis* sia stato abbandonato il riferimento alla nozione di *“interesse collettivo”* di cui si facevano portatori le associazioni e i comitati di consumatori per transitare a quella di *“interesse della classe”*. Il testo della norma prova a fornire elementi di individuazione di quest’ultimo, facendo cenno a *“diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti”* meglio specificati al comma 2 come *“diritti contrattuali di una pluralità di consumatori o utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica”* o come *“diritti identici spettanti ai*

circostanze del caso di specie, sia giustificato deferire alla Corte una questione pregiudiziale sulla validità della decisione della Commissione”.

²²⁹ Art. 140 *bis*, comma 12, come modificato dalla legge n. 99/2009.

consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale” o infine, nel caso che ci interessa, “diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

Se la nozione di “*interesse collettivo*” rappresentava la somma degli interessi individuali di consumatori e utenti ed era fatto valere giudizialmente da un’associazione o da un gruppo che di tale collettività era esponente, la nuova formulazione sembra aver bisogno di una definizione.

Certo è il fatto che di tale interesse può farsi interprete e promotore anche il singolo “*proponente*” a cui poi presteranno adesione altri soggetti, in modo da consentire una formazione per gradi, e non invece in relazione ad un’imputazione ad enti predeterminati. Affinché l’azione di classe si sostituisca alla semplice aggregazione di interessi occorre che si formi una nozione di “*interesse di classe*”²³⁰.

Ulteriore profilo di criticità deriva dalla scelta da parte del legislatore del meccanismo dell’*opt-in*: tale sistema di adesione spontanea all’azione di classe implica che resti impregiudicato in capo ai singoli appartenenti alla classe, i quali abbiano deciso di non aderirvi, il diritto all’azione su base individuale. Ciò provoca che l’impresa, anche al termine di tale procedimento, si trovi ad essere convenuta in una serie ulteriore e non determinabile di giudizi individuali instaurati da singoli consumatori lesi, con evidente dispendio in termini di tempo e perdita di benefici di economia processuale.

Rileva poi, qui in maniera ancora più “ridondante” rispetto ai giudizi instaurati dai singoli per il risarcimento del danno derivante da illecito *antitrust*, il conflitto dell’azione di classe rispetto alla disciplina dei

²³⁰ Sul punto si veda intervento di A. DI MAIO, “*Interessi di classe da definire*” su *Sole 24 Ore* del 24 agosto 2009, p. 15.

programmi di clemenza (cd. *leniency programme*)²³¹. Questi ultimi consistono in una riduzione o cancellazione della sanzione da irrogare nei confronti delle imprese che decidano di collaborare nell'ambito delle istruttorie condotte dalle autorità *antitrust* per scoprire ed eliminare i cd. "cartelli", specie quelli segreti: appare evidente come le possibili azioni di *private enforcement* instaurate dai consumatori finali disincentivino le dichiarazioni confessorie delle imprese.

Poiché il legislatore non ha apprestato alcuno strumento idoneo²³² a preservare in questo caso la posizione dell'impresa collaborante, quest'ultima potrebbe essere ostacolata nell'autodenuncia proprio per evitare le conseguenze di un'azione di classe.

Infine costituiscono ulteriori ostacoli allo sviluppo della *class action* il fattore costi, tutti a carico del proponente anche singolarmente²³³, e la riserva di legittimazione attiva circa l'instaurazione di tali procedimenti in capo ai consumatori, con l'esclusione delle imprese, che sono le prime a subire conseguenze pregiudizievoli di comportamenti anti-concorrenziali.

²³¹ Si veda a tale proposito *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo in caso di cartelli tra imprese*, (2006/C-298/11) in G.U.C.E. 8.12.2006. Antenati di quest'ultimo documento sono la *Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese del 18 luglio 1996*, (C/207) in G.U.C.E. 1996 e la successiva del 19.02.2002, in G.U.C.E. C/45. In Italia i programmi di clemenza sono stati introdotti all'art. 15 comma 2 *bis* della legge 287/1990 dall'art. 14 della legge 4 agosto 2006, n. 248.

²³² Al paragrafo 39 della Comunicazione della Commissione del 2006 sopra citata si legge: "*La concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo 81 del trattato CE*".

²³³ Il proponente sostiene i costi relativi all'assistenza legale, alla pubblicità dell'ordinanza di ammissione e, in caso di inammissibilità, può essere condannato al pagamento di una somma ex art. 96 c.p.c.

6 Ruolo dei consumatori nella giurisprudenza dei giudici amministrativi

La questione del ruolo del consumatore, quale protagonista del mercato ed altresì punto di riferimento nell'applicazione della disciplina *antitrust*, ha preso campo, seppur con maggiore prudenza, anche nell'ambito delle pronunce dei giudici amministrativi.

Questi ultimi, i quali come noto in relazione ai provvedimenti dell'Autorità garante nazionale svolgono un sindacato di legittimità, che non si estende al merito salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio, valutano i fatti²³⁴ al fine di verificare che la ricostruzione sia immune da vizi logici ed accertare la corretta individuazione, interpretazione e applicazione delle norme giuridiche. Per quanto riguarda l'attività discrezionale di natura tecnica dell'Autorità, il giudice amministrativo, pur non potendo sovrapporre la propria valutazione opinabile o il proprio modello logico all'operato della prima, può censurare le valutazioni tecniche compreso il giudizio finale, che a seguito di un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza appaiano inattendibili²³⁵.

²³⁴ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, n. 4362 del 30 agosto 2002, *Latti artificiali*: “- i fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust possono senza dubbio essere pienamente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi e ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione”.

²³⁵ Si veda anche Relazione annuale dell'AGCM del 30.04.2003 sull'attività svolta nel 2002, seconda parte, capitolo 3, paragrafo 2 su “Ambito e limiti del sindacato giurisdizionale”. Sul tema del sindacato forte o debole si vedano A. POMELLI “Il giudice e l'Antitrust. Quanto self-restraint?” in *Mercato concorrenza, regole*, n. 2/2003 e *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2007, p. 3216 e ss. in cui si sottolinea che: “...i recenti sviluppi giurisprudenziali hanno evidenziato come sia fuorviante la ricerca di un attributo idoneo a descrivere i poteri insiti nel sindacato del giudice. Si afferma infatti che, ciò che conta sia la salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la quale viene garantita nel momento in cui il giudice venga messo nelle condizioni di verificare, in modo pieno ed effettivo, che l'Autorità amministrativa abbia correttamente esercitato il potere conferitole dalla legge”.

Si può notare, preliminarmente, che attraverso il controllo di legittimità con cui si limitano a rilevare vizi di travisamento dei fatti, vizi logici o di violazione di legge, tali giudici hanno avuto modo di pronunciarsi sull'interesse di soggetti terzi rispetto ai destinatari dei provvedimenti dell'Autorità.

Fondamentale per la ricostruzione effettuata è una recente sentenza del Consiglio di Stato²³⁶, nella quale, a fronte della pronuncia con cui il Tar aveva dichiarato inammissibile il ricorso di una società terza rispetto alle due proponenti un'operazione di concentrazione, i giudici di ultima istanza hanno negato il tradizionale orientamento giurisprudenziale volto ad escludere il riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo a soggetti terzi²³⁷.

Partendo dal presupposto che, sulla base dei criteri di differenziazione e qualificazione, le imprese concorrenti non si trovano sullo stesso piano degli appartenenti "genericamente"²³⁸ alla collettività e, in particolare, sottolineando in maniera chiara come *"l'affidamento all'Autorità..di una tutela oggettiva della concorrenza non esclude che la salvaguardia dell'interesse generale ad un assetto concorrenziale del mercato si traduca..in misure adottate a salvaguardia anche di singoli operatori o dei consumatori lesi dal comportamento anticoncorrenziale posto all'esame dell'Autorità"*, i giudici amministrativi riconoscono la

²³⁶ Sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI del 18 gennaio 2005, n. 1113.

²³⁷ Nella sentenza n. 3861/2003 il Tar Lazio, sez. I aderiva all'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale *"..i poteri spesi dall'Autorità ai sensi della legge n. 287 del 1990 sono preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato. Ciò porta alla conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi siano titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine"*.

²³⁸ Con questa affermazione, i giudici del Consiglio di Stato contrastano con la tesi del Tar, presa in considerazione nella nota precedente.

legittimazione di tali soggetti ad impugnare provvedimenti relativi a comportamenti anticoncorrenziali.

Peraltro, con finalità esplicativa rispetto al punto in esame²³⁹, il Consiglio di Stato analizza le facoltà che la legge n. 287/1990 attribuisce ai terzi portatori di interessi pubblici o privati, nonché alle associazioni rappresentative dei consumatori, nella fase istruttoria instaurata per verificare l'esistenza di illeciti anticoncorrenziali. L'articolo 12 della legge n. 287/1990 garantisce infatti ai terzi la partecipazione procedimentale, prevedendo che chiunque vi abbia interesse possa portare degli elementi a conoscenza dell'Autorità; a ciò si aggiunga l'obbligo di comunicare il provvedimento di avvio dell'istruttoria non solo alle imprese e agli enti interessati ma anche ai *“soggetti che, ai sensi dell'art. 12, comma 1 della legge, avendo un interesse immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria”*²⁴⁰.

Dall'analisi di alcune²⁴¹ altre pronunce dei giudici amministrativi si può rilevare inoltre come l'interesse del consumatore sia stato assunto quale parametro, a cui fare riferimento nell'applicazione dei diversi istituti in materia *antitrust*.

Così, ad esempio, nel qualificare un'intesa tra compagnie aeree relativa alla fornitura del servizio di trasporto, il Tar prende in considerazione l'effetto erosivo dei *“benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale”*²⁴² anche definita come *“la fisiologica tensione di ogni impresa concorrente a ritagliarsi fette di mercato proponendo condizioni, sotto il profilo economico o sul versante dei prodotti e dei servizi, più appetibili per il consumatore”*.

²³⁹ Quello relativo alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso dell'impresa terza.

²⁴⁰ Art. 6 comma 4 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (*“Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”*).

²⁴¹ Tra queste, in particolare, sentenza del Consiglio di Stato, 22 gennaio 2008, n. 695 sul caso relativo all'Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda.

²⁴² Sentenza Tar Lazio, sez. I, 14 settembre 2007, n. 8951.

Ancora, nella recente pronuncia con cui il Consiglio di Stato²⁴³, accogliendo l'appello proposto dall'Autorità garante contro la sentenza del Tar, ha riconosciuto l'esistenza di un'intesa collusiva tra numerosi esercenti di sale cinematografiche di Milano, nel valutare la consistenza della pratica anticoncorrenziale i giudici amministrativi hanno tenuto conto "*degli effetti sfavorevoli per i consumatori che essa ha finito per produrre*".

Osserviamo pertanto come attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, unitamente alla prassi e alle norme giuridiche, emerge l'attenzione nei confronti del consumatore, come soggetto titolare sia di un interesse giuridico qualificato e concreto nell'ambito delle relazioni economiche sia della legittimazione processuale a far valere la violazione delle norme *antitrust*.

²⁴³ Sentenza Cons. Stato n. 695/2008 sopra citata.

Capitolo 3

L'influenza “consumeristica” sui nuovi istituti introdotti sia a livello di diritto dell'Unione europea che nazionale in materia di concorrenza

SOMMARIO: 1 Riforma del diritto *antitrust* dell'Unione europea e rilancio del consumatore – 2 Introduzione della normativa sui *commitments* nel diritto dell'Unione europea e successiva procedura interna in materia di impegni - 2.1 La *ratio* dell'istituto - 2.2 Comparazione tra la disciplina nazionale e quella contenuta nel regolamento di diritto dell'Unione europea - 2.3 La prassi decisionale in materia di impegni in ambito di Unione europea e nazionale - 2.3.1 Le decisioni della Commissione europea - 2.3.2 Le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato - 3 Effetti delle decisioni con impegni - 3.1 Rapporti tra procedimento amministrativo e giudizio civile *antitrust* - 3.2 *Private enforcement* e accesso ai documenti - 4 Applicazione dell'istituto da parte dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette - 4.1 Tendenza applicativa: alcune considerazioni

Paragrafo 1 Riforma del diritto *antitrust* dell'Unione europea e rilancio del consumatore

Nel contesto di ripensamento e parziale rinnovamento degli orientamenti dell'ordinamento dell'Unione europea in materia di concorrenza, che nel corso degli ultimi decenni hanno progressivamente modificato un assetto giuridico e pratico rimasto sostanzialmente immutato per diversi anni²⁴⁴, si colloca il processo di modernizzazione introdotto con il regolamento n. 1/2003 del Consiglio²⁴⁵, entrato in vigore il 24 gennaio 2003 e applicabile dal 1° maggio 2004.

²⁴⁴ Per oltre quarant'anni punto di riferimento della disciplina comunitaria della concorrenza nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante è stato il regolamento n. 17 del Consiglio del 6.2.1962, primo regolamento di attuazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE (GU L 13 del 21.2.1962, pag. 204).

²⁴⁵ Si tratta del cd. “regolamento sulla modernizzazione”, cit. nota 176.

Tale regolamento, all'esito di un percorso avviato con l'adozione da parte della Commissione CE del Libro bianco sulla modernizzazione e durato quasi cinque anni, ha profondamente innovato le regole sull'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE (già artt. 81 e 82 del Trattato), colmando la diminuzione dell'esclusività dei poteri di intervento dell'esecutivo comunitario con il maggiore coinvolgimento dei giudici e delle autorità garanti nazionali incaricati di applicare direttamente le norme *antitrust*. La principale modifica è certamente rappresentata dal passaggio, nell'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3, dal sistema accentrato di riserva di autorizzazione a quello di esenzione legale e dal contemporaneo coinvolgimento di giudici e autorità garanti nazionali nelle valutazioni discrezionali connesse.

Facendo cenno, a tale proposito, all'affermazione contenuta nel considerando 9 del regolamento suddetto, in cui si precisa che "*tali norme hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato*", non si può fare a meno di sottolineare l'assoluta centralità di questa affermazione alla luce del nuovo contesto *antitrust* dell'ordinamento dell'Unione²⁴⁶.

Sembra quasi che con la cessione del delicato compito di applicare il sistema di esenzione di cui all'articolo 81 par. 3, investendo gli organi nazionali di un potere fino ad ora appartenuto in via esclusiva alla Commissione, il legislatore comunitario abbia avvertito l'esigenza di precisare esplicitamente quali siano gli obiettivi di cui agli articoli 81 e 82, ponendo un chiaro limite all'applicazione del par. 3 stesso²⁴⁷.

La tendenza affermata nel diritto *antitrust* comunitario volta ad espanderne la portata ed il raggio d'azione ricomprendendo finalità ulteriori

²⁴⁶ A tale proposito S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Giuffrè 2005.

²⁴⁷ Sembra che tale limite sia reso ancora più esplicito dalla constatazione contenuta nel Libro bianco sulla modernizzazione del diritto della concorrenza del 1999, secondo cui (anche) l'oggetto dell'articolo 81 n. 3 è quello di fornire un quadro giuridico della valutazione economica delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione di regole di concorrenza in base a valutazioni politiche.

rispetto alla propria si trova a dover “fare i conti” con i tentativi di modernizzazione²⁴⁸ delle regole di concorrenza diretti a liberarlo da obiettivi che non gli competono e a ricondurlo ad un approccio rigorosamente economico.

Infatti, ritornando alle rilevanti novità introdotte dal regolamento di attuazione degli articoli 81 e 82 del Trattato (secondo la nuova numerazione introdotta dal Trattato di Lisbona artt. 101 e 102 TFUE), se il sistema di esenzione centralizzata poteva essere funzionale ad una visione orientata del diritto della concorrenza, il passaggio ad un sistema di esenzione legale direttamente applicabile dai giudici e dalle autorità garanti nazionali sembra essere stato rivisitato anche alla luce degli insegnamenti dell’analisi economica. Peraltro già prima della cd. modernizzazione, l’esecutivo comunitario non aveva tenuto nascosto di voler attribuire alle regole antitrust una portata prevalentemente economica, sottolineando il loro fondamentale ruolo nell’assicurare un’efficiente allocazione delle risorse in una moderna economia di mercato²⁴⁹.

²⁴⁸ A tale proposito si veda S. BASTIANON op. cit. secondo cui “..il processo di modernizzazione delle regole di concorrenza contenuto nel regolamento n. 1/03 potrebbe essere letto come la definitiva constatazione da parte della Commissione non solo dell’inadeguatezza del precedente sistema a funzionare dal punto di vista pratico, ma anche dell’inerzia di qualsiasi tentativo di continuare a leggere il diritto della concorrenza in chiave di market integration”. Cfr. anche R. PARDOLESI, “Modernizzare la disciplina antitrust italiana?”, intervento reso in occasione del Convegno Assonime Adeguare l’ordinamento italiano al regolamento (Ce) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell’antitrust, svoltosi a Roma il 15 dicembre 2003.

²⁴⁹ Ciò si evince chiaramente dalla *Decima relazione annuale sulla politica di concorrenza* (1982) della Commissione ove si afferma che “..la politica della Commissione nei confronti delle pratiche anticoncorrenziali delle imprese persegue due obiettivi complementari: permettere alla concorrenza di assolvere i compiti che tradizionalmente le competono e che contribuiscono ad una migliore ripartizione delle risorse, al rafforzamento delle facoltà di adattamento degli operatori economici e ad una più completa soddisfazione dei bisogni dei consumatori; in secondo luogo, contribuire a consolidare l’unità del mercato comunitario attraverso l’eliminazione degli ostacoli agli scambi fra gli Stati membri. Come sottolinea S. BASTIANON, da tale passaggio si rileva che “per stessa ammissione della Commissione non solo la tutela della concorrenza costituisce..un principio fondamentale, ma gli stessi obiettivi della politica perseguita a livello comunitario devono ritenersi quelli tradizionalmente associati ad una legislazione antimonopolistica e solo secondariamente quelli connessi alla creazione di un unico grande mercato”.

