

Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre

**IL DIRITTO DEI CONSUMATORI NELLA CRISI  
E LE PROSPETTIVE EVOLUTIVE DEL SISTEMA DI TUTELA**

**Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori  
nel contesto europeo: una prospettiva economica**

Ginevra Bruzzone – Marco Boccaccio

**1. Introduzione**

Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori è un tema importante sia dal punto di vista teorico che da quello delle *policies*, soprattutto in quegli ordinamenti – quali gli Stati Uniti, il Canada, l’Australia, il Regno Unito e l’Italia - in cui vengono affidati a una stessa autorità amministrativa compiti relativi all’applicazione di entrambe le discipline. Non a caso, in un recente convegno sugli sviluppi del diritto europeo della concorrenza l’economista John Fingleton, attuale *chief executive* dell’Office of Fair Trading, si poneva il problema di come “congiungere le politiche a tutela dei consumatori alle politiche della concorrenza”, illustrando una serie di motivi per i quali è utile che gli specialisti di concorrenza si interessino alle misure a tutela dei consumatori<sup>1</sup>.

Il ventennale dell’istituzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale ha visto aggiungersi alle originarie competenze in materia di concorrenza dapprima quelle sulla pubblicità ingannevole e poi, nel 2007, quelle sulle pratiche commerciali scorrette, fornisce un’occasione preziosa per approfondire la questione e le sue implicazioni per i criteri sostanziali di applicazione della normativa.

Secondo alcuni osservatori, è in atto un processo di convergenza tra le due discipline. Da un lato, nel diritto comunitario della concorrenza ha assunto un crescente rilievo l’analisi dell’impatto delle condotte delle imprese sui consumatori. Dall’altro, la normativa comunitaria sulle pratiche commerciali scorrette, introdotta come misura

---

<sup>1</sup> Matthew Bennett- John Fingleton, *Joining Consumer and Competition Policies...or ten reasons why competition specialists should be interested in consumer policy*, relazione presentata a CRA Conference on Economic Developments in European Competition Policy, Bruxelles, 9 dicembre 2009.

per promuovere il mercato interno e assicurare, al tempo stesso, un elevato livello di tutela dei consumatori, ha un indubbio rapporto con l'operare dei meccanismi concorrenziali: il divieto delle pratiche scorrette, infatti, tutela la libertà di scelta dei consumatori e favorisce quindi il corretto funzionamento del mercato.

Il tema potrebbe essere liquidato rapidamente osservando come nell'ordinamento giuridico vi sia tutta una serie di istituti/regole, oltre al diritto antitrust, che sono più o meno direttamente funzionali all'operare dei meccanismi di mercato<sup>2</sup>, così come vi è una vasta serie di regole che tutela, più o meno direttamente, il consumatore<sup>3</sup>. Semplicemente, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette rientra nel grande ed eterogeneo gruppo delle disposizioni funzionali all'operare del mercato, il diritto antitrust rientra nel grande ed eterogeneo gruppo delle disposizioni che, direttamente o indirettamente, sono benefiche per i consumatori.

Fermarsi a questa constatazione, però, sarebbe insoddisfacente, perché lascia inesplorata la questione centrale della *ratio* delle due discipline: la normativa a tutela della concorrenza e quella a tutela del consumatore vanno considerate **strumenti diversi per realizzare uno stesso fine**, da utilizzare come possibili succedanei in relazione alle caratteristiche del singolo caso, oppure costituiscono **discipline autonome ed è importante che mantengano distinti paradigmi applicativi?** Qualunque sia la risposta, appare importante indagare i punti di contatto tra le due discipline e le possibilità di coordinamento.

Per discutere dei criteri sostanziali di applicazione della disciplina antitrust e di quella delle pratiche commerciali scorrette in Italia è indispensabile fare riferimento al contesto giuridico europeo. In questa riflessione terremo conto, oltre che del quadro giuridico, anche della prospettiva economica. Il motivo, oltre a quello di dare un'identità al nostro contributo nell'ambito di un convegno di giuristi, è che sia il diritto della concorrenza che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette riguardano fenomeni economici, ossia gli atti e i comportamenti delle imprese sul mercato. E' sulla realtà economica che vanno a incidere le regole giuridiche. Quindi, tenere conto del modo in cui funziona il mercato, inteso come meccanismo di interazione tra diversi soggetti che agiscono in base a incentivi a loro volta influenzati dal contesto giuridico, è fondamentale sia nella formazione delle norme sia nella loro interpretazione. Non si tratta di sovraimporre un modello economico alla realtà, ma di

---

<sup>2</sup> Ad esempio, la disciplina dei diritti di proprietà e il diritto dei contratti.

<sup>3</sup> Le disposizioni contenute nel codice del consumo, ma anche, ad esempio, le varie norme settoriali a tutela della sicurezza, della salute e di una scelta economica informata, nonché gli istituti generali della tutela risarcitoria.

utilizzare la comprensione dei comportamenti economici, all'interno del contesto giuridico, per contribuire a realizzare meglio quella che è la ratio della disciplina.

## 2. La tutela dei consumatori nel diritto europeo della concorrenza

L'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie, come delineato dalle attuali comunicazioni della Commissione europea, è "tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'efficiente allocazione delle risorse"<sup>4</sup>. Allo stesso tempo, le recenti linee guida della Commissione sull'abuso di posizione dominante prevedono che per individuare quando un comportamento escludente sia anticoncorrenziale occorre esaminare se esso comporti, o è probabile che comporti, un pregiudizio per i consumatori, in termini di prezzi più elevati di quelli che sarebbero altrimenti stati applicati o in qualche altra forma, quale una riduzione della qualità o della scelta per il consumatore<sup>5</sup>.

Entrambe le statuizioni, centrali per la definizione dei criteri sostanziali di applicazione della disciplina, fanno riferimento ai consumatori. Per comprenderne il significato e le implicazioni è utile fare un passo indietro e considerare alcuni profili dell'evoluzione del diritto comunitario della concorrenza.

