

ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO

VIII Convegno

Treviso, 22/23 maggio 2008

“Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori”

Luigi Fiorentino

Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

I) Premessa

Il tema affidatomi investe quello che ritengo essere, da un lato, il crocevia, dall'altro, il banco di prova con cui è chiamata a confrontarsi ogni Autorità di concorrenza. Parlarne impone di toccare o, quantomeno, sfiorare questioni diverse.

Un primo profilo, dal quale muoverò, attiene all'*accountability* di un'autorità di concorrenza. E noto il dibattito sulla fonte dei poteri delle autorità indipendenti. Meno netta mi sembra, a volte, la percezione di quanto connessa sia questa questione al livello di consenso che un'autorità incontra non soltanto nell'accademia ma anche nel “sociale”, soprattutto in un Paese come il nostro dove la cultura della concorrenza stenta ancora ad affermarsi.

Consenso che voglio intendere non come “avallo” al proprio operare, pure certamente auspicabile, ma come sintonia tra questo operare e i malesseri del mercato più fortemente percepiti dalla collettività.

Un secondo punto, collegato e funzionale al primo, è l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, nazionale e comunitario, in direzione pro-consumeristica non soltanto nella quantità delle misure adottate ma anche nei modi e nelle tecniche di intervento normativo utilizzati, atteso che il consumatore sta certamente diventando il primo protagonista dell'economia, del mercato e quindi della concorrenza.

Parlerò quindi dei più recenti interventi dell'Autorità. Un'Autorità che è chiamata a confrontarsi, da un lato, con un contesto socio-economico ancora in parte non avvezzo ai valori della concorrenza, dall'altro, con l'esigenza di aggiornare il proprio ruolo alla luce della registrata evoluzione dell'ordinamento giuridico verso la più marcata attenzione alle istanze consumeristiche.

Da ultimo, toccherò il tema degli effetti dell'intervento *antitrust*. Ogni teorizzazione e architettura sulla *policy* è infatti chiamata, presto o tardi, a confrontarsi con *l'altro da sé*, con quello che succede quando le decisioni prese diventano "viventi".

II) **Accountability istituzionale e concorrenza come valore socio-economico**

La questione relativa ai modi e alle forme della tutela dei consumatori nell'operare dell'Autorità Garante investe non soltanto l'evoluzione della normativa e i modelli e le tecniche dei relativi interventi, che pure vedremo, ma, ancor prima, il tema dell'inquadramento stesso, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, di un'istituzione come l'Autorità.

Punto dal quale, quindi, partirò.

Quello dell'*accountability* costituisce uno dei nodi più controversi tra le tematiche che riguardano le Autorità indipendenti.

A fronte dell'insorgere di queste tipologie di amministrazione, non riposanti sulla nostra tradizione amministrativa e sul modello costituzionale che vede l'amministrazione soggetta al Governo che la controlla e ne risponde innanzi al Parlamento secondo il modello cavouriano del ministero, studiosi e classe politica si sono interrogati su quale sia il controllo cui sono soggette tali amministrazioni¹. Svincolate dal circuito dell'indirizzo politico, a chi rispondono?

Una risposta data è che si tratta dell'espressione di istanze profonde degli ordinamenti democratici ad economia di mercato che esigono che il mercato stesso sia regolato in modo neutrale, al di fuori della dialettica maggioranza-opposizione².

Se questo è certamente vero, forse però non esaurisce il punto. O, quantomeno, la risposta data non è stata in grado di guadagnare un consenso diffuso, sociale, oltre la ristretta comunità di "chierici" esperti del fenomeno.

Al contrario, dopo l'iniziale e forse un po' irrazionale entusiasmo mostrato per questi enti, che apparivano un possibile antidoto a certi malcostumi della politica, nel dibattito pubblico³ si è cominciato a guardare ad essi con grande diffidenza se

¹ CERULLI IRELLI, *Le proposte della Commissione Parlamentare delle Riforme Amministrative nella passata legislatura*, in *Le autorità indipendenti ed il buon funzionamento dei mercati*, ISAE, Milano, 2002, p. 140. In tema anche MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

² CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, in Atti del Convegno Internazionale, Roma 20/21 novembre 1995, in *Temi e problemi, La tutela della concorrenza: regole istituzioni e rapporti internazionali*, ed. spec., Roma, ottobre 1996.

³ Per "dibattito pubblico" intendiamo quella complessa rete di relazioni – nella società contemporanea, fortemente catalizzato dal ruolo dei media – tra privati, le loro organizzazioni e le istituzioni (cfr. J.

non, a volte, con un atteggiamento di sfavore: quasi fossero sacche di privilegio, superfetazioni burocratiche dall'utilità non chiara.

Anche sul piano politico, in alcune delle diverse proposte di riforma generale che si sono succedute nel tempo, non può non leggersi l'intento di ridimensionarne il ruolo.

Nel quadro della problematica più generale relativa all'accettazione istituzionale delle autorità indipendenti, la vicenda dell'*Antitrust* si caratterizza, inoltre, per specificità proprie⁴.

Le regole di cui essa è garante comportano l'affermazione piena del principio di concorrenza in economia, con le specificità che questo comporta.

Alla diversità istituzionale rispetto ai modelli più vicini alla nostra tradizione, e al ricorso a moduli di azione diversi da quelli tipici dell'amministrazione classica, si somma quindi per l'Autorità Garante l'essere portatrice di valori che vanno sì sempre più informando la nostra cultura giuridica, ma tuttora stentano a permeare il tessuto sociale.

Che nell'universo giuridico la concorrenza stia conquistando spazi sempre più ampi, questo è un dato.

A valle della novella che ha portato all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. - che come noto rimette alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della concorrenza - la Corte Costituzionale, spesso interrogata su questioni di riparto di competenze Stato-Regioni, ha consacrato la concorrenza come "una delle leve della politica economica statale". Essa ha precisato che la stessa deve essere intesa non soltanto in senso "statico", a legittimare interventi di regolazione e ripristino, ma anche in accezione "dinamica", a giustificare misure pubbliche "volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali" (Corte Cost. n. 14/2004) con interventi anche di carattere "promozionale" (Corte Cost. n. 272/2004).

Se poi queste decisioni già affermavano la natura "trasversale" della tutela della concorrenza che non presenta i caratteri di una materia ad estensione certa ma quelli di una "funzione esercitabile sui più diversi oggetti", con alcune più recenti pronunce il giudice costituzionale ha precisato che la legittimità dell'intervento statale sulla materia riposa sulla sua astratta riconducibilità "ai principi della

HABERMAS, *Storia e critica dell'Opinione pubblica* (1962), Bari, 1974, p. 292ss., secondo cui opinioni e credenze diventano pubbliche nella misura in cui "escono dal loro centro di produzione" (gli individui, le singole istituzioni, pubbliche e/o private) e diventano oggetto di libero scambio nella "sfera pubblica".

⁴ Cfr. TESAURO-TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Enc. Dir, Aggiornamento VI, Milano, 2002; CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Bassi-Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato” e che in queste ipotesi risultano ammesse, senza che debba ritenersi invaso l’ambito della competenze regionali, misure statali aventi anche un contenuto “analitico” (Corte Cost. nn. 401/2007, 443/2007 e 452/2007).

La stessa magistratura contabile afferma oggi con forza un nesso esplicito tra violazione delle norme dell'evidenza pubblica e danno erariale *sub specie* di “danno alla concorrenza” (per tutte cfr. Corte dei Conti Lombardia, n. 447/2006).

Se questo è certamente un segnale “espansivo” vero, verso la più ampia condivisione “giuridica” del valore concorrenza, mi pare invece assai più dubbio che la cultura della concorrenza, in Italia, possa dirsi un fenomeno diffuso nel sociale.

Ancora oggi siamo un Paese abituato a modelli economici nei quali alla concorrenza, si tende a prediligere e a volte a dare per scontata la mano pubblica la quale, più che controllare, entra nel mercato, delinea indirizzi, diviene in definitiva parte attiva.

Tanto che del nostro ordinamento si è potuto dire che fosse strutturato in modo tale da offrire la massima resistenza alla concorrenza “perché massimo (era) l’intervento statale del tipo non conforme al mercato”⁵.

Lento è cioè il maturare di un reale “sentire concorrenziale” a livello sociale, ma anche amministrativo e istituzionale. E proprio in ambito pubblico, la diffusione della concorrenza sconta una tradizione di scarsa abitudine al mercato⁶.

Altrimenti detto, se la concorrenza ha già debuttato sul palcoscenico dell’*opinione pubblica*, essa tarda però ancora a trasformarsi da “opinione” di *elite*⁷ a valore socialmente condiviso.

E ancora diffuso è il convincimento secondo cui l’offerta da parte dell’impresa pubblica di un determinato prodotto o servizio può costituire di per sé una forma di tutela del consumatore da parte dello Stato⁸.

⁵ Così CASSESE, *La difficile introduzione della concorrenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d’Italia, 1996, p. 321.

⁶ MONTALENTI, *Globalizzazione, mercati, antitrust*, in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, p. 34ss., ivi a p. 35.