Del resto la tendenza a ricondurre la disciplina *antitrust* a finalità diverse da quella unica di garanzia di un corretto funzionamento del mercato è da diversi anni una costante nell'ambito del nostro ordinamento nazionale.

Infatti alla luce degli orientamenti e della prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il “nuovo” diritto *antitrust* sembra proprio voler essere apertamente piegato alla finalità del benessere dei consumatori²⁵⁰.

Quest'ultima, come abbiamo illustrato ampiamente altrove, assume il rango di “lente” attraverso cui l'*Antitrust* stesso affronta il tema della concorrenza e che va di pari passo con la stessa.

Paragrafo 2 Introduzione della normativa sui *commitments* nel diritto dell'Unione europea e successiva procedura interna in materia di impegni

Nell'ambito della cd. modernizzazione del diritto *antitrust* dell'Unione europea, tra le novità del regolamento n. 1/2003, rilevano l'ingresso e il riconoscimento formale di alcune prassi già diffuse tra le imprese sottoposte a procedimenti di infrazione.

In un'ottica di risparmio e di efficienza, nella fase iniziale della procedura di accertamento di un illecito, le suddette imprese avevano assunto l'uso di intavolare un dialogo costruttivo con la Commissione, allo scopo di porre fine all'ipotetica infrazione, talvolta dopo la ricezione degli addebiti, talaltra su invito dell'esecutivo stesso, al fine di riportare l'accordo

²⁵⁰ Sul punto si veda l'intervento del Presidente A. Catricalà il 24 febbraio 2009 alla Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze di Roma, che sottolineando la necessità per l'Autorità stessa di avere una propria finalità, la identifica nell'interesse dei consumatori. Ecco come il “nuovo” diritto *antitrust* trova una legittimazione, anche alla luce del processo di “costituzionalizzazione” della concorrenza.

in conformità agli artt. 101 e 102 del TFUE o di far beneficiare quest'ultimo di un'esenzione ai sensi dell'art. 101 par. 3²⁵¹.

L'art. 9 del regolamento n. 1/2003 stabilisce che, qualora la Commissione, dopo una valutazione preliminare circa le condotte di una o più imprese, intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni della stessa²⁵², possa renderli obbligatori per queste tramite decisione. Rispetto alla prassi precedente²⁵³ rileva la nuova garanzia contenuta agli artt. 23 e 24 del regolamento stesso, consistente nella facoltà data alla Commissione di infliggere sanzioni in caso di mancato rispetto degli impegni: pertanto, qualora le imprese non tengano fede ai *commitments*, risultano applicabili ammende o penalità di mora, senza che vi sia alcuna necessità di instaurare un nuovo procedimento per dimostrare la violazione di norme *antitrust*²⁵⁴.

La proposta di impegni da parte delle imprese, consistenti in rimedi sia di carattere comportamentale che strutturale, segue alla comunicazione con cui l'esecutivo comunitario espone alle stesse gli elementi di fatto e di

²⁵¹ Tale prassi era stata valutata positivamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in quanto strumentale a garantire il ripristino di una concorrenza effettiva e a limitare, nel contempo, il ricorso a mezzi coercitivi e più invasivi da parte della Commissione (in tal senso, Corte giust., 7 marzo 1974, 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapeutico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, punto 45).

²⁵² L'articolo 9 richiede che la Commissione esprima le proprie preoccupazioni in una valutazione preliminare, cd. *preliminary assessment*. Tale documento dà l'opportunità alle parti di instaurare un dibattito finalizzato alla "negoiazione" di impegni. Esso, con una funzione analoga a quella del cd. *statement of objection* in un procedimento di accertamento di un illecito antitrust, viene inviato alle imprese per rendere loro note le intenzioni dell'esecutivo comunitario, senza essere reso pubblico nella fase iniziale.

²⁵³ Essa comportava taluni inconvenienti sia dal punto di vista della certezza e verificabilità delle soluzioni raggiunte, in relazione al carattere informale e negoziale del procedimento attraverso cui l'esecutivo perveniva all'archiviazione del caso, sia dal punto di vista dell'effettività degli impegni stessi assunti dalle imprese. Non essendoci infatti alcuna base giuridica specifica, nel caso in cui la Commissione avesse constatato una violazione degli impegni non poteva fare altro che riaprire *ex novo* il procedimento di infrazione.

²⁵⁴ Tale rimedio può essere altresì utilizzato anche qualora la violazione degli impegni sia imputabile ad una sola delle imprese proponenti. Sul punto cfr. J. TEMPLE LANG, *Commitments Decisions Under Regulation 1/2003*, in *ECLR*, p. 353.

diritto, che ritenga possano risultare lesivi della disciplina *antitrust*. La Commissione, escludendo i casi in cui sussistano profili di particolare gravità che ai sensi del regolamento stesso renderebbero inopportuna tale conclusione del procedimento²⁵⁵, può dare spazio ad una fase di negoziazione con le imprese stesse, coinvolgendo anche eventuali terzi interessati.

Ciò consente all'istituzione comunitaria, all'esito di un *market test*²⁵⁶ positivo, di non dover più accertare la sussistenza di un'infrazione e di arrivare ad affermare che il suo intervento "non è più giustificato", dando luogo ad una sorta di anticipazione "patteggiata"²⁵⁷ rispetto all'applicazione della misura inibitoria finale a chiusura del procedimento.

Tale esito, che comporta l'interruzione dell'accertamento relativo al sussistere o perdurare di un'infrazione, con un risultato concreto di modifica di un certo mercato, peraltro, sembra raffrontabile con la *ratio* di efficienza ed economicità proprie del procedimento speciale pre-dibattimentale in campo penale del patteggiamento. Sebbene i due procedimenti differiscano notevolmente sia dal punto di vista del campo di applicazione che della struttura, si può notare un'analogia nella chiusura anticipata delle indagini e

²⁵⁵ Il tredicesimo *considerando* del Regolamento n. 1/2003, a tale proposito, prevede che "le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda". Tale circostanza porta ad escludere dall'ambito di applicabilità delle decisioni di impegni i procedimenti relativi a violazioni gravi del diritto della concorrenza quali i cartelli o seri abusi di posizione dominante. Ciò, secondo F.CINTIOLI in "*Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*", *Giurisprudenza commerciale* 2008, n. 1, allo scopo di non compromettere la portata sanzionatoria dell'istituto.

²⁵⁶ Il procedimento di adozione di impegni prevede la pubblicazione di un cd. *summary*, contenente un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto degli impegni presentati, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, da sottoporre ad una valutazione da parte dei terzi attraverso il cd. *market test*. Quest'ultimo consiste pertanto in un'audizione degli operatori di mercato interessati, che possono esprimere il loro parere in merito all'opportunità e adeguatezza dei *commitments* offerti dalle parti, condizionando in tal modo la decisione finale dell'esecutivo comunitario.

²⁵⁷ Atti del Convegno "*I 15 anni di concorrenza e mercato: un'occasione per riflettere sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*", *Il private enforcement e le sanzioni amministrative* di Mario Libertini in *Concorrenza e mercato*, n. 15/2007.

negli apporti in termini di economie processuali, nonché a mio avviso, nel seppur diverso tenore in termini di premialità.

L'art. 9 del regolamento 1/2003, che esprime una scelta politico-legislativa favorevole ad un modello di intervento amministrativo più che sanzionatorio - punitivo delle autorità *antitrust*, e nel quale le medesime esercitano una funzione di *moral suasion* più che di deterrenza, ha ispirato la nascita di discipline normative negli ordinamenti nazionali di alcuni Stati membri secondo modalità diverse.

In particolare, in Italia, il d.l. 223 del 4 luglio 2006²⁵⁸, che, attraverso la modifica della legge *antitrust*²⁵⁹ ha accresciuto i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella veste di *public enforcer* del diritto comunitario e nazionale della concorrenza, ha introdotto la procedura con impegni all'articolo 14 *ter*.

Si ricorda che l'articolo 5 del regolamento²⁶⁰ già prevedeva, per i casi di rilevanza comunitaria, la facoltà delle autorità garanti della concorrenza nazionali di accettare questi ultimi, lasciando al diritto dei singoli Stati membri il compito di individuare le ammende o sanzioni da comminare per il caso di violazione: la mancanza di una disciplina *ad hoc* che contemplasse la possibilità di sanzionare l'inosservanza, ne ostacolava l'applicazione²⁶¹.

²⁵⁸ Decreto Bersani sulle liberalizzazioni convertito con modifiche con la legge n. 248 del 4 agosto 2006 recante "Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 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 all'evasione fiscale".

²⁵⁹ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Gazzetta Ufficiale 13 ottobre 1990, n. 240 e successive modifiche.

²⁶⁰ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

²⁶¹ Cfr. F. CINTIOLI, "Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari", in *Giurisprudenza commerciale* 2008, n. 1, p. 109 e ss., il quale sottolinea che "Il principio di legalità rinvigorito da quest'ultima disposizione, sconsigliava l'accettazione di impegni con la chiusura anticipata del procedimento perché non ne avrebbe consentito la sanzionabilità in caso di inottemperanza".

Oggi anche in ambito nazionale, è previsto che le imprese contro le quali l'Autorità procede per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della legge n. 287 del 1990 e degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, *“possono presentare impegni tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”*.

L'intervento del legislatore nazionale, con il nuovo art. 14 *ter*, ha consentito di dare attuazione all'istituto di diritto dell'Unione europea, fornendo un necessario potere sanzionatorio per il caso di inadempimento e consentendo inoltre di estendere la nuova procedura a quei casi di rilevanza interna ai sensi degli artt. 2 e 3 della l. n. 287 del 1990, che non incidono sul commercio fra Stati membri.

L'Autorità, dopo aver valutato l'idoneità di tali proposte che devono essere avanzate entro tre mesi dalla notifica dell'avvio dell'istruttoria, ha la facoltà di renderle obbligatorie *“nei limiti dell'ordinamento comunitario”* e di chiudere pertanto il procedimento senza accertare l'infrazione. Analogamente alla facoltà data alla Commissione europea di riaprire il procedimento ed eventualmente irrogare sanzioni pecuniarie o penalità di mora nel caso in cui le imprese non rispettino gli impegni resi obbligatori dalla stessa mediante decisione, all'Autorità *antitrust* nazionale è attribuito un potere sanzionatorio²⁶².

A dispetto del suddetto riferimento comunitario, contenuto all'articolo 14 *ter* della legge in materia di concorrenza, si evidenziano sia differenze nella formulazione della disciplina²⁶³ sia un disallineamento delle pronunce nazionali rispetto ai criteri dettati dal regolamento e dalla pratica comunitaria²⁶⁴.

²⁶² Al comma 2 dell'art. 14 *ter*, legge n. 287/1990: *“L'Autorità, in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del comma 1, può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato”*.

²⁶³ Sul punto paragrafo 2.2.

²⁶⁴ Sul punto paragrafo 2.2.

2.1 La *ratio* dell'istituto

Nel tentativo di inquadrare la fattispecie degli impegni alla luce del concetto di danno alla concorrenza e della funzione amministrativa *antitrust* dell'Autorità garante, rileviamo come la libera concorrenza, che rappresenta sia un'esplicazione del diritto fondamentale all'iniziativa economica garantito dalla Costituzione all'art. 41 sia un valore giuridico tutelato da norme specifiche, che rientra nell'orientamento economico di fondo dell'ordinamento, non costituisca un bene giuridico stabile, predefinito o cristallizzato da una norma costituzionale, da un principio comunitario, da una legge o da un giudice²⁶⁵.

Al contrario, essendo il mercato una realtà incerta²⁶⁶ per il quale è inconcepibile la realizzazione di un assetto ideale, unico e imm modificabile, la libera concorrenza non può essere scientificamente “misurata”.

Pertanto l'istituto degli impegni, i quali secondo il disegno del legislatore nazionale devono essere “*tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*”, non può rispondere ad una logica strettamente reintegratrice o ad un risarcimento in forma specifica. Poiché dalle considerazioni sopra espresse emerge che non può sempre essere isolato e riparato in natura un certo danno alla concorrenza, se gli impegni dovessero ricostruire la situazione esistente nel mercato prima del presunto illecito, ciò richiederebbe accertamenti impossibili, oppure condurrebbe l'autorità ad un'arbitraria valutazione dei profili anticoncorrenziali²⁶⁷.

²⁶⁵ Vedi riflessioni sul punto di F. CINTIOLI, in “*Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*”, in *Giurisprudenza commerciale* 2008, n. 1, p. 109.

²⁶⁶ Sul punto si vedano riflessioni di F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 361 e ss. L'autore sostiene che il miglior mercato possibile possa manifestarsi in molte fogge diverse, e che non ve ne sia uno solo ma tanti possibili.

²⁶⁷ Cfr. F. CINTIOLI, op. cit. in *Giurisprudenza commerciale* 2008, n. 1, p. 109.

La formulazione dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003, nonché del *considerando* 13 del regolamento stesso, fa riferimento a *commitments* tali da “rispondere alle preoccupazioni della Commissione”: analogamente per questi, in ambito nazionale, si ricerca una condizione di equilibrio ispirata ai canoni di ragionevolezza e di proporzionalità. Quel che si dovrebbe tentare di garantire è un'effettiva pertinenza degli impegni alle conseguenze economiche del comportamento sanzionabile, resa possibile per mezzo di una valutazione discrezionale e flessibile. Non potendosi subordinare la chiusura anticipata del procedimento con l'accettazione degli impegni alla condizione che gli stessi eliminino *tout court* le conseguenze dell'illecito retroattivamente, non può tuttavia escludersi che in alcuni casi ciò accada.

Sia l'Istituzione europea sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel decidere in tal modo se concludere il procedimento istruttorio con una decisione di impegni, sono limitate da criteri quali la qualità intrinseca degli stessi, la portata economica e gli effetti. L'istituto può essere utilizzato per concludere, senza accertamento dell'infrazione, procedimenti ormai datati o non meritevoli, per il loro oggetto, di un'istruttoria ordinaria, tenendo presente che la valutazione della meritevolezza non corrisponde ad una decisione arbitraria ma sta a significare che un certo procedimento non è prioritario per le scelte di *policy* della Commissione stessa, o è basato su un quadro probatorio molto incerto o infine appare di rilievo così limitato che la chiusura anticipata e il relativo risparmio di energie vengono considerate un successo.

D'altra parte, nella propria valutazione discrezionale, l'Autorità può invece considerare l'opportunità di adottare una decisione di accertamento dell'infrazione per stabilire un chiaro precedente in relazione a determinate condotte che presentino profili di novità o per riaffermare l'illiceità di altre e prevenirne la reiterazione.

Infine, come è indicato dal *considerando* 13 del regolamento, in corrispondenza al fatto che l'istituto rappresenta una fase eventuale e

derogatoria rispetto al normale iter istruttorio previsto per gli illeciti antitrust, qualora l'Autorità o la Commissione si trovino di fronte a violazioni gravi (ad esempio intese segrete *hard core*), per le quali sia prevista l'irrogazione di un'ammenda, dovrebbe escludersi la possibilità di adottare una chiusura con impegni²⁶⁸. Ciò sarebbe infatti inopportuno alla luce della funzione tradizionale di deterrenza propria dell'impianto sanzionatorio, che risulta essenziale per la correzione di eventuali illeciti anticoncorrenziali.

I limiti estrinseci e intrinseci ad una decisione con impegni sono verificabili grazie alle caratteristiche del procedimento di adozione, che si ispira ai principi di neutralità e trasparenza dell'azione amministrativa: la disciplina comunitaria prevede infatti la pubblicazione di un *summary* contenente un'esposizione sommaria dei fatti e del contenuto essenziale degli impegni sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea²⁶⁹, da sottoporre

²⁶⁸ *"La ragione per la quale gli impegni possono essere presentati solo nel caso di infrazioni non particolarmente gravi è duplice: da una parte in quanto l'ordinamento non può ammettere che comportamenti ritenuti gravemente antiggiuridici possano sottrarsi ai rigori dell'accertamento, dall'altra, in quanto una decisione di accettazione degli impegni, riducendo, nella sostanza, le azioni risarcitorie, scoraggia fortemente la tutela civilistica dei terzi interessati anche in caso di comportamenti gravemente dannosi"* in *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante* di LUCIANO DI VIA, su Mercato concorrenza regole, n. 2 2007.

²⁶⁹ A tale proposito, tra i casi recenti di *commitments*, si veda la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (OJ C 131 del 10-06-2009) di quelli proposti dall'IACS (Associazione internazionale delle società di classifica), a seguito dell'apertura da parte della Commissione di un'istruttoria relativa alla violazione degli art. 81 TCE e art. 53 dell'Accordo EEA. Le più importanti società di classifica delle navi erano sospettate di aver messo in atto pratiche escludenti nei confronti di coloro che non erano membri dell'IACS. Gli impegni proposti da tali società comprendevano, tra gli altri, la fissazione di criteri di carattere tecnico oggettivi, trasparenti e non discriminatori da applicare in maniera uniforme per la valutazione delle domande di adesione all'associazione da parte di nuovi soggetti aderenti, la previsione di organismi esterni di certificazione indipendenti in grado di applicare i requisiti del QSCS (*Quality System Certification Scheme*) in maniera identica sia ai soggetti membri sia ai non membri, la messa a disposizione, senza alcun onere per i terzi e sempre a condizione paritarie tra soggetti associati e non, di tutte le versioni delle risoluzioni IACS con il fascicolo di tutti i documenti tecnici informativi preliminari. Infine è da ricordare la proposta di istituzione di un organismo di reclamo indipendente a cui qualunque soggetto interessato possa rivolgersi per contestare le decisioni lesive dell'interesse individuale adottate in seno all'associazione. La fase di *market test*, seguita

ad una valutazione da parte dei terzi attraverso il cd. *market test*, che consiste in un'audizione degli operatori di mercato interessati dall'infrazione.

L'iter poi termina con una decisione finale della Commissione, che, qualora accetti gli impegni, attribuisce ad essi forza vincolante con effetti giuridici *erga omnes*.