Nella formulazione letterale degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), già articoli 81 e 82 del Trattato CE (TCE), vi sono alcuni richiami ai consumatori, ma sono posti in collocazioni specifiche, non come criterio generale per valutare se un atto o una condotta siano vietati. L'articolo 101, paragrafo 3, sancisce che il divieto di cui al primo paragrafo della stessa disposizione non si applica alle intese che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico se sono soddisfatte alcune condizioni tra cui quella di riservare agli utilizzatori (nella versione inglese *consumers*) una congrua parte dell'utile che ne deriva. Tra le tipologie di abuso di posizione dominante elencate nell'articolo 102 vi è la condotta consistente nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico "a danno dei consumatori" (articolo 102, lettera b).

Giustamente i commentatori attenti alla storia del diritto antitrust europeo e, in particolare, alle sue origini ordo-liberali, osservano che le regole sulla concorrenza

---

<sup>4</sup> Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi e pratiche concordate*, 2004/C 101/08, paragrafo 33.

<sup>5</sup> Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* 2009/C 45/02, paragrafo 19.

sono state introdotte nel Trattato a tutela di un processo concorrenziale non distorto e come salvaguardia rispetto al rischio, fortemente sentito nel dopoguerra, di un'evoluzione monopolistica di alcuni settori. La priorità, inoltre, in quella prima fase era la creazione di un mercato integrato<sup>6</sup>. La tutela del consumatore non costituiva certo la preoccupazione centrale, anche se era evidente che di un'evoluzione concorrenziale del mercato avrebbero potuto beneficiare i consumatori europei.

In seguito, nell'applicazione del diritto antitrust comunitario l'attenzione nei confronti dei consumatori è aumentata, con un'accelerazione nell'ultimo decennio, sino ad acquisire un'indubbia centralità. Le ragioni, oltre al minore rilievo dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati in ragione dei risultati già ottenuti, sono principalmente due: la prima è l'esigenza di creare un maggiore consenso per le politiche comunitarie in generale e per quelle di concorrenza in particolare; la seconda è l'affermarsi all'interno della disciplina antitrust di un paradigma applicativo (il cosiddetto "approccio economico") più incentrato sull'impatto delle condotte sul mercato.

*Rendere la tutela della concorrenza più vicina ai cittadini*

E' noto che le politiche di apertura dei mercati, incidendo perlopiù su interessi concentrati e comportando benefici diffusi, trovano oppositori molto attivi mentre i beneficiari sono perlopiù passivi e disattenti. Nella storia del diritto comunitario vi sono state varie fasi di impopolarità delle politiche volte a realizzare un sistema di mercati aperti e non distorti; in periodi di crisi economica, come evidenziato da tanti esempi recenti, le resistenze alla concorrenza diventano più forti.

Da tempo, quindi, le istituzioni comunitarie hanno compreso l'importanza di rendere le regole europee più vicine ai cittadini e ciò è avvenuto anche attribuendo un maggiore ruolo, nel diritto comunitario, alla tutela dei consumatori. Con il Trattato di Maastricht sono state inserite nel Trattato CE quelle disposizioni sui consumatori che hanno costituito la base per tutte le successive iniziative comunitarie in materia, compresa la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette<sup>7</sup>. Nel campo della tutela della

---

<sup>6</sup> Cfr. ad esempio David Gerber (1998), *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford: Oxford University Press; Giuliano Amato (1998), *Il potere e l'antitrust*, Bologna: Il Mulino. Cfr. anche Alberto Pera (2009), *Tutela della concorrenza e protezione del consumatori: quali complementarità?*, in "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario- VIII Convegno Unione degli avvocati Europei", cit., 337-360.

<sup>7</sup> Sulle misure comunitarie in materia di consumatori prima del Trattato di Maastricht, cfr. Gustavo Ghidini-Valeria Falce, *The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection, competition law and unfair competition*, in "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario- VIII Convegno Unione degli avvocati Europei", cit. 361-380. L'attuale articolo 169 TFUE (già articolo 153, paragrafi 1, 3, 4 e 5 TCE) prevede che, al fine di promuovere

concorrenza, il processo di modernizzazione avviato dal Commissario Monti e continuato dal Commissario Kroes ha avuto tra i suoi principali obiettivi quello di diffondere la consapevolezza che l'applicazione delle regole antitrust non è solo una materia per addetti ai lavori, ma produce importanti vantaggi economici che vanno a beneficio dei consumatori europei. In questo contesto, la Commissione ha posto una crescente enfasi sulla fissazione delle priorità di intervento nel *public enforcement* delle regole di concorrenza, concentrandosi sulle restrizioni da cui può derivare un maggiore pregiudizio per i consumatori, in particolare i cartelli, e conducendo una serie di indagini conoscitive in settori ritenuti cruciali per i consumatori europei, quali i servizi finanziari al dettaglio, l'energia e il settore farmaceutico. La DG Concorrenza oggi promuove convegni su temi che solo dieci anni fa sarebbero sembrati strani, come ad esempio "Quali benefici ha apportato la politica di concorrenza ai consumatori europei?" o "Come possiamo continuare a migliorare i rapporti con i consumatori?"<sup>8</sup>.

A livello nazionale, è chiarissimo che l'Autorità garante negli ultimi anni, soprattutto per impulso dell'attuale Presidente, ha seguito un parallelo percorso di avvicinamento della disciplina antitrust ai cittadini, e soprattutto ai cittadini-consumatori<sup>9</sup>.

#### *L'approccio economico all'applicazione delle regole di concorrenza*

L'esigenza di creare una *constituency* a sostegno della politica di concorrenza non è stata l'unico motore che ha portato ad attribuire una maggiore attenzione all'impatto sui consumatori nell'applicazione della disciplina. Gli anni Novanta hanno segnato una profonda svolta nel metodo utilizzato per applicare le norme europee a tutela della concorrenza, in un contesto internazionale in cui la ratio, gli obiettivi e le tecniche della politica di concorrenza non sono ancora omogenei ed è vivo, in particolare in sede Ocse, il dibattito su quali siano i migliori approcci.

