

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*

Ginevra Bruzzone e Aurora Saija

1. L'estensione delle competenze

Il nucleo originario

La legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha istituito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, assegnava al nuovo organismo tre missioni. La prima è l'applicazione delle regole nazionali antitrust che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante. La seconda è il controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, per evitare che da esse derivi una riduzione sostanziale e durevole della concorrenza nei mercati interessati. La terza è quella di promuovere la concorrenza segnalando al Parlamento, al Governo e alle amministrazioni interessate i casi in cui le regole vigenti o in via di adozione comportano distorsioni del funzionamento del mercato che non appaiono giustificate da esigenze di interesse generale (*competition advocacy*).

Dalla legge istitutiva emerge con chiarezza il quadro dei rapporti con Governo e Parlamento, che determina in concreto la collocazione dell'Autorità nell'ordinamento e le caratteristiche della sua indipendenza. Per la promozione della concorrenza, i poteri dell'Autorità sono meramente consultivi: la scelta se dare seguito alle segnalazioni e ai pareri dell'Autorità spetta ai soggetti istituzionalmente competenti ad adottare le regole. Per l'attività a tutela della concorrenza (intese, abusi, concentrazioni) l'Autorità dispone, invece, di pieni poteri decisori ed è soggetta unicamente al controllo del giudice amministrativo. Tra questi ambiti, l'unico in cui la legge n. 287/1990, già nella formulazione originaria, consente un intervento del Governo che può limitare l'autonomia decisionale dell'Autorità è quello del controllo preventivo delle operazioni di concentrazione.

L'articolo 25, comma 1, attribuisce infatti al Consiglio dei Ministri il potere di determinare in linea generale e preventiva, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, i criteri in base ai quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, "per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea", operazioni di concentrazione che dovrebbero essere altrimenti vietate, sempreché esse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate da quegli interessi generali. In tali casi l'Autorità è tenuta a prescrivere le misure necessarie per ristabilire, entro un termine da essa fissato, condizioni di piena concorrenza.

L'area del controllo delle concentrazioni, del resto, è quella in cui anche in altri Stati membri vi è storicamente una maggiore influenza dell'esecutivo sull'attività delle autorità di concorrenza. In molti paesi, tra cui Regno Unito, Germania, Spagna, Francia, Paesi Bassi e Portogallo, la normativa

* Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid "La riforma delle Autorità indipendenti".

in tema di controllo delle concentrazioni attribuisce al Governo, in presenza di interessi pubblici considerati prevalenti sulle esigenze di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, il potere di autorizzare un'operazione che è stata valutata negativamente dall'autorità di concorrenza. La differenza tra la normativa di questi paesi e quella contenuta nella legge n. 287/1990 è che in Italia l'esecutivo non può intervenire in singoli procedimenti, ma ha solo la facoltà di fissare ex ante regole speciali, in deroga al regime generale; l'applicazione ai casi concreti resta affidata all'Autorità garante. Il sistema di determinazione generale e preventiva di criteri di autorizzazione previsto dall'articolo 25 della legge n. 287/1990 non è di facile utilizzo. Dal 1990 al 2008 non è stata ravvisata la necessità di dare applicazione a questa norma e non è stato emanato alcun atto del Governo che stabilisse criteri generali per l'autorizzazione eccezionale delle concentrazioni. Quando recentemente è sorta l'esigenza politica di evitare problemi antitrust nella soluzione della crisi del principale vettore aereo nazionale, il percorso delineato dall'articolo 25 è stato ritenuto troppo complesso e si è preferito ricorrere a un intervento legislativo esterno alla legge n. 287/1990, con una deroga temporanea ad hoc, sia pure formulata con riferimento non a una singola concentrazione, ma in termini più generali a una categoria di concentrazioni¹.

Estensione delle competenze in materia antitrust e di tutela dei consumatori

Partendo dal nucleo originario delineato dalla legge n. 287/1990, l'insieme delle competenze dell'Autorità è stato progressivamente ampliato.

L'estensione ha riguardato anzitutto il cuore dell'attività, ossia la tutela della concorrenza. Con la legge comunitaria per il 1994 l'Autorità è stata designata come autorità nazionale competente ad applicare anche le norme comunitarie su intese e abuso di posizione dominante (articoli 81 e 82 del Trattato CE). Ciò ha utilmente accentuato l'impronta europea dell'attività, già implicita nella

¹ La deroga alle disposizioni della legge n. 287/1990 introdotta dal decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, riguarda le operazioni di concentrazione funzionali alla ristrutturazione di grandi imprese in crisi operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali effettuate entro il 30 giugno 2009. In particolare, le operazioni di concentrazione previste nel programma di ristrutturazione presentato dal commissario straordinario e debitamente autorizzato dal Ministro dello Sviluppo economico, oppure richieste dal commissario straordinario in quanto necessarie alla ristrutturazione e autorizzate dal Ministro, sono state qualificate *ex lege* come operazioni che "rispondono a preminenti interessi generali" e sono state escluse dalla necessità di autorizzazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le parti devono comunque notificare preventivamente all'Autorità tali operazioni, unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio che dall'operazione derivino l'imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori. L'Autorità, entro trenta giorni dalla notifica, può rendere obbligatorie tali misure, con le modificazioni e integrazioni ritenute necessarie e fissa il termine non inferiore a tre anni entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare. In applicazione di tale norma, rispetto alla concentrazione Cai-Alitalia l'Autorità ha reso obbligatorie per un periodo di tre anni alcune misure correttive di natura comportamentale, tra cui l'impegno di Cai ad applicare in tutte le rotte il programma di fidelizzazione della clientela, a pagare un indennizzo ai passeggeri in caso di cancellazione dei voli o di ritardo prolungato, a rendere disponibile almeno il 10 per cento dei biglietti su ogni volo a una tariffa *economy*, ad attivare un numero verde gratuito per la gestione dei disservizi e un servizio sms per informazioni sui voli. Entro il 3 dicembre 2011 l'Autorità fisserà un termine per la cessazione di eventuali posizioni di monopolio determinatesi in seguito all'operazione. Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera del 3 dicembre 2008, procedimento C9812, disponibile su www.agcm.it. Per gli speciali criteri di valutazione delle concentrazioni nel settore bancario introdotti nel 2006, che da un punto di vista sistematico appaiono nettamente più soddisfacenti della deroga introdotta per Alitalia, si rinvia al successivo paragrafo sull'estensione delle competenze in materia antitrust.

formulazione della legge n. 287/1990 che è strettamente ispirata al modello comunitario. Le eccezioni settoriali alla competenza dell'Autorità, inoltre, sono state progressivamente eliminate. Nel 1997 è stato trasferito all'Autorità il compito di applicare le norme della legge n. 287/1990 ai settori della radiodiffusione e dell'editoria, inizialmente affidato all'autorità di vigilanza settoriale². Nel 2006, con la legge per la tutela del risparmio, è passata dalla Banca d'Italia all'Autorità la competenza ad applicare le disposizioni antitrust nei confronti delle banche³.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è venuta così a configurarsi nel nostro ordinamento come l'istituzione competente a trecentosessanta gradi per quanto attiene alla tutela della concorrenza, secondo il modello della Commissione europea condiviso da numerosi Stati membri. Dato che le regole sostanziali in materia di intese, abuso e concentrazioni sono le medesime per tutti i mercati, l'unicità del soggetto istituzionale deputato alla loro applicazione nei diversi settori economici può contribuire positivamente all'omogeneità dei criteri di valutazione. Resta peraltro vero che, nei mercati soggetti al controllo e alla vigilanza di autorità settoriali, la collaborazione con queste ultime può arricchire il patrimonio informativo e valutativo dell'Autorità nell'applicazione della normativa.