Rileva poi il fatto che ai terzi è data la possibilità di impugnare il provvedimento vincolante della Commissione o delle autorità nazionali davanti alla giurisdizione competente: il controllo dei giudici sull'operato delle amministrazioni suddette contribuisce infatti a rendere effettivi i limiti alla discrezionalità nell'adozione della decisione. A tale proposito, una recente pronuncia²⁷⁰ della Corte di giustizia che ha modificato quella²⁷¹ del Tribunale di primo grado²⁷², relativa ad un caso di impegni presentati dal maggior operatore nel settore dei diamanti, ha contribuito a definire e a circoscrivere le caratteristiche fondamentali dell'istituto. In particolare, in riferimento alla sopra menzionata proporzionalità, che come noto costituisce uno dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, il giudice comunitario, cambiando orientamento rispetto a quanto contenuto nella sentenza del Tribunale, ha sottolineato che la Commissione valuta l'idoneità delle misure proposte dalle parti a rispondere alle sue preoccupazioni, senza dover effettuare la più approfondita valutazione di proporzionalità, posta

nei mesi successivi alla pubblicazione, ha dimostrato l'idoneità dei *commitments* proposti rispetto alle criticità delle condotte rilevate in capo ad IACS, conducendo la Commissione ad accettare gli impegni il 14 ottobre scorso.

²⁷⁰ Sentenza della Corte del 29.06.2010, *Commissione europea/Alrosa Company Ltd*, C-441/07P, *Racc.* 2010 p.0000.

²⁷¹ Si tratta della sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 luglio 2007, *Alrosa/De Beers*, C- 170/06, *Racc.* p. II-02601, punti 112 e ss.

²⁷² Occorre precisare che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 il Tribunale di primo grado delle Comunità europee, istituito con decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988, è stato sostituito dal Tribunale menzionato all'art. 19 TUE.

alla base della procedura di constatazione ed eliminazione delle infrazioni di cui all'art. 7 del regolamento 1/2003²⁷³.

2.2 Comparazione tra la disciplina nazionale e quella contenuta nel regolamento di diritto dell'Unione europea

Come sopra delineato, la normativa nazionale sugli impegni (art. 14 *ter*) è stata introdotta con il decreto Bersani del 2006, che ha ampliato i poteri spettanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei procedimenti per l'accertamento e la sanzione degli illeciti anticoncorrenziali.

A tale proposito osserviamo che la novità si affianca alle altre due inserite all'art. 14 *bis* e all'art. 15 comma 2 *bis* della legge n. 287/1990, con cui hanno fatto ingresso nella disciplina *antitrust* italiana il potere dell'Autorità di disporre misure cautelari (nonché di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in caso di inottemperanza) e di accordare programmi di clemenza consistenti in riduzioni/sconti o immunità dall'applicazione della sanzione nei casi in cui le imprese collaborino nell'accertamento di infrazioni alle regole della concorrenza²⁷⁴.

²⁷³ La logica che guida l'imposizione di una misura ai sensi dell'articolo 7 del regolamento 1/2003, disposizione che consente alle imprese, nei confronti delle quali è stato avviato un procedimento di infrazione, di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda, è diversa da quella alla base dell'accettazione di impegni proposti dalle imprese ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (cfr. punti 47 e 48 sentenza).

²⁷⁴ L'Autorità, prima dell'adozione della normativa, si chiedeva se fosse indispensabile una normativa primaria per consentirle di avviare i programmi di clemenza, richiedendo a tale proposito un parere al Consiglio di Stato. Esisteva infatti un precedente isolato di immunità totale concessa dalla stessa ad un'impresa che aveva denunciato l'esistenza di un cartello nel settore degli esplosivi da mina, di cui l'Autorità non aveva alcun sentore. Tale provvedimento (n. 5161 del 26 giugno 1997) peraltro era stato confermato dal giudice amministrativo investito della questione. Inoltre a conferma di ciò un dato legislativo sopravvenuto nel 2001 (l'art. 11 della legge n. 57 del 5 marzo) aveva modificato le disposizioni della legge antitrust in tema di sanzioni eliminando il minimo edittale della pena pecuniaria e consentendo così all'Autorità di irrogare, ove lo ritenesse opportuno, sanzioni anche solo simboliche.

I nuovi strumenti forniti all'Autorità dal pacchetto Bersani ricalcano i cambiamenti introdotti dal regolamento comunitario sulla modernizzazione e dalla successiva prassi applicativa sviluppatasi negli Stati membri, che li aveva anticipati²⁷⁵.

Nonostante l'origine comunitaria, analizzando in particolare il procedimento di adozione di una decisione di impegni da parte dell'Autorità garante nazionale rispetto a quanto stabilito dalla disciplina contenuta nel regolamento comunitario, si notano alcune importanti differenze.

In primo luogo, salta immediatamente agli occhi l'onere per le imprese di presentare impegni davanti all'Autorità nazionale entro il termine perentorio²⁷⁶ di tre mesi: ciò, che a parole sembra differenziarsi completamente dalla previsione comunitaria²⁷⁷, tende in realtà ad avvicinare

²⁷⁵ Su tale prassi sorgono alcuni dubbi derivanti dal fatto che, sebbene il regolamento n. 1/2003 stabilisse all'art. 5 - norma direttamente applicabile che prevale su quelle interne in virtù del principio del primato del diritto comunitario - che le autorità garanti nazionali, nell'applicazione degli art. 81 e 82 del Trattato CE, possono decidere di applicare misure cautelari e accettare impegni, l'assenza di una disciplina interna anche procedurale che attribuisse espressamente tale potere a norma dell'art. 35 del medesimo regolamento e in ossequio al principio di legalità e che introducesse un analogo potere cautelare nei casi di infrazione alla legge n. 287 del 1990, comportava una lacuna difficilmente colmabile e irragionevole.

²⁷⁶ Sul carattere perentorio del termine dei tre mesi, introdotto in sede di conversione delle norme del decreto legge, si veda M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 12/2006, p. 1285. L'autore, dopo aver sottolineato la necessità di attribuire al termine un carattere perentorio, ricostruisce due distinti livelli di rilevanza degli impegni presentati dalle imprese prima e dopo i tre mesi. In quest'ultima ipotesi, infatti, ad avviso dell'autore, l'Autorità potrà prendere in considerazione gli impegni e renderli obbligatori con la propria decisione finale, attenuando altresì il giudizio di gravità sull'infrazione: ciò che resterà precluso, una volta decorso il termine dei tre mesi dalla notifica di avvio del procedimento, è che questo possa concludersi senza un accertamento circa la commissione o meno dell'illecito antitrust da parte delle imprese interessate.

²⁷⁷ Mentre la normativa comunitaria non pone un limite temporale e la negoziazione degli impegni può collocarsi in diversi momenti della procedura, anche dopo lo *statement of objections*, "a livello italiano, come è noto, gli impegni possono invece essere proposti dalle imprese entro un termine di tre mesi. Con l'introduzione di un termine così breve, il legislatore ha inteso: - limitare l'impegno di risorse amministrative in attività istruttorie; - ottenere il risultato di migliorare effettivamente il funzionamento del mercato in tempi più rapidi di quanto avverrebbe con le normali procedure istruttorie e sanzionatorie; - sollecitare in modo stringente un comportamento collaborativo da parte delle imprese

l'ambito applicativo pensato dal legislatore nazionale ai precedenti comunitari. In tal senso mi riferisco ad una procedura – quella comunitaria – che sembra essersi ben adattata ai casi in cui è parsa possibile una soluzione rapida e semplificata²⁷⁸.

Accanto alla previsione che pone in ambito nazionale un termine massimo entro il quale le imprese possono proporre impegni, emerge la diversa formulazione dei due articoli relativamente alle caratteristiche da considerare ai fini di una qualificazione corretta degli stessi. Se da un lato l'art. 9 del regolamento comunitario fa riferimento a *commitments* adeguati al fine di “rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione”, la norma nazionale sembra prediligere un maggior grado di determinatezza, attraverso l'espressione “impegni tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”. Peraltro tale formulazione rappresenta un mutamento inserito nella legge di conversione rispetto al decreto legge²⁷⁹ e rispecchia la volontà di ricollegare l'istituto ai casi in cui l'illiceità non è ancora stata accertata ed in una fase del procedimento in cui le imprese introducono con le loro proposte elementi di novità, che consentono una conclusione anticipata.

L'Autorità valuta poi l'idoneità di tali impegni “nei limiti dell'ordinamento comunitario” e può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato in caso di mancato rispetto

interessate e così prevenire i contenziosi”, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante* di LUCIANO DI VIA, su Mercato concorrenza regole, n. 2 agosto 2007.

²⁷⁸ Le decisioni adottate dalla Commissione europea sembrano rispondere ad esigenze di efficienza e di economicità della procedura antitrust. In particolare rilevano a tale proposito i casi in cui l'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale non è di immediata evidenza e, dunque, vi è interesse pubblico ad accettare le misure proposte anziché sobbarcarsi costi di accertamento molto onerosi.

²⁷⁹ Il testo originario del decreto legge disponeva così: “Fino alla decisione di cui all'articolo 15 che accerta la violazione degli articoli 2 o 3 o degli articoli 81 e 82 del Trattato Ce, le imprese possono presentare impegni tali da far cessare l'infrazione. L'Autorità, qualora ritenga tali impegni idonei a far cessare l'infrazione, può renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”.

degli impegni resi obbligatori, come previsto all'articolo 23 del regolamento n. 1/2003. Tale sanzione è peraltro pari a quella che l'Autorità avrebbe potuto comminare al termine del procedimento istruttorio di accertamento se non ci fosse stata la presentazione degli impegni da parte dell'impresa contro cui stava procedendo.

In particolare, i limiti propri della decisione di impegni contenuti al considerando 13 del regolamento n. 1/2003, che fa riferimento all'inopportunità degli stessi nei casi di violazione grave alla quale la Commissione intenda applicare un'ammenda, sono adatti e pertanto da seguire anche in ambito nazionale.

Identici sono i casi in cui l'Autorità nazionale, d'ufficio²⁸⁰, e la Commissione, su domanda o d'ufficio, possono riaprire il procedimento: ciò accade qualora si modifichi la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione, le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti, o la decisione si fondi su informazioni trasmesse dalle parti e risultanti in seguito incomplete, inesatte o fuorvianti.

2.3 La prassi decisionale in materia di impegni in ambito di Unione europea e nazionale

2.3.1 Le decisioni della Commissione europea

In un'ottica di eliminazione efficiente di comportamenti anticoncorrenziali nonché di salvaguardia di quanto possa sussistere di pro-concorrenziale in forme di collaborazione tra imprese, si individuano

²⁸⁰ Comunque, qualora circostanze sopravvenute rendano gli impegni assunti non proporzionati rispetto ai problemi sollevati dall'intesa o dalla condotta sul piano concorrenziale, si ritiene che l'Autorità, nella valutazione circa la riapertura d'ufficio del procedimento, debba tenere adeguatamente conto dell'interesse in capo all'impresa a un riesame della situazione e a una revisione degli impegni.

svariate decisioni in materia di impegni a livello di ordinamento dell'Unione europea.

Il modello dell'istituto è dato dai “*cease and desist orders della Federal Trade Commission*”, che adempiono ad una duplice funzione: evitano sanzioni per la condotta passata, ma soprattutto, non sono limitati ad un'inibitoria negativa, potendo avere, come se fosse un rimedio dell'*equity*, un contenuto adatto al caso concreto. Essi sono negoziati tra la parte e la FTC e contro di essi non è ammesso alcun appello o *judicial review*²⁸¹.

La nuova disposizione contenuta nell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 ha formalizzato il passaggio da un modello puramente sanzionatorio - punitivo di diritto *antitrust*, che ispirava il precedente regolamento n. 17/1962²⁸², ad un modello più amministrativo orientato alla cura diretta del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che all'accertamento e alla sanzione di illeciti.

In tale ottica, è necessario soffermarsi sulla portata e le peculiarità degli interessi perseguiti dalla Commissione e sulla discrezionalità attribuitale nel valutare *impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse alle imprese nella sua valutazione preliminare*.

Le uniche forme di verifica all'esercizio di tali negoziazioni tra le imprese e l'esecutivo comunitario si estrinsecano nella motivazione espressa da quest'ultimo organo nel provvedimento finale che rende obbligatori i rimedi strutturali e/o comportamentali e, ancor prima, si esplicano nella fase cd. di *market test*, in cui i terzi interessati possono presentare osservazioni.

²⁸¹ PH. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, 2nd ed. , Aspen 2001, p. 17 .

²⁸² Come già detto *supra* si evidenzia che, nonostante l'impostazione del regolamento n. 17 , la prassi applicativa della Commissione e dell'Autorità garante nazionale prevedeva già la formulazione di impegni da parte delle imprese, con il fine di attenuare il previsto rigore del provvedimento finale o addirittura di giungere ad una chiusura informale del procedimento. La formulazione dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 ha avuto dunque la funzione di dare una veste giuridico formale certa a questa prassi, eliminando i dubbi sulla portata degli impegni dal punto di vista giuridico e illustrando chiaramente la soluzione secondo cui gli impegni devono essere formalmente recepiti dall'autorità antitrust e divengono contenuto dell'atto amministrativo di chiusura del procedimento.

Quest'ultima opportunità rappresenta una novità introdotta dal regolamento comunitario, a motivo della mancanza di altri mezzi di garanzia procedurale: la Commissione ha stabilito che, qualora il risultato della consultazione dei terzi circa il contenuto provvisorio degli impegni riveli preoccupazioni da parte di questi, lei stessa potrà rinegoziare o abbandonare il tentativo di concludere l'istruttoria con l'accettazione degli impegni o anche ripristinare la situazione di divieto²⁸³. Si tratta pertanto di un'importante mezzo di controllo e di confronto dell'operato dell'istituzione stessa, attraverso il quale i terzi sono legittimati ad esprimere dubbi e perplessità rispetto alle modalità di chiusura del procedimento, di fatto costringendo l'autorità *antitrust* comunitaria a rivederle.

Noto caso²⁸⁴ di *commitments* a livello europeo è quello che ha visto protagoniste due famose società operanti nel mercato mondiale della fornitura e nella produzione di diamanti grezzi: la Commissione, a seguito delle osservazioni presentate da ben 21 terzi interessati nei confronti dei rimedi proposti in relazione all'accordo ritenuto lesivo della concorrenza, aveva concluso l'istruttoria accogliendo impegni da parte di una delle due, la *De Beers*, volti ad eliminare i rischi di un abuso di posizione dominante e più gravosi di quelli originariamente presentati relativi all'accordo notificato dalle due società, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ex art. 27 comma 4. I *commitments* ritenuti idonei dalla Commissione, nella decisione finale, a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali sollevate prevedevano la riduzione delle vendite di diamanti grezzi dalla Alrosa alla De Beers nonché la loro successiva soppressione a partire dal 2009 e per una durata indeterminata.

In seguito alla decisione della Commissione, che aveva reso vincolanti i rimedi comportamentali proposti dalla concorrente, la Alrosa

²⁸³ Commissione MEMO/04/217, 17 settembre 2004.

²⁸⁴ Si tratta del caso COMP/E-2/38.381, *Alrosa/De Beers* e della decisione finale della Commissione 2006/520/CE, che ha reso obbligatori gli impegni presentati dalla De Beers e che ha chiuso il procedimento.

presentava ricorso davanti al Tribunale di primo grado per ottenerne l'annullamento, sollevando diversi profili di illegittimità. Nella pronuncia²⁸⁵ di quest'organo si sosteneva che la valutazione doveva essere condotta secondo un giudizio di proporzionalità, accertando se i rimedi comportamentali e strutturali proposti apparissero, da un lato, idonei e funzionali rispetto all'obiettivo di rimozione dell'illecito anticoncorrenziale sollevato, dall'altro, necessari, in mancanza di altri mezzi che incidessero in maniera minore sulla sfera giuridica soggettiva e adeguati alla luce del complesso degli interessi contrapposti nel caso in esame²⁸⁶.

La successiva sentenza della Corte²⁸⁷, pur riconoscendo la necessità di rispettare i principi di proporzionalità e sussidiarietà come peraltro sottolineato al *considerando* n. 34 del regolamento n. 1/2003, ha evidenziato che l'art. 9 prevede unicamente che il ruolo della Commissione nell'adozione di decisioni di impegni, è quello di verificare che questi rispondano in maniera adeguata alle preoccupazioni espresse dalla stessa, prendendo in considerazione anche gli interessi dei terzi.

Diversamente accade invece per quanto riguarda l'art. 7, relativo alla constatazione ed eliminazione delle infrazioni, ai sensi del quale *“la Commissione può imporre alle imprese interessate l'adozione di tutti i rimedi strutturali o comportamentali purché siano proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione”*.

Pertanto a differenza delle esigenze di economia processuale e rapidità che guidano la Commissione nelle scelte sull'accettazione di

²⁸⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 luglio 2007, *Alrosa Company Ltd. Contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-170/06.

²⁸⁶ Ancora ai punti 92 e ss. della causa T-170/06: *“Trattandosi di una decisione funzionalmente omogenea a quella di accertamento dell'illecito, espressione anch'essa del potere provvedimentale della Commissione, si evidenzia come la medesima, non potendo avere una funzione regolatoria “piena”, debba al contrario tendere ad eliminare le conseguenze dell'illecito antitrust, nel rispetto del principio di proporzionalità”*.

²⁸⁷ Sentenza della Corte del 29.06.2010, cit.

impegni ex art. 9, la valutazione compiuta al fine di accertare un'infrazione e rimediare alla stessa richiede indagini più lunghe e complete, con un'analisi approfondita della cd. proporzionalità.

Aspetto rilevante su cui si sofferma il Tribunale nella prima pronuncia è poi la necessità che il procedimento che porta all'adozione di impegni si svolga nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza, sempre allo scopo di garantire le necessarie verifiche e i controlli sul potere discrezionale della Commissione.