---

gli interessi dei consumatori e assicurare loro un livello elevato di protezione, l'Unione europea 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 loro interessi, sia con misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno sia con misure di sostegno, integrazione e controllo della politica svolta dagli Stati membri. L'articolo 12 TFUE (già articolo 153, paragrafo 2, TCE) dispone che nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori.

<sup>8</sup> Cfr. il programma della conferenza su *Concorrenza e consumatori nel 21esimo secolo*, 21 ottobre 2009, sul sito della Commissione (<http://ec.europa.eu/competition/consumers/events/2009/index.html>).

<sup>9</sup> Su questi temi, cfr. anche Luigi Fiorentino (2009), *Autorità garante e interventi a tutela dei consumatori*, in "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario- VIII Convegno Unione degli avvocati Europei", cit., 303-336.

La questione era quale paradigma concreto seguire nell'applicare le norme comunitarie sulle intese, sull'abuso e sulle concentrazioni, e si sovrapponeva ampiamente alla questione più filosofica di come si debba intendere la concorrenza non distorta che le norme si propongono di tutelare.

Il risultato a cui si è arrivati è un'applicazione delle norme più incentrata, rispetto a prima, sull'impatto delle condotte sul mercato. Per spiegare la svolta della Commissione europea verso un approccio più economico, è utile richiamare le ragioni esposte da Mario Monti al termine del suo mandato quinquennale come Commissario per la concorrenza: "La politica della concorrenza influenza le decisioni di investimento, le acquisizioni, le politiche di prezzo e la performance economica. Pertanto, una delle linee direttrici di questo mandato è stata quella di assicurare che la politica della concorrenza sia pienamente compatibile con gli insegnamenti dell'economia. Inoltre, la politica della concorrenza è uno strumento per incoraggiare la crescita economica, promuovere una buona allocazione delle risorse e rafforzare la competitività dell'industria europea a beneficio dei cittadini. Questi obiettivi sarebbero raggiunti solo casualmente, e a costo di numerosi errori, se ignorassimo il ragionamento economico e le dinamiche di mercato"<sup>10</sup>.

Sintetizzando molto e semplificando un po' a fini di chiarezza espositiva, il nuovo approccio è stato proposto come alternativa ai due modelli a cui si era prevalentemente fatto ricorso sino ad allora per tradurre in concreto l'obiettivo ordo-liberale della tutela del processo concorrenziale: gli approcci ispirati alla tutela della concorrenza come struttura di mercato e quelli che, pur concependo la concorrenza come condotta, incentravano i criteri applicativi sulla mera forma degli atti o dei comportamenti delle imprese<sup>11</sup>.

Era ormai chiaro che intendere la concorrenza da tutelare come una struttura di mercato frammentata comportava due debolezze. Anzitutto, non vi è una relazione univoca tra struttura di mercato e performance (prezzi, qualità, efficienza ecc.). In secondo luogo, con specifico riguardo alla valutazione delle condotte unilaterali delle imprese in posizione dominante, assumere come fine diretto una struttura di mercato, ossia una pluralità di concorrenti, rende estremamente difficile distinguere tra la protezione della concorrenza e quella dei singoli concorrenti. L'approccio strutturalista

---

<sup>10</sup>Mario Monti (2004), *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Centre for European Reform, Bruxelles, 28 ottobre, disponibile su <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>11</sup> Per un'analisi più dettagliata cfr. Ginevra Bruzzone-Marco Boccaccio (2009), *Identifying Infringements of Competition Rules: the Role of Economic and Legal Thinking*, in "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario- VIII Convegno Unione degli avvocati Europei", cit., 199-234.

rischia quindi di tradursi in una regola di valutazione indefinita, che si presta ad applicazioni arbitrarie e rende assai arduo l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'impresa dominante.

Anche l'approccio all'applicazione delle disposizioni comunitarie basato sulla forma dell'intesa o della condotta, pur meglio rispondente alle esigenze di certezza giuridica, produceva risultati insoddisfacenti in termini di funzionamento del mercato. Se la tutela della libertà di agire, della libertà di contrarre o della rivalità tra imprese si traduce nel divieto di determinate forme o clausole contrattuali, infatti, essa finisce per impedire ingiustificatamente sviluppi del mercato che non solo non provocano alcun danno ma possono essere efficienti e benefici per l'economia e per i consumatori. Inoltre, prestare attenzione solo alla forma può consentire facili elusioni.

Si è così giunti, dapprima nella revisione della disciplina delle intese verticali, poi più in generale nella definizione dei criteri di applicazione degli articoli 101 e 102 del Trattato, a un approccio più incentrato sull'impatto effettivo o potenziale del comportamento dell'impresa sul mercato.

Per inciso, in occasione del ventennale dell'Autorità garante è giusto ricordare che la nostra Autorità può vantare di essere stata, sin dall'origine, un attivo protagonista del processo di definizione di un approccio più economico all'applicazione del diritto antitrust in Europa.

Andando a considerare più nel dettaglio la nuova impostazione, è importante osservare come nelle statuizioni della Commissione, che giustamente non possono prescindere dalle norme del Trattato e dall'interpretazione della Corte di giustizia, l'approccio basato sull'impatto non sia **mai presentato come la massimizzazione diretta di un obiettivo di performance**. Il benessere dei consumatori è richiamato come risultato ultimo della tutela del processo concorrenziale, non come obiettivo diretto. In particolare, nell'applicazione delle norme del Trattato non si è passati, come sembrano talvolta pensare alcuni economisti e anche qualche giurista, in quest'ultimo caso perlopiù criticamente, a un esercizio di massimizzazione del benessere dei consumatori.