Nel 1994 sono state introdotte speciali soglie per la notifica delle concentrazioni nel settore cinematografico, ampliando il novero delle operazioni soggette al controllo dell'Autorità. In questo particolare settore si è ritenuto che le soglie di fatturato sul territorio nazionale previste dall'articolo 16 della legge n. 287/1990 non fossero sufficienti a coprire tutte le fattispecie di significativo rilievo sotto il profilo concorrenziale⁴. L'obbligo di comunicazione preventiva è stato quindi esteso alle operazioni mediante le quali si viene a detenere o controllare direttamente o indirettamente, anche in una sola delle dodici città capozona della distribuzione cinematografica, una quota di mercato superiore al 25 per cento del fatturato della distribuzione cinematografica e, contemporaneamente, del numero delle sale cinematografiche ivi in attività⁵.

² Cfr. articolo 1, comma 6, lettera c, n. 9 della legge 31 luglio 1997, n. 249. Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo.

³ Legge 28 dicembre 2005, n. 262, Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari. Con il decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 è stato realizzato il coordinamento tra la legge sul risparmio e la disciplina del TUB e del TUF; in tale contesto è stata, in particolare, attribuita all'Autorità antitrust la possibilità di autorizzare in deroga, su richiesta della Banca d'Italia e a date condizioni, intese e concentrazioni tra banche, rispettivamente per esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti e per esigenze di stabilità. Per un'analisi più dettagliata, cfr. G. Bruzzone, *Le regole antitrust nel settore bancario dopo il decreto correttivo della legge sul risparmio*, Note e Studi Assonime n. 90/2007, disponibile su www.assonime.it.

⁴ Ai sensi dell'articolo 16, comma 1, le operazioni di concentrazione devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a cinquecento miliardi di lire, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a cinquanta miliardi di lire; tali valori sono incrementati ogni anno di un ammontare equivalente all'aumento dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo. In base all'ultima rivalutazione delle soglie di fatturato, effettuata dall'Autorità con delibera del 30 aprile 2008, la notificazione delle concentrazioni è obbligatoria se il fatturato totale realizzato a livello nazionale dell'insieme delle imprese interessate è superiore a quattrocentoquarantotto milioni di euro, oppure se il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione è superiore a quarantacinque milioni di euro.

⁵ Articolo 13 del decreto legge 14 gennaio 1994, n. 26, recante interventi urgenti in favore del cinema, convertito dalla legge 1° marzo 1994, n. 153. La disciplina in materia di concentrazioni nel settore cinematografico è oggi contenuta

Una seconda direzione in cui si è realizzato l'ampliamento delle competenze dell'Autorità riguarda la pubblicità ingannevole e le pratiche commerciali scorrette. Nel 1992 l'Autorità è stata individuata come autorità amministrativa competente ad applicare le norme in materia di pubblicità ingannevole, di derivazione comunitaria, volte ad assicurare che le scelte di acquisto avvengano all'interno di un corretto contesto informativo. Tale competenza è stata successivamente estesa all'applicazione delle norme relative alle condizioni di liceità della pubblicità comparativa⁶. Nel 2007 all'Autorità è stato affidato il più vasto compito di applicare tutte le disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori, ancora una volta in attuazione di norme comunitarie⁷. La normativa, che è stata inserita nel Codice del consumo⁸, ha un ampio ambito di applicazione: essa riguarda infatti "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". Le pratiche commerciali poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto sono considerate scorrette, e quindi vietate, qualora siano contrarie alla diligenza professionale e idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. La clausola generale di divieto delle pratiche commerciali scorrette è accompagnata da disposizioni specifiche sul divieto delle pratiche ingannevoli e aggressive, che includono liste "nere" di pratiche in ogni caso vietate.

Come per l'antitrust, anche per la disciplina delle pratiche commerciali scorrette vi è uno stretto vincolo comunitario nell'interpretazione sostanziale. La direttiva 2005/29/CE da cui deriva la disciplina italiana, infatti, per favorire la realizzazione del mercato interno assicurando al contempo un elevato livello di protezione del consumatore segue un approccio di armonizzazione massima. Gli Stati membri, pertanto, non possono adottare disposizioni più stringenti o dettagliate nella materia armonizzata dalla direttiva.

Altre competenze

A questi due filoni principali di attività si sono affiancate nel tempo altre competenze.

Nel 2001 è stato assegnato all'Autorità il compito di procedere, anche d'ufficio, nei casi di presunto abuso di dipendenza economica, avvalendosi dei propri poteri di indagine, inibitori e sanzionatori⁹. La disciplina dell'abuso di dipendenza economica, introdotta nel nostro ordinamento con l'articolo 9 della legge n. 192/1998 in materia di subfornitura industriale, non ha corrispondenza nel diritto comunitario. La stessa Autorità garante, quando era in discussione se e come coinvolgerla nell'applicazione, ha sottolineato che il divieto dell'abuso di dipendenza economica attiene al

nell'articolo 26 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 28, di Riforma della disciplina in materia di attività cinematografica.

⁶ Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 67, di attuazione della direttiva 97/55/CE.

⁷ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, di attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Le disposizioni sulla pubblicità ingannevole nei rapporti tra professionisti e sulla pubblicità comparativa sono oggi contenute nel decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145. La disciplina delle procedure è stata definita dall'Autorità con le delibere n. 17589 e n. 17590 del 15 novembre 2007.

⁸ V. articoli da 18 a 27-*quater* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

⁹ Comma 3-*bis* dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, aggiunto dalla legge 5 marzo 2001, n. 57.

rapporto bilaterale tra imprese, mostrando preoccupazione riguardo a un'estensione delle proprie competenze in questa direzione¹⁰. Tenendo conto di queste preoccupazioni, il legislatore ha introdotto una soglia “de minimis” per l'intervento dell'Autorità. E' infatti previsto che essa agisca solo laddove, in relazione alle specificità del caso, il presunto abuso abbia un “rilievo per la tutela della concorrenza e del mercato” che va oltre il mero rapporto bilaterale. Sinora, comunque, non vi è stata occasione per interventi dell'Autorità in materia di abuso di dipendenza economica. Le rare applicazioni dell'articolo 9 della legge n. 198/1992 sono avvenute in controversie tra privati, davanti ai giudici ordinari.

Con la legge 20 luglio 2004, n. 215 sono stati affidati all'Autorità compiti di vigilanza e controllo sui conflitti di interesse che coinvolgono titolari di cariche di governo. La disciplina concerne il Presidente del Consiglio dei ministri, i ministri, i vice ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del Governo. I poteri dell'Autorità riguardano l'accertamento di situazioni di incompatibilità, di conflitto di interessi e di condotte di “approfittamento”¹¹. L'incompatibilità si ravvisa nei casi di svolgimento di attività di carattere pubblico o privato estranee alla funzione di governo. Il conflitto di interessi ricorre sia nel caso di compimento di un atto, o di omissione di un atto dovuto, da parte di un titolare di cariche di governo che versi in una situazione di incompatibilità, sia quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, dei suoi congiunti, o delle imprese o società da essi controllate, con danno per l'interesse pubblico. Si ha infine “approfittamento” quando l'impresa che fa capo al titolare di cariche di governo o ai suoi congiunti o a imprese o società da essi controllate pone in essere comportamenti diretti a trarre vantaggio da atti compiuti in conflitto di interessi. L'Autorità è tenuta a segnalare al Parlamento le violazioni riscontrate, indicando i contenuti della situazione di privilegio e le sue conseguenze, con particolare riguardo agli effetti distorsivi realizzatisi sul mercato. Laddove accerti fattispecie di “approfittamento”, l'Autorità adotta una diffida nei confronti dell'impresa, eventualmente chiedendo misure correttive, e nei casi di inottemperanza infligge sanzioni pecuniarie correlate alla gravità del comportamento e commisurate al massimo vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dall'impresa stessa.