⁷ Quella che Habermas definirebbe opinione “quasi-pubblica” identificandola - nel distinguerla dall’opinione pubblica - con quell’insieme di opinioni formali che possono essere ricondotte a istituzioni ben determinate (HABERMAS, *Storia e critica dell’Opinione pubblica*, cit.).

⁸ Lo osservano AMENDOLA-PARCU, *L’antitrust italiano*, Torino, 2003, p. 36. Interessante è la ricostruzione di G. AMATO laddove fotografa la tendenza storica dei Paesi del vecchio continente a fare ricorso, invece che a misure anti-monopolistiche, alla presenza dello Stato nell’economia, anche per rimediare agli eccessi del “potere privato” (*Il gusto della libertà - L’Italia e l’Antitrust*, Roma-Bari, 1998, p. 8).

Misurare con certezza il livello di introiezione sociale del valore della concorrenza non è semplice. Tuttavia si può tentare di confrontare alcuni dati che, pur nella loro eterogeneità, possono fornire qualche spunto di riflessione.

I risultati di un'interessante indagine demoscopica, effettuata su di un campione rappresentativo della popolazione italiana⁹, rivela che nei confronti della concorrenza la società italiana mostra *“segni di un forte disagio cognitivo ed emotivo”*. Se è vero che gli italiani *“[i]n grande maggioranza, considerano la concorrenza una virtù. Un meccanismo positivo. In grado di promuovere libertà, efficienza e qualità. Ridare slancio all'economia”*, emerge anche come *“il consenso sulla concorrenza si ridimensioni di molto - e cambi, perfino, di segno - quando dai principi si passa alla realtà concreta”*. In definitiva, conclude l'indagine, gli italiani si sono *“abituati”* a vivere in un regime di concorrenza limitata, di mercato protetto, dove i meccanismi corporativi sono talmente *“diffusi e penetrati a fondo, da essere interiorizzati”*. Anche perché – si legge – *“tutti o quasi gli italiani (o qualche loro familiare), sono iscritti a qualche ordine o albo professionale, a qualche associazione di categoria, a qualche club”*.

Un'altra notazione. In Italia, il mercato è una conquista relativamente recente in numerosi e importanti settori strategici¹⁰. Tuttavia, ambiti importanti, come quello dei servizi (specie locali) e del commercio, sono ancora dominati da sistemi legali di protezione.

È allora evidente che per la collettività è difficile “sentire” i benefici della concorrenza, come valore, come ideale, se in concreto, in alcuni casi, un “mercato” neppure è visibile¹¹.

A volersi interrogare sul perché il valore della concorrenza tardi ad imporsi nel sociale, oltre al contesto “storico”, si deve anche considerare come le politiche di concorrenza siano per propria stessa natura, quanto agli effetti, “bifasiche” e di lungo periodo.

Ad una prima fase volta a destrutturare protezionismi e controlli che assicuravano un determinato assetto ne segue una seconda in cui dal mercato stesso ci si attende il generarsi di efficienze. Mentre la prima fase ha un impatto immediatamente

⁹ Indagine commissionata da Confindustria a DEMOS & PI. Il report finale, intitolato *“Fra concorrenza e protezione. Indagine sull'atteggiamento degli italiani nei confronti del mercato”* è reperibile su http://www.demosonline.it/ricerche/monitor/altro/concorrenza_2006.pdf.

¹⁰ In tema, cfr. GRANATA, *La cultura del mercato. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulla concorrenza (1961-65)*, Soveria Mannelli (CZ), 2007.

¹¹ Nel nostro Paese, si è detto, il consumatore è stato educato “all'aspettativa di una grande madre che lo protegga, piuttosto che a pretendere di essere messo nelle condizione di scegliere” (G. AMATO, *Il gusto della libertà - L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998, p. 17).

percepito come doloroso per categorie sociali fino a quel momento protette, i benefici della concorrenza – in termini di ribasso dei prezzi e di aumento della qualità di prodotti e servizi - sono generalmente di medio-lungo termine e come tali risultano meno percepiti. Ricordava il Commissario Kroes in un recente discorso: *“developing a competition culture is a process, not a transaction. It’s about a long-term and not just tomorrow”*¹².

Questo è vero, quantomeno, in un contesto produttivo e sociale tendenzialmente malato di quella che è stata definita la sindrome del “breveterminismo”¹³.

E se queste criticità sono sempre presenti, la difficile congiuntura economica di questo momento storico ne acuisce la portata: in una fase di crisi, i timori di recessione possono infatti indurre a fisiologiche reazioni di chiusura alle sfide del mercato e a preferire diverse forme di “protezione” ad opera della mano pubblica.

Lascia allora ben sperare l’apparente cambio di tendenza registrabile nei consensi raccolti dalla più specifica politica delle liberalizzazioni: secondo un’indagine realizzata da Ispo, il 66% dei cittadini e il 74% dei manager di grandi aziende ritengono che le misure approvate con le due leggi Bersani avranno una ricaduta positiva per la propria famiglia, l’azienda e l’economia del Paese¹⁴.

Vero è che i cambiamenti registrati a livello normativo, sia comunitario che nazionale, hanno già avuto un primo impatto sul sistema economico ma anche sulla società.

Non serve richiamare le teorie istituzionaliste¹⁵ per sperare che la linea circolare tra processi istituzionali, cultura e sistema economico venga a premiare, alla fine, la concorrenza.

¹² N. KROES, *Competitiveness – the common goal of competition and industrial policies*, Parigi, 18 aprile 2008, discorso all’Aspen Institute. La stessa Kroes osservava anche *“se da un lato, la concorrenza produce molti vincitori, dall’altro produce anche dei perdenti (...) Le autorità pubbliche hanno il dovere di accompagnare i propri cittadini attraverso quello che appare come un impegnativo processo di cambiamento”* (*La cultura della concorrenza come valore in Europa*, al Convegno Confindustria (CSC), “Concorrenza bene pubblico”, Vicenza, 17-18 marzo 2006).

¹³ Cfr. EURISPES, *Rapporto Italia 2002*, p. 9 (http://www.edscuola.it/archivio/statistiche/eurispes_ri2002.pdf).

¹⁴ I risultati del sondaggio, realizzato su un campione di 1.000 italiani e 204 manager, sono stati presentati dal presidente dell’ISPO, Renato Mannheimer, all’apertura del convegno “Authority: quali strategie per il futuro?”, organizzato il 9 luglio 2007 da Consumers’ Forum.

¹⁵ Cfr. MARCH-OLSEN, *Riscoprire le istituzioni*, Il Mulino, Bologna 1992, D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell’economia*, Il Mulino, Bologna, 1994; F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986.

III) Evoluzione pro-consumeristica dell'ordinamento e rapporti con il diritto della concorrenza

Di fatto, nel corso degli anni il panorama ordinamentale nazionale e comunitario si è andato evolvendo così da consentire una più ampia diffusione della concorrenza come valore.

Dall'altro lato, le politiche a tutela del consumatore, che sono più vicine “per natura” al tessuto sociale, sono andate sviluppandosi in sinergia rispetto alla tutela della concorrenza che, a propria volta, ha cominciato a farne tesoro e a ritenerle propria parte integrante.

Lo stesso evolversi delle competenze attribuite nel corso degli anni all'Autorità Garante rispecchia questo percorso “pro-consumeristico”.

La prima emersione del consumatore come attore del mercato e l'attribuzione all'Autorità garante di competenze a sua tutela non è, infatti, recente nell'esperienza italiana. Risale al 1992 il decreto (d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74) che conferiva all'Autorità le competenze in materia di pubblicità ingannevole, cioè dopo poco più di un anno dall'entrata in vigore della Legge n. 287/90. Ci si trovava, peraltro, in un contesto di sistema imperniato sulla logica codicistica (e decisamente corporativa) della concorrenza sleale e pressoché privo di strumenti di tutela pubblicistici per il consumatore.

Il presupposto di una simile attribuzione – niente affatto scontata, tanto che all'epoca suscitò vive perplessità tra molti commentatori – era che un'autorità di concorrenza può assumere un doppio ruolo: di garante del corretto funzionamento del mercato e di garante dell'interesse pubblico alla correttezza e veridicità delle informazioni commerciali, allo scopo di preservare scelte libere e consapevoli da parte dei consumatori acquirenti. Obiettivo, se si pensa, non molto diverso da quello sotteso alla disciplina antitrust.

A ben vedere, del resto, è evidente che, da un lato, la pubblicità costituisce essa stessa una “leva” concorrenziale¹⁶, dall'altro, la deviazione della libertà e della consapevolezza nelle scelte del consumatore ha di per sé un effetto sulle dinamiche competitive del mercato.