Alla luce della mancanza di tassatività che caratterizza il procedimento decisionale e la scelta relativa sull'accettazione degli impegni²⁸⁸, la verifica sul rispetto dei profili sopra considerati risulta tuttavia fondamentale per limitare la discrezionalità dell'organo decidente. In particolare sembra necessario mantenere, in relazione alle funzioni *antitrust* della Commissione, un equilibrio tale da preservare lo scopo tradizionale di deterrenza propria delle sanzioni²⁸⁹.

Restando in ambito comunitario notiamo la progressiva conclusione di diversi procedimenti attraverso lo strumento dei rimedi strutturali e comportamentali proposti dalle imprese: in particolare ciò accade in relazione a fattispecie in cui l'accertamento dell'illecito non è di immediata evidenza²⁹⁰ e pertanto vi è un interesse concreto ad accettare le misure proposte anziché a sobbarcarsi costi di accertamento molto onerosi, così nei

²⁸⁸ Rilevante risulta a tale proposito la limitazione espressa nel *considerando* 13 del regolamento n. 1/2003, in cui si sottolinea la non opportunità della decisione di impegni qualora si preveda di poter comminare un'ammenda ad un'infrazione grave.

²⁸⁹ A conferma del fatto che il vantaggio pro-concorrenziale derivante dall'impegno non può essere del tutto avulso dalla fattispecie di illecito, si ricorda che la Commissione ha osservato che "a Commitment decisions s a substitute for a prohibition decision and not for an exemption decision", come segnalato da KERSE-KHAN in *EC Antitrust procedure*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

²⁹⁰ Esclusi pertanto, come già detto sopra, i casi di infrazione grave, di intesa cd. *hard core*, sanzionabili con ammenda.

casi di particolare complessità²⁹¹ oppure qualora, pur essendo le pratiche delle imprese produttive di effetti anticoncorrenziali, queste si impegnino a modificare alcuni caratteri del loro comportamento o a porre fine alle condotte. Tutto nell'ottica di una risoluzione rapida ed efficiente volta a ristabilire una condizione concorrenziale del mercato. Non è infine da considerarsi appropriata una tale definizione del procedimento *antitrust* nei casi in cui la Commissione voglia stabilire un precedente vincolante attraverso una decisione autoritaria, con cui definire i termini della condotta illecita per violazione dell'articolo 81 o 82 del Trattato.

Tra i casi più recenti, rileviamo i *commitments* offerti dalla compagnia francese GDF Suez allo scopo di risolvere le criticità concorrenziali sul mercato francese del gas: l'indagine, avviata dalla Commissione nel maggio 2006 in relazione ad un presunto abuso di posizione dominante, a seguito del completamento dell'indagine conoscitiva nel settore dell'energia in Europa e conclusasi con un rapporto nel gennaio 2007, sollevava il problema dell'esclusione (cd. *foreclosure*) nei confronti di altri potenziali fornitori nel mercato stesso. La società si è impegnata a

²⁹¹ A tale proposito, già prima dell'entrata in vigore della norma contenuta nel regolamento, in numerose ipotesi di questo tipo la Commissione aveva accettato *commitments* proposti dalle imprese coinvolte. Si vedano a tale proposito quelli proposti nel 1984 da IBM, compagnia dominante nel mercato della fornitura dei sistemi di elaborazione dati e il caso Marathon (2002) relativo agli impegni proposti da alcuni produttori norvegesi di gas.

Casi più recenti, successivi alla formalizzazione dei *commitments* nel regolamento 1/2003, hanno riguardato accordi di distribuzione molto complessi e difficili da dimostrare: nel caso Repsol, ad esempio, l'oggetto del procedimento riguardava la stipulazione di contratti di fornitura esclusiva a lungo termine di carburante da parte di Repsol con stazioni di servizio localizzate in Spagna. Tali accordi notificati alla Commissione contenevano complesse clausole di non concorrenza, ritenute avere effetti escludenti sul mercato della vendita al dettaglio di carburanti al mercato spagnolo. Considerata la complessità della fattispecie, la Commissione (con decisione 12 aprile 2006) ha ritenuto che gli impegni proposti consistenti nell'offerta da parte di Repsol alle stazioni di servizio interessate di congrui incentivi finanziari per porre termine ai contratti di fornitura a lungo termine in corso, nell'impegno della stessa ad astenersi dal concludere nuovi contratti di esclusiva a lungo termine nonché nel non acquisire nuove stazioni di servizio con particolari accordi di tipo usufrutto o superficie (cd. DODO) fossero idonei e proporzionati al fine di rimuovere le sue preoccupazioni concorrenziali.

rinunciare a gran parte della capacità alla stessa riservata fino ad arrivare al di sotto del 50 % della propria porzione entro il 2014. Ciò andrà a vantaggio degli altri operatori sul mercato del gas nonché dei consumatori finali, che potranno in tal modo scegliere tra diverse offerte quella più conveniente e competitiva²⁹².

Nel mercato della distribuzione dei *browser* di navigazione, la nota *Microsoft Corporation*, ripetutamente sanzionata in passato per abuso di posizione dominante dalla Commissione europea, ha presentato impegni in relazione ai profili anticoncorrenziali sollevati da un concorrente relativi in particolare alla vendita abbinata del *browser* “Internet Explorer” e del sistema operativo “Windows”, da considerarsi prodotti distinti, senza che peraltro vi fosse la possibilità di separare l’uno dall’altro. Tale vendita abbinata determinava effetti escludenti nei confronti degli altri produttori *web browsers* e un vantaggio competitivo non replicabile da parte dei prodotti concorrenti. Gli impegni offerti consistenti nel permettere ai costruttori OEM e, conseguentemente, agli utenti finali di poter liberamente attivare e disattivare “Internet Explorer” dal sistema operativo “Windows” e nel poter quindi selezionare il browser di navigazione da installare quale impostazione predefinita sui PC prodotti²⁹³, comporteranno un vantaggio rilevante per gli utenti finali sia in relazione alle loro possibilità di scelta sia in riferimento alle novità in materia di *browser*, che le compagnie saranno incentivate ad offrire in futuro.

²⁹² Cfr. quanto affermato dalla Commissaria della concorrenza Neelie Kroes, SPEECH/09/569 del 3 dicembre 2009: “*The remedies will give competitors a real chance to enter the French gas market and so give consumers more choice of supplier and more competitive prices. This will in turn contribute towards an integrated and competitive single European energy market. This is essential to provide secure energy supplies at affordable prices*”.

²⁹³ Inoltre, Microsoft si è impegnata a mettere a disposizione degli utenti di “Windows XP”, “Vista” e “Windows 7”, sempre limitatamente allo SEE, un aggiornamento del sistema operativo che consentirà di scegliere tra vari *web browser* quello da impostare come predefinito. In particolare, una volta eseguito l’aggiornamento, sullo schermo degli utenti comparirà una finestra esplicativa attraverso la quale essi potranno accedere alla schermata di selezione dei *browser*.

In questi due casi abbastanza recenti conclusi con l'accettazione di *commitments* in ambito comunitario, notiamo una tendenza a considerare e sottolineare i riflessi positivi dei rimedi strutturali e/o comportamentali non esclusivamente sui protagonisti del mercato dal lato dell'offerta ma anche sulla sfera degli utenti e consumatori finali.

Del resto, non dimentichiamo che tale inclinazione consistente nel focalizzare l'attenzione sul *consumer welfare* sembra aver coinvolto da diversi anni l'approccio dell'*antitrust* europeo, creando peraltro critiche e ampi dibattiti volti ad identificare quale sia il reale e legittimo scopo della disciplina sulla concorrenza²⁹⁴.

2.3.2 Le decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

L'orientamento appena evidenziato trova la massima espressione nell'*iter* e nei provvedimenti finali di accettazione di impegni relativi a procedimenti nazionali per illeciti anticoncorrenziali.

L'entusiastico accoglimento dell'istituto e della sua valenza innovativa da parte dell'Autorità nazionale è stato accompagnato dalla considerazione di un "*passaggio ad un'impostazione dell'intervento antitrust più marcatamente orientata al buon funzionamento dei mercati,*

²⁹⁴ Si veda a tale proposito articolo sul Sole 24 Ore del 15-02-2009, *Quale tutela al consumatore*, in cui Mario Monti, ex commissario sottolinea come già a partire dal suo mandato (1999-2004), l'Antitrust europeo ha iniziato a focalizzare l'attenzione sul *consumer welfare*, giudicando le operazioni di aggregazione alla luce dell'effetto sui consumatori e introducendo riforme (quali la creazione del *Chief Competition Economist* presso la Commissione) volte ad assicurare alle decisioni della politica di concorrenza una più solida base economica, fondata appunto sul *consumer welfare*. Nel 2006, scrivendo sul "primato del consumatore" (Corriere della Sera, 12-6-2006), Monti si chiedeva "*avrebbe senso porre, esplicitamente, l'interesse dei consumatori al centro della politica economica italiana?*" e osservava: "*creando, nell'interesse dei consumatori, un ambiente economico più aperto e competitivo, (si) creano anche le condizioni perché le imprese che vi operano diventino più efficienti*". Venne anche avviato nel 2004 un riesame della materia degli abusi di posizione dominante, poi sviluppato dalla Commissaria Neelie Kroes fino alla pubblicazione di linee guida sul tema (8 dicembre 2008).

piuttosto che colta soltanto all'accertamento e alla repressione della violazione”²⁹⁵.

Considerato l'uso ampio delle decisioni con impegni a partire dall'entrata in vigore dell'art. 14 *ter*, sia a motivo dell'offerta degli stessi da parte delle imprese coinvolte in procedimenti istruttori, sia per il favore con cui vengono considerati dall'Autorità nazionale²⁹⁶, occorre ricostruire la tendenza esistente nel nostro Paese, che in diverse occasioni ha portato il giudice amministrativo stesso a pronunciarsi sulla sfera di tale discrezionalità.

Nonostante nella norma nazionale vi sia un chiaro riferimento ai *“limiti previsti dall'ordinamento comunitario”*, da un'analisi delle decisioni dell'Autorità emerge che di frequente vengono adottati provvedimenti di accettazione di impegni che, pur essendo idonei ad aumentare il grado di concorrenzialità nei singoli mercati con vantaggi per i consumatori, non sembrano però coerenti rispetto agli orientamenti decisionali comunitari ed evidenziano una tendenza peculiare.

Partendo dalle prime applicazioni, il principio sopra illustrato²⁹⁷ secondo cui tale procedura non è opportuna nei casi sanzionabili con ammenda è stato smentito, ad esempio, nella prassi applicativa dell'Autorità garante nazionale, dalla decisione *Accordi Bancari “Abi/Co.ge.ban”*, relativa ad un'intesa orizzontale di prezzo, nella forma

²⁹⁵ Relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 2006, p. 6.

²⁹⁶ AGCM, Relazione sull'attività svolta nel 2007, Presentazione del Presidente Antonio Catricalà, in cui la propensione per l'utilizzo di tale strumento di *enforcement* è stata giustificata nel modo seguente: *“Le procedure di accettazione degli impegni, correlate a specifiche violazioni, costituiscono, in un contesto di duraturo rallentamento economico, mezzi efficaci per attuare una politica della concorrenza che voglia effettivamente incidere. I vantaggi sono molteplici. L'amministrazione ottiene subito comportamenti virtuosi nel mercato. I procedimenti sono più celeri e meno costosi. Si evitano le incertezze dell'iter giurisdizionale che immancabilmente segue l'irrogazione di una sanzione. L'Istituto si avvicina al mondo delle imprese con spirito costruttivo. La via maestra per perseguire intese e abusi con caratteri di gravità resta l'ordinaria procedura coattiva di accertamento dell'illecito”*.

²⁹⁷ Contenuto al *considerando* 13 del regolamento n. 1/2003.

dell'accordo sulla misura delle commissioni interbancarie da applicare alla clientela in relazione ad alcuni servizi bancari. Pur trattandosi di ipotesi di restrizione grave della concorrenza, l'Autorità, tenendo in considerazione la valenza strategica del settore bancario per il complesso dell'economia e il fatto che lo stesso non sia mai stato caratterizzato da condizioni di elevata concorrenzialità, ha ritenuto di dover accettare gli impegni, consistenti in una razionalizzazione e riduzione delle commissioni suddette.

Sembra pertanto che l'Autorità abbia voluto sacrificare la necessità di accertare l'illecito, in considerazione di un preminente interesse dei consumatori ad ottenere la riduzione delle somme da pagare per i servizi bancari in questione, senza creare le basi per future condizioni di maggiore concorrenza nel settore.

Un esito analogo si è riscontrato nel caso relativo a due intese restrittive della concorrenza realizzate dalle associazioni di imprese *ADS* e *Audipress*, che avevano rifiutato di certificare i dati di diffusione della stampa gratuita (*ADS*) e conseguentemente di stimare il numero dei lettori dei quotidiani *free press* (*Audipress*), con l'effetto di impedire l'accesso della stampa gratuita al sistema di rilevazione del numero di lettori. Se da un lato *Audipress* ha presentato impegni volti a far partecipare anche i quotidiani gratuiti al sistema di rilevamento e accolti dall'Autorità nazionale, *ADS*, non avendo presentato offerte in tal senso, è stata ritenuta responsabile di una violazione grave dell'art. 81 del Trattato (ora art. 101 TFUE) e sanzionata con una multa. Ciò a dimostrazione del fatto che l'intesa per cui l'Autorità ha accolto gli impegni avrebbe certamente meritato una censura sanzionatoria, rientrando tra i casi che non sarebbe possibile concludere in tal senso.

Ancora nel procedimento *Merck/Principi attivi*, avviato per accertare una violazione della norma del Trattato relativa alla fattispecie

dell'abuso di posizione dominante²⁹⁸, l'impresa ha presentato impegni comportamentali ritenuti idonei e accolti dall'Autorità, pur essendo relativi ad un mercato diverso²⁹⁹ rispetto a quello oggetto dell'istruttoria. In quest'ultimo caso, in particolare, è evidente una tendenza dell'Autorità ad una regolamentazione del settore dei farmaci, che trascende dalla risoluzione del caso specifico e sembra piuttosto voler agire sulla struttura del mercato o dei mercati su cui riscontra problemi di concorrenza.

Nei casi sopra illustrati e in numerosi altri si nota una tendenza regolatoria dell'Autorità antitrust, finalizzata in particolare ad ovviare a malfunzionamenti del mercato per migliorarne le dinamiche concorrenziali. Così tale organo nazionale si trova ad esercitare una funzione non propria, consistente in interventi di portata generale, con l'intento principale di soddisfare il benessere del consumatore accanto agli interessi individuali e diffusi degli imprenditori.

Riflettendo su questi profili occorre chiarire che la tutela della concorrenza non sempre coincide l'area di tutela del mercato, essendo diversi gli interessi tutelati ed in particolare rilevando che quest'ultima, nel

²⁹⁸ Si tratta dell'art. 82 TCE, ora art. 102 TFUE, ai sensi del quale: *"È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel 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"*.

²⁹⁹ Merck aveva rifiutato di concedere alla concorrente Dobfar la licenza del CCP (certificato complementare di protezione) riguardante il principio attivo Imipemen-Cilastina (I+C), di cui era titolare, ostacolando l'ingresso sul mercato dei produttori dei farmaci generici contenenti tale elemento, con evidente abuso e conseguente impatto negativo sulla concorrenza sotto forma di *foreclosure effects*. Gli impegni presentati da Merck consistevano nell'offrire la licenza su un altro principio attivo, la cd. finasteride, al fine di rendere possibile anche in Italia la produzione e vendita di quest'ultimo e dei relativi farmaci generici, in anticipo di due anni rispetto alla scadenza del Certificato di Protezione Complementare.

senso di protezione e favore per il consumatore, opera anche ove la struttura del mercato non sia concorrenziale.

Tale inclinazione dell'Autorità ad assumere le veci di un organo di regolazione trova però un limite nella regolamentazione propria di un determinato settore, per il quale occorrerebbe invece un intervento da parte dei poteri statali competenti.

Ne è riprova quanto si è verificato in un recente caso conclusosi con l'accettazione di impegni, nell'ottobre scorso, relativo all'organizzazione dei servizi marittimi nel golfo di Napoli. I rimedi sia strutturali che comportamentali proposti dalle parti nell'ambito di un contesto caratterizzato da un quadro normativo - regolamentare che aveva facilitato la cristallizzazione degli assetti di mercato sotto il profilo delle rotte e delle politiche tariffarie, si limitavano necessariamente ai profili anticoncorrenziali rimuovibili, senza invadere una sfera immodificabile da parte dell'Autorità antitrust, nel suo ruolo di autorità di aggiudicazione³⁰⁰.

Peraltro, se da un lato viene in rilievo l'interesse dei consumatori, in particolare in riferimento all'adozione di una "Carta dei servizi" nonché dell'obbligo di informare e rimborsare gli utenti nel caso di irregolarità imputabili alla Compagnia, dall'altra le parti sottolineano l'inidoneità degli impegni ad intervenire sul sistema regolamentare del settore in questione, esulando dal loro spettro di competenza quello di proporre misure modificative della disciplina in vigore secondo le osservazioni presentate dai terzi³⁰¹.

³⁰⁰ Sul dibattito relativo alla funzione dell'Autorità antitrust tra quella di aggiudicazione, dal momento che assume decisioni nell'ambito di un conflitto, o di quasi-regolazione si vedano M. CLARICH *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005 e G. AMATO *Autorità semi- indipendenti e autorità di garanzia* in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 2004, p. 349 a favore di un ruolo para-giurisdizionale e sul fronte opposto G. TESAURO, *Esiste un ruolo para-giurisdizionale dell'antitrust nella promozione della concorrenza?* in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano 2002, p. 169 e ss.