Ogni sei mesi, l'Autorità presenta al Parlamento una relazione sullo stato delle attività di controllo e vigilanza svolte in tema di conflitto di interessi. In tale ambito, essa ha osservato che la fattispecie del conflitto di interessi per incidenza sul patrimonio richiede la sussistenza di un “danno per l'interesse pubblico”, come elemento distinto rispetto alla lesione dell'interesse, direttamente tutelato dalla legge, a un esercizio delle funzioni di governo che non sia influenzato o distorto dagli interessi economici privati del titolare della carica. Secondo l'Autorità “l'indeterminatezza degli interessi pubblici astrattamente considerabili e le difficoltà connesse alla comparazione tra interessi potenzialmente contrastanti tendono così a limitare le possibilità di una efficace applicazione della norma anche nei confronti di atti di governo che abbiano un chiaro e indiscutibile impatto positivo e

¹⁰ Cfr. il testo della segnalazione AS121 – Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, 10 febbraio 1998. Sul tema v. C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 1999, 1, pp. 9-57, e M. Grillo, *L'abuso di dipendenza economica. L'opinione dell'economista*, ivi, pp. 58-64.

¹¹ Con delibera del 16 novembre 2004 l'Autorità ha definito i criteri di accertamento e le procedure istruttorie relativi all'applicazione della legge sui conflitti di interessi.

preferenziale sul patrimonio del titolare di carica”¹². L’Autorità ha anche contestato la nuova eccezione al regime di incompatibilità, introdotta nel 2005, che consente al titolare di cariche di governo di ricoprire, al tempo stesso, l’incarico di amministratore di enti locali¹³. Secondo l’Autorità, tale previsione pregiudica l’esigenza di evitare cumuli di incarichi assorbenti in termini di tempo e di energie¹⁴.

Nel 2001 sono state aggiunte nell’articolo 8 della legge n. 287/1990 alcune disposizioni contenenti specifici obblighi per le imprese che, in base a disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato¹⁵. L’articolo 8 già stabiliva, in linea con quanto previsto dall’articolo 86 del Trattato CE, che le disposizioni sulle intese, sull’abuso e sulle concentrazioni si applicano anche a tali imprese, salvo per quanto strettamente connesso all’adempimento degli specifici compiti loro affidati. Le nuove disposizioni introducono per queste imprese, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui esercitano servizi di interesse economico generale o operano in regime di monopolio legale, un obbligo di separazione societaria. Inoltre, quando intendano costituire società o acquisire posizioni di controllo in società operanti in tali mercati diversi, esse devono comunicare preventivamente l’operazione all’Autorità. Infine, qualora rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate, che operano in mercati diversi, beni o servizi di cui abbiano la disponibilità esclusiva in ragione della propria attività di gestione di servizi di interesse generale o svolta in regime di monopolio legale, esse devono rendere accessibili tali beni o servizi a condizioni equivalenti alle altre imprese direttamente concorrenti. All’Autorità è stato affidato il compito di vigilare sull’osservanza di tali obblighi, anche esercitando i poteri istruttori previsti per l’accertamento delle infrazioni antitrust.

Nel 2008 è stato affidato all’Autorità garante il compito di vigilare sull’osservanza delle nuove regole in tema di titolarità e commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi, al fine di garantire la concorrenza in tale mercato¹⁶. In particolare, l’Autorità approva, per i profili di propria competenza, le linee guida predisposte dall’organizzatore della competizione sportiva per la commercializzazione dei relativi diritti audiovisivi e ne verifica l’applicazione. All’Autorità devono, inoltre, essere comunicati i criteri e i risultati della procedura competitiva mediante la quale l’organizzatore può concedere in licenza i diritti audiovisivi sportivi a un intermediario indipendente.

Da ultimo, con l’articolo 23-*bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112¹⁷, sono stati assegnati all’Autorità garante compiti consultivi in ordine agli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte degli enti locali. Dopo aver stabilito il principio generale che l’affidamento dei servizi pubblici locali deve essere effettuato mediante procedura competitiva ad

¹² III Relazione semestrale, gennaio-giugno 2006, p. 5.

¹³ Decreto legge 31 marzo 2005, n. 44, convertito con legge 31 maggio 2005, n. 88.

¹⁴ III Relazione semestrale, gennaio-giugno 2006, p. 5.

¹⁵ Cfr. legge 5 marzo 2001, n. 57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati.

¹⁶ Decreto legislativo 9 gennaio 2008, n. 9.

¹⁷ Il decreto legge n. 112/2008 è stato convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 233; l’articolo 23-*bis* è stato inserito dalla legge di conversione.

evidenza pubblica, l'articolo 23-*bis* prevede che si possa derogare a tale regola, e quindi procedere ad affidamento diretto nel rispetto dei principi del diritto comunitario, laddove sussistano “particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” che “non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”. Nel caso in cui intenda procedere a un affidamento *in house*, l'ente affidante deve motivare la scelta in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione all'Autorità garante, nonché alle eventuali autorità di regolazione settoriali, affinché esprimano un parere sui profili di rispettiva competenza¹⁸.

2. *L'impatto concreto dei diversi compiti*

L'impatto della progressiva estensione delle competenze sulla natura e sull'attività dell'Autorità va valutato sia in concreto, tenendo conto dell'impegno richiesto per il loro svolgimento, sia su un piano più teorico, valutando le complementarità e la coerenza sistematica dello svolgimento di certi compiti da parte di un unico soggetto.

Nell'esperienza pratica, gli ambiti che richiedono un impegno più significativo da parte della struttura dell'Autorità sono la tutela della concorrenza e le pratiche commerciali scorrette.

I casi più complessi e che richiedono maggiore tempo e risorse sembrano essere tuttora le istruttorie in materia di intese e abuso di posizione dominante. Va osservato come, negli anni, si tratti sempre più di procedimenti in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato. Nel periodo 1999-2004 i casi di applicazione del diritto comunitario rappresentavano poco più del 10 per cento del totale dei casi oggetto di istruttoria (8 casi su 74); nel periodo 2005-2008 la percentuale è salita al 74 per cento (32 casi su 43). L'applicazione della normativa nazionale sulle intese e sugli abusi riveste ormai un ruolo residuale, per l'intervento in pratiche a rilievo meramente locale.

Per le concentrazioni, il numero delle operazioni soggette a notifica preventiva all'Autorità è molto elevato, anche se i casi significativi dal punto di vista della tutela della concorrenza e quindi meritevoli di un approfondimento istruttorio sono una quota assai ridotta. Nel 2007, ad esempio, l'Autorità ha esaminato 843 operazioni di concentrazione; le istruttorie sono state sei: in due casi la concentrazione è stata vietata, in quattro è stata autorizzata subordinatamente all'adozione di misure correttive¹⁹. Resta aperto l'interrogativo sull'opportunità di semplificare la disciplina limitando l'obbligo di notifica alle operazioni in cui l'impresa acquisita supera una soglia prestabilita di fatturato²⁰.