Ulteriore passo verso la convergenza tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori si registrò con il decreto sulla pubblicità comparativa (d.lgs. n. 67/2000): in quel momento storico, alla tradizionale “resistenza” del nostro ordinamento ad ammettere questa forma di pubblicità, si aggiunse l'acceso dibattito

¹⁶Cfr. Trib. CE, sez. II, 28 marzo 2001: “la pubblicità è un elemento importante dello stato di concorrenza su un determinato mercato, in quanto consente una migliore valutazione dei meriti di ciascun operatore, la qualità delle loro prestazioni e il loro costo” (caso IMA-Commissione, causa T-144/99, punto 72).

sull'allocazione delle relative competenze presso l'Autorità o piuttosto presso il giudice ordinario. La scelta del legislatore, che lesse nella pubblicità comparativa quasi il *trait d'union* tra concorrenza e pubblicità ingannevole, si è rivelata negli anni una felice intuizione.

Nondimeno, e nonostante l'esperienza convergente riscontrabile nel mondo anglosassone, con la Federal Trade Commission negli Stati Uniti e con l'Office of Fair Trading britannico che analogamente assommano le due competenze ("consumeristiche" e *antitrust*), questa soluzione fu da molti percepita come un'anomalia. Soprattutto in un contesto europeo all'epoca ancora caratterizzato da una chiara distinzione tra discipline a vocazione consumeristica, considerate parti di un *corpus* normativo a sé stante, e disciplina della concorrenza.

Significativo in tal senso è che il primo sviluppo di misure comunitarie e nazionali a tutela del consumatore sia avvenuto in maniera autonoma e disgiunta dall'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di concorrenza. Del resto, pur a fronte della menzione del consumatore in diverse sedi della stessa legge n. 287/90¹⁷, nel dibattito teorico sui fini ultimi dell'intervento *antitrust*, fino ad un recente passato, la figura del consumatore, quantomeno in Italia e in Europa, se era certamente un ingrediente, non ne costituiva l'elemento centrale.

Il quadro che si presenta oggi agli occhi degli interpreti, sia a livello comunitario che nazionale, è molto diverso.

In primo luogo, le politiche consumeristiche degli anni ottanta e novanta hanno trovato una piena maturazione, sfociata nella realizzazione di un sistema di tutela coordinato tra gli Stati membri per la repressione delle infrazioni infracomunitarie lesive degli interessi dei consumatori: si tratta dei meccanismi di rinvio e cooperazione individuati dal Regolamento (CE) n. 2006/2004, che costituisce una sorta di "modernizzazione" del diritto dei consumatori nell'Unione europea.

Sul fronte concorrenza, già la stessa riforma del diritto *antitrust* comunitario operata dal Regolamento CE n. 1/2003 ha avuto come primo effetto, oltre che il rinnovamento delle procedure e dell'attività della Commissione, anche un deciso rilancio del consumatore nel suo ruolo di protagonista del mercato.

¹⁷ Cfr.: art. 3, lett. b (abuso di posizione dominante) laddove si vieta l'abuso di posizione dominante che possa "b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori"; l'art. 4 (deroga al divieto di intese) inerente l'autorizzazione di intese che diano luogo "a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori"; l'art. 6 (operazioni di concentrazione) che richiede di valutare le operazioni tenendo conto, tra l'altro, "delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori"; art. 12, comma 1 (poteri di indagine) inerente la valutazione degli elementi forniti "da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori".

Nell'impianto concettuale e sistematico delle diverse disposizioni comunitarie, il consumatore diviene referente ultimo, e "dichiarato", delle politiche di concorrenza, trovando ingresso e formalizzazione in documenti chiave della Commissione Europea. Pensiamo al *Discussion Paper* sull'applicazione dell'art. 82 agli *exclusionary abuses* laddove si identifica espressamente il danno arrecato ai consumatori come criterio chiave per la valutazione degli abusi escludenti precisando che "*the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare*" (par. 54)¹⁸. Ma anche Comunicazione della Commissione recante *Linee direttrici* sull'applicazione dell'art. 81.3 del Trattato ai termini delle quali l'obiettivo dell'art. 81 è tutelare la concorrenza come strumento per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse anche per "*incrementare il benessere dei consumatori*" (punto 13).

Questo è vero anche nella *policy* applicativa comunitaria.

Secondo i vertici stessi della Commissione, la protezione del processo competitivo che conduce i mercati ad assetti concorrenziali costituisce un importante strumento d'azione che tuttavia non può costituire un obiettivo in sé per le Autorità garanti della concorrenza¹⁹. Al contrario, si dice, il potenziale pregiudizio per i consumatori "*is at the heart of what we do*" e i mercati devono funzionare meglio affinché i consumatori possano avere beni, servizi e prezzi migliori e non in omaggio ad una "*abstract notion of free competition*"²⁰.

Progressivamente così il consumatore diviene il cuore delle politiche di concorrenza: "*in this age of the global economy, the fight to promote consumer rights is one of the*

¹⁸ Lo stesso Commissario alla concorrenza KROES, nel discorso *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82* tenuto al Fordham Corporate Law Institute ancora nel 2005 (23/9/05) precisa: "*First, competition and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm. (...) the main and ultimate objective of Article 82 is to protect consumers.*" Nello stesso senso, cfr. il Report "*An economic approach to Article 82*" scritto dall'European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), nel luglio 2005: "*the standard for assessing whether a given practice is detrimental to 'competition' or whether it is a legitimate 'tool' of competition should be derived from the effects of practice on consumers. (...) If the assessment of competitive harm and the protection of 'competition' are assessed with reference to consumer welfare, it is incumbent upon the competition authority in each case to examine the actual working of competition in the particular market without prejudice and to explain the harm for consumers from the practice in question*". In tema anche M. MONTI, *Antitrust in the US and Europe: a History of convergence* (14/11/2001).

¹⁹ Cfr. LOWE, "*Consumer Welfare and Efficiency - New Guiding Principles of Competition Policy?*", 27 marzo 2007, Monaco.

²⁰ Cfr. N. KROES, "*Competition Policy and Consumers*", Bruxelles, 16/11/2006, discorso al Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC).

great battles of our age. Defending Consumers' interests is at the heart of the commission's competition policy"²¹.

Tornando all'ordinamento interno, anche la nostra dottrina giuridica, nel corso degli anni, ha cominciato ad interrogarsi sul tema con sempre maggiore continuità, come argomento provvisto di una dignità propria²².

E nel pensiero economico hanno sempre maggiore ingresso studi sulla valutazione delle dinamiche che incidono sulle scelte dei consumatori ai fini dell'individuazione delle più corrette linee di *consumer* e *competition policy*: interessanti sono gli studi sull'economia comportamentale applicati alla tutela del consumatore²³. Così come diviene più strutturata la riflessione sul modello di "consumatore" cui le tutele consumeristiche si rifanno e sulla non coincidenza dei modelli astratti di comportamento dei consumatori (sulla base dei parametri di piena razionalità economica) rispetto alle logiche perseguite dai singoli soggetti componenti il sistema²⁴.

²¹ N. KROES, *Consumers at the heart of EU competition policy*, discorso tenuto a Strasburgo, 22 aprile 2008, presso European Consumers' Association.

²² Cfr., tra i molti, PALMIERI-PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere e il risarcimento del danno dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, c. 1015ss.; ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 31ss.; CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, in *Diritto processuale civile*, 1675ss.; SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, in *Foro it.*, 2005, c. 1018ss.; BRUZZONE-FATTORI-HEIMLER, *Politiche per la concorrenza e benefici per il consumatore*, in *Concorrenza e Mercato*, 1997/5, p. 343ss.; PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007/2, p. 305ss.; MENGOZZI, *L'ordine pubblico comunitario e l'applicazione di disposizioni CE a tutela dei consumatori*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2007/2, p. 758ss.; MARQUIS, *Tutela del consumatore e disciplina della concorrenza : in margine alla sentenza del Tribunale di prima istanza nel caso GlaxoSmithKline*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007/2, p. 369ss..

²³ L.SYLVAN, sottolinea l'importanza di considerare "come il consumatore pensa" e l'assenza di un perfetto "self-control" da parte del consumatore nell'operare le scelte. Richiama uno studio australiano secondo cui l'80% di consumatori interrogati ritenevano di essere perfettamente in grado di operare scelte di acquisto consapevoli (anche quando queste implicavano lo svolgimento di calcoli complessi) ma di quegli stessi consumatori solo il 59% si era dimostrato in grado di svolgere banali moltiplicazioni (*The economics of competition and consumer policies: ongoing week of the OECD CCP*, intervento al Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008, punto 10). In argomento cfr. anche H.ERGAS – A.FELS, *The Interface between competition and Consumer Policies*, Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008.

²⁴ Cfr. SOMMA, *La cittadinanza nella società del diritto privato*, relazione al Convegno "Cittadino-consumatore e democrazia aperta: modelli per una partecipazione attiva, Roma 1-2 febbraio 2008.

Ma anche dei nuovi strumenti conferiti all'Autorità negli ultimi due anni pare potersi dare una lettura coerente.

Come noto, con l'introduzione²⁵ degli artt. 14-*bis* e *ter* e del comma 2-*bis* all'art. 15 nella legge n. 287/90 sono stati formalizzati poteri che già facevano capo all'Autorità, in virtù di norme e decisioni comunitarie (misure cautelari), e sono stati introdotti nuovi istituti (impegni e programmi di clemenza).