³⁰¹ In particolare ciò vale in riferimento all'osservazione presentata nell'ambito del *market test* da parte dei terzi (Comune di Capri e di Anacapri) circa l'assegnazione dei servizi OSP e

Nel caso in cui il limite sopra illustrato non sia rispettato, emerge chiaramente una “deriva” regolatoria della decisione dell’Autorità, che esercita il suo potere discrezionale senza rispettare alcun vincolo. Se infatti non viene osservato *“il nesso di implicazione e/o presupposizione che ricongiunge l’accettazione degli impegni che le parti possono proporre all’Autorità all’esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all’atto di apertura dell’istruttoria”*, l’Autorità può in ogni momento rendere obbligatori impegni evidentemente travalicanti i profili di illiceità oggetto di indagine e quindi utilizzare l’ampia discrezionalità alla stessa concessa per atteggiarsi a regolatore del mercato. A tale proposito menzioniamo il caso cosiddetto “del soccorso autostradale”, in relazione al quale la pronuncia del Tar Lazio³⁰², chiamato ad esprimersi in riferimento al provvedimento dell’Autorità, ha evidenziato che l’ammissione di una modifica della regolamentazione dell’affidamento dei servizi di soccorso meccanico autostradale, seppur in considerazione della sua portata pro-concorrenziale e degli effetti positivi sugli utenti, esorbitava *“dalle prerogative legittimamente esercitabili dall’Autorità venendo a determinare una determinazione regolativa del mercato stesso”*, che il giudice amministrativo riteneva eccedere *“le attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive”*. Il Tar ha richiamato infine il ben noto principio di proporzionalità da utilizzare per una corretta valutazione della portata degli impegni, come chiaramente illustrato dal Tribunale di primo grado CE nella sentenza Alrosa.

dei cd. servizi “residuali” da parte della Regione Campania senza esperire procedure concorsuali e circa l’esigenza di garantire un monitoraggio da parte della Regione sul rispetto degli obblighi di servizio pubblico.

³⁰² Sentenze del Tar Lazio dell’8 maggio 2009 n. 4994 e n. 5005 in riferimento ai ricorsi presentati rispettivamente da ACI GLOBAL S.p.A. e da Europ Assistance VAI S.p.A., con cui il giudice amministrativo ha annullato in parte il provvedimento del 23 ottobre 2008 con cui l’Autorità garante aveva reso obbligatori gli impegni presentati sia dalle concessionarie autostradali sia dalle stesse organizzazioni di soccorso meccanico autostradale (SSM) coinvolte nel procedimento A391.

La sproporzione degli impegni rispetto ai profili anticoncorrenziali rilevati e la tendenza al disallineamento dell'Autorità rispetto alla naturale funzione da attribuirsi agli impegni, sebbene spesso motivata da uno scopo preminente di tutela e di riflessi positivi sui consumatori, non passa inosservata e va evidentemente corretta, perlomeno nell'ambito di un corretto inquadramento della funzione *antitrust*.

Paragrafo 3 Effetti delle decisioni con impegni

3.1 Rapporti tra procedimento amministrativo e giudizio civile *antitrust*

La Commissione europea e l'Autorità antitrust attraverso lo strumento sanzionatorio svolgono una funzione di *public enforcement* con un tradizionale effetto deterrente.

Operando in posizione di indipendenza su un piano pubblicistico, tali apparati perseguono l'interesse pubblico alla salvaguardia di un mercato concorrenziale accanto ad uno scopo afflittivo³⁰³.

A ciò si aggiunga che, poiché nel nostro ordinamento il meccanismo delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura "binaria", pubblica e privata e prevede pertanto, accanto al ruolo pubblicistico svolto dalle autorità di concorrenza, la tutela fornita dai giudici in sede civile, la funzione di *public enforcement* deve essere coordinata e completata con quella di *private enforcement*, azionata dai singoli per tutelare e risarcire gli interessi e i diritti soggettivi eventualmente lesi dalla violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato³⁰⁴.

³⁰³ Tale definizione dello scopo perseguito dalla Commissione e dall'Autorità antitrust è ricavabile dalle caratteristiche dei provvedimenti assunti a seguito di illeciti anticoncorrenziali, aventi funzione di deterrenza accanto ad una natura punitiva

³⁰⁴ La distinzione tra *public* e *private enforcement* è stata messa bene in luce in una recente sentenza del Tar Lazio. Si tratta del caso *Merck-Principi Attivi*, TAR Lazio, Sez. I, n. 1713/2006, in cui, dopo aver ricordato che "l'Autorità è l'istituzione nazionale cui è

Preso atto della natura plurioffensiva dell'illecito anticoncorrenziale, occorre tuttavia evidenziare che lo scopo della tutela svolta dalle norme *antitrust* è, come sottolineato, sia dalle norme comunitarie³⁰⁵ sia dalla Corte di Cassazione³⁰⁶, pur sempre la concorrenza, non i concorrenti. Ciò sta a significare che anche in sede di *private enforcement*, il presupposto dell'azione del singolo, volta ad esempio ad ottenere il risarcimento del danno subito a seguito di un illecito anticoncorrenziale, è costituito pur sempre dall'accertamento di una condotta avente ad oggetto o per effetto un pregiudizio alla struttura concorrenziale del mercato, con effetto collegato di lesione di posizioni giuridiche soggettive dei singoli.

Si ammette tuttavia un doppio ambito di tutela che, seppur formato da strumenti e azioni separate ed autonome, arricchisce le possibilità e le conseguenze giuridiche della disciplina *antitrust*, accrescendo l'efficacia complessiva del sistema e la sua funzione deterrente³⁰⁷.

Nel quadro della protezione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e di posizioni soggettive correnti in rapporti interindividuali, di natura privatistica, l'accettazione degli impegni da parte della Commissione europea o di un'Autorità nazionale, comportando “la chiusura del

affidato il compito di perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica, con l'incarico, espressamente attribuito dall'art. 54 della legge n. 52/1996, di applicare, a livello nazionale gli articoli 81 e 82 CE”, il Tar Lazio ha chiarito la distinzione tra il *private enforcement* del diritto antitrust, ossia “la tutela dei diritti soggettivi dei singoli eventualmente lesi dalla violazione degli articoli 81 e 82 CE”, la cui competenza attribuita ai giudici ordinari, ed il *public enforcement*, la cui competenza è attribuita all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, “finalizzato alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza costituzionale”

³⁰⁵ Cfr. *considerando* 9, Reg. 1/2003.

³⁰⁶ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza n. 2207/05 afferma che la disciplina della concorrenza risponde all'esigenza di una “tutela della struttura e della logica competitiva del mercato” e che “oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente..bensì un più generale bene giuridico”. Tuttavia, un illecito antitrust “può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno, dell'autore” dell'illecito stesso.

³⁰⁷ Cfr. P. CASSINIS *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement* in Contratto e impresa/Europa, n. 2/2006, p. 732 e ss.

procedimento senza accertare l'infrazione", prevede una sospensione della componente afflittiva, di fatto definitiva³⁰⁸.

Analizzando l'attività svolta dall'autorità di concorrenza nazionale attraverso l'atto di avvio di un'istruttoria relativa, ad esempio, ad un'intesa o ad un abuso di posizione dominante, che si può concludere con la pronuncia di una diffida e con l'applicazione di una sanzione pecuniaria nei casi di gravità dell'illecito, e avente, accanto allo scopo puramente afflittivo, anche il fine della realizzazione di un interesse pubblico, rileviamo come si tratti di una sottospecie di funzione amministrativa, che si può definire "sanzionatorio - esecutiva"³⁰⁹.

A seguito della presentazione degli impegni da parte delle imprese e del successivo accoglimento, la componente afflittiva rimane in un primo momento sospesa per poi sparire del tutto: ne deriva che, attraverso la decisione con cui rende obbligatorie tali promesse, l'Autorità prosegue nell'esercizio della sua funzione nella componente esecutiva.

Il venir meno del ruolo afflittivo del provvedimento amministrativo presenta problemi di compatibilità con l'azione di *private enforcement* svolta dai singoli davanti ai giudici nazionali allo scopo di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali.

Nel sistema *antitrust* dell'ordinamento dell'Unione sussiste, infatti, accanto alla funzione di complementarietà svolta dalle giurisdizioni nazionali, un obbligo di applicazione uniforme del diritto comunitario in

³⁰⁸ Fanno eccezione i casi di riapertura su domanda o *ex officio* del procedimento previsti al paragrafo 2 dell'art. 9 Reg. 1/2003 e, in ambito nazionale, i casi di riapertura *ex officio* previsti al comma 3 art. 14 *ter*, legge 287/1990.

³⁰⁹ Si tratta di una sottospecie di funzione amministrativa, come sopra definita da M. S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, volume II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1249, il quale descrive una decisione avente per oggetto una sanzione, che, pur rimanendo afflittiva, non è tuttavia mero esercizio di una potestà punitiva, bensì si rivolge essenzialmente a porre rimedio alla turbativa degli interessi. Cfr. anche P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001, che, facendo cenno alla funzione di ripristino della concorrenza in un dato mercato in riferimento alle sanzioni antitrust, richiama la tesi di Giannini.

materia di concorrenza previsto all'art. 16 del regolamento 1/2003³¹⁰, ai sensi del quale: *“quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 e 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del Trattato”*³¹¹. Analoga previsione è contenuta al comma seguente per quanto riguarda le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Nonostante l'esistenza di tale obbligo contenuto nel regolamento, in considerazione del carattere “speciale”³¹² della decisione con cui la Commissione accetta i *commitments* proposti dalle imprese, si sostiene il carattere non vincolante degli impegni stessi.

Questi ultimi, infatti, non comportando un accertamento positivo o negativo di infrazione al termine di un'ampia istruttoria condotta dalla

³¹⁰ Ai fini della coerente applicazione delle regole di concorrenza, l'art. 16 del Regolamento, sulla scia di un noto orientamento della Corte di Giustizia (casi *Delimitis* e *Masterfoods*), ha stabilito per i giudici nazionali un vincolo di uniformità con le decisioni adottate dalla Commissione relativamente agli stessi casi, anche nel caso di decisioni positive di inapplicabilità degli articoli 81 e 82 del Trattato. Rimane in ogni caso aperta la possibilità per i giudici nazionali di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

³¹¹ Tale limitazione del potere di decisione della controversia da parte dei giudici nazionali ha suscitato dubbi circa la compatibilità dell'art. 16 del regolamento con la Costituzione e in particolare con l'art. 101, comma 2 secondo cui i giudici sarebbero soggetti soltanto alla legge e non a provvedimenti di autorità amministrative anche comunitarie. Sul punto G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione* in TOSATO BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004, p. 47.

³¹² Con la decisione di accoglimento degli impegni, infatti, la funzione della Commissione/Autorità nazionale viene, in un certo senso, “dimezzata”: sparisce la componente sanzionatoria e resta quella esecutiva, al fine di dare attuazione all'interesse pubblico. Cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, n. 1, p. 109 e ss., secondo il quale “il legislatore, predisponendo questo speciale sub-procedimento e questo particolare epilogo, ha conferito all'Autorità una nuova funzione pubblica”.

Commissione o da un'autorità nazionale³¹³, non pregiudicano la possibilità di azioni civili dei singoli davanti ai giudici nazionali per ottenere il risarcimento del danno a loro eventualmente procurato da un illecito anticoncorrenziale.

Nel regolamento stesso si afferma, al considerando 13, che *“le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione”* e al considerando 22, ribadita la necessità di un'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele al fine di evitare i conflitti di decisioni, si statuisce che *“le decisioni di impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato”*.

Considerata, da un lato l'autonomia e l'indipendenza sopra illustrata tra il giudizio civile e il procedimento amministrativo che si svolge davanti alla Commissione o all'Autorità antitrust, dall'altro l'inevitabile coordinamento³¹⁴ derivante, in particolare, dalla successione logica e temporale tra le azioni di *public* e *private enforcement*, non si può non rilevare come la chiusura anticipata del procedimento con una decisione di

³¹³ Al contrario la decisione di accettazione degli impegni è fondata su una valutazione sommaria della fattispecie e non implica l'accertamento oggettivo “dell'eventuale sussistere o perdurare dell'infrazione”. Sul punto cfr. M. SOUSA FERRO, *Committing to Commitment Decisions- Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *ECLR*, 2005, p. 451 e ss.

³¹⁴ Si osserva che, nell'ambito dei giudizi civili *antitrust*, successivi ad una decisione dell'Autorità, quasi mai i giudici si sono discostati dagli accertamenti e dalle valutazioni effettuati dall'Autorità all'esito si una complessa istruttoria avente ad oggetto la medesima fattispecie. L'unico caso noto di divergenza dell'accertamento dell'illecito da parte del giudice civile rispetto alla precedente decisione dell'Autorità garante sulla medesima fattispecie, è quello relativo ad un boicottaggio collettivo tramite un'attività di lobbying: appello Milano, ordinanza 13 luglio 1998, *Tramaplast c. Macplast e altri*. Si era trattato di una lobbying messa in atto per contrastare l'ingresso di Tramaplast nel mercato della foglia agricola, anche attraverso la sollecitazione del mutamento di destinazione urbanistica dell'area acquistata a tale scopo in Sicilia.

impegni, senza accertamento dell'infrazione, renda più difficoltosa, quanto meno sotto il profilo probatorio, l'iniziativa risarcitoria.

Seppure, infatti, non sussista nell'ordinamento italiano una regola di stretto automatismo tra accertamento dell'illecito anticoncorrenziale e fondatezza dell'azione di risarcimento davanti al giudice nazionale³¹⁵ per il danno patito dai singoli, la mancanza di un'adeguata istruttoria che ricostruisca i fatti³¹⁶ e la correlata impossibilità di utilizzare le risultanze di tale procedimento amministrativo come prova³¹⁷, seppur liberamente apprezzabile dal giudice, nel giudizio civile, comporta uno svantaggio evidente per i singoli.

3.2 Private enforcement e accesso ai documenti

Considerato il rapporto controverso sopra delineato tra procedimenti amministrativi e giudizio civile, è evidente come la chiusura anticipata di un procedimento antitrust con una decisione, che renda vincolanti gli impegni

³¹⁵ A tale proposito si pone il problema di stabilire quale sia il valore probatorio delle risultanze del procedimento amministrativo davanti ai giudici nazionali. Cfr. STEFANIA BARIATTI e LUCA PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo* in "Il private enforcement delle norme sulla concorrenza", a cura di BRUNO NASCIMBENE FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, editore Giuffrè, p. 22 e ss.

³¹⁶ Circa i rapporti tra il giudizio ordinario e provvedimenti dell'Autorità amministrativa incaricata dell'applicazione delle norme antitrust, si evidenzia l'impostazione proposta dal prof. Perfetti, peraltro conforme alla giurisprudenza ordinaria in Italia, secondo cui la vincolatività del provvedimento amministrativo per il giudice ordinario dovrebbe essere limitata all'accertamento dei fatti senza spingersi sulla qualificazione giuridica della fattispecie. Più incisiva è invece la norma contenuta nel regolamento comunitario in riferimento al valore vincolante dei provvedimenti della Commissione.

³¹⁷ Sugli effetti del provvedimento dell'Autorità amministrativa antitrust ed in particolare del suo valore probatorio nei giudizi instaurati davanti ai giudici nazionali occorrerebbe un'ampia trattazione a parte, a motivo della complessità dell'argomento. Sul punto si veda in particolare STEFANIA BARIATTI e LUCA PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo* in "Il private enforcement delle norme sulla concorrenza", a cura di BRUNO NASCIMBENE FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, editore Giuffrè.

proposti dalle imprese coinvolte, comporti un indebolimento dell'azione di *private enforcement* svolta dai singoli davanti al giudice nazionale.

Ci si chiede in particolare di quali mezzi dispongano i soggetti terzi, i quali, lesi da un illecito anticoncorrenziale, vogliano ottenere un risarcimento dei danni dai giudici nazionali, senza avere la possibilità di citare la decisione della Commissione europea quale elemento probatorio.

In particolare si pone il problema relativo all'accesso ai documenti contenuti nei fascicoli in possesso della Commissione relativi ad una procedura, la cui istruttoria è stata interrotta a seguito della presentazione di impegni.

Gli interessi in gioco sono diversi e devono essere opportunamente bilanciati attraverso un'analisi casistica.

Se da un lato sussiste l'interesse delle imprese a veder tutelati i propri segreti commerciali, su cui la normativa comunitaria cala un velo di riservatezza³¹⁸, questo deve essere confrontato con l'interesse pubblico finalizzato, nell'ambito delle azioni di risarcimento dei danni, ad incrementare l'effetto di deterrenza della normativa *antitrust*.

A garanzia dell'accesso ai documenti in possesso delle istituzioni comunitarie, il Regolamento 1049/2001³¹⁹, nell'ottica di trasparenza sancita all'articolo 1, comma 2 del TUE e di legittimità, efficienza e responsabilità dell'azione amministrativa da prevedere in un sistema democratico, si propone di “*definire i principi, le condizioni e le limitazioni, per motivi di interesse pubblico o privato, che disciplinano il diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*”

³¹⁸ A tale proposito il Regolamento n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, stabilisce all'articolo 16 relativo all'individuazione e tutela delle informazioni riservate, che queste ultime, anche documentali, non possono essere comunicate o rese accessibili dalla Commissione se contengono segreti aziendali o altre informazioni riservate.

³¹⁹ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

sancito all'art. 255 del trattato CE in modo tale garantire l'accesso più ampio possibile”.

Accanto a questa previsione, il regolamento comunitario delinea tuttavia all'articolo 4³²⁰ alcune eccezioni motivate dalla necessità di tutelare sia l'attività contenziosa e il processo decisionale delle istituzioni, sia la sfera privata e personale degli individui, sia gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, che devono essere soppesate concretamente e confrontate con l'eventuale “interesse pubblico prevalente alla divulgazione”.