¹⁸Con delibera del 16 ottobre 2008 l'Autorità ha adottato una comunicazione sull'applicazione dell'articolo 23-*bis*, che fornisce tra l'altro indicazioni sulle procedure da seguire per richiedere il parere dell'Autorità.

¹⁹ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Relazione sull'attività svolta nel 2007, Appendice 1, I processi di concentrazione tra imprese.

²⁰ In questo senso, cfr. S. Cassamagnaghi, *Riflessioni sulla nozione di concentrazione e gli obblighi di comunicazione*, di prossima pubblicazione in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Unione degli avvocati europei, VIII Convegno di Treviso - 2008, Bruylant-Giuffrè. Anche in Germania il sistema di controllo delle concentrazioni è stato recentemente modificato in questa direzione, introducendo una soglia minima di fatturato di cinque milioni per l'impresa acquisita.

Con l'entrata in vigore della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette il numero di denunce all'Autorità è aumentato enormemente rispetto a quanto avveniva in base alla disciplina della pubblicità ingannevole. A questo risultato ha contribuito l'istituzione di un *call center*, al quale in appena dieci mesi sono pervenute quasi ottomila segnalazioni di presunte pratiche commerciali scorrette²¹. Ciò richiede un'importante attività di gestione e scrematura delle segnalazioni. Tra gennaio e dicembre 2008 sono state accertate violazioni e irrogate sanzioni in 111 procedimenti relativi a pratiche commerciali scorrette, alcuni dei quali riguardavano più imprese. A questi vanno aggiunti cinque casi in cui il procedimento istruttorio ha portato l'Autorità a rendere obbligatori gli impegni proposti dall'impresa, sette casi di non violazione, 106 casi di pubblicità ingannevole conclusi in applicazione della previgente disciplina e 11 casi di pubblicità rivolta a professionisti o pubblicità comparativa illecita²².

L'attività di *competition advocacy* ha assunto un rilievo diverso nelle diverse fasi della storia dell'Autorità. In diciotto anni sono state trasmesse a Parlamento, Governo e alle amministrazioni competenti oltre 480 segnalazioni e pareri. Negli ultimi tempi l'attività è stata particolarmente intensa, con ben sessantatre interventi nel 2007 e quarantasei nel 2008.

L'impegno per l'applicazione delle norme in materia di conflitto di interessi è particolarmente intenso nelle fasi di rinnovo del Governo. Nel primo triennio di vigenza della legge, l'Autorità ha esaminato 313 casi di incompatibilità, di cui nove hanno formato oggetto di istruttoria, e circa 1800 situazioni patrimoniali potenzialmente rilevanti in base alle norme sul conflitto di interesse, aprendo due istruttorie²³.

Sotto il profilo della coerenza sistematica, va osservato che lo svolgimento congiunto di compiti di tutela della concorrenza e di protezione del consumatore non è una peculiarità dell'ordinamento italiano: basti citare, al riguardo, le esperienze della Federal Trade Commission statunitense, dell'Office of Fair Trading nel Regno Unito, della Australian Competition and Consumer Commission, del Competition Bureau in Canada. Le competenze dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, pur caratterizzate da nozioni e canoni applicativi propri, presentano una chiara complementarità con i compiti a tutela della concorrenza. La ratio della disciplina, infatti, può essere identificata nella salvaguardia della libertà di scelta del consumatore, il quale deve potere adottare in modo consapevole e incondizionato le proprie decisioni di natura commerciale. Il compito assegnato all'Autorità è quindi funzionale anche in questo caso ad assicurare il buon funzionamento del mercato²⁴.

Più controversa è l'attribuzione all'Autorità di competenze in materia di conflitto di interessi, che costituisce una assoluta peculiarità del nostro ordinamento.

²¹ Cfr. i comunicati stampa dell'Autorità n. 80/2007 del 12 novembre 2007 e n. 43/2008, del 15 settembre 2008. Il dato appare tanto più rilevante se si considera che è all'incirca corrispondente al numero complessivo di segnalazioni per presunti casi di pubblicità ingannevole ricevute dall'Autorità il 2000 e il 2007.

²² Compresi, in questi due ultimi valori, i casi di non violazione e quelli di accettazione di impegni.

²³ VI Relazione semestrale, luglio-dicembre 2007, p 11 e p. 14.

²⁴ Cfr. L. Fiorentino, *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, di prossima pubblicazione in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Unione degli avvocati europei, VIII Convegno di Treviso - 2008, Bruylant-Giuffrè.

Sotto un profilo strettamente tecnico, l'esercizio delle competenze in materia di conflitto di interessi non comporta un tipo di valutazione radicalmente diverso da quello richiesto all'Autorità nell'esercizio dei poteri consultivi: occorre infatti valutare l'impatto di un atto o di un omissione da parte del titolare di cariche di governo in termini di vantaggio per lo stesso (o per soggetti ad esso collegati) e di alterazione del corretto funzionamento del mercato.

E' stata però espressa la preoccupazione che le competenze aventi ad oggetto l'attività dei titolari di cariche di governo possano alterare i criteri di selezione dei componenti dell'Autorità, facendo passare in secondo ordine quei requisiti di competenza in relazione al diritto comunitario e al rapporto tra regole giuridiche ed economia che sono indispensabili per l'*enforcement* delle regole a tutela della concorrenza e del consumatore. Una revisione della disciplina del conflitto di interessi che eliminasse il coinvolgimento dell'Autorità nella materia avrebbe il beneficio di rimuovere alla radice la preoccupazione.

3. *L'incidenza della modernizzazione comunitaria e l'ECN*

L'Autorità garante, come visto, è competente ad applicare in Italia gli articoli 81 e 82 del Trattato CE, che sanciscono l'incompatibilità con il mercato comune delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante suscettibili di influire sugli scambi tra Stati membri. Essa è stata così direttamente coinvolta dalla modernizzazione delle regole di applicazione degli articoli 81 e 82, realizzata con il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio e una serie di misure collegate.

La modernizzazione si propone di aumentare l'incisività della politica di concorrenza favorendo l'applicazione decentrata delle norme comunitarie negli Stati membri e consentendo alla Commissione europea di concentrare l'azione sulle infrazioni più gravi. A questo fine, è stato sancito che le intese che soddisfano le condizioni di compatibilità con il Trattato indicate nel terzo paragrafo dell'articolo 81 sono lecite dall'origine e non devono più essere preventivamente notificate alla Commissione europea. Al contempo, i poteri investigativi, decisori e sanzionatori della Commissione sono stati rafforzati e si è cercato di sviluppare meccanismi di cooperazione e scambio di informazioni tra la Commissione, le autorità di concorrenza degli Stati membri e i giudici nazionali.

La modernizzazione ha avuto importanti conseguenze per l'Autorità.

Nel 2006 la normativa nazionale è stata parzialmente adeguata alle novità comunitarie attribuendo all'Autorità il potere di adottare misure cautelari, decisioni con impegni e programmi di clemenza volti ad incentivare la collaborazione delle imprese alla scoperta dei cartelli segreti ²⁵. Tutti e tre gli strumenti sono stati attivamente utilizzati.