Pensiamo proprio alla procedura in materia di impegni. Essa mira ad ottenere tempestivamente una modifica in senso virtuoso dei comportamenti delle imprese e, dunque, un miglior funzionamento delle relazioni nel mercato²⁶. L'ordinamento giuridico rinuncia qui all'accertamento dell'infrazione e ai conseguenti riflessi sanzionatori, a fronte della pronta soluzione data alla problematica concorrenziale riscontrata: in quest'ottica l'obiettivo "ripristinatorio" del buon funzionamento del mercato è ritenuto prioritario.

Del resto, la stessa giurisprudenza amministrativa aveva precisato *ante litteram* come il diritto *antitrust* non abbia funzione meramente punitiva ma sia "finalizzato più a correggere le distorsioni del mercato che a reprimere una condotta" (Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368).

Certo è che in presenza di infrazioni particolarmente gravi, "rivive" la prevalenza dell'interesse all'accertamento dell'infrazione e alla conseguente sanzione a scopo di deterrenza.

Mi pare quindi possano registrarsi più segnali precisi che muovono verso l'adozione di un principio guida per cui benessere dei consumatori ed efficienza vengano utilizzati come *standard* per l'applicazione delle norme sulla concorrenza²⁷: e come è stato osservato i consumatori non solo traggono beneficio dalla concorrenza ma la "conducono"²⁸.

In questo contesto, la riforma del sistema di tutele di cui al Codice del Consumo, operata lo scorso anno per effetto dei decreti legislativi n. 145/07 e n. 146/07,

²⁵ Ad opera dell'art. 14, comma 1, del decreto-legge 223/2006 convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248.

²⁶ Coglie questo aspetto la prima giurisprudenza sul tema, TAR Lazio, I, 7 aprile 2008, n. 2902: "L'istituto degli impegni appare concepito per fornire una rapida risposta all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale, in fattispecie complesse o nuove, rispetto alle quali si appalesa opportuno raggiungere una soluzione di tipo negoziato".

²⁷ Nel suo recente libro TREMONTI auspica un uso non "autolesionistico" degli strumenti *antitrust* che andrebbero utilizzati "solo" (*sic!*) contro "i sussidi puri e contro i cartelli e i monopoli che danneggiano davvero i consumatori e non invece contro le operazioni che fanno crescere le industrie e il mercato europeo" (*La paura e la speranza*, Milano, 2008, p. 109).

²⁸ Così L.SYLVAN, *The economics of competition and consumer policies: ongoing work of the OECD CCP*, intervento al Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008, punto 3.

quest'ultimo in materia di pratiche commerciali scorrette, è soltanto l'ultimo passo di un percorso diretto al progressivo rafforzamento della vocazione consumeristica dell'Autorità.

Le prime esperienze applicative della disciplina in questione, che contempla e persegue sia le *pratiche ingannevoli* che le *pratiche aggressive*, dimostrano come il grado di osmosi tra la disciplina *antitrust* e la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette sia estremamente elevato, potendo alcuni comportamenti delle imprese essere talora ricondotti a qualificazioni bivalenti o comunque fortemente correlate²⁹.

Così come può ravvisarsi una certa complementarietà nella misura in cui determinate condotte che un tempo non avrebbero potuto essere colte né con gli strumenti della concorrenza (per le ridotte dimensioni dell'operatore o per l'assenza di concertazione) né con quelli della pubblicità (per mancanza di un messaggio), possono ora trovare rilevanza come pratiche commerciali scorrette.

Ricordiamo come significativa sia stata anche l'attribuzione all'Autorità del potere di agire *d'ufficio* anche in materia di tutela del consumatore, specularmente a quanto già previsto per la concorrenza.

Anche ambiti "limitrofi" dell'ordinamento concorrono a completare il quadro.

Così il "Libro Verde"³⁰ ed il più recente "Libro Bianco"³¹ in materia di risarcimento dei danni da illecito *antitrust* che operano nella direzione di colmare il gap tuttora esistente tra *private e public enforcement* nell'applicazione della disciplina *antitrust*: è noto, infatti, come mentre nel sistema americano il primo è la regola e l'intervento pubblico l'eccezione³², il contrario vale tuttora per l'UE e i paesi dell'Unione³³.

²⁹ Emblematica in tal senso è la contiguità logica e fattuale delle fattispecie riscontrate nei casi di concorrenza A/390 *Enel distribuzione/attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse* (cfr. provvedimento Autorità 18 ottobre 2007, in *Boll.* n. 39/2007) e A/398 *Morosità pregresse Telecom* (cfr. provvedimento Autorità 13 dicembre 2007, in *Boll.* n. 47/2007) rispetto al caso di pratiche commerciali scorrette PS/24 *Telecom-fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*, in cui l'Autorità ha disposto misure cautelari (cfr. provvedimenti Autorità 16 febbraio 2008 e 6 marzo 2008, in *Boll.* n. 6/2008 e n. 9/2008).

³⁰ *Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM(2005) 672.

³¹ *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 2 aprile 2008, COM(2008) 165.

³² Negli Stati Uniti per ogni intervento pubblico si registrano dieci azioni private *antitrust* (Cfr. SEGAL-WHINSTON, *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: a Survey*, 2006).

³³ Il Commissario Kroes osservava in un recente discorso: "*Justice is a core value of our societies. Victims of competition law infringements have been waiting for justice for far too long in Europe. They are still*

Ricordiamo che il movimento di rivisitazione della classica dicotomia e delle priorità di sistema, è iniziato a partire dal riconoscimento giurisprudenziale del diritto a veder risarciti i danni da illecito *antitrust* operato dalla Corte di Giustizia nel 2001 con la nota sentenza *Courage*³⁴ e più recentemente nella sentenza *Manfredi*³⁵.

I tre principi guida intorno a cui ruotano le soluzioni proposte dal recente *Libro Bianco* sono: (1) il principio del risarcimento completo di tutti i danni subiti in conseguenza di una violazione *antitrust*; (2) la proposizione di soluzioni equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee, identificando una “via europea” al *private enforcement* del diritto *antitrust*, onde evitare l’uso distorto e strumentale che talvolta si ravvisa nel sistema americano; (3) l’integrazione tra *enforcement* pubblico e *enforcement* privato per creare un sistema *antitrust* integrato ed efficace.

Il nostro Paese ha visto la recente introduzione dell’azione collettiva risarcitoria di cui all’art. 140-bis del Codice del Consumo³⁶. Essa, pur con le molte difficoltà di inquadramento sistematico e applicative che pone³⁷, sembra corroborare il collegamento sistematico tra il diritto *antitrust* e la tutela del consumatore, ancorando l’azione di risarcimento del danno al verificarsi, tra l’altro, di “*pratiche commerciali sleali o di comportamenti anticoncorrenziali*”.

Si ricordi come l’Autorità avesse dichiarato di condividere, in linea di principio, la scelta di introdurre del nostro ordinamento tale istituto auspicandone, dal punto di vista funzionale, un raccordo con le proprie competenze³⁸. Il testo approvato ha accolto questo auspicio, prevedendo (art. 140-bis, comma 3) che il giudice possa “differire la pronuncia sull’ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un’istruttoria davanti ad un’autorità indipendente”.

L’azione collettiva in queste materie può costituire uno strumento utile atteso che l’azione individuale risulta complessa e onerosa da esercitare.

Il recente Rapporto redatto dalla *Commission pour la libération de la croissance française* (c.d. “Rapporto Attali”) suggerisce l’introduzione dell’azione collettiva

waiting” (*Consumers at the heart of EU Competition Policy*, Strasburgo, 22 aprile 2008, presso European Consumers’ Association).

³⁴ CG Causa C-453/99, *Courage c. Crehan*, Racc. 2001, pag. I-6297.

³⁵ CG Cause Riunite C-295-298/04, *Manfredi*, Racc. 2006, pag. I-6619.

³⁶ L’articolo è stato inserito per effetto dell’art. 2, comma 446, della Legge Finanziaria 2008.

³⁷ Se veda, per tutti, ALPA, *Class Action: note sull’art. 140-bis, c. 1 del Codice del consumo*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40711>.

³⁸ Segnalazione resa con riguardo alle *Disposizioni per la Formazione del Bilancio Annuale e Pluriennale dello Stato* (Legge Finanziaria 2008), AS/430, del 22 novembre 2007.

anche in Francia, auspicando che abbia ad oggetto “*il risarcimento di ogni tipo di danno subito in materia di consumo e di concorrenza*”³⁹.

Come quella normativa, anche l’evoluzione giurisprudenziale ha segnato passi importanti.

La Suprema Corte, nel 2005, promuoveva la legge *antitrust* a disciplina posta a tutela degli interessi non soltanto delle imprese ma di “tutti i soggetti del mercato”, consumatori compresi (Cass., SS.UU., n. 2207/2005). E la stessa Corte ha poi precisato che il contratto con il consumatore è la punta dell’*iceberg* che “mette al sacco – si dice - il meccanismo autoequilibratore su cui poggiano gli architravi del libero mercato” cosicché il contratto finale tra imprenditore e consumatore viene a costituire il “compimento stesso” dell’intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, di cui l’intesa illecita diviene condotta “preparatoria” (Cass., Sezione III civ., n. 2305/2007).