A tale proposito, dalla giurisprudenza in materia di accesso ai documenti emerge che *“la mera circostanza che un documento riguardi un interesse tutelato da un'eccezione non basta a giustificare l'applicazione..”*; occorre, invece, che *“l'istituzione abbia previamente valutato, innanzitutto, se l'accesso al documento avrebbe, concretamente ed effettivamente, rischiato di arrecare un pregiudizio all'interesse tutelato e, in secondo luogo, nei casi previsti dall'art. 4 nn. 2 e 3, del regolamento n. 1049/2001, in assenza di un interesse pubblico prevalente..”*. Infine *“il*

³²⁰ L'art. 4 del Regolamento n. 1049/2001 stabilisce tali eccezioni: “1. Le istituzioni negano l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: a) l'interesse pubblico in ordine: - alla sicurezza pubblica, - alla difesa e alle questioni militari, - alle relazioni internazionali, - alla politica finanziaria, monetaria o economica della Comunità o di uno Stato membro; b) la vita privata e l'integrità dell'individuo, in particolare in conformità con la legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali. 2. Le istituzioni rifiutano l'accesso ad un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela di quanto segue: - gli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, - le procedure giurisdizionali e la consulenza legale, - gli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. 3. L'accesso a un documento elaborato per uso interno da un'istituzione o da essa ricevuto relativo ad una questione su cui essa non abbia ancora adottato una decisione, viene rifiutato nel caso in cui la divulgazione del documento pregiudicherebbe gravemente il processo decisionale dell'istituzione, a che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. L'accesso a un documento contenente riflessioni per uso interno facenti parte di discussioni e consultazioni preliminari in seno all'istituzione interessata, viene rifiutato anche una volta adottata la decisione, qualora la divulgazione del documento pregiudicherebbe seriamente il processo decisionale dell'istituzione, a meno che vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione..”.

rischio di arrecare un pregiudizio ad un interesse tutelato deve essere ragionevolmente prevedibile e non meramente ipotetico”³²¹.

Nei casi di azioni dei privati davanti ai giudici nazionali per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da illecito anticoncorrenziale, sarebbe utile ai fini probatori accedere alla documentazione raccolta dalla Commissione nella fase iniziale dell’istruttoria.

Le eccezioni opponibili all’eventuale richiesta di accesso ai documenti sarebbero quelle relative alla tutela delle procedure giurisdizionali instaurabili nel caso di impugnazione della decisione di accettazione di impegni, alla tutela degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine svolte dalla Commissione e del processo decisionale della stessa.

L’istituzione, ai sensi del regolamento n. 773/2004³²² relativo ai procedimenti da essa svolti a norma degli articoli 101 e 102 TFUE (già 81 e 82 del TCE), ha anche un obbligo di mantenere la segretezza su informazioni aziendali e altre riservate, la cui diffusione possa arrecare grave pregiudizio ad imprese o persone.

Analogo velo di segretezza è posto all’articolo 27 comma 4 del regolamento n. 1/2003 in riferimento a segreti aziendali, documenti interni della Commissione e scambi di corrispondenza tra questa e le autorità garanti, con il limite che non venga impedito alla Commissione stessa *“la divulgazione e l’utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l’esistenza di un’infrazione”*.

Per derogare alle eccezioni previste nel regolamento e aggirare l’ostacolo posto dall’obbligo di segretezza sulle informazioni riservate, da un lato occorrerebbe addurre un interesse pubblico prevalente alla

³²¹ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel Group plc c. Commissione delle Comunità europee*, punto 33.

³²² Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, G.U. n. L 123 del 27-04-2004.

divulgazione di “*carattere obiettivo e generale*”³²³ dall’altro il terzo danneggiato potrebbe ragionevolmente chiedere di avere accesso alla versione dei documenti epurata dei dati sensibili.

Dall’insieme delle disposizioni e della giurisprudenza emerge in definitiva una tendenza a negare l’accesso ai documenti in possesso della Commissione, in particolare nei casi in cui la stessa abbia svolto funzioni meramente amministrative rispetto agli ambiti in cui sia intervenuta in veste di legislatore³²⁴. Si distingue infatti, a tale proposito, il ruolo dell’Istituzione nei casi in cui si debba garantire la trasparenza e la partecipazione dei cittadini al processo decisionale propri di un sistema democratico da quello espletato in sede di procedimenti di controllo delle imprese.

Non è da sottovalutare tuttavia la necessità di effettuare un puntuale bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti al fine di giustificare in dettaglio e in relazione a ciascun documento richiesto l’applicazione delle eccezioni sopra esaminate³²⁵.

³²³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel Group plc c. Commissione delle Comunità europee*, in cui al punto 65 i giudici affermano che “..Tenuto conto del principio generale di accesso ai documenti come sancito all’art. 255 CE e dei considerando primo e secondo di detto regolamento, tale interesse deve avere carattere obiettivo e generale e non può essere confuso con interessi particolari o privati, per esempio, attinenti ad azioni giudiziarie contro le istituzioni comunitarie, non costituendo tali interessi particolari o privati un elemento rilevante nell’ambito della ponderazione degli interessi ai sensi dell’art. 4, n. 3 di tale regolamento”.

³²⁴ Su questo punto cfr. sentenza del 9 settembre 2008, T-403/05, *MyTravel Group plc c. Commissione delle Comunità europee*, in cui al punto 49 e considerando 6 del regolamento 1049/2001, in cui si afferma che “Si dovrebbe garantire un accesso più ampio ai documenti nei casi in cui le istituzioni agiscono in veste di legislatore..”. Si fa riferimento al diverso ruolo della Commissione nei casi in cui eserciti funzioni meramente amministrative nell’applicazione del diritto della concorrenza alle imprese rispetto a quelli in cui, intervenendo in veste di legislatore, debba garantire la partecipazione dei cittadini al processo decisionale e una trasparenza e legittimità propri di un sistema democratico.

³²⁵ A sostegno di tale posizione si veda una raccomandazione pronunciata recentemente dal Mediatore Europeo, a chiusura di una lunga vicenda iniziata nel 2006 con la presentazione di una denuncia da parte di una società che si era vista rifiutare la richiesta di accesso al fascicolo di un procedimento comunitario relativo ad un “cartello”. All’iniziativa della società stessa, che aveva richiesto alcuni documenti al fine di poter proporre un’azione di risarcimento danni nei confronti di una delle partecipanti all’intesa, la Commissione aveva opposto un secco rifiuto, adducendo quali motivazioni la protezione

In conclusione, la posizione dei soggetti terzi lesi da illeciti anticoncorrenziali, i quali tentino di far valere il proprio diritto ad un risarcimento del danno davanti al giudice nazionale con un'azione di *private enforcement*, si scontra inevitabilmente con la *ratio* di efficienza, efficacia ed economicità, sottesa alla procedura di impegni. Venendo a mancare in quest'ultima, la funzione di deterrenza perseguita dalla Commissione e dalle Autorità di concorrenza nazionali attraverso l'accertamento degli illeciti anticoncorrenziali e la conseguente adozione di provvedimenti sanzionatori, crolla la complementarietà tra *public* e *private enforcement* e l'azione privata di risarcimento dei danni risulta così inevitabilmente indebolita. Ciò, in considerazione della funzionalità reciproca e dell'interazione delle due forme di tutela con la procedura svolta dalle autorità antitrust, si traduce in un danno per la fondamentale finalità di garanzia dell'assetto concorrenziale del mercato, avente rilevanza costituzionale.

delle finalità del procedimento e degli interessi commerciali della parte. Il Mediatore ha sollevato alcune obiezioni in merito al comportamento della Commissione stessa, sottolineando che questa avrebbe dovuto giustificare in dettaglio ed in relazione a ciascun documento il modo in cui la conoscenza da parte di terzi avrebbe potuto ledere gli interessi protetti da una delle eccezioni di cui all'art. 4 del regolamento n. 1049/2001. In risposta alla tesi della Commissione, secondo cui, nel caso specifico di documenti contenenti informazioni commerciali segrete, l'interesse dell'impresa ad agire davanti ad una giurisdizione nazionale per il risarcimento dei danni era un interesse privato e non, invece, un "interesse pubblico prevalente" tale da giustificare una deroga al divieto di accesso ai documenti suddetti, il Mediatore ha sottolineato al contrario che il *private antitrust enforcement* è strettamente connesso al *public enforcement* e ne rappresenta un valido alleato e supporto anche in termini di effetto deterrente.

La Commissione, tuttavia, ha mantenuto ferma la propria posizione, sostenendo che, seppure fosse vero in linea di principio quanto sostenuto dall'Ombudsmen, l'obiettivo primario di un'azione di *private enforcement* era quello privato volto ad ottenere il risarcimento dei danni e che, accogliendo le osservazioni del Mediatore, si rischiava di compromettere la cooperazione delle imprese nel corso dei procedimenti antitrust. Per ultimo il Mediatore ha, a sua volta, replicato che tale compressione della collaborazione poteva verificarsi nel caso di documentazione presentata dalle imprese nell'ambito di un programma di *leniency* ovvero di risposte date a seguito di richieste della Commissione, non in merito alla documentazione ottenuta a seguito di attività ispettive. Pertanto la raccomandazione termina con un'esortazione rivolta all'istituzione comunitaria ad effettuare, nei casi di richiesta di accesso ai fascicoli, quel bilanciamento tra interessi privati e interessi pubblici inerenti alla fattispecie.

Paragrafo 4 Applicazione dell'istituto da parte dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette

In sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE³²⁶, il legislatore italiano ha aderito con favore all'opzione consistente nella scelta di una struttura amministrativa a tutela del consumatore.

Considerata la diffusa predilezione per questa forma di protezione, che va incontro ad una sentita esigenza volta ad affiancare al sistema giudiziario³²⁷ di tutela del consumatore altri strumenti più efficienti e di più facile uso per tale soggetto, è apprezzabile, in particolare nel contesto sopra illustrato, la scelta di affidarne la competenza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, organismo nato per svolgere una funzione di garanzia di una corretta concorrenza.

La tutela amministrativa presenta una molteplicità di vantaggi per il consumatore, essendo facilmente accessibile, non onerosa, più rapida e finalizzata alla protezione dell'interesse di questo soggetto nella sua dimensione pubblica, consistente nella creazione e nel mantenimento di un sistema tale da garantire e facilitare la libertà di scelta e di autodeterminazione del contraente di fronte alle politiche commerciali ingannevoli, aggressive o scorrette delle imprese.

³²⁶ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

³²⁷ Osserviamo a tale proposito che a partire dagli anni Settanta la dottrina (in particolare E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano, 1975) aveva sottolineato i limiti e le lacune esistenti in un sistema basato esclusivamente sul controllo giudiziario in relazione alla tutela del consumatore. Numerosi infatti erano i problemi che quest'ultimo doveva affrontare: in particolare la scarsa educazione ed informazione non lo rendevano consapevole della possibilità di far valere le proprie pretese in giudizio, i costi elevati di tali azioni rispetto ai vantaggi ottenibili in termini di risarcimento dei danni, la portata limitata del giudicato, non estendibile a tutti i contratti di serie ed infine il controllo spesso meramente formale effettuato dal giudice.

Peraltro rileviamo che l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di tale competenza è perfettamente conforme all'articolo della direttiva comunitaria, in cui si sottolinea che l'autorità amministrativa incaricata dagli Stati membri deve *essere composta in modo che la sua imparzialità non possa essere messa in dubbio*: infatti, come è noto³²⁸, l'Autorità antitrust incarna nell'ordinamento un modello "puro" di autorità amministrativa indipendente.

In relazione ai poteri dell'Autorità, il d. lgs. 146 del 2007³²⁹ introduce nel Codice del consumo alcune importanti innovazioni consistenti nella possibilità per la stessa di procedere d'ufficio, con autonoma libertà di scelta sull'*an* e sul quando avviare un procedimento istruttorio, nel potere di effettuare ispezioni per acquisire qualsiasi documento o elemento informativo attinente all'istruttoria, nell'aumentare le sanzioni e nella facoltà di accettare impegni da parte del professionista.

La nuova disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette quindi, sotto il profilo procedurale, si caratterizza per un significativo rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori attribuiti all'Autorità nella sua veste di *public enforcer*, i quali vengono tendenzialmente allineati a quelli di cui la stessa dispone nell'area della tutela della concorrenza.

Degno di nota e perfettamente coerente con la valenza pubblicistica dell'azione dell'Autorità è il potere di intervenire d'ufficio al fine di rilevare una pratica commerciale scorretta e, se del caso, inibirne la continuazione.

³²⁸Sulle Autorità amministrative indipendenti si vedano, *ex multis*, G. AMATO *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1997, 645 e ss.; si veda anche intervento di S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore delle autorità indipendenti*", in occasione del Convegno *Le ragioni della concorrenza. Vent'anni di antitrust italiano*, Roma, 26.11.2010.

³²⁹Decreto legislativo del 2 agosto 2007 n. 146, "Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004. (*GU n. 207 del 6-9-2007*)", entrato in vigore il 21 settembre 2007. Si veda articolo 27 del decreto sugli ampi poteri attribuiti all'Autorità.

Non si può non rilevare, a tale proposito, ai fini della nostra analisi, come attraverso un intervento “sistematico” da parte dell’organo competente, che effettua una sorta di monitoraggio del mercato, si sfocia di fatto in un controllo del gioco concorrenziale.

L’Autorità, godendo di ampio potere discrezionale sia nello scegliere quando intervenire sia nel decidere se proseguire il procedimento istruttorio o archiviare qualora “*ritenga, sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal responsabile del procedimento, che non vi siano i presupposti per un approfondimento istruttorio*”³³⁰, assume un ruolo “quasi-regolatorio”.

Inoltre, sempre nell’alveo delle novità introdotte dalla nuova disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette ed anche di pubblicità ingannevole³³¹, rileviamo che l’Antitrust viene dotata di una certa flessibilità operativa attraverso l’introduzione della possibilità di chiudere il procedimento istruttorio dietro presentazione da parte dei professionisti di impegni, analogamente a quanto previsto dalle norme per la tutela della concorrenza³³². Questa modalità di *enforcement* non è peraltro prevista nella direttiva n. 2005/29/CE, ma si inquadra nel contesto comunitario in ossequio al regolamento n. 2006/2004/CE³³³ (cd. regolamento sull’*enforcement*) parzialmente modificato dalla direttiva stessa.

³³⁰ “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette”, Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera del 15.11.2007, n. 17589 successivamente modificato con delibera del 29.07.2009, n. 20222, art. 5 comma 3.

³³¹ Su questa si veda d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145 di attuazione dell’articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, in G.U. del 6 settembre 2007, n. 207.

³³² Come visto sopra secondo l’articolo 14 *ter* della legge n. 287/1990.

³³³ Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori. Tale regolamento all’articolo 4 paragrafo 6 lettera e prevede, tra i poteri attribuiti all’autorità nazionale quello di “*ottenere dal venditore o fornitore responsabile delle infrazioni intracomunitarie l’impegno di porre fine all’infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione dell’impegno in questione*”.

La previsione di tali strumenti a disposizione dell'amministrazione indipendente consente la chiusura del procedimento istruttorio con decisioni transattive o negoziate o patteggiate: ciò peraltro si inquadra perfettamente nell'ottica di semplificazione ed efficienza dell'attività amministrativa.

Di fatto, riprendendo la disciplina relativa all'istituto esistente in materia *antitrust*³³⁴, il legislatore nazionale ha previsto che, ad eccezione dei casi di *"manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale"*, l'Autorità garante può rinunciare all'accertamento dell'infrazione se il professionista si impegna a porvi fine o a modificare la pubblicità o la pratica³³⁵ in modo da eliminare i profili di illegittimità.

Non è chiaro quali siano i casi rientranti nell'eccezione menzionata e sul punto non si ha ancora una prassi consolidata. L'orientamento espresso dall'Autorità sembra essere nel senso di un'interpretazione molto ampia delle ipotesi per le quali diventa inapplicabile la chiusura con impegni³³⁶. A ciò si aggiunga che il TAR³³⁷ ha ulteriormente ampliato la suddetta interpretazione, affermando che *"dal coordinamento esegetico tra le disposizioni normativa e regolamentare è agevole desumere che la sfera*

³³⁴ Si noti però che né l'art. 9 del regolamento 1/2003 né l'art. 14 *ter* fanno cenno a tale profilo, che è invece contenuto al considerando 13 del regolamento n. 1/2003.

³³⁵ Sia il decreto n. 145/2007 (art. 8 comma 7) sia il decreto n. 146/2007 (art. 27 comma 7) prevedono che *"Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione"*.

³³⁶ Nella Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260 l'Autorità ha ritenuto che la nozione di *"manifesta gravità e scorrettezza della pratica commerciale"* debba essere *"ricondata [al ricorrere di] almeno uno tra i seguenti fattori: i) elevato numero - anche soltanto potenziale - di consumatori coinvolti; ii) pregiudizio economico concreto o eventuale per i medesimi; iii) particolare gravità in sé dell'inganno (in caso di condotta ingannevole) o della pressione (in caso di aggressività); iv) condizione di debolezza del consumatore medio o di una delle categorie di consumatori medi interessati; v) suscettibilità della fattispecie contestata ad una tra le ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del Codice del consumo"*.

³³⁷ TAR Lazio, I Sezione, sentenza del 14 settembre 2009, n. 8673, *Fastweb c. Autorità*.

delle pratiche commerciali scorrette alle quali risulta riferibile l'istituto degli impegni è limitata a fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socioeconomico, stante l'espressa esclusione per le ipotesi di pratiche 'manifestamente scorrette e gravi', che in effetti individua una sorta di endiadi, essendo arduo immaginare che una pratica grave non sia anche 'manifestamente', ossia 'ictu oculi', scorretta, e che a sua volta una pratica di palese evidente scorrettezza non presenti, proprio in funzione della sua qualificata scorrettezza, profili di gravità".