L'Autorità è inoltre venuta a far parte della rete europea delle autorità di concorrenza (European Competition Network - Ecn), insieme alla Commissione europea e alle altre autorità antitrust degli

²⁵ Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Stati membri. La creazione di reti europee tra autorità di controllo non è una peculiarità dell'antitrust: essa si ritrova, ad esempio, anche nei settori della privacy, dell'energia, dei servizi finanziari e delle comunicazioni elettroniche. Nella materia della tutela della concorrenza vi è però una specificità: anche la Commissione europea, oltre alle autorità nazionali, dispone di poteri di *enforcement* nei procedimenti in applicazione degli articoli 81 e 82. Nell'ambito dell'Ecn, la Commissione si trova in una peculiare posizione di *primus inter pares*. Nella divisione del lavoro, essa è ritenuta particolarmente adatta a trattare i casi che incidono in misura significativa sulla concorrenza in più di tre Stati membri, quelli strettamente connessi ad altre disposizioni comunitarie e quelli in cui l'interesse comunitario richiede l'adozione di una decisione della Commissione per adeguare la politica comunitaria a problemi di concorrenza nuovi o per garantire un'efficace applicazione. Inoltre, per assicurare il coordinamento nell'ambito della rete e l'uniforme applicazione del diritto comunitario, la Commissione deve essere preventivamente informata dalle autorità nazionali delle decisioni in applicazione delle norme comunitarie che esse intendono adottare, può trasmettere alle autorità osservazioni e, laddove necessario, può avocare a sé il caso, privando l'autorità nazionale della competenza a trattarlo, per "ragioni di interesse pubblico comunitario".

In linea teorica, le autorità che fanno parte dell'Ecn sono quindi soggette a un forte potere di coordinamento da parte della Commissione europea. Ciò, del resto, è giustificabile per il fatto che solo le decisioni assunte da quest'ultima sono soggette al vaglio della Corte di giustizia. Nella prassi, tuttavia, la Commissione ha sinora adottato un atteggiamento non invasivo nei confronti degli orientamenti delle autorità nazionali, tanto da essere oggetto di critiche per i rischi che un tale atteggiamento può comportare in termini di uniforme applicazione delle regole del Trattato²⁶.

Nei primi anni di attività l'Ecn ha operato efficacemente come sistema per la suddivisione del lavoro e come luogo di coordinamento riguardo ai poteri delle autorità di concorrenza. Esso è stato anche utilizzato per realizzare forme di *soft harmonization* nell'impiego degli strumenti a disposizione delle autorità antitrust: ad esempio, nell'ambito del network è stato elaborato un programma 'modello' di clemenza, al quale tutte le autorità degli Stati membri si sono impegnate ad adeguarsi. L'Ecn non sembra invece costituire, per il momento, un foro per un'attiva discussione tra le autorità di concorrenza circa i criteri sostanziali di applicazione delle norme antitrust nei casi complessi o innovativi.

La modernizzazione ha in qualche modo accentuato il carattere pubblicistico dell'azione della Commissione europea e delle autorità antitrust nazionali a tutela della concorrenza. Dopo il passaggio alla diretta applicabilità dell'articolo 81, paragrafo 3, il sistema di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato si basa chiaramente su due diversi canali: il *private enforcement* da parte dei giudici nazionali nelle controversie tra privati, a tutela dei diritti individuali garantiti dal Trattato, e il *public enforcement* da parte della Commissione europea e delle autorità di

²⁶ International Chamber of Commerce - Commission on Competition, *EC Regulation 1/2003: View on its Functioning*, 23 ottobre 2008, disponibile su www.iccwbo.org.

concorrenza, dotate anche di poteri sanzionatori, a tutela dell'interesse pubblico a un regime di concorrenza non distorto.

Proprio in ragione di questi diversi ruoli, la Commissione e le autorità di concorrenza possono agire anche d'ufficio, condurre indagini conoscitive e definire le proprie priorità d'intervento. Una nuova enfasi sulla fissazione delle priorità ha caratterizzato negli ultimi anni sia l'attività della Commissione europea che quella dell'Autorità garante, che hanno concentrato l'attenzione sui problemi di concorrenza di alcuni settori e sulla lotta ai cartelli. Questa accentuazione del carattere pubblicistico dell'intervento ha portato, al contempo, a una maggiore enfasi sui risultati dell'attività dell'amministrazione²⁷. Anche nella gestione del rapporto con l'opinione pubblica, entrambe le istituzioni hanno attribuito un rilievo crescente all'impatto concreto dell'attività istituzionale sia in termini di equilibri di mercato che in termini di sanzioni irrogate.

Un'altra caratteristica che contraddistingue il *public enforcement* è costituita dal ruolo di guida che le autorità di concorrenza possono svolgere per facilitare il rispetto delle norme. Anche se nel sistema della modernizzazione non sussiste un diritto per le imprese di ottenere attestazioni di liceità del proprio comportamento, vi sono tuttavia diversi canali tramite i quali le autorità possono svolgere una funzione di orientamento, ivi inclusi, nei casi più semplici, i chiarimenti informali resi dai funzionari competenti. Nello svolgimento di questo ruolo di guida, la Commissione europea utilizza ampiamente lo strumento delle comunicazioni, in cui sintetizza la giurisprudenza e indica i propri orientamenti circa l'interpretazione della disciplina comunitaria sotto il profilo sostanziale. L'Autorità non si è sinora avvalsa di uno strumento analogo e in effetti, data la stretta conformità delle disposizioni nazionali a quelle comunitarie, si può dubitare dell'utilità di linee guida nazionali in materia antitrust diverse da quelle della Commissione europea.

Tra gli strumenti decisionali che il regolamento n. 1/2003 mette a disposizione della Commissione europea e delle autorità di concorrenza degli Stati membri per applicare le norme in materia di intese e abusi, ha un particolare rilievo sotto il profilo sistematico la decisione con impegni. In base alla normativa comunitaria e nazionale, l'autorità di concorrenza, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse dalla stessa autorità nella sua valutazione preliminare, può, mediante decisione, rendere tali impegni obbligatori per le imprese, senza pervenire all'accertamento dell'infrazione, e giungere alla conclusione che il proprio intervento non è più giustificato.

La conclusione di un procedimento con una decisione con impegni può comportare benefici sia per le autorità di concorrenza che per le imprese. Per le autorità lo strumento consente una più efficiente gestione delle proprie risorse tramite la conclusione rapida di alcuni procedimenti, quando le preoccupazioni espresse nel quadro preliminare degli addebiti possono essere facilmente rimosse

²⁷ Cfr. la sezione "I risultati dell'azione antitrust" in Relazione annuale – Presentazione del Presidente Antonio Catricalà, Roma 24 giugno 2008. Sul tema, si veda anche L. Fiorentino, *Autorità garante ed interventi a tutela dei consumatori*, cit. Riguardo all'esperienza europea, si rinvia a P. Lowe, *The design of competition policy institutions for the 21st century – the experience of the European Commission and DG Competition*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008, 3, pp. 1-11.

tramite gli impegni e non si ravvisa la necessità né di un chiarimento della regola giuridica né dell'irrogazione di una sanzione²⁸. Per le imprese, ai vantaggi in termini di risparmio di tempo e risorse si aggiunge quello di evitare gli effetti negativi di una decisione di accertamento dell'infrazione.