Il nuovo approccio comporta invece che, per meglio distinguere i comportamenti pro concorrenziali da quelli anticoncorrenziali, si presta attenzione all'impatto, effettivo o potenziale, di tali comportamenti sul mercato. Nel sistema è ancora ampiamente utilizzato lo strumento delle presunzioni giuridiche. In pratica, sia l'articolo 101 che l'articolo 102 vengono applicati attraverso un percorso strutturato in base al quale un'intesa o una condotta può essere considerata illegittima solo se riesce a superare

una serie di filtri volti ad escludere la probabilità di un impatto restrittivo della concorrenza<sup>12</sup>. Per quanto qui di interesse, è centrale osservare che nella verifica della sussistenza di un impatto, attuale o potenziale, di restrizione della concorrenza, viene considerato come primo importante e relativamente semplice indicatore l'effetto dell'atto o della condotta sul prezzo del prodotto (o sulla quantità venduta), con un chiaro nesso con il concetto economico del surplus del consumatore<sup>13</sup>. In genere, se la condotta non comporta un effettivo o probabile aumento di prezzo o una riduzione della quantità complessiva sul mercato si presume che essa non alteri in maniera significativa la concorrenza.

Non è esclusa la possibilità di mostrare che l'atto o la condotta altera comunque il processo concorrenziale, ad esempio in quanto comporta un probabile aumento di prezzo non nell'immediato ma in un orizzonte temporale più lontano, o attraverso un impatto negativo su altre variabili meno facilmente valutabili, come l'innovazione, ma tutto ciò andrà dimostrato con uno standard probatorio soddisfacente.

In sintesi, l'analisi dell'impatto sul prezzo, sulla quantità o sulle altre variabili rilevanti del processo concorrenziale viene utilizzata come indicatore della restrizione della concorrenza. Si cerca così di evitare di confondere la tutela della concorrenza con la tutela dei concorrenti. Il nuovo approccio non trasforma, né potrebbe farlo, l'applicazione delle disposizioni del Trattato in un esercizio puntuale di massimizzazione del benessere dei consumatori.

In una prospettiva economica attenta al funzionamento del mercato, questo approccio ha alcune caratteristiche importanti.

E' noto che nell'applicazione delle regole di concorrenza la verifica dell'eventuale impatto anticoncorrenziale richiede di guardare anche oltre il breve termine e di tenere conto dell'effetto che una decisione di divieto avrebbe sugli incentivi a investire sia delle parti sia di altre imprese che traessero dalla decisione indicazioni sui comportamenti che sono a rischio di violazione della normativa antitrust (cosiddetti *chilling effects*). Il nuovo approccio, in linea di principio, consente di soddisfare entrambe le esigenze (orizzonte temporale ampio, considerazione degli incentivi): il

---

<sup>12</sup> Per un'analisi più dettagliata, cfr. Ginevra Bruzzone-Marco Boccaccio (2009), *Impact-based assessment and use of legal presumptions: the search for the proper mix*, in *World Competition*, n. 4, 465-485.

<sup>13</sup> Sul fatto che l'osservazione dell'impatto sul prezzo - o il surplus del consumatore - sia più agevole della verifica di altri indicatori e quindi funzionale alla trasparenza del sistema decisionale, cfr. Dennis W. Carlton (2007), *Does Antitrust Need to be Modernized?*, *Journal of Economic Perspectives*, 21, 3, 155-176.



come farlo, tema importantissimo che esula dall'obiettivo di questa nota, attiene alla definizione dello standard probatorio.

In secondo luogo, sempre in tema di incentivi, va sottolineata l'importanza che le linee guida comunitarie, seguendo la migliore giurisprudenza, attribuiscono all'analisi controfattuale: la valutazione della restrittività di una condotta va compiuta non con riferimento a un modello astratto di concorrenza ma alla concorrenza quale sarebbe in assenza di quell'accordo o di quella pratica<sup>14</sup>.

Inoltre, il nuovo approccio è compatibile con la visione della concorrenza come fenomeno multidimensionale che coinvolge diversi profili, tra i quali quello organizzativo, quello tecnologico e quello del prodotto. Come sottolineato da Demsetz, il miglioramento del benessere del consumatore apportato dalla concorrenza dipende dal fatto che tramite il mercato c'è la tendenza a sviluppare queste dimensioni, ma senza che vi sia un rapporto tra esse fisso o un rapporto causale costante tra specifici comportamenti ed evoluzione di una delle dimensioni concorrenziali. Di volta in volta può accadere che l'azione di un'impresa o di più imprese finalizzata allo sviluppo di un prodotto privilegi l'una o l'altra dimensione concorrenziale<sup>15</sup>.

Da ultimo, non assimilando la tutela della concorrenza a un esercizio di massimizzazione del benessere in un contesto statico, il nuovo approccio evita le obiezioni in cui incorrerebbe un tale esercizio, recentemente espresse con incisività da Francesco Denozza<sup>16</sup>. La critica si può riassumere in questi termini: spesso le condotte delle imprese (e simmetricamente le decisioni di divieto) non colpiscono tutti i consumatori nello stesso modo, ma ne avvantaggiano alcuni e ne svantaggiano altri; date le difficoltà concettuali di aggregare le preferenze di diversi individui, adottare la massimizzazione del surplus dei consumatori, inteso come un aggregato, quale obiettivo nell'applicazione della disciplina antitrust costituisce una finzione; la vera scelta, che ha natura distributiva e riguarda quale gruppo di consumatori avvantaggiare, viene indebitamente occultata. Questa critica, pertinente rispetto a una visione in cui la tutela della concorrenza venga assimilata ad un esercizio di massimizzazione del benessere dei consumatori, lo è meno se si accetta che l'obiettivo della normativa, anche con l'approccio più economico, non è la massimizzazione degli

---

<sup>14</sup> *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, 2004/C 101/08, paragrafi 17 e 18; *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82*, paragrafo 21.

<sup>15</sup> Harold Demsetz (1997), *The intensity and dimensionality of competition*, in "The Economics of the Business Firm", Cambridge: Cambridge University Press, 137-169.