Le decisioni recentemente rese dal giudice amministrativo, seppure con maggiore prudenza, cominciano a dare ingresso alla considerazione dell’interesse del consumatore come parametro cui fare ricorso nell’applicazione dei diversi istituti.

Così, nel qualificare l’intesa illecita, il giudice amministrativo ne censura l’effetto di erodere “i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale” (Tar Lazio, 14 settembre 2007, n. 8951, caso I/446 *Compagnie aeree-Fuel charge*). Nella ricerca della prova indiziaria dell’intesa illecita si esamina la finalità perseguita di “ridurre, a danno dei consumatori, i rischi sottesi, per le imprese, all’uso fisiologico della leva concorrenziale” (Cons. Stato, 17 gennaio 2008, n. 102, caso I/623 *Prezzi del latte per l’infanzia*). Ancora, nel valutare la consistenza stessa dell’intesa, il giudice amministrativo richiama la considerazione degli “effetti sfavorevoli per i consumatori che essa ha finito per produrre” (Cons. Stato, 22 gennaio 2008, n. 695, caso I/329 *Associazione nazionale esercenti cinematografici lombarda*).

In questo contesto normativo e ordinamentale, il ruolo che anche l’Autorità è chiamata a ricoprire è del tutto evidente, ed è di primo piano.

IV) Interventi dell’Autorità e impatto sui consumatori

Abbiamo visto come il percorso verso la “concorrenza”, nel nostro Paese, sia da sempre sofferto e quasi mai autoctono. Un saggio recentemente pubblicato ci ricorda come tragicamente naufragarono le iniziative istituzionali “pro-concorrenziali” che avevano indotto ad istituire la *Commissione parlamentare d’inchiesta sulla*

³⁹ Traduzione italiana: *Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali, Liberare la crescita – 300 decisioni per cambiare la francia*, Milano, 2008, ivi a p. 144.

concorrenza, operante tra il 1961 e il 1965: Commissione mai decollata e comunque da subito non dotata di reali strumenti di intervento⁴⁰.

Non stupisce quindi come l'Autorità, nel suo primo periodo di "vita", sia stata impegnata soprattutto nell'accreditarsi come un'istituzione tecnicamente qualificata, in grado di confrontarsi, da un lato, con la consulenza giuridica ed economica di alto livello e, dall'altro, con il giudice amministrativo.

Ma con il tempo questa forma di legittimazione, pur necessaria, di tipo essenzialmente tecnico, si è rivelata non più sufficiente.

Nel tentativo di rendersi la prima protagonista della promozione della concorrenza come valore, anche fuori dai simposi accademici e dalle aule di giustizia, e seguendo un'impostazione non estranea all'analisi giuridica - che ha suggerito di ricercare un fondamento "dal basso" all'indipendenza delle Authority⁴¹ - l'Autorità ha intrapreso un percorso di più ampio confronto con i soggetti del mercato⁴².

Connesso e funzionale a questo primo "movente" istituzionale è l'obiettivo di orientare il proprio intervento, sia nell'*advocacy* che nell'*enforcement*, verso risultati concreti e misurabili nei loro reali benefici per i consumatori finali.

La progressiva connotazione dell'Autorità come istituzione preposta alla tutela del consumatore in senso ampio è quindi derivata non soltanto dall'evoluzione delle competenze attribuite ma anche da una precisa scelta di *policy* operata negli ultimi anni: la necessità di orientare il proprio intervento tenendo presente questa specifica inclinazione finalistica, alla ricerca dei rimedi dei quali i consumatori possano direttamente beneficiare.

Vero è che operare nuove scelte di *policy*, quando si muove da un'istituzione da sempre molto accreditata, come l'Autorità Garante, è assai più complesso. Il nuovo presidente della Federal Trade Commission (William E. Kovacic) ci ricorda, in un recente discorso, come lo sprone alla rinascita e al rilancio dell'Agenzia americana

⁴⁰ GRANATA, *La cultura del mercato. La Commissione parlamentare d'inchiesta sulla concorrenza (1961-65)*, Soveria Mannelli (CZ), 2007.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2006 e n. 22012/2006.

⁴² E' di PREDIERI l'osservazione secondo cui i difetti del mercato capitalistico non sono qualcosa che può essere curato "chirurgicamente" in quanto, si cita SCHUMPETER, "sono, come il battito del cuore, l'essenza dell'organismo che (li manifesta)" (PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 39). Anche parte della dottrina economica osserva come "non si rende giustizia ai risultati ottenuti dal mercato se li si giudica, per così dire, dall'alto, mettendoli a confronto con un livello ideale che non sappiamo assolutamente come raggiungere" (VON HAYEK, *Conoscenza, mercato e pianificazione*, Bologna, 1988, 317).

sia stato determinato dai giudizi pesantemente negativi su di essa espressi nel 1969, che erano stati tali da quasi indurre il Congresso a disporre lo smantellamento⁴³.

E' invece più difficile, in contesti istituzionali già "ben operanti" – come il nostro - fare accettare i cambiamenti, seppure ispirati dal desiderio di cogliere dove si sta andando e di definire le priorità, componenti tra loro strettamente correlate e imprescindibili per un'autorità di concorrenza⁴⁴.

Ed, inoltre, occorre costantemente verificare che le scelte operate stiano effettivamente dando buona prova di sé.

L'Autorità ha quindi cominciato ad interrogarsi anche sugli effetti che i propri provvedimenti producono, nella consapevolezza di doversi fare carico, oltre che del rigoroso rispetto delle norme, anche dei risultati che si devono conseguire dalla loro applicazione in termini di beneficio per i consumatori.

Così facendo essa si è andata progressivamente allineando ad una linea di condotta caratteristica delle Authority di matrice anglosassone ma non estranea all'Europa se pensiamo che il Commissario Kroes, nel febbraio di quest'anno, osservava: *"day by day, our enforcement actions should prove the benefits of a well-functioning competition system to our citizens. We should all be capable of explaining these benefits clearly in a way that captures the attention of the woman and man in the street"*⁴⁵.

Personalmente ritengo che ogni amministrazione pubblica non possa dirsi soddisfatta per il sol fatto di confezionare provvedimenti, formalmente legittimi, rispettosi del giusto procedimento e delle norme sostanziali. Gli atti amministrativi dovrebbero, infatti, essere formati non solo perché possano andare assolti ai controlli di legittimità ma anche e soprattutto perché possano raggiungere i risultati voluti⁴⁶. Così come occorre scongiurare il rischio che incombe su ogni amministrazione dello

⁴³ W. E. KOVACIC, *Institutional Innovation and the Future of consumer protection policy*, Trans Atlantic Consumer Dialogue, Washington, 7 aprile 2008.

⁴⁴ Così ancora KOVACIC: *"no function of a government agency is more significant than setting priorities. Essential to our capacity to select priorities wisely is our effort to understand the current state of the marketplace. Without an accurate picture of what is on the horizon, the effort to rank priorities may take too little account of new developments"*. Funzionale a questo è anche individuare le innovazioni che sono *"on the horizon"* e considerare l'impatto che possono avere sui consumatori (*Institutional Innovation and the Future of consumer protection policy*, Trans Atlantic Consumer Dialogue, Washington, 7 aprile 2008)

⁴⁵ N. KROES, *European Competition Policy in the age of globalisation – towards a global competition order*, discorso tenuto a Innsbruck, 7 febbraio 2008, presso FIW.

⁴⁶ Ricorda come compito dell'amministrazione *"non è produrre atti, ma beni misurabili nell'interesse della collettività"* M. D'ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, in *Riforma dello Stato e riforma dell'amministrazione in Italia e in Francia*, p. 109ss., ivi a pag. 113s..

Stato - e *mutatis mutandis* in agguato anche per l'Autorità – quando questa, come è stato detto, “invece di amministrare il paese (finisca) per amministrare se stessa”⁴⁷.

In alcuni casi è dalle conclusioni stesse cui perviene un procedimento che è possibile evincere effetti positivi per i consumatori.

In altri casi, gli effetti sui consumatori sono più indiretti e, per così dire, indotti dalla decisione dell'Autorità. In questi casi, quantificare i benefici per i consumatori è questione più complessa ma, nondimeno, necessaria⁴⁸.

IVa) In particolare: l'enforcement

Il Commissario Kroes solo poche settimane fa precisava: “*modern competition policy is not ideological (...). It works best when it is pragmatic, such as with our cartel leniency programme*”⁴⁹.

Ritengo che proprio dal richiamo ai nuovi strumenti di cui l'Autorità dispone, e in particolare, dagli impegni, si debba necessariamente muovere.

Lo scorso anno il Presidente Catricalà, in occasione della Relazione annuale⁵⁰, nell'annunciare l'alba di un nuovo diritto *antitrust*, precisava: “l'introduzione della possibilità di adottare decisioni con impegni apre l'Autorità al dialogo e al confronto con le imprese (...). L'analisi deve essere più articolata e merita un'ampia discussione sui rimedi da approntare, sulle alternative da proporre per assicurare, anche nel peggiore dei casi, alla concorrenza l'attuale primato”(pp. 6 e 8).