La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la scelta se chiudere il procedimento con una decisione con impegni sta nella piena discrezionalità della Commissione europea²⁹; il giudice amministrativo italiano ha seguito il medesimo orientamento, sottolineando come la scelta “impinga nell'autonomia di cui le autorità nazionali dispongono relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento e, pertanto, in una sfera in cui la discrezionalità delle autorità medesime è massima, non potendo quindi interferirsi, salva l'esistenza di decisioni chiaramente arbitrarie, nelle valutazioni di ammissione alla procedura negoziata”³⁰.

Le imprese hanno manifestato interesse per il nuovo strumento, proponendo impegni in circa il sessanta per cento dei procedimenti istruttori avviati dall'Autorità negli ultimi due anni. Tra il 2006 e il 2008 sono state adottate 18 decisioni con impegni³¹; l'Autorità, come la Commissione europea, non ha accettato gli impegni proposti dalle imprese quando la presunta violazione della normativa era un cartello *hardcore*.

Già da prima dell'adozione del regolamento n. 1/2003 si è sviluppato un vivace dibattito su quali siano le modalità più appropriate per l'utilizzo delle decisioni con impegni nei procedimenti volti all'applicazione delle norme sulle intese restrittive della concorrenza e sugli abusi di posizione dominante e su come evitare che lo strumento assuma una connotazione di stampo regolatorio³². Alcuni importanti chiarimenti al riguardo sono stati forniti dalla giurisprudenza comunitaria³³. Il Tribunale di primo grado ha sottolineato che lo scopo degli impegni è quello di “rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della valutazione preliminare, le quali giustificano che essa preveda l'adozione di una decisione che disponga la cessazione dell'infrazione”; la Commissione europea deve valutare gli impegni proposti dall'impresa con riferimento alla loro idoneità a tale scopo, compiendo un controllo di proporzionalità, che a sua volta potrà essere oggetto di vaglio giurisdizionale. Secondo il Tribunale, “neppure la volontarietà degli impegni è atta a esonerare la Commissione dal rispetto del principio di proporzionalità, perché è la decisione della Commissione che li rende obbligatori. Il fatto che un'impresa ritenga, per

²⁸ Sulla ratio della decisione con impegni sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico, cfr. C. Rabitti Bedogni, *Convergenza senza primato: verso un modello condiviso*, di prossima pubblicazione in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Unione degli avvocati europei, VIII Convegno di Treviso - 2008, Bruylant-Giuffré.

²⁹ Tribunale di primo grado CE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa*.

³⁰ Tar Lazio - Roma, sezione I, 7 aprile 2008, n. 2902.

³¹ Dalla sua introduzione nell'ordinamento comunitario lo strumento della decisione con impegni è stato utilizzato in 8 casi dalla Commissione europea.

³² Tra i primi commentatori, cfr. J. Temple Lang, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in *European Competition Law Review*, 2003, 8, pp.347-356; si veda anche W. Wils, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, 3, pp. 345-366.

³³ Tribunale di primo grado, sentenza 11 luglio 2007, cit., in particolare punti 99 e 105.

ragioni sue proprie, che è opportuno, in un certo momento, presentare taluni impegni non significa che tali impegni siano per ciò stesso necessari”³⁴.

4. Procedimenti e garanzie

La parte prevalente dell’attività dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato consiste in procedimenti individuali a carattere contenzioso, in cui l’Autorità formula un addebito nei confronti di un soggetto in relazione a una presunta violazione di una norma di legge. Il procedimento può concludersi con un provvedimento inibitorio e con l’irrogazione di una sanzione. Nel caso del controllo preventivo delle concentrazioni, il procedimento ha natura diversa ma, qualora l’operazione venga vietata o autorizzata subordinatamente all’adozione di misure correttive, il suo esito incide comunque negativamente sulla sfera giuridica dell’impresa. Per tutti questi procedimenti, pertanto, l’attività deve seguire un rigoroso regime di garanzie.

Ciò ha implicazioni sia per i criteri sostanziali di applicazione delle norme, sia per le procedure.

Nelle materie di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, il tema del contenuto sostanziale della normativa è delicato per il fatto che l’accertamento delle violazioni deve perlopiù essere effettuato sulla base di nozioni generali ed astratte, quali intesa restrittiva della concorrenza, abuso di posizione dominante, pratica ingannevole, pratica aggressiva, pratica commerciale scorretta.

E’ ormai largamente condivisa la visione secondo cui l’obiettivo ultimo dell’applicazione delle norme è la tutela del consumatore³⁵; la certezza circa l’obiettivo non è però sufficiente a delineare in modo chiaro i confini tra comportamenti leciti ed illeciti. Spetta alla prassi applicativa e alla giurisprudenza specificare progressivamente il contenuto sostanziale della disciplina: si tratta di indicare, partendo dai casi concreti, regole generali di comportamento atte a prevenire le condotte che pregiudicano il funzionamento del mercato. L’utilizzo di presunzioni giuridiche e *safe harbours* può accrescere la chiarezza del quadro complessivo.

In materia antitrust questi temi sono oggi di particolare attualità con riferimento ai limiti ai comportamenti unilaterali dell’impresa³⁶. Per le pratiche commerciali scorrette, il processo di

³⁴ Il Tribunale specifica inoltre che il rispetto del principio di proporzionalità richiede che, quando vi sono misure meno restrittive idonee a conseguire il medesimo risultato e sono note all’autorità procedente, devono essere adottate in via preferenziale.

³⁵ Nella formulazione standard che ritroviamo oggi nel diritto comunitario, l’obiettivo delle regole antitrust è “tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere del consumatore ed assicurare un’allocazione efficiente delle risorse”. Cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del Trattato* (2004/C 101/08), punto 13.

³⁶ Cfr. la recente comunicazione della Commissione europea *Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 3 dicembre 2008. Per il contesto statunitense, cfr. in particolare US Department of Justice, *Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, settembre 2008, disponibile su www.usdoj.gov. Sul tema dei criteri sostanziali di accertamento delle violazioni antitrust, cfr. G. Bruzzone e M. Boccaccio, *Identifying infringements of competition rules: the role of economic and legal thinking*, di prossima pubblicazione in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Unione degli avvocati europei, VIII Convegno di Treviso - 2008, Bruylant-Giuffrè.

definizione dei confini tra comportamenti leciti e illeciti tramite la prassi applicativa è ancora all'inizio, a causa della novità della disciplina. L'origine comunitaria delle norme comporta che anche la giurisprudenza della Corte di giustizia potrà contribuire, in via pregiudiziale, a chiarire alcuni profili centrali: tra questi, basti ricordare il rapporto tra la clausola generale di divieto delle pratiche commerciali scorrette e le disposizioni specifiche sulle pratiche ingannevoli o aggressive, oppure il rilievo, ai fini dell'applicazione della disciplina, di un impatto significativo della pratica commerciale analizzata.

Per quanto attiene alle garanzie procedurali, le fonti non si trovano solo nella legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e nelle specifiche disposizioni contenute nella disciplina in materia di concorrenza e di pratiche commerciali scorrette, ma anche a monte, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu)³⁷, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁸ e più in generale nel diritto comunitario. La Corte di giustizia, pronunciandosi sui procedimenti antitrust della Commissione europea, ha fissato una serie di principi rafforzati di garanzia; al tempo stesso, ha chiarito che “le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano ... gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie”. Essi, “di conseguenza, sono tenuti per quanto possibile ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate”³⁹.