<sup>16</sup> Francesco Denozza (di prossima pubblicazione), *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2009, fascicolo 6, parte I.

interessi economici di questo o quel gruppo, ma resta la tutela del processo concorrenziale, sulla base del presupposto che alla lunga si tratti di un obiettivo positivo per la società. Seguendo questa impostazione, è chiaro come la questione centrale non sia quella delle conseguenze distributive che, tra l'altro, passando da un contesto statico a un contesto dinamico sono più difficilmente valutabili.

Naturalmente, anche l'esercizio di individuare e impedire tentativi delle imprese di svincolarsi dal processo concorrenziale in un contesto dinamico può comportare giudizi di valore (per esempio, nella scelta del peso da attribuire al rischio che il comportamento dell'impresa porti a una situazione in cui in futuro i prezzi aumenteranno), ed è opportuno che questi emergano dalla decisione per assicurare trasparenza e prevedibilità degli orientamenti applicativi.

#### *Implicazioni per l'applicazione del divieto di abuso di sfruttamento*

Sia il Trattato che la normativa italiana, ispirata al modello comunitario, vietano, oltre alle intese e alle condotte delle imprese dominanti che distorcono il processo concorrenziale, anche le condotte dell'impresa in posizione dominante che consistono nello sfruttamento abusivo del potere di mercato (cosiddetti abusi di sfruttamento). L'articolo 101, lettera a, del Trattato fa riferimento all'"imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione non eque" (*unfair*); la normativa italiana riprende il concetto utilizzando l'espressioni "prezzi d'acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose" (legge 10 ottobre 1990, n. 287, articolo 3, lettera a).

La norma comunitaria, come notava Franco Romani, è nata in un contesto in cui l'impresa dominante era spesso "un monopolio o un ex monopolio pubblico, la cui posizione dominante deriva da privilegi pubblici e non certo dalla sua capacità imprenditoriale". In ragione dei privilegi all'origine della posizione dominante, era "ritenuto giusto che gli ingiustificati vantaggi vengano in qualche modo restituiti alla società"; la applicazione della norma deve oggi tenere conto del diverso contesto economico sul quale si va a incidere<sup>17</sup>.

In presenza di una posizione dominante, le disposizioni sull'abuso di sfruttamento consentono in linea di principio di intervenire direttamente nel modificare l'equilibrio determinato dall'interazione di mercato tra venditore e acquirente, in una logica più strettamente assimilabile alla tutela diretta del consumatore in un contesto statico.

---

<sup>17</sup> Franco Romani (2002), *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicanalisi di una divergenza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, IV, 1, 151-173.

Si tratta quindi di uno strumento che, in un contesto di maggiore attenzione per la tutela degli interessi economici dei consumatori, può esercitare sulle autorità un'indubbia attrattiva. Di fatto, negli ultimi anni esso è stato utilizzato in vari casi, soprattutto nell'applicazione della normativa nazionale<sup>18</sup>.

Vi sono tuttavia motivi che suggeriscono cautela rispetto a uno scenario di diffusa applicazione del divieto di abuso di sfruttamento.

Anzitutto, se il divieto dell'abuso di sfruttamento viene utilizzato per porre sistematicamente un limite all'esercizio del potere di mercato, esso appare in contrasto con un sistema che ritiene legittima la posizione dominante. Se esso viene interpretato come una soglia generale oltre la quale l'esercizio del potere di mercato diviene illegittimo, le imprese in posizione dominante dovrebbero adeguarsi autolimitando ad esempio le proprie politiche di prezzo, in un modo che appare difficilmente compatibile con il funzionamento di un'economia di mercato. Questo tipo di applicazione modificherebbe gli incentivi delle imprese a entrare sul mercato e a innovare, e potrebbe così indebolire proprio i meccanismi di funzionamento della concorrenza che sono l'oggetto principale del sistema di tutela.

Inoltre, il divieto dell'abuso di sfruttamento presenta tutte le difficoltà della scelta regolatoria relativa ad esempio alla fissazione del livello dei prezzi e si inserisce in modo che può risultare problematico in un sistema di *enforcement* a carattere contenzioso.

Per questi motivi la maggior parte della dottrina suggerisce che, nell'applicazione alle imprese in posizione dominante delle regole a tutela della concorrenza, il ruolo principe debba essere svolto dal divieto degli abusi a carattere escludente, attraverso i quali l'impresa dominante cerca di sottrarsi ai meccanismi concorrenziali, mentre da un punto di vista sistematico il divieto dell'abuso di sfruttamento come strumento volto a limitare il potere di mercato a tutela diretta del consumatore dovrebbe mantenere un ruolo secondario, strettamente circoscritto<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. ad esempio i casi A-376, *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, in Bollettino n. 40/2008; A-377, *SEA-Tariffe aeroportuali*, in Bollettino n. 45/2008; A-382, *Autostrade-Carte pre-pagate Viacard*, in Bollettino n. 28/2007; A-390, *Enel Distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse*, in Bollettino n. 39/2007; A-391, *Servizi di soccorso autostradale*, Bollettino n. 40/2008; A-398, *Morosità pregresse Telecom*, Bollettino n. 32/2008; A-414, *Poste italiane aumento commissione bollettini c/c*, Bollettino n. 50/2009.

<sup>19</sup> Sul tema, cfr. vari contributi in Claus Dieter Ehlerman-Isabela Atanasiu (a cura di, 2006), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing; cfr. anche Robert O'Donoghue-Jorge Padilla (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing. Tra i presupposti che

### 3. La tutela dei consumatori nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è normalmente vista come parte integrante del diritto dei consumatori. Nel nostro ordinamento ciò è evidenziato anche dalla sua collocazione nel codice del consumo. Soffermarsi sulla *ratio* della disciplina consente di capire più in concreto cosa significhi la tutela dei consumatori in questo specifico contesto e quale sia il suo rapporto con il funzionamento dei meccanismi di mercato.