E nell'applicazione di questo nuovo istituto l'Autorità ha cercato di imprimere, fin dall'inizio, un approccio sostanzialistico e *consumer oriented*, in conformità a quella che ha ritenuto essere la sua *ratio*.

La casistica emersa a circa due anni dall'introduzione di questo istituto conferma l'orientamento enunciato.

In un sistema economico caratterizzato da contesti spesso poco reattivi e chiusi, il mercato ha spesso bisogno di impulsi esogeni per riattivarsi efficacemente: ecco perché a volte l'Autorità cerca di imporre una sorta di “*input concorrenziale*” da cui

⁴⁷ Così CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano, ovvero l'arte di arrangiarsi*, ne *L'Amministrazione pubblica italiana. Un profilo* a cura di S. Cassese e C. Franchini, 1994, p. 13ss., *ivi* a p. 16.

⁴⁸ Anche in Commissione europea la riflessione è in corso: il Commissario Kroes cita stime svolte sui risparmi di costi per i consumatori attesi dagli interventi della Commissione svolti nel corso del 2007, che ammonterebbero a 13,8 miliardi euro, pari a circa 30 euro per ogni cittadino europeo (*Consumers at the heart of EU Competition Policy*, discorso a Strasburgo, 22 aprile 2008, presso European Consumers' Association).

⁴⁹ KROES, *Competitiveness – the common goal of competition and industrial policies*, Parigi, 18 aprile 2008, discorso all'Aspen Institute.

⁵⁰ AGCM Relazione annuale, Presentazione del Presidente Antonio Catricalà, 26 giugno 2007.

poi auspica che derivi l'attivazione di processi competitivi più dinamici: a volte, infatti, a fronte di un primo momento di apertura del mercato, indotto dall'intervento dell'Autorità, può seguire lo sviluppo spontaneo di iniziative pro-concorrenziali da parte delle imprese.

Andando a ritroso nel tempo e facendo una breve carrellata, si considerino alcuni casi.

Nel caso dell'editoria scolastica⁵¹, chiuso nelle scorse settimane, sono stati accettati gli impegni dei maggiori editori e dell'Associazione di categoria a rendere disponibili nuove edizioni multimediali e libri di testo a prezzo ridotto, a facilitare il noleggio ed il comodato d'uso dei libri e, infine, a consentire agli insegnanti, per ogni anno scolastico, di accedere gratuitamente ad una banca dati contenente l'elenco dei libri di testo in commercio per ogni singola materia. Dall'ottemperanza a tali impegni, ci si può attendere non solo uno stimolo per la concorrenza nel settore ma anche una riduzione dei costi per le famiglie.

Nel caso Audipress⁵², si è ottenuto l'impegno da parte della società di ammettere anche la free-press ad indagini su indici di lettura.

Nel caso dei servizi postali⁵³, si è accettato l'impegno di Poste di aumentare le quantità e tipologie di servizi messi a gara e di eliminare le clausole troppo onerose.

Quanto al procedimento condotto nel settore dei carburanti⁵⁴, gli impegni sostanziosi presentati dalle compagnie petrolifere e accettati dall'Autorità hanno avuto ad oggetto non solo l'adozione di misure per l'apertura alla grande distribuzione organizzata e l'utilizzo delle infrastrutture da parte dei terzi indipendenti, ma anche una riduzione dei prezzi della benzina negli impianti *self-service* e l'aumento del numero degli stessi impianti.

Nell'energia, da sempre settore assai sensibile per i consumatori, nel caso relativo alle morosità pregresse⁵⁵, sono stati accettati gli impegni di Enel per la ridefinizione delle procedure di subentro su utenze pregresse morose, con modalità non penalizzanti per l'utente, e con la previsione di procedure di rimborso rapido in caso di errore. Nell'altro caso riguardante la borsa elettrica⁵⁶, il primo in cui sono stati applicati i nuovi poteri conferiti dalla legge, l'impegno assunto da Enel è stato di

⁵¹ I/692 Mercato dell'editoria scolastica, provvedimento del 24 aprile 2008.

⁵² I/651 A.D.S. accertamenti diffusione stampa- Audipress, provvedimento del 21 febbraio 2007, n. 16474.

⁵³ A/388 Poste Italiane-Concessionari servizi postale, provvedimento del 27 febbraio 2008, n. 18069.

⁵⁴ I/681 Prezzi dei carburanti in rete, provvedimento del 20 dicembre 2007, n. 17754.

⁵⁵ A/390 Enel distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse, provvedimento del 18 ottobre 2007, n. 17481.

⁵⁶ A/366 Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica, provvedimento del 20 dicembre 2006, n. 16250.

cedere capacità virtuale per un valore pari al 3% circa della domanda di energia elettrica, a condizioni concorrenziali rispetto ai prezzi di borsa.

Ma pensiamo ai farmaci. Nel caso Merck⁵⁷ si è accettato l'impegno del gruppo a concedere licenze gratuite per rendere possibile, anche in Italia, la produzione e vendita di un principio attivo e dei relativi farmaci generici, in anticipo di due anni rispetto alla scadenza della privativa industriale. Questo in vista della riduzione dei relativi prezzi, con effetti positivi previsti per i consumatori e per il SSN.

Nei servizi professionali, si è accolto l'impegno dell'Ordine dei medici veterinari di Torino⁵⁸ di rendere il codice deontologico conforme alle regole di concorrenza con riguardo alle tariffe e alla pubblicità e di archiviare i procedimenti disciplinari contro i veterinari che non rispettavano le tariffe minime e i limiti alla pubblicità.

Il caso Viacard⁵⁹ si è concluso l'impegno di Autostrade di rimborsare tutto il credito residuo, senza considerare la Viacard come soggetta ad una data di scadenza.

Non può non ricordarsi il procedimento per abuso che ha riguardato Tim-Vodafone-Wind nei mercati all'ingrosso dei servizi di terminazione. Si trattava del rifiuto opposto alla negoziazione dell'accesso all'ingrosso alle proprie reti, del rifiuto a stipulare contratti di rivendita di traffico telefonico all'ingrosso nonché di abusi individuali consistenti nell'offerta dei servizi di terminazione fisso-mobile ai concorrenti a un prezzo superiore a quello praticato alle divisioni commerciali interne. L'Autorità ha reso obbligatori gli impegni proposti da Vodafone relativi alla stipula di accordi con Carrefour e con BT Italia aventi ad oggetto la fornitura di servizi di accesso *wholesale* alla propria rete e di un preliminare con Poste conferente a quest'ultima il diritto di accesso alla rete di Vodafone per offrire autonomamente alla clientela servizi di comunicazione mobile⁶⁰. L'Autorità ha ritenuto gli impegni assunti idonei a fare aprire concretamente il mercato e a facilitare lo sviluppo di un processo concorrenziale su diverse tipologie di servizi di comunicazione. Da questo sono attesi vantaggi per i consumatori anche in termini di ampiezza della gamma degli strumenti e servizi, anche innovativi, che verranno sviluppati. Nei confronti degli altri due operatori verso i quali era stato avviato il procedimento, l'istruttoria è stata portata avanti e si è conclusa con l'accertamento di due distinti abusi, individualmente posti in essere da ciascuno nei rispettivi mercati in cui erano dominanti, e con l'applicazione di una sanzione⁶¹.

⁵⁷ A/364 Merck-principi attivi, provvedimento del 21 marzo 2007, 16597.

⁵⁸ I/668 Ordine dei medici veterinari di Torino, provvedimento del 21 febbraio 2007, n. 16500.

⁵⁹ A/382 Autostrade/Carta prepagata Viacard, provvedimento del 26 luglio 2007, n. 17069.

⁶⁰ A/357 Tele2/Tim-Vodafone-Win, provvedimento 24 maggio 2007, n. 16871.

⁶¹ A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND, provvedimento 3 agosto 2007, n. 17131.

Un ambito che merita sempre particolare attenzione è certamente anche quello bancario: in questo campo l'*antitrust* costituisce, per certi versi, il primo palcoscenico del difficile rapporto tra banche e consumatori.

Come sappiamo, a partire dalla legge di riforma del sistema bancario n. 262/05, sono stati assegnati all'Autorità poteri di controllo *antitrust* anche nel settore bancario.

A fronte di un settore scarsamente concentrato⁶² che però, invece di favorire la competizione, sembra facilitare la collusione, l'Autorità ha operato in una triplice direzione:

- a) da una parte, ha colpito le ipotesi di cartelli di cui ha avuto evidenza;
- b) dall'altra, non ha mostrato preclusioni all'implementazione di processi di virtuosa aggregazione industriale, sul presupposto di una considerazione positiva del raggiungimento di una massa critica consistente – data la correlazione tra una struttura del mercato finanziario concentrata e una maggiore efficienza – senza trascurare le possibili ricadute, soprattutto pratiche, per i consumatori;
- c) infine, ha condotto importanti iniziative sul fronte della promozione della concorrenza, con indagini conoscitive, pareri ed opinioni che hanno avuto un certo peso nell'evoluzione del sistema.