Più in particolare, i giudici comunitari, a partire da Hoffman-La Roche (1979) e con una serie di precisazioni successive hanno sancito che in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni o che, comunque, può sfociare in un atto lesivo per una determinata persona il rispetto dei diritti di difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario. Il rispetto dei diritti di difesa va assicurato “anche in assenza di regole procedurali specifiche”.

³⁷ In particolare l'articolo 6 della Cedu, sul diritto all'equo processo, fissa una serie di garanzie per il soggetto destinatario dell'addebito, tra cui la presunzione di innocenza, il diritto di essere informato nel più breve tempo possibile in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico, il diritto a disporre del tempo e delle condizioni necessarie a preparare la sua difesa, il diritto di difendersi tramite un avvocato di sua scelta. Tali garanzie sono state ritenute applicabili anche in procedimenti amministrativi in materia antitrust, in base a una valutazione che utilizza come parametri ai fini di un'equiparazione ai procedimenti penali la funzione dissuasiva e repressiva della disciplina applicata, la natura degli interessi protetti e la severità delle possibili conseguenze sanzionatorie. Sul tema, cfr. D. Slater, S. Thomas e D. Waelbroeck, *Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?*, GCLC Working Paper 04/08, disponibile su www.gclc.coleurop.be.

³⁸ Cfr. in particolare gli articoli 41, 47 e 48, che riguardano rispettivamente il diritto a una buona amministrazione, la facoltà per ogni soggetto di farsi consigliare, difendere e rappresentare, la presunzione di innocenza e il rispetto dei diritti di difesa. L'articolo 48 è stato espressamente richiamato dai giudici comunitari con riferimento a procedure antitrust suscettibili di sfociare nell'irrogazione di una sanzione.

³⁹ Nella sentenza Postbank (causa C-60/92 del 10 novembre 1993, punto 17), la Corte di giustizia ha sancito che possono invece esservi differenze tra le garanzie previste per i procedimenti della Commissione che possono concludersi con l'irrogazione di una sanzione e i procedimenti civili nazionali in applicazione degli articoli 81 e 82 che riguardano esclusivamente rapporti tra singoli e non possono condurre direttamente o indirettamente all'imposizione di una sanzione da parte di una pubblica autorità. Il caso riguardava la questione se il giudice civile fosse tenuto, ai sensi dell'attuale articolo 10 del Trattato, ad applicare il principio secondo il quale un'impresa non è obbligata a rispondere a domande la risposta alle quali implichi il riconoscimento di una violazione delle norme di concorrenza. Tali considerazioni non si applicano, naturalmente, al *public enforcement* degli articoli 81 e 82 da parte delle autorità di concorrenza degli Stati membri.

I giudici comunitari si sono soffermati su vari profili. In particolare, i poteri di indagine volti a dare applicazione agli articoli 81 e 82 del Trattato (in particolare, il potere di richiedere informazioni e il potere di disporre accertamenti nei locali delle imprese) devono essere esercitati nel rispetto del principio della proporzionalità e tenendo conto dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario; l'esposizione degli addebiti deve essere precisa e completa; il destinatario degli addebiti deve essere posto in grado di manifestare in modo adeguato il proprio punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze allegare dalla Commissione e sui documenti da questa considerati, incluse le osservazioni presentate da terzi.

Questi principi devono naturalmente essere adattati a seconda delle caratteristiche specifiche del procedimento, distinguendo ad esempio i procedimenti in materia di concentrazioni dai procedimenti a carattere contenzioso.

Il giudice amministrativo italiano ha espressamente riconosciuto l'esigenza che i procedimenti dell'Autorità garantiscano i diritti fondamentali di difesa come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per analoghi procedimenti della Commissione europea. Ad esempio, con riferimento al procedimento per l'adozione di misure cautelari da parte dell'Autorità, il Tar Lazio ha sottolineato che anche qualora la normativa nazionale non menzioni direttamente il diritto ad essere sentito – la pronuncia riguardava la situazione precedente l'adozione delle regole di procedura da parte dell'Autorità -, essa deve “essere interpretata anche alla luce dei principi rivenienti dalla normativa comunitaria, sicché la determinazione di avviare un procedimento per l'adozione di un provvedimento cautelare in materia antitrust deve essere preceduta dalla relativa comunicazione onde consentire, sia pure in un tempo contenuto e compatibile con le esigenze cautelari, la possibilità per i soggetti interessati di partecipare al procedimento stesso esprimendo le proprie osservazioni sui relativi addebiti”⁴⁰.

A ben vedere, l'obbligo di assicurare “le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario” non riguarda solo le regole a tutela della concorrenza, ma anche quelle sulla pubblicità ingannevole e le pratiche commerciali scorrette, in ragione della loro origine nel diritto comunitario. Le esperienze applicative hanno mostrato che i procedimenti in applicazione delle nuove regole del Codice del consumo sono spesso molto complessi e articolati, a differenza di quelli basati sulle previgenti regole in materia di pubblicità ingannevole. Potrebbe quindi essere opportuno prevedere anche per le pratiche scorrette, come per l'antitrust, una comunicazione delle risultanze istruttorie al termine del procedimento, per meglio assicurare l'esercizio dei diritti di difesa.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha recentemente sottolineato l'importanza del contraddittorio come “un momento ‘sostanziale’ dell'esercizio dei poteri accertativo-sanzionatori dell'Autorità”⁴¹. In questa accezione, il contraddittorio non consiste nel mero diritto di presentare memorie o essere formalmente sentiti in audizione, ma richiede un riscontro dialettico alle argomentazioni difensive. E' stato talvolta argomentato che l'effettività del contraddittorio può

⁴⁰ Tar Lazio - Roma, sezione I, 14 settembre 2007, n. 8952.

⁴¹ Consiglio di Stato, sezione VI, 2 ottobre 2007, n. 5085.

essere pregiudicata quando la funzione istruttoria e quella decisoria sono svolte, come nel caso dell'Autorità, all'interno del medesimo organismo. In un tale contesto, assume una particolare importanza che il giudice del ricorso effettui un controllo approfondito circa l'adeguatezza delle controdeduzioni dell'Autorità rispetto alle argomentazioni delle imprese⁴².

Il tema delle garanzie riguarda anche l'adozione di decisioni con impegni. Il procedimento, nonostante il suo carattere negoziato, si traduce in nuovi obblighi a carico delle imprese. Occorre quindi che le preoccupazioni espresse dall'autorità procedente, pur senza raggiungere lo stesso grado di puntualità richiesto per la comunicazione delle risultanze istruttorie, siano sufficientemente precise da consentire al destinatario di decidere in modo informato se presentare impegni e quali⁴³. Per quanto concerne la tempistica del procedimento, la funzione dell'istituto richiede che le imprese siano poste in grado di proporre misure correttive idonee e che l'Autorità disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza alle preoccupazioni anticoncorrenziali emerse. Il momento in cui queste condizioni sono soddisfatte può variare profondamente a seconda delle caratteristiche e della complessità della fattispecie: non appare quindi opportuna la fissazione normativa di un termine per la presentazione degli impegni⁴⁴.