La direttiva 2005/29/CE sancisce che l'obiettivo delle disposizioni in essa contenute è quello di "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori" rimuovendo gli ostacoli all'integrazione economica derivanti da discipline nazionali in materia di scorrettezza delle pratiche commerciali difformi tra loro<sup>20</sup>.

A questo fine, essa introduce una clausola generale che vieta le pratiche commerciali scorrette (articolo 5) e indica le circostanze in cui una pratica commerciale è scorretta in quanto ingannevole (articoli 6, 7) o in quanto aggressiva (articoli 8 e 9). Due liste "nere" individuano le pratiche commerciali per le quali il carattere ingannevole o aggressivo viene presunto (allegato 1).

Si tratta di una direttiva di armonizzazione massima, nel senso che gli Stati membri non possono introdurre disposizioni più restrittive negli ambiti da essa disciplinati<sup>21</sup>. La normativa italiana, di conseguenza, segue strettamente l'impostazione comunitaria.

Ai fini di questa riflessione va posto in evidenza che, nell'individuare le fattispecie vietate, la direttiva segue un'impostazione non intrusiva rispetto a caratteristiche intrinseche del funzionamento dei mercati quali il fatto che le scelte vengano compiute in contesti di informazione incompleta e la presenza di costi di transazione; essa non si propone di porre in qualche modo "rimedio" a tali caratteristiche. Viene anche

---

vengono indicati come necessari per l'utilizzo dello strumento, vi sono la presenza di elevate e durevoli barriere all'entrata, l'impossibilità per le autorità di concorrenza di ridurre tali barriere, l'assenza di regolazione settoriale e il fatto che gli investimenti e l'innovazione abbiano un ruolo ridotto nel mercato di riferimento.

<sup>20</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, articolo 1.

<sup>21</sup> Sulle implicazioni del principio di armonizzazione massima, che non consente agli Stati membri di adottare disposizioni più restrittive di quelle previste dalla disciplina comunitaria in materia di pratiche commerciali scorrette, cfr. le pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB e Galatea* e 14 gennaio 2010, causa C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*.

accettato che la suggestione e la seduzione svolgano un ruolo nei processi decisionali<sup>22</sup>; come osservava il grande economista John Hicks “Bisogna attirare l’attenzione del consumatore e risvegliare il suo interesse. Per potere svolgere la sua funzione sociale, la pubblicità deve essere allettante e (non dobbiamo avere paura di dirlo) persuasiva”<sup>23</sup>. Se si attribuisse alla pubblicità solo un ruolo “freddamente informativo”, si frustrerebbe la sua funzione propria di “istruire il pubblico sulle opportunità disponibili”<sup>24</sup>. Implicitamente, viene riconosciuto che il percorso verso un’allocazione efficiente delle risorse può includere errori da parte dei consumatori e successive correzioni di rotta.

In particolare, il divieto è circoscritto a quelle pratiche commerciali poste in essere prima, durante o dopo un’operazione commerciale idonee **ad alterare le decisioni di natura commerciale dei consumatori attraverso l’inganno, la coercizione o, comunque, in modo difforme dai criteri di diligenza professionale**<sup>25</sup>. La direttiva tutela così direttamente gli interessi economici dei consumatori non “in generale”, ma preservandoli da comportamenti scorretti suscettibili di alterare la loro capacità di decidere con cognizione di causa. Indirettamente, questa tutela della libertà di scelta del consumatore protegge anche i concorrenti e più in generale la concorrenza sul mercato<sup>26</sup>.

Un’altra caratteristica della disciplina è la scelta di fare riferimento al cosiddetto consumatore medio: l’idoneità della pratica ad alterare le decisioni di natura commerciale è valutata con riferimento al “consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta”, ossia al consumatore **normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto**<sup>27</sup>. Si tratta di una scelta non scontata: prima dell’armonizzazione,

---

<sup>22</sup> Il considerando 6 della direttiva specifica che essa non pregiudica le pratiche pubblicitarie e di marketing diffuse e generalmente ammesse quali il *product placement*, la differenziazione del brand o l’offerta di incentivi in grado di incidere sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole.

<sup>23</sup> John R. Hicks (1962), *Economic Theory and the Evaluation of Consumers’ Wants*, in *Journal of Business*, vol. 35, luglio, 257.

<sup>24</sup> Israel M. Kirzner (1997), *Concorrenza e imprenditorialità*, Rubbettino, 222.

<sup>25</sup> Le decisioni di natura commerciale dei consumatori riguardano “se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto”; tali decisioni possono portare il consumatore a compiere un’azione o ad astenersi dal compierla. Anche per i divieti contenuti nelle “liste nere”, basati su una presunzione di ingannevolezza o aggressività della pratica, la ratio resta quella delineata dalle clausole generali di divieto delle pratiche ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette. Sul tema, cfr. Mario Libertini (2008), *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in Anna Genovese (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova: Cedam, 27-86.

<sup>26</sup> Direttiva 2005/29/CE, considerando 8.

<sup>27</sup> Direttiva 2005/29/CE, considerando 18.

nella valutazione delle fattispecie concrete la normativa degli Stati membri in alcuni casi identificava il destinatario della tutela nel consumatore medio, in altri nel consumatore più vulnerabile<sup>28</sup>. E' stato osservato, al riguardo, come la categoria del consumatore medio nella disciplina comunitaria delle pratiche commerciali scorrette sia "una categoria con finalità normative, in cui il consumatore medio non è definito come colui che possiede certe oggettive proprietà, ma come colui che si comporta in un certo modo"<sup>29</sup>. Calibrando la tutela sul consumatore medio, si tiene conto dell'impatto delle regole sugli incentivi dei consumatori: in particolare, si evita che la normativa induca i consumatori a un abbassamento della soglia di attenzione o a un atteggiamento sprovveduto nei confronti delle proposte commerciali che ricevono sul mercato.