Quanto alle intese, nel caso ABI/Cogeban⁶³ è stato ottenuto l'impegno delle due associazioni bancarie di stabilire ulteriori riduzioni delle commissioni interbancarie per servizi di incasso, pagamento e bancomat con tagli minimi tra l'11 e il 64%. Il procedimento ABI/Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (I/675), è stato chiuso dopo che ABI aveva revocato la circolare che metteva al riparo le banche dalle disposizioni del decreto Bersani sullo *ius variandi* a discapito dei consumatori.

Quanto alle concentrazioni, vale soprattutto ricordare le due grandi operazioni che hanno portato alla costituzione dei due principali gruppi bancari italiani, San Paolo/Intesa (C/8027) e Unicredit/Capitalia (C/8660). In entrambe le operazioni si è trattato di valutare sia gli effetti di sovrapposizione, sia i legami finanziari e personali (c.d. *interlocking directories*) nonché i possibili conflitti di interesse tra soggetti che sedevano tanto nei board delle banche coinvolte che in quelli delle assicurazioni ovvero di enti intermedi quali Mediobanca, aventi partecipazioni di controllo in entrambi i settori.

Proprio in questo secondo provvedimento di autorizzazione si è dato esplicito ingresso alle valutazioni relative all'esigenza che dalla fusione derivassero anche effetti favorevoli per i consumatori: in quest'ottica l'Autorità ha valutato

⁶² Secondo un'indagine della Commissione europea, citata in occasione dell'Audizione del Presidente Citalà del 10 luglio 2007 dinanzi alla Commissione Finanza IV del Senato, il CR3 in Italia è di circa il 30%, mentre in paesi quali la Germania, la Francia e l'Olanda oscilla tra il 50% e l'85%.

⁶³ I/661 Accordi Interbancari ABI/COGEBAN, provvedimento del 18 aprile 2007, n. 16709.

positivamente le iniziative assunte da Unicredito tese ad assicurare una sensibile riduzione dei costi e il miglioramento della qualità dei servizi offerti dal Gruppo UCI (in specie, riduzione delle commissioni per prelievi Bancomat presso gli ATM di altre banche).

I problemi di *corporate governance* emersi nello specifico contesto delle citate operazioni, si sono rivelati costituire aspetti strutturali dei mercati bancari e assicurativi che possono avere delle ricadute negative anche e soprattutto sul consumatore⁶⁴.

Questo ha indotto l'Autorità all'avvio di un'apposita indagine conoscitiva aperta lo scorso giugno e ancora in corso (IC/36 *Corporate governance di banche e assicurazioni*): l'interconnessione manageriale e i conflitti d'interesse non solo possono favorire lo sviluppo di una certa "attitudine" di banche e assicurazioni a cooperare nell'offerta di finanziamento alle imprese ma possono altresì danneggiare in modo diretto i consumatori-risparmiatori.

La rilevanza per i consumatori dei profili trattati si legge già nel provvedimento di avvio dell'indagine: "*i servizi finanziari si configur(i)no (...) come beni fiducia, di regola (...) acquistati dal consumatore presso un unico rivenditore, che tende a venderli congiuntamente; l'insieme di tali elementi determina elevati costi di ricerca e di uscita per i consumatori*". In questo contesto, ai fini *antitrust* assume rilievo il posizionamento complessivo degli operatori finanziari in quanto "*il grado di 'contendibilità' di tali operatori diventa un elemento concorrenziale fondamentale, in quanto incentivo alla ricerca dell'efficienza produttiva e al trasferimento dei conseguenti benefici ai consumatori*"⁶⁵.

Anche l'esame della più recente operazione che ha visto l'acquisizione di Antonveneta da parte di MPS⁶⁶ ha condotto ad un provvedimento di autorizzazione subordinato ad una serie di condizioni tra le quali, oltre alla cessione di un numero consistente di sportelli, si è previsto lo scioglimento dei legami nel settore assicurativo (con particolare riferimento ad Allianz e Unipol) nonché misure volte ad evitare conflitti di ruoli fra persone fisiche che possano contemporaneamente sedere nella compagine gestionale o di controllo della banca acquirente e in altre banche concorrenti.

Veniamo alle pratiche commerciali scorrette.

⁶⁴ Nel recente libro *Il mercato d'azzardo* (Milano, 2008), G. Rossi osserva come nel governo societario "*la direzione e il coordinamento si esercitano (...) secondo pratiche surrettizie e non formalizzate*" e conclude che "*la trasparenza dei rapporti all'interno dei gruppi deve in definitiva essere il presupposto di ogni normativa futura*" (p. 66).

⁶⁵ IC/36 – provvedimento del 27 giugno 2007.

⁶⁶ C9182 Banca Monte dei Paschi di Siena/Banca Antonveneta, provvedimento di chiusura del 7 maggio 2008.

Poche ancora sono le decisioni rese nell'esercizio di questa nuova e, vorrei dire, rivoluzionaria, competenza.

Certo è che l'Autorità è ora in grado di intervenire direttamente per cogliere molti aspetti del malfunzionamento del mercato di fronte ai quali il consumatore non ha difese concrete.

Gli strumenti ora a disposizione consentono infatti di cogliere anche condotte d'impresa complesse e non tipizzabili, che spesso risultano avere impatto su di un ampissimo di utenti.

Si pensi, per fare un esempio, agli addebiti in fattura telefonica di chiamate internazionali che i consumatori asseriscono non essere mai state fatte, a causa dell'inserimento surrettizio di *dialers* che orientano la chiamata indipendentemente dalla volontà del chiamante. In questo caso l'Autorità, nelle more del procedimento, tuttora in corso, ha imposto al gestore di sospendere il distacco di linee telefoniche per morosità connesse a chiamate o connessioni verso le numerazioni oggetto dell'accertamento istruttorio⁶⁷.

Altro caso ha portato all'avvio di un procedimento istruttorio, tuttora in corso, nei confronti di società del gruppo Enel relativamente a pratiche volte a indirizzare la clientela verso il fornitore operante sul mercato libero di elettricità e gas. In particolare, utenti lamentavano l'avvenuta attivazione di forniture di energia elettrica o di gas non richieste e la diffusione di messaggi pubblicitari diretti a fare stipulare contratto di somministrazione con detto fornitore senza chiarire che l'impresa applicava prezzi soggetti alle variazioni di mercato, a differenza della società del gruppo operante in regime cosiddetto di maggior tutela, con prezzi fissati dal regolatore settoriale⁶⁸.

O, ancora, all'istruttoria concernente la mancata applicazione da parte delle banche della legge Bersani sulla portabilità dei mutui, più recentemente avviata.

Anche per le pratiche commerciali scorrette, come per la concorrenza, è prevista l'applicazione dell'istituto degli impegni che resta esclusa nei casi di manifesta gravità e scorrettezza della pratica.

Diversamente invece da quanto previsto in materia di concorrenza, per le pratiche commerciali è stato codificato il potere dell'Autorità di invitare l'impresa a rimuovere i possibili profili di scorrettezza di una pratica commerciale anche in fase preistruttoria. A questa previsione si è fatto ricorso soprattutto nel settore turistico, agro-alimentare e delle telecomunicazioni.

⁶⁷ PS/24 Telecom – Fatturazione per Chiamate satellitari e/o a Numerazioni Speciali (provvisoriamente 16 febbraio 2008 e 6 marzo 2008, in *Boll.* n. 6/2008 e n. 9/2008).

⁶⁸ PS/91 Enel Energia – Richiesta cambio fornitore.

La tutela del consumatore in applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette può superare i confini nazionali. Così è per l'indagine a tappeto (c.d. *sweep*) promossa dalla Commissione Europea e condotta congiuntamente al Ministero dello Sviluppo Economico, sull'offerta di biglietti aerei *on line* da parte di compagnie aeree e *tour operator*. Obiettivo dell'indagine era quello di mettere in luce e perseguire eventuali condotte consistenti nella prospettazione equivoca od omissiva delle offerte. In tre dei quattro casi rilevati si è giunti alla soluzione tramite il ricorso alla *moral suasion*; in un quarto caso si è dovuti intervenire avviando un procedimento istruttorio. All'iniziativa hanno preso altresì parte altre 15 autorità nazionali.

Quanto agli effetti dell'attività svolta, alcune stime realizzate in tempi recenti dagli uffici dell'Autorità dimostrano l'impatto sui consumatori prodotto da alcuni interventi⁶⁹.

A seguito dell'istruttoria condotta su *Lega Calcio/biglietti play-off serie B* (I/650, chiuso il 23 novembre 2005) - relativa ad un'intesa consistente nell'indicazione, da parte della Lega Calcio, dei prezzi da praticare per le partite dei play-off della serie B per la stagione 2004-2005 - la Lega Calcio ha provveduto a revocare le indicazioni date. In seguito, le società coinvolte nei play-off hanno fissato prezzi inferiori a quelli che erano stati indicati, permettendo un risparmio per i tifosi stimabile in alcune migliaia di euro.