Passando a un altro tipo di procedimenti, va rilevato che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, pur non svolgendo attività di regolazione, adotta in alcuni casi atti a contenuto generale e astratto idonei a produrre effetti nei confronti di una serie aperta di soggetti. Esempi sono costituiti dalla definizione delle regole procedurali in materia di impegni e misure cautelari, dalla fissazione periodica delle *filing fees* per le concentrazioni, dall'adozione dei regolamenti di procedura per la pubblicità ingannevole e le pratiche commerciali scorrette, dalla definizione del programma di clemenza per le imprese che cooperano all'accertamento dei cartelli. Per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, diversamente dalle autorità del settore finanziario e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, non esiste attualmente un obbligo normativo a effettuare una consultazione pubblica prima dell'adozione di tali atti. L'Autorità, tuttavia, recentemente si è allineata spontaneamente alla *best practice* della consultazione, prima dell'adozione del proprio programma di *leniency* e della disciplina procedurale in materia di pratiche commerciali scorrette. In assenza di interventi normativi sul tema, è auspicabile che tale prassi - peraltro seguita regolarmente in materia antitrust dalla Commissione europea - non abbia carattere episodico, ma

⁴² Sull'importanza di un controllo giudiziale approfondito, cfr. C. Osti, *Controllo giudiziale e dipendenza burocratica da percorso*, in G. Bruzzone (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, Il Mulino, 2008 pp. 245-292 e F. G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, 2008, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. anche il contributo di A. Lalli in questo volume.

⁴³ Al riguardo, v. E. Gippini-Fournier, *The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003*, in H. F. Koeck e M. M. Karollus (a cura di), *The Modernisation of European Competition Law - Initial Experiences with Regulation 1/2003*, atti del Congresso FIDE 2008, Nomos, Vienna, 2008, disponibile su www.ssrn.com.

⁴⁴ La giurisprudenza amministrativa ha già sancito che, in materia antitrust, il termine di tre mesi dall'avvio dell'istruttoria previsto dall'articolo 14-ter della legge n. 287/1990 ha un valore meramente sollecitatorio, che non si traduce in un preciso sbarramento temporale (cfr. Tar Lazio - Roma, sezione I, 7 aprile 2008, n. 2902). Andrebbe valutata l'opportunità di fare un passo oltre, eliminando il riferimento normativo al termine di tre mesi così da allineare la disciplina italiana a quella comunitaria. La stessa esistenza del riferimento normativo ai tre mesi, infatti, genera un pregiudizio a sfavore dell'impresa che propone impegni dopo tale termine, mentre la valutazione della tempestività della proposta dovrebbe essere compiuta in modo più flessibile, in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

segnì una svolta sistematica nel modo di interagire dell'Autorità con il pubblico dei soggetti a vario titolo interessati.

5. *La competition advocacy*

Il ruolo di promuovere la concorrenza tramite segnalazioni e pareri al legislatore è stato attribuito all'Autorità, come si è visto, già dalla legge istitutiva. L'esercizio congiunto di competenze antitrust e di *competition advocacy* caratterizza anche autorità di concorrenza di altri ordinamenti, oltre a quella italiana⁴⁵.

Il compito di individuare i casi di particolare rilievo in cui norme e atti amministrativi a carattere generale introducono restrizioni della concorrenza non giustificate da esigenze di interesse generale è molto importante, dato che gli individui danneggiati dai vincoli al funzionamento del mercato (concorrenti potenziali, consumatori) raramente si fanno parte attiva di processi di revisione delle regole.

I pareri e le segnalazioni dell'Autorità hanno contenuto eterogeneo: alcuni riguardano profili molto specifici della normativa, altri sono di portata più ampia. Tra questi ultimi, sono esemplari i tre rapporti su appalti pubblici, distribuzione commerciale e concessioni degli anni Novanta e le due segnalazioni generali per una regolazione proconcorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica adottate nel gennaio 2002 e nel giugno 2008⁴⁶.

Negli ultimi anni l'attività consultiva, oltre ad essere particolarmente intensa, è divenuta più efficace grazie a un'azione tempestiva dell'Autorità nei confronti del legislatore.

L'abitudine ad analizzare l'impatto concorrenziale delle norme rende l'Autorità particolarmente adatta a compiere un lavoro ad ampio raggio volto a migliorare, per i profili di sua competenza, la qualità della regolazione in Italia. Un'occasione importante di revisione della normativa, a tutti i livelli di governo, sarà costituita dal recepimento della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Agli Stati membri è infatti richiesto di effettuare entro la fine del 2009 un vaglio complessivo dei regimi di autorizzazione esistenti e della normativa nazionale, regionale e locale, in materia di servizi privati, rimuovendo tutte le restrizioni non giustificate al funzionamento del

⁴⁵ Cfr., ad esempio, il capitolo sulla *competition advocacy* in OECD Journal of Competition Law and Policy, vol. 6, n. 4, 2005. Si veda anche M. D'Alberti, *Competition Advocacy and Regulatory Reform*, intervento alla prima Conferenza dell'International Competition Network (Icn), Napoli, 2002, disponibile su www.internationalcompetitionnetwork.org. Sul questo sito è disponibile una ricca sezione dedicata all'*advocacy* a livello internazionale.

⁴⁶ AS005 del 1° luglio 1992, Appalti pubblici e concorrenza; AS008 del 1° gennaio 1993, Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza; AS026 del 1° luglio 1994, Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità; AS226 del 14 gennaio 2002, Riforma della regolazione e promozione della concorrenza; AS453 dell'11 giugno 2008, Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica. I primi tre rapporti erano specificamente previsti dall'articolo 24 della legge n. 287/1990.

mercato. Un contributo dell’Autorità in questo sforzo di revisione delle regole potrebbe essere prezioso⁴⁷.

Da tempo è in discussione l’introduzione nel nostro ordinamento di una “legge annuale per la concorrenza”. Secondo questo progetto, ispirato alla legge annuale di semplificazione, il Governo avrebbe l’obbligo di proporre annualmente un disegno di legge per il mercato e la concorrenza, tenendo conto dei suggerimenti dell’Autorità. Questo strumento sarebbe soprattutto utile per far compiere un salto di qualità all’azione legislativa volta a promuovere la concorrenza e ad assicurare la tutela del consumatore in Italia, passando da interventi episodici e talvolta affrettati a un’attività sistematica, regolare e preceduta da un’adeguata analisi d’impatto.

Da ultimo va osservato che il metodo seguito dall’Autorità nella formulazione delle segnalazioni e dei pareri riveste una particolare importanza in termini di sistema. Infatti, la possibilità di intervenire d’ufficio segnalando criticità di atti normativi o di regolazione potrebbe prestarsi a una politicizzazione degli interventi di promozione della concorrenza, che sarebbe impropria per un’autorità amministrativa indipendente. Sinora questo rischio è stato evitato. E’ essenziale a questo fine mantenere un’impostazione strettamente tecnica dell’analisi dell’impatto della normativa sulla concorrenza, modellata su quei criteri di valutazione della necessità e della proporzionalità delle restrizioni che caratterizzano tipicamente la valutazione dei giudici comunitari nell’applicazione delle norme del Trattato CE⁴⁸.

⁴⁷ Sul tema, cfr. A. Heimler, *Direttiva “Servizi”, analisi dell’impatto concorrenziale e ruolo dell’Autorità – Una visione d’insieme*, intervento all’Incontro di discussione sulla Direttiva “Servizi”, Roma, 30 novembre 2007, testo disponibile su www.agcm.it.

⁴⁸ Sul metodo da seguire nella *competition advocacy*, cfr. ad esempio OCSE, *Competition Assessment Toolkit*, 2007, disponibile su www.oecd.org.