Anche l'impostazione della disciplina comunitaria delle pratiche commerciali scorrette, quindi, appare attenta ad evitare eccessive interferenze sui comportamenti di mercato e atteggiamenti paternalistici. Nel disegno è prevista la possibilità di misure rafforzate di tutela, ma solo in presenza di precisi presupposti. Anzitutto, quando la pratica è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, è prevista un'eccezione alla regola in base al quale occorre fare riferimento al consumatore medio destinatario della pratica: in questo caso, conta il consumatore medio del gruppo vulnerabile<sup>30</sup>. Inoltre, in alcuni settori (immobiliare e finanziario), in cui la complessità delle transazioni e i gravi rischi ad esse inerenti richiedono obblighi particolareggiati, inclusi obblighi positivi per i professionisti, è prevista una deroga al principio di armonizzazione massima; pertanto, gli Stati membri possono andare oltre quanto previsto dalla direttiva prevedendo obblighi più dettagliati o vincolanti, nel settore da essa armonizzato, a tutela degli interessi economici dei consumatori<sup>31</sup>.

E' infine espressamente riconosciuto che la direttiva non pregiudica l'applicazione di altri strumenti offerti dal diritto comunitario e nazionale a tutela degli interessi dei consumatori, tra cui in particolare le norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto, quelle in materia di salute e sicurezza dei prodotti, le norme di origine

---

<sup>28</sup> Commissione europea, Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM(2001) 531 del 2 ottobre 356 def. .

<sup>29</sup> Denozza (2009), cit.

<sup>30</sup> Articolo 5, paragrafo 3, della direttiva e articolo 20, comma 3, del codice del consumo. Per questi casi, è prevista una inversione dell'onere della prova: spetta al professionista provare che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori (articolo 27, comma 5).

<sup>31</sup> Direttiva 2005/29/CE, considerando 9 e articolo 3, paragrafo 9.

comunitaria che disciplinino aspetti specifici quali gli obblighi di informazione e la modalità di presentazione delle informazioni al consumatore in determinati settori<sup>32</sup>.

#### 4. Alcune considerazioni

Da quanto osservato sinora emerge che le due discipline della tutela della concorrenza e delle pratiche commerciali scorrette non hanno oggi, nel contesto giuridico europeo, un medesimo fine diretto e che ciascuna ha i propri paradigmi applicativi. Pertanto, esse possono essere utilizzate eventualmente in modo complementare, ma non come succedanei. La disciplina a tutela della concorrenza comporta importantissimi benefici per i consumatori, ma in via indiretta. La normativa sulle pratiche commerciali scorrette ha invece un obiettivo diretto di tutela dei consumatori, delineato in modo specifico in relazione alle pratiche che tramite l'inganno, la coercizione o comunque in contrasto con la diligenza professionale, alterano le decisioni di natura commerciale del consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto.

Il rapporto di complementarità tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori all'interno del sistema era già chiaro a un eminente giurista italiano nel 1973, quanto ancora nel nostro ordinamento non c'era una legge antitrust né, tantomeno, l'attuale ricchezza di strumenti a tutela dei consumatori. Scriveva infatti Ravà che della "lotta concorrenziale, delle armi di cui si serve, degli accordi cui dà luogo, il pubblico può giovare; ma può anche essere vittima, poiché, in quanto consumatore ed in quanto fornitore dei mezzi di produzione, esso è la posta ultima dei contendenti. Vi sarebbe così un terzo interesse da considerare. Questo, tuttavia, in sede di concorrenza gode d'una protezione secondaria e riflessa..."<sup>33</sup>. La tutela contro la concorrenza restrittiva, l'antitrust, colpisce i tentativi di "svincolarsi dalla concorrenza", cioè dalla pressione concorrenziale, attraverso atti e comportamenti in contrasto con "le naturali tendenze delle forze economiche...le spontanee preferenze del mercato"<sup>34</sup>. Era chiaro, in quella visione, che la tutela della concorrenza non deve intervenire nelle scelte che riguardano le dimensioni d'impresa, i soggetti con i quali contrattare, le condizioni alle quali contrattare, e così via, a meno che queste non contrastino con "le naturali tendenze delle forze economiche ..., le spontanee preferenze del mercato", come detto. Al contempo, Ravà sottolineava che la definizione di che cosa debba intendersi illecito era un problema non ancora risolto concettualmente.

---

<sup>32</sup> Per un'analisi di questi ulteriori strumenti di tutela dei consumatori dal punto di vista economico, cfr. Alberto Pera (2009), cit.

<sup>33</sup> Tito Ravà (1973), *Diritto industriale*, vol. 1, Torino: Utet, aragrafo 95, 147.

<sup>34</sup> *Ibidem*, paragrafo 122, p. 208.

La precisazione dei paradigmi applicativi delle due discipline è oggi ancora in corso. La normativa sulle pratiche commerciali scorrette è recente e stanno solo ora emergendo i primi orientamenti interpretativi e giurisprudenziali. Per il diritto della concorrenza, il contributo dell'analisi economica ha senz'altro aiutato a chiarire molte questioni, ma sarebbe eccessivo sostenere che il problema di definire cosa debba ritenersi illecito sia definitivamente risolto. Ci troviamo ancora nella fase di ricerca di una sintesi tra il pensiero austriaco-tedesco in materia di concorrenza e l'approccio economico-giuridico della cultura anglosassone. Questo processo merita la massima attenzione da parte della dottrina economica e giuridica; si tratta infatti di trovare il modo di sfruttare al meglio i contributi delle due discipline.

#### **5. Le scelte relative all'*enforcement* e le loro implicazioni riguardo alla disciplina sostanziale**

Il tema dell'assetto istituzionale a cui affidare la cura di ciascuna disciplina esula dagli obiettivi di questo lavoro. Da un punto di vista teorico, la scelta di affidare la tutela a un'autorità amministrativa indipendente richiede una comparazione tra i costi di questa soluzione, in un contesto in cui inevitabilmente le risorse sono limitate, e i suoi vantaggi che sono, principalmente, la maggiore facilità per i cittadini di attivare la tutela, la rapidità delle decisioni, lo sviluppo di un *know-how* specialistico nell'amministrazione e la possibilità per l'autorità di svolgere un ruolo di guida e orientamento volto a facilitare il rispetto della disciplina da parte degli operatori economici. Per il tema qui analizzato, ciò che rileva è che dalle scelte relative al sistema di tutela discendono alcune implicazioni anche dal punto di vista dei criteri sostanziali di applicazione delle regole.