Emerge poi dalla formulazione delle norme una tendenza a vincolare maggiormente le scelte discrezionali dell'Autorità antitrust nella materia delle pratiche commerciali scorrette rispetto a quanto accade per l'istituto degli impegni in ambito *antitrust*: oltre all'espressa previsione contenuta negli articoli in esame sull'impossibilità di concludere con impegni un caso di manifesta scorrettezza e gravità e alla rigidità applicativa mostrata dall'Autorità stessa, notiamo che i regolamenti sulle procedure istruttorie in materia di pratiche scorrette e di pubblicità ingannevole³³⁸ stabiliscono che, qualora l'Autorità dopo aver valutato gli impegni, li ritenga idonei, debba disporre quasi in maniera automatica *"con provvedimento la loro accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista"*. L'articolo 14 *ter* invece rimette l'accettazione degli impegni al giudizio discrezionale dell'Autorità che, valutata l'idoneità, *può* renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

Residua comunque nella valutazione "a monte" sull'idoneità una discrezionalità improntata in termini di *rule of reason*, che l'Autorità potrà fare, tenendo conto di quanto detto sulla *"manifesta scorrettezza e gravità"*

³³⁸ Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17589, Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (G.U. del 5 dicembre 2007, n. 283), modificato con delibera del 29 luglio 2009, n. 20222 (G.U. del 9 settembre 2009, n. 209) e Delibera AGCM 15 novembre 2007, n. 17590, Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita (G.U. del 5 dicembre 2007, n. 283), modificato con delibera del 29 luglio 2009, n. 20223 (G.U. del 9 settembre 2009, n. 209).

o dell'interesse pubblico tutelato dall'ordinamento giuridico eventualmente rilevante nel caso di specie.

Sotto il profilo della proporzionalità il giudice amministrativo³³⁹ ha precisato che l'impegno deve essere *“esattamente calibrato sui profili di illegittimità della pratica scorretta contestata”*.

Dal punto di vista procedurale, in sintonia con quanto previsto dalla normativa nazionale *antitrust*, i professionisti possono proporre di porre fine o modificare la pubblicità o la pratica per eliminare i profili di illegittimità entro un termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio dell'istruttoria³⁴⁰.

La chiusura del procedimento con una decisione di impegni non osta ad un'eventuale successiva riapertura d'ufficio qualora il professionista non dia attuazione agli impegni assunti, oppure si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fondi la decisione oppure ancora la decisione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle parti che siano inesatte, incomplete fuorvianti³⁴¹.

Non è previsto invece nulla a proposito della possibilità per coloro che hanno segnalato la pratica e per eventuali terzi interessati di manifestare le proprie osservazioni, attraverso una sorta di *“market test”* come avviene in ambito *antitrust* secondo la previsione dell'art. 27 paragrafo 4 del regolamento n. 1/2003³⁴². E' stato evidenziato che la mancanza di tale

³³⁹ Sentenza del TAR Lazio, 15 giugno 2009, n. 5626, in PS/348 Nespresso.

³⁴⁰ L'art. 8 di entrambi i Regolamenti prevede che *“entro e non oltre 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio dell'istruttoria, il professionista può presentare, in forma scritta, impegni tali da far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale”*. Il TAR Lazio ha avuto modo di chiarire che tale termine ha *“chiara natura perentoria [e] risponde all'evidente fine di consentire una rapida definizione della procedura con la più sollecita e tempestiva eliminazione della pratica e dei suoi effetti e implica che l'operatore professionale formuli in modo chiaro ed esaustivo gli impegni che intende sottoporre all'Autorità”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009, Fastweb c. Autorità).

³⁴¹ Art. 8 comma 3 regolamenti sulle procedure istruttorie sopra citati.

³⁴² Ai sensi dell'articolo 27 paragrafo 4 del regolamento n. 1/2003: *“La Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli articoli 9 o 10, pubblica*

confronto appare una lacuna con riflessi gravi sotto il profilo del contraddittorio dal momento che priva i terzi interessati di far conoscere il proprio punto di vista in un fase delicata del procedimento istruttorio³⁴³.

4.1 Tendenza applicativa: alcune considerazioni

Diversamente dal favore con cui è stato accolto e utilizzato l'istituto degli impegni in ambito *antitrust*, osserviamo che l'Autorità ha manifestato un atteggiamento quasi di chiusura nei confronti della collaborazione offerta dai professionisti in materia di pratiche commerciali scorrette.

La novità della disciplina di questo settore e della competenza attribuita all'Autorità nazionale hanno condotto quest'ultima a prediligere l'obiettivo di deterrenza attraverso l'irrogazione di sanzioni accanto ai provvedimenti finali che accertano l'illegittimità della pratica e ne impongono l'interruzione³⁴⁴.

Sebbene sia stato riconosciuto che il ricorso alla decisione con impegni consente un contemperamento tra l'interesse pubblico all'accertamento e alla repressione degli illeciti con l'esigenza di

un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta. I terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore a un mese. La pubblicazione deve tener conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali".

³⁴³ S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali* in Responsabilità civie e previdenza, 2008, 7-8, 1460.

³⁴⁴ Ai sensi dell'articolo 27 commi 8 e 9 del d. lgs. 146/2007: "8. L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti. 9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro".

concentrare le risorse dell'amministrazione sulle fattispecie meritevoli di tutela, non ne è stato fatto fino ad oggi largo uso.

Ciò deve però essere valutato tenendo in considerazione la previsione³⁴⁵ contenuta nel regolamento istruttorio consistente nel poter sollecitare un "ravvedimento operoso" da parte del professionista anche nella fase precedente all'avvio del procedimento. Tale attività, anch'essa non consentita nei casi di particolare gravità, si concretizza nell'invio, da parte del responsabile del procedimento, previa informativa al collegio dell'Autorità, di un invito scritto al professionista a rimuovere i possibili profili di scorrettezza di una pratica. Grazie a questa azione dissuasiva che si svolge in fase pre-istruttoria, l'Autorità ha potuto in numerose occasioni archiviare il caso prima del formale avvio del procedimento³⁴⁶. Ne resta esclusa l'utilizzabilità qualora la pratica commerciale si sia già esaurita, ipotesi ricorrente nell'ambito delle campagne pubblicitarie.

Tale prassi appare coerente con l'obiettivo di rendere più efficace l'azione amministrativa dell'Autorità limitando l'apertura dei procedimenti ai casi in cui ciò sia realmente necessario.

In riferimento agli impegni proposti dopo l'avvio del procedimento risulta che nell'arco dell'anno 2008, a fronte di 238 procedimenti istruttori, in soli *"9 procedimenti l'Autorità ha accettato gli impegni offerti dalle parti, ritenendoli idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica"*³⁴⁷. Per quanto riguarda lo scorso anno, dai provvedimenti pubblicati sul sito dell'Autorità risultano conclusi con impegni solo cinque

³⁴⁵ Articolo 4 comma 2 del regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette sopra citato.

³⁴⁶ Si veda Relazione annuale sull'attività svolta del 30 aprile 2009, pp. 260 e 245: *"...per il 3% delle segnalazioni il professionista ha accolto l'invito a rimuovere i profili di possibile scorrettezza della condotta commerciale (moral suasion), ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette"*. La Relazione annuale precedente del 30 aprile 2008 evidenzia che *"nel corso dei primi mesi del 2008 gli interventi dell'Autorità nella fase pre-istruttoria...si sono concentrati nel settore dei servizi uristici, agro-alimentare e delle telecomunicazioni"*.

³⁴⁷ Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 246.

casi³⁴⁸ in materia di pratiche commerciali scorrette mentre nel 2010, risale al 25 febbraio l'accoglimento delle proposte delle società Nims S.p.A. e Lavazza per porre termine alla diffusione di messaggi promozionali dal contenuto equivoco vietata ai sensi del Codice del consumo³⁴⁹.

Come accade per le ipotesi relative alla violazione delle norme sulla concorrenza, in cui gli impegni sono valutati dall'Autorità nazionale tenendo in considerazione i riflessi positivi sui consumatori, così a maggior ragione nel settore delle pratiche commerciali scorrette, la collaborazione offerta dai professionisti nella fase iniziale del procedimento istruttorio ha il vantaggio in determinati casi di comportare, oltre alla cessazione della pratica contestata, una garanzia *pro-futuro* che le attività si svolgano nel rispetto della normativa a tutela dei consumatori.

Infatti, qualora la pratica commerciale non consista in una singola azione (ad esempio una pubblicità ingannevole) ma si espliciti in un *modus operandi* del professionista con riferimento ad alcuni aspetti rilevanti della propria attività (tra cui ad esempio le modalità di commercializzazione di un prodotto), l'eventuale offerta di impegni consistenti in una riorganizzazione delle attività considerate illecite, garantisce benefici immediati per i

³⁴⁸ Su www.agcm.it: PS/83 Euroclub-libro non richiesto; PS/1340 Zurich Assicurazioni-disdetta polizza assicurativa; PS/2469 Credito Cooperativo-pagamento bollettino MAV; PS/2820 Foot center-esame e cura del piede; PS/3291 Scheda Takitime-mancata restituzione credito residuo.

³⁴⁹ Il procedimento istruttorio era stato avviato dall'Autorità nei confronti di Nims S.p.A., principale distributore in Italia di alcuni prodotti a marchio Lavazza quali macchine per espresso e cappuccino con le relative cialde compatibili e di Luigi Lavazza S.p.A., società *sub holding* del Gruppo Lavazza Finlav, che opera nella produzione, lavorazione e commercio all'ingrosso e al dettaglio di generi alimentari e bevande, nonché nella produzione e/o commercializzazione di attrezzature e apparecchiature per la loro distribuzione e somministrazione. La violazione oggetto di accertamento nel procedimento istruttorio dell'Autorità era relativa agli artt. 20, 21, comma 1, lettere b) e d), e 22, comma 4, lettere a) e d), del Codice del Consumo. In particolare, nella comunicazione di avvio veniva contestato alle parti di aver prospettato l'offerta omettendo o, comunque, presentando in modo equivoco e incompleto le caratteristiche principali del prodotto offerto (composto dall'abbinamento della fornitura a titolo oneroso di cialde e, in comodato d'uso, della macchina per il caffè espresso o per il caffè e il cappuccino), il relativo impegno economico e la durata del corrispondente vincolo contrattuale.

destinatari dei prodotti offerti dal professionista e assicura una condotta futura coerente con le norme che vietano le pratiche commerciali scorrette³⁵⁰.

Rimane fermo il limite della “*manifesta scorrettezza e gravità*” della pratica commerciale, come espresso dalle norme contenute nel Codice del consumo, che impedisce la chiusura del procedimento con impegni: tali profili si ripetono in maniera costante nei numerosi casi esaminati e sanzionati dall’Autorità nazionale nel corso del 2008 e 2009.

³⁵⁰ Si veda ad esempio a tale proposito PS/1340 *Zurich Assicurazioni-disdetta polizza assicurativa*. In questo caso gli impegni proposti dalla compagnia assicurativa hanno riguardato modificazioni rilevanti della condotta in riferimento alle facoltà di recesso degli assicurati da polize poliennali, nei confronti delle quali l’Autorità aveva avviato un procedimento istruttorio per valutare l’eventuale violazione degli articoli 20, 24 e 25 lettera d) del Codice del consumo.

Conclusioni

L'esame della nozione della concorrenza e delle ragioni che ne fondano la tutela rappresenta una questione discussa, oggetto tuttora di opinioni discordanti. La prima immagine suggerita dal temine è quella di una gara, una competizione tra imprese che, in rapporto di reciproca rivalità, servendosi di vari strumenti, tentano di resistere sul mercato e di prevalere sui concorrenti.

In stretta connessione con questa rappresentazione, la teoria economica accoglie il concetto di concorrenza effettiva (o efficace, cd. *workable competition*³⁵¹), che riproduce il *“migliore stimolo dell'attività economica, in quanto garantisce ai suoi partecipanti la massima libertà d'azione possibile. (...) favorisce il costante adattamento delle strutture della domanda e dell'offerta all'evoluzione delle tecniche; (...) tende ad assicurare la migliore utilizzazione possibile dei fattori di produzione per il massimo profitto dell'economia nel suo complesso, e in particolare nell'interesse dei consumatori”*³⁵².

La scelta a favore dell'economia di mercato e della concorrenza non falsata³⁵³, decisa dai fondatori delle Comunità europee più di cinquanta anni fa e condivisa da tutti i Paesi industrializzati, si fonda sull'idea che il conseguimento dei migliori risultati economici si ottenga necessariamente attraverso il libero e autonomo funzionamento dei meccanismi di mercato.

³⁵¹ La Corte nella sentenza *Metro I* del 25.10.1977 (C 26/76) ha affermato che: *“la concorrenza non falsata di cui agli artt. 3 e 81 del trattato CEE implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (workable competition), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del trattato e - in particolare- la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno”*.

³⁵² Così scriveva la Commissione nel presentare la *I Relazione annuale sulla politica di concorrenza* dell'aprile 1972.

³⁵³ Cfr. riferimento art. 3 lettera g) Trattato CE.

La genuinità degli automatismi in esame, che in linea di principio sono incompatibili con qualsiasi ricorso a fattori esterni, si è trovata al cospetto delle situazioni più disparate e si è dovuta adattare, in alcuni casi, ad obiettivi di interesse generale che rivestono grande rilievo per il benessere della collettività.

Come evidenziato nel lavoro di ricerca, le norme comunitarie in materia di concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE), dalle quali deriva la disciplina nazionale, sono state inserite in origine nel Trattato CE e pertanto, in linea con la finalità integrazionista di quest'ultimo nei confronti delle economie degli Stati membri, vengono ricondotte dalla dottrina allo scopo di unificare il mercato comune in un'ottica di efficienza. E' stato altresì sottolineato che, accanto al tentativo di eliminare le barriere fra Stati, la Commissione ha sempre più di frequente posto l'attenzione sul benessere del consumatore come criterio di riferimento per la valutazione delle concentrazioni e delle violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE.

Si è tentato di realizzare un bilanciamento tra gli obiettivi di tutela del mercato concorrenziale e la protezione dei consumatori, unita ad un'allocazione efficiente delle risorse.

Con la cd. "modernizzazione" introdotta dal regolamento n. 1/2003, l'applicazione degli articoli del Trattato sopra citati ha smesso di essere prerogativa esclusiva dell'istituzione comunitaria, coinvolgendo sempre più le autorità *antitrust* e gli organi giudiziari degli Stati membri. Se a questo si somma la crescente importanza del metodo incentrato su un'analisi economica delle restrizioni della concorrenza, legato al ruolo fondamentale attribuito agli interessi dei consumatori finali, può apparire come una conseguenza quasi naturale il fenomeno verificatosi sia in ambito sovranazionale sia nel nostro Paese.

L'orientamento pro-consumeristico e i suoi limiti

E' importante, tuttavia, rilevare che la complessità dei meccanismi di funzionamento del mercato, unita alla ricerca da parte dell'Autorità *antitrust* di un effettivo riscontro e di un riconoscimento, hanno condotto in alcuni casi ad una forzatura delle norme in materia di concorrenza.

Con il riferimento contenuto nella recente versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea, ad un' "*economia sociale di mercato fortemente competitiva*"³⁵⁴, quale base per l'instaurazione di un mercato interno, il legislatore sembra dare voce all'affermazione di nuove esigenze, che indirizzano le norme regolatrici dei mercati.

Come ho potuto osservare attraverso l'analisi e la ricerca relativa a numerosi e differenti casi di applicazione della disciplina sulla concorrenza a fattispecie appartenenti prevalentemente alla sfera nazionale, le ragioni di tutela del consumatore hanno guidato e influenzato considerevolmente le decisioni delle autorità competenti.

Partendo dalla indiscussa premessa secondo cui le norme del Trattato sono nate per garantire una condizione di reciproca rivalità nelle relazioni tra le imprese concorrenti, sappiamo poi che l'interesse alla difesa del consumatore, ritenuto parte debole del rapporto contrattuale, mira invece ad assicurare l'effettiva equità dello scambio.

Sebbene, come abbiamo visto, questi due obiettivi siano strettamente collegati e complementari, il rischio di confonderli attraverso l'adozione di un'interpretazione "consumeristica" della tutela della concorrenza può, in alcuni casi, comportare effetti negativi nei confronti dei consumatori stessi.

E' noto che il corretto funzionamento del mercato attraverso gli opportuni adattamenti e coordinamenti di un meccanismo basato sul confronto concorrenziale è in genere condizione necessaria affinché lo

³⁵⁴ Si veda articolo 3 paragrafo 3 TUE.

scambio possa dare luogo ai propri benefici: la competizione ad armi pari obbliga le imprese ad innovare e razionalizzare le strutture commerciali e industriali per comprimere i costi e ridurre i prezzi, con effetti positivi che si producono in via indiretta sugli utilizzatori.

L'assunzione dell'obiettivo di tutela del consumatore come riferimento da parte dell'Autorità *antitrust* nei numerosi procedimenti di controllo e di applicazione delle norme sulla concorrenza, seppur possa apparire condivisibile in termini generali, rischia di generare conseguenze negative.

Si tratta di un duplice pericolo: da un lato quello di tralasciare una parte di comportamenti illeciti perché privi di un riscontro indubbio ed evidente, consistente negli effetti negativi sui consumatori finali, dall'altra di indurre le autorità competenti ad un intervento nella correzione delle condotte distorsive solo in una fase successiva rispetto all'immediato verificarsi delle medesime.

Così la tutela del "potenziale", quello cioè contenuto in tutte le disposizioni in materia di concorrenza come elemento essenziale oggetto di protezione, si trova ad essere in parte vanificato. Le autorità competenti, concentrandosi su questi obiettivi, estranei alla logica originaria della disciplina in questione, rischiano di tralasciare inconsciamente un'ampia sfera di attività di controllo su comportamenti che possono alterare una corretta competizione, con la scusa dell'assenza di un effetto negativo sui consumatori finali.

Da un'applicazione della normativa *antitrust* che assume come paradigma di riferimento l'utente finale sembra in definitiva potersi produrre un effetto negativo proprio nei confronti di quest'ultimo.

Osservando le decisioni in materia di impegni, si è riscontrata ancor di più la tendenza dell'Autorità nazionale a valutare le misure strutturali e comportamentali proposte dalle imprese coinvolte in procedimenti istruttori, con una discrezionalità peculiare, guidata dai fini di tutela dei consumatori.

Ciò ha peraltro indotto, in alcuni casi, la stessa Autorità ad assumere un ruolo quasi regolatorio, che come è stato osservato dal TAR Lazio nella pronuncia sopra citata³⁵⁵, essendo esorbitante rispetto alle sue prerogative, comporta un disallineamento dalla tradizionale funzione *antitrust*.