Questo vale in particolare per quella parte della tutela che si esplica attraverso procedimenti a carattere contenzioso che possono portare all'irrogazione di sanzioni. La giurisprudenza relativa all'applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu) ha progressivamente chiarito che un sistema di tutela amministrativa che prevede l'irrogazione di sanzioni è assimilabile alla disciplina penale ai fini di applicazione delle disposizioni della Cedu sul diritto a un giusto processo (articolo 6), nonché del principio di legalità della pena e delle connesse esigenze di certezza giuridica (articolo 7, paragrafo 1). Tale assimilazione va compiuta con riguardo alla funzione dissuasiva e repressiva della disciplina applicata, alla natura degli interessi protetti e alla severità delle possibili conseguenze sanzionatorie<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, serie A n. 73, *Öztürk c. Germania*.



Quando le disposizioni a tutela della concorrenza e sulle pratiche commerciali scorrette sono applicate attraverso procedimenti a carattere contenzioso con il rischio di significative sanzioni, quindi, assume una particolare importanza lo sforzo da parte delle autorità competenti di fare emergere orientamenti applicativi che rendano prevedibile quali comportamenti ricadano nel divieto. Trattandosi di normative basate su nozioni generali ed astratte, il cui contenuto viene progressivamente specificato nei casi concreti, il compito di fare emergere dalle decisioni regole generali di comportamento è complesso, ma rappresenta una sfida ineludibile.

Una questione ancora diversa è quella delle conseguenze in termini di criteri sostanziali di applicazione che possono derivare, sul piano teorico, dalla scelta di attribuire all'Autorità competente in materia di concorrenza anche competenze a tutela dei consumatori, quali sono quelle sulle pratiche commerciali scorrette<sup>36</sup>.

Il principale rischio per le autorità "plurifunzionali" è quello di adottare un approccio indifferenziato in ambiti che richiederebbero trattamenti diversi<sup>37</sup>. Si tratta di un rischio grave, che tuttavia può essere evitato se si tengono chiaramente distinti i paradigmi applicativi di ciascuna disciplina.

Dal lato dei vantaggi, vi sono anzitutto le possibili economie di scala e di gamma derivanti dalla presenza di costi fissi e di costi congiunti nello svolgimento delle diverse funzioni.

Inoltre, vi è la possibilità di avvalersi delle conoscenze e delle sensibilità sviluppate nell'altro settore di attività. Ad esempio, l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette richiede un approfondimento dei comportamenti economici dei consumatori che può risultare utile anche nell'applicazione della disciplina della concorrenza<sup>38</sup>.

Ma non si tratta solo di questo. Come già sottolineato, anche nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, come nell'antitrust, è cruciale tenere in considerazione l'impatto delle decisioni dell'autorità sul sistema degli incentivi e appositamente la

---

<sup>36</sup> Non sviluppiamo in questa sede il tema dell'esigenza, molto sentita e indubbiamente cruciale, di evitare sovrapposizioni e duplicazioni di interventi tra autorità di settore e Autorità garante e delle conseguenze che sovrapposizioni e duplicazioni possono avere in termini di applicazione sostanziale.

<sup>37</sup> Visco Comandini, riferendosi alle autorità di regolazione, ha parlato di rischio di "falsa identità regolatoria". Cfr. Vincenzo Visco Comandini, (2009), *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, in Marco D'Alberti e Alessandro Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati - Le autorità indipendenti e l'economia*, Astrid.

<sup>38</sup> Cfr. Matthew Bennet - John Fingleton, cit.

normativa ha fissato il criterio del consumatore medio, come definito dalla giurisprudenza comunitaria, quale parametro da utilizzare in sede di applicazione. Da un punto di vista sistematico, l'autorità preposta alla tutela della concorrenza dovrebbe essere dotata di una particolare sensibilità al ruolo degli incentivi nel funzionamento del mercato; affidare ad essa anche la competenza ad applicare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette dovrebbe favorire una medesima sensibilità anche in questa diversa materia<sup>39</sup>.

Più in generale, va considerato che la tutela dei consumatori può a volte tradursi in misure che confliggono con i meccanismi della concorrenza e del mercato. La fissazione dei prezzi oppure di standard minimi di qualità a tutela dei consumatori può, ad esempio, disincentivare l'entrata sul mercato di nuovi concorrenti<sup>40</sup>. Lo stesso divieto di abuso di sfruttamento, che può essere visto come una disposizione volta a tutelare direttamente i consumatori, a seconda delle modalità applicative potrebbe portare a un vero e proprio snaturamento dei meccanismi di mercato. Attribuendo i compiti a tutela dei consumatori alla stessa autorità cui spetta applicare le regole di concorrenza, si consente a quest'ultima di verificare attentamente l'impatto sul funzionamento del mercato delle proprie scelte in tutti gli ambiti di attività e di orientarsi verso le soluzioni meno distorsive.

Dalla riflessione sulle due discipline alla luce della prospettiva economica ci sembra che emergano chiare indicazioni riguardo al modello sostanziale di *enforcement* verso cui tendere.

---

<sup>39</sup> E' stato peraltro osservato come nella prassi decisionale dell'Autorità abbia talvolta prevalso l'interpretazione della nozione di consumatore medio come soggetto sprovvisto e bisognoso di tutela. Cfr. sul tema Mario Siragusa-Fausto Caronna, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'antitrust*, relazione presentata a questo Convegno.

<sup>40</sup> Bruce Kilpatrick (2009), *Interplay between Competition Policy and Consumer Policy- Lessons from the UK Model*, in "Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario- VIII Convegno Unione degli avvocati Europei", cit., 381-414.