In conclusione, in accordo alla tesi secondo cui un sistema di mercato concorrenziale basato sulla rivalità tra gli operatori rappresenta la migliore garanzia del benessere per il consumatore, pare opportuno preferire un'applicazione della disciplina in materia tesa ad assicurare un confronto competitivo fra le imprese, riservando piuttosto alla normativa di settore i rapporti di queste ultime con i consumatori e gli effetti generati nei loro confronti.

³⁵⁵ Cfr. nota 302.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

G. ALPA *Il diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 1999;

G. ALPA *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 2006;

G. AMATO *Autorità semi- indipendenti e autorità di garanzia* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997;

PH. AREEDA - H. HOVENKAMP *Antitrust Law*, 2nd ed. , Aspen, 2001;

E. ARISI - F.M. ESPOSITO *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* in *Economia e politica industriale* n. 2/2008.

S. BARIATTI - L. PERFETTI *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del Consumo* in “*Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*”, a cura di B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, Milano, Giuffré, 2009;

S. BASTIANON *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2005;

S. BASTIANON *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali in Responsabilità civile e previdenza*, 2008;

G. BRUZZONE-M. BOCCACCIO *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in occasione Convegno AGCM su *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, 29.01.2010;

G.F. CARTEI *Consumatore (tutela del)* in M. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007;

S. CASSESE *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore delle autorità indipendenti*", in occasione del Convegno *Le ragioni della concorrenza. Vent'anni di antitrust italiano*, Roma, 26.11.2010;

P. CASSINIS *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement* in *Contratto e impresa/Europa*, n. 2/2006;

A. CATRICALÀ *La modernizzazione: tendenze e prospettive in Italia*, VII Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, Treviso;

F. CINTIOLI *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, Giuffré, 2005;

F. CINTIOLI *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari* in *Giurisprudenza commerciale* 2008, n. 1;

M. CLARICH *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* in *Diritto Amministrativo*, 1993;

M. CLARICH *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico parlamentare?*, in *Diritto Amministrativo*, 1997;

M. CLARICH *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.-TAR*, 2002;

M. CLARICH *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005;

R. COLAGRANDE *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti* in *Le nuove leggi civili commentate*, 4, 1998;

G. COLETTA *Il consumatore come titolare del diritto fondamentale al benessere economico* in S. PRISCO *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, Giappichelli, 2002;

C. J. COOK *Commitment decisions: the law and practice under article 9* in *World Competition*, 29(2), 2006;

F. COSENTINO *L'articolo 2601 c.c. e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1988, I, c. 2158;

G. DE CRISTOFARO Premessa in AA.VV. *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori* a cura di G. DE CRISTOFARO, Giappichelli, Torino, 2007;

G. DE CRISTOFARO *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008;

L. DI VIA *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante* in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2007;

M. DONA *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class action*, Atti del premio Vincenzo Dona 2007, Franco Angeli, 2008;

A. FERRARI *Le forme di tutela dei consumatori: le esperienze più recenti in Jus*, *Rivista di scienze giuridiche* n. 1, gennaio-aprile 1995;

F. FERRO LUZZI *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e “aurea aequitas” (ovvero delle convergenze parallele)*, in *Foro italiano*, 2004, I;

L. FIORENTINO *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela dei consumatori* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2008;

L. FIORENTINO *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nei mercati finanziari* in occasione della giornata di studio presso l'Università Cattolica di Milano, 27 febbraio 2009;

E. FRENI *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2008;

A. GENTILI *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, Convegno su *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, Roma, 19.03.2010;

G. GHIDINI - C. CERASANI *Consumatore (tutela del)*, *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento V, Milano 2001;

G. GHIDINI - V. FALCE *La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Profili di rilievo sistematico*, VIII Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, Treviso;

M. S. GIANNINI *Diritto amministrativo*, volume II, Milano, Giuffrè, 1998;

G. GUIZZI *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro italiano*, 2004;

KERSE-KHAN, *EC Antitrust procedure*, London, Sweet & Maxwell, 2005;

B. INITIARI *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per la lesione della libertà negoziale* in *Danno e resp.* 2005;

P. LAZZARA *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001;

S. LEMBO *Italy: Competition policy and consumer protection. A need for a strict application of the proportionality principle* in *Concurrences* n. 1/2009;

M. LIBERTINI *Il private enforcement e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, n. 15/2007, Convegno su *I 15 anni di concorrenza e mercato: un'occasione per riflettere sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*;

M. LIBERTINI *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust* in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 12/2006;

E. MELE *Lo statuto dei consumatori e degli utenti* in *Foro amministrativo*, n. 6/1999;

G. OLIVIERI –A. ZOPPINI *Contratto e antitrust*, Laterza, 2008;

I. PAGNI *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/2005: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza* in *Corriere giuridico*, 2005;

A. PALMIERI *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*", in *Foro italiano*, 2003;

A. PAPPALARDO *Il diritto comunitario della concorrenza*, Utet Giuridica, 2007;

R. PARDOLESI *Modernizzare la disciplina antitrust italiana?*, intervento reso in convegno Assonime *Adeguare l'ordinamento italiano al regolamento (Ce) n. 1/2003: quali scelte normative per la modernizzazione dell'antitrust*, svoltosi a Roma il 15 dicembre 2003;

R. PARDOLESI *Cartelli e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro italiano*, 2004, I;

A. PALMIERI - R. PARDOLESI *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* in *Foro italiano*, 2005;

A. PERA *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza* in *Rivista di diritto civile - Attualità e notizie*, 2008;

A. PERA – M. CARPAGNANO, *The law and practice of commitment decisions: a comparative analysis* in *ECLR*, 2008;

G. PERICU *Legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti e politica della concorrenza*, in AA. VV. *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Temi e problemi, edizione speciale, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1996;

A. POMELLI *Il giudice e l'Antitrust. Quanto self-restraint?* in *Mercato concorrenza, regole*. n. 2/2003;

E. ROPPO *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1975;

R. ROTA *Gli interessi diffusi nella azione della pubblica amministrazione*, Milano, 1998;

G. ROSSI *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, Giappichelli, 2009;

G. ROSSI *"Take Courage!" La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro italiano*, 2002;

L. ROSSI CARLEO *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Convegno su *La riforma del Codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari* presso AGCM, 19 marzo 2010;

A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, Giuffrè, 2008;

G. SANTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, in *Contratto impresa*, 1996;

E. SCODITTI *Il consumatore e l'antitrust* in *Foro italiano*, 2003;

E. SCODITTI *L'antitrust dalla parte del consumatore* in *Foro italiano*, 2005;

A. LA SPINA – G. MAJONE *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000;

M. SOUSA FERRO *Committing to Commitment Decisions- Unanswered Questions on Article 9 Decisions*, in *ECLR*, 2005;

M. SIRAGUSA FAUSTO CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust* in *Convegno Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema*, 29.01.2010;

C. TUVERI *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 7-8/2008;

J. TEMPLE LANG *Commitments Decisions Under Regulation 1/2003*, in *ECLR*, 2003;

C. TESAURO – F. RUSSO *Unfair commercial practices and misleading and comparative advertising: an analysis of the armonization of EU legislation in view of the Italian implementation of the rules in Competition policy international*, 4/2008;

G. TESAURO *Esiste un ruolo para-giurisdizionale dell'antitrust nella promozione della concorrenza?* in F. KOSTORIS - PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002.

A. TIZZANO *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza* in *Diritto dell'Unione europea*, 1999, 4;

G. L.TOSATO *Il processo di modernizzazione* in TOSATO BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, Giuffré, 2004;

VAN BAELE & BELLIS *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009;

L.G. VIGORITI *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2007;

D. WOLF *Autorità amministrative indipendenti e attuazione della politica antitrust* in AA. VV. *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e*

rapporti internazionali, Temi e problemi, edizione speciale, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1996;

A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 1998;

A. ZITO, *Tutela amministrativa e tutela civile nei confronti della pubblicità ingannevole e parità di trattamento tra imprenditori e consumatori*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, vol. II, 1998;

N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Contratto e impresa*, 2010, 2

Discorsi e interventi

A. CATRICALÀ, Presentazione alla relazione annuale sull'attività svolta nel 2007, 24 giugno 2008;

A. CATRICALÀ, Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul riordino dei servizi locali- disegno di legge S772 - 8 febbraio 2007;

A. CATRICALÀ, Intervento alla Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze di Roma, 24 febbraio 2009;

A. DI MAJO, *Interessi di classe da definire* su Sole 24 Ore del 24.08.2009;

M. MONTI, *Quale tutela al consumatore* su Sole 24 Ore del 15.02.2009;

M. KUNEVA *Consumer and competition policies – Both for Welfare and Growth*, discorso pronunciato in occasione del *Global Forum on Competition*, Parigi, 22.02.2008;

N. KROES, discorso pronunciato in occasione dell'incontro "Competition and consumers in the 21st century", Bruxelles, 21.10.2009;

P. LOWE, *Consumer welfare and efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?*, Monaco, 27.03.2007;

Provvedimenti Autorità garante della concorrenza e del mercato

AGCM, Provvedimento n. 8546 – I377 RC Auto (chiusura istruttoria) del 28 luglio 2000, in *Boll.* n. 30 del 14.08.2000;

AGCM, AS 246 Nuove norme sulla panificazione dell'8 novembre 2002 in *Boll.* n. 44 del 18.11.2002;

AGCM, AS 277 Distorsioni della concorrenza nel mercato dei servizi taxi del 3 marzo 2004 in *Boll.* n. 9 del 15.3.2004;

AGCM, Provvedimento n. 13350 – I 623 Prezzi dei lattini per l'infanzia (avvio istruttoria) dell'8 luglio 2004 in *Boll.* n. 28 del 26.07.2004;

AGCM, Provvedimento n. 14031 – IC 22 Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale (chiusura indagine conoscitiva) del 9 febbraio 2005 in *Boll.* n. 6 del 28.02.2005;

AGCM, Provvedimento n. 14260 – IC 24 Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri (chiusura indagine conoscitiva) del 27 aprile 2005 in *Boll.* n. 17 del 16.05.2005;

AGCM, Provvedimento n. 14390 – C 6941 Koninklijke Numico N.V. / Mellin (chiusura istruttoria) del 15 giugno 2005 in *Boll.* n. 23 del 27.06.2005;

AGCM, AS 309 Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle assicurazioni private dell'1 giugno 2005 in *Boll.* n. 22 del 20.06.2005;

AGCM, AS 301 Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle assicurazioni private del 28 luglio 2005 in *Boll.* n. 28 dell'1.08.2005;

AGCM, Provvedimento n. 14775 – I 623 Prezzi dei lattini per l'infanzia (chiusura istruttoria) del 12 ottobre 2005 in *Boll.* n. 40 del 24.10.2005;

AGCM, AS 338 Disciplina dello “ius variandi” nei contratti bancari del 26 maggio 2006 in *Boll.* n. 19 del 29.05.2006;

AGCM, Provvedimento n. 16128 – IC 33 Prezzi di ricarica del credito di telefonia mobile (chiusura indagine conoscitiva) del 15 novembre 2006 in *Boll.* n. 44 del 20.11.2006;

AGCM, AS 371 Regolamentazione della vendita al dettaglio dei farmaci non soggetti a prescrizione medica del 24 novembre 2006 in *Boll.* n. 45 del 27.11.2006;

AGCM, AS 378 Distribuzione assicurativa in materia di responsabilità civile auto, del 16 gennaio 2007 in *Boll.* n. 1 del 22.01.2007;

AGCM, Provvedimento n. 16403 – IC 32 Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari (chiusura indagine conoscitiva) dell'1 febbraio 2007 in *Boll.* n. 3 del 5.02.2007;

AGCM, Provvedimento n. 16908 - IC 28 Indagine sulla distribuzione agroalimentare (chiusura indagine conoscitiva) del 7 giugno 2007 in *Boll.* n. 22 del 18.06.2007;

AGCM, Provvedimento n. 18585 – IC 26 Mercato dei rifiuti di imballaggio (chiusura indagine conoscitiva) del 3 luglio 2008 in *Boll.* n. 26 del 14.08.2008;

AGCM, Provvedimento n. 18692 – A398 Morosità pregresse Telecom (chiusura istruttoria) del 21 agosto 2008 in *Boll.* n. 32 del 24.09.2008;

AGCM, Provvedimento 18935 – A 409 *NTV/RFI Accesso al nodo di Napoli* del 2 ottobre 2008 in *Boll.* n. 37 del 29.10.2008;

AGCM, Provvedimento n. 19021 – A391 Servizi di soccorso autostradale (chiusura istruttoria) del 23 ottobre 2008 in *Boll.* n. 40 del 17.11.2008;

AGCM, Provvedimento n. 19051 – PS24 Telecom – fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali (chiusura istruttoria) del 30 ottobre 2008 in *Boll.* n. 41 del 5.12.2008;

AGCM, Provvedimento n. 19678 - IC 37 Indagine conoscitiva sulle carte prepagate (chiusura indagine conoscitiva) del 19 marzo 2009 in *Boll.* n. 13 del 20.04.2009;

AGCM, Provvedimento 19724 – A 409 *NTV/RFI Accesso al nodo di Napoli* del 9 aprile 2009 su sito internet.

AGCM, Provvedimento n. 19859 – IC 39 Servizi sms, vizi mms e servizi dati in mobilità (chiusura indagine conoscitiva) del 7 maggio 2009 in *Boll.* n. 18 del 25.05.2009;

AGCM, AS 528 Oneri di servizio pubblico nel settore del trasporto ferroviario dell'1 giugno 2008 in *Boll.* n. 21 del 15.06.2009;

AGCM, Provvedimento n. 20130 – PS 2469 Credito Cooperativo-pagamento bollettino MAV (chiusura istruttoria) del 22 luglio 2009, in *Boll.* n. 29 del 10.08.2009;

AGCM, Provvedimento n. 20158 – PS 1340 Zurich Assicurazioni-disdetta polizza assicurativa (chiusura istruttoria) del 29 luglio 2009, in *Boll.* n. 30 del 17.08.2009;

AGCM, Provvedimento n. 20324 – PS 2820 Foot center-esame e cura del piede (chiusura istruttoria) del 23 settembre 2009, in *Boll.* n. 38 del 12.10.2009;

AGCM, Provvedimento n. 20351 – PS 3291 Scheda Takitime-mancata restituzione credito residuo (chiusura istruttoria) del 1° ottobre 2009, in *Boll.* n. 39 del 19.10.2009;

AGCM, Provvedimento n. 20379 – PS 83 Euroclub-libro non richiesto (chiusura istruttoria) del 15 ottobre 2009, in *Boll.* n. 44 del 23.11.2009;

AGCM, AS 659 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza del 9 febbraio 2010 in *Boll.* n. 4 del 15.02.2010;

AGCM, Provvedimento n. 20827 – PS 3118 Nims Lavazza gratis (chiusura istruttoria) del 25 febbraio 2010, in *Boll.* n. 8 del 15.03.2010;

AGCM, Provvedimento n. 21614 - I724 Commissione interbancaria Pagobancomat (chiusura istruttoria) del 30 settembre 2010 in *Boll.* n. 38 del 18.10.2010;

AGCM, Provvedimento n. 21920 A436 – Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario (avvio istruttoria) del 15.12.2010 in *Boll.* n. 49 del 3.01.2011.

Giurisprudenza nazionale

Tar Lazio, Sez. I, 1 agosto 1995, n. 1474, in *Foro amministrativo*, 1996, I;

Tar Lazio, Sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713;

Tar Lazio, Sez. I, 14 settembre 2007, n. 8951;

Tar Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994 e n. 5005;

Tar Lazio, Sez. I, 14 settembre 2009, n. 8673;

TAR Lazio, Sez. I, 15 giugno 2009, n. 5626;

Cons. di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro amministrativo*, 1996, I;

Cons. di Stato, Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362;

Cons. di Stato, Sez. VI, del 18 gennaio 2005, n. 1113;

Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 695;

Corte di Cassazione, Sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811;

Corte di Cassazione, Sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827

Corte di Cassazione, Sez. unite, 22 luglio 1999, n. 500

Corte di Cassazione, Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475;

Corte di Cassazione, Sez. unite, 4 febbraio 2005, n. 2207;

Corte di Cassazione, Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305

Giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado³⁵⁶

Corte di giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, in causa C-26/62, *Racc.* pag. 00003 ;

Corte di giustizia, sentenza 15 luglio 1964, *Costa*, in causa C-6/64, *Racc.* pag. 1127;

Corte di giustizia, sentenza 7 marzo 1974, *Istituto Chemioterapeutico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, in cause riunite C- 6 e 7/73, *Racc.* pag. 223;

Corte di giustizia, sentenza 25 ottobre 1977, *Metro I*, in causa C-26/76 *Racc.* pag. 1875;

Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, *Francovich e a.*, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Racc.* pag. 5357;

Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, *Masterfood Ltd c. HB Ice cream Ltd*, C- 344/98, *Racc.* I-11369;

Tribunale di primo grado, sentenza 28 marzo 2001, *IMA c. Commissione*, in causa T- 144/99, *Racc.* pag. II-01087;

³⁵⁶ Si precisa che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alla luce delle nuove denominazioni, la Corte di giustizia dell'Unione europea è un'istituzione unitaria comprendente Corte di giustizia, Tribunale e Tribunali specializzati.

Corte di giustizia, sentenza 20 settembre 2001, *Courage Ltd contro Bernard Crehan*, in causa C-453/99, *Racc.* pag. I-6297;

Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi e altri c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in cause riunite C-295/04 e C-298/04, *Racc.* pag. I-06619;

Tribunale di primo grado, sentenza 9 settembre 2008, *MyTravel Group plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-403/05, *Racc.* pag. II-02027;

Tribunale di primo grado, sentenza 11 luglio 2007, *Alrosa/De Beers*, C-170/06, *Racc.* pag. II-02601;

Corte di giustizia, sentenza 29.06.2010, *Commissione europea/Alrosa Company Ltd*, C-441/07P, *Racc.* pag. 00000.