Di grande impatto è stata l'istruttoria condotta sui *Prezzi del latte per l'infanzia* (I/623, chiuso il 12 ottobre 2005) la quale, oltre ad aver avuto un effetto diretto, dato dalla rimozione dell'intesa volta a fissare il prezzo finale del latte per l'infanzia, ha prodotto anche degli effetti indiretti, modificando ad esempio le abitudini della domanda; dopo l'attività dell'Autorità, infatti, i consumatori sono diventati più sensibili al prezzo e disposti anche ad acquistare prodotti *unbranded*, venduti a prezzi minori, grazie alla presa di coscienza del fatto dell'equivalenza delle caratteristiche di tali prodotti rispetto a quelli di marca. Questa modifica nelle abitudini di consumo ha permesso, fra la fine del 2004 e l'inizio del 2005, l'ingresso di nuove imprese all'interno del settore, le cosiddette *private label*.

Nel novembre del 2004, si è assistito, ad esempio, all'ingresso sul mercato di marchi della grande distribuzione (COOP), con un prezzo pari a circa un terzo di quello praticato da altre imprese. Successivamente, si è innescata una concorrenza fra canali distributivi che ha portato al lancio, nell'ambito del canale farmaceutico, di un

⁶⁹ Le stime sono tratte da studi realizzati da Uffici dell'Autorità, di cui alcuni in corso di pubblicazione, e si limitano alla valutazione delle decisioni prese dall'Autorità, con riferimento al benessere dei consumatori nell'ambito del territorio nazionale.

prodotto *unbranded* (Neolatte) venduto anch'esso a circa un terzo di quello delle altre marche⁷⁰.

La riduzione del prezzo del latte di avvio e di proseguimento dovute all'ingresso di nuovi concorrenti nel canale della GDO e in quello delle farmacie ha portato ad un risparmio per i consumatori stimabile in 27 milioni di euro per il solo 2005.

Effetti positivi sui prezzi finali del latte si sono prodotti a seguito del via libera da parte dell'Antitrust alla concentrazione Koninklijke Numico/Mellin (C/6941), a seguito della presentazione di impegni da parte delle parti, che prevedevano la diminuzione del prezzo del latte artificiale e l'assicurazione che una parte del latte venisse distribuito presso la GDO. L'effetto indotto è stato che, considerando tutti i canali distributivi nel loro complesso, la riduzione di prezzo del latte di avvio è stata, nel periodo giugno 2005 – gennaio 2006, del 15% (da 27,8 a 23,6 euro), mentre è stata del 14,3% nel caso del latte di proseguimento (da 22,4 a 19,1 euro).

Si stima che, tra il giugno 2005 e il gennaio 2006, il risparmio per i consumatori stato di 29 milioni di euro, seppure più recentemente si sarebbero registrati alcuni nuovi aumenti.

Entrambi gli interventi svolti dimostrano come agli effetti diretti dell'azione antitrust, che portano quasi sempre alla modifica dal lato dell'offerta, si affianchino molto spesso degli effetti indiretti, consistenti nella modifica della domanda a seguito di un maggior numero di informazioni disponibili per i consumatori. Anche gli effetti indiretti, quindi, contribuiscono a rendere il mercato più efficiente⁷¹.

IVb) In particolare: *advocacy* e comunicazione istituzionale

L'Autorità ha inoltre inaugurato una stagione di più intenso e proficuo dialogo con le istituzioni.

⁷⁰ In questo caso però i principali marchi presenti nel canale farmaceutico non hanno rivisto significativamente i loro prezzi al ribasso, preferendo perdere così quote di mercato.

⁷¹ Cfr. DENOZZA: "una forma di mercato deve essere considerata efficiente più o meno efficiente secondo che sia in grado di favorire la produzione e la valorizzazione di una quantità minore o maggiore di informazione" (*Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto* a cura di LIPARI e MUSU, Milano, 2000, pag. 226).

Proprio l'intenzione di attribuire funzioni di *advocacy*, del resto, sembrerebbe aver contribuito ad indurre il legislatore ad affidare le competenze in materia di concorrenza ad un'autorità amministrativa indipendente piuttosto che alla magistratura ordinaria⁷².

E assai significativo è come specifica attenzione al tema venga dedicato anche dall'ordinamento francese nel già citato Rapporto redatto dalla *Commission pour la libération de la croissance française* (c.d. "Rapporto Attali")⁷³ laddove si ravvisa l'opportunità di operare una riforma che autorizzi l'Autorità di concorrenza francese ad esprimere pareri sui provvedimenti legislativi e amministrativi anche di propria iniziativa (come già in Italia).

Questo atteggiamento risulta significativamente in linea con quanto recentemente auspicato sia dalla Commissione europea⁷⁴ che dalla FTC⁷⁵, che pure su altri fronti risultano tuttora istituzioni distanti.

L'Autorità si è così fatta sempre più presente con la propria attività di segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90 (63 sono le segnalazioni formulate solo nel 2007). Non senza critiche, va detto, da parte di commentatori che talora hanno voluto leggersi una sorta di ingerenza nella politica e non, invece, la reale natura di ausilio tecnico all'attività di regolazione, a beneficio ultimo dei consumatori.

Vero è che l'attività di *advocacy* produce sui consumatori un impatto necessariamente indiretto perché mediato dall'azione di altri soggetti pubblici cui le segnalazioni ed i pareri sono rivolti. Ma la circolarità tra regolazione e svolgimento delle funzioni di *competition advocacy* può avere esiti virtuosi.

A tal fine basti considerare l'ondata di liberalizzazioni inaugurata lo scorso anno. Esse hanno avuto come referenti – se non istituzionali, almeno "culturali" – molti

⁷² Cfr. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust. Contenuti, efficacia e prospettive*, in *Temi e problemi*, 1996/4, p. 13.

⁷³ Traduzione italiana: *Commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali, Liberare la crescita – 300 decisioni per cambiare la Francia*, Milano, 2008, ivi a p. 142 (decisione 189).

⁷⁴ Così N. KROES: "I think we must recognise that competition authorities work best in concert with the courts and governments. Competition authorities cannot be everywhere at once, and they cannot solve all problems on their own" (*Competitiveness – the common goal of competition and industrial policies*, Parigi, 18 aprile 2008, discorso all'Aspen Institute).

⁷⁵ Così W.E. KOVACIC: "building knowledge by itself does not improve the quality of public policy. It is what you do with the information that really counts. From past experience, we have learned that some of the best applications of our accumulated knowledge involve cooperation with other government agencies at home and abroad", (*Institutional Innovation and the Future of consumer protection policy*, Trans Atlantic Consumer Dialogue, Washington, 7 aprile 2008).

degli interventi di *competition advocacy* portati avanti dall'Autorità con forza: da quelli tradizionali in materia di libere professioni, trasporti, distribuzione commerciale, a quelli più puntuali.

Si consideri, ad esempio, il legame tra l'indagine conoscitiva condotta in materia di carte prepagate (IC/37) e la disposizione di cui all'art. 1 del D.L. 7/2007, convertito in legge n. 40/2007 relativa all'eliminazione della scadenza e dei contributi di ricarica delle carte prepagate.

Ancora. L'indagine conoscitiva sul prezzo dei servizi bancari (IC/32) da cui è scaturita la segnalazione relativa alla disciplina dello *ius variandi* (S727). Ravvisata l'opacità del mercato dei servizi bancari, ritenuta una delle ragioni della scarsa mobilità della clientela e della rigidità dei prezzi, l'Autorità auspicava una maggiore trasparenza. Il Governo ha fatto proprie le osservazioni dell'Autorità implementandone i suggerimenti a distanza di poco più di un mese: con il primo decreto Bersani (art. 10), infatti, si è proceduto alla novella dell'art. 118 del Testo unico bancario, nel senso auspicato.

Anche l'attenzione che il sistema normativo stesso pone a tutela delle porzioni di domanda caratterizzate da una strutturale debolezza informativa od "operativa" può dunque risultare funzionale – se non abusato – all'istanza pro-concorrenziale: il consumatore e la sua tutela diventano così un indiretto ma efficace strumento di promozione della concorrenza.

Si pensi alla RC auto dove il passaggio al sistema dell'indennizzo diretto o l'eliminazione della distribuzione esclusiva, ora legge, erano stati con forza auspicati dall'Autorità in sede di segnalazione⁷⁶.

Non meno importanti dei rapporti con le amministrazioni centrali sono quelli con le amministrazioni periferiche.

Si pensi a quanto possa incidere sulla concorrenza l'adozione, da parte delle amministrazioni locali di criteri e procedure ispirati o meno all'evidenza pubblica nelle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici o nella scelta dei *partner* privati di minoranza. Gli stessi interventi di liberalizzazioni rischiano di essere vanificati se non seguiti da una coerente attuazione da parte delle amministrazioni chiamate ad intervenire nei vari processi.

Né va sottovalutato come l'amministrazione locale si trovi frequentemente, da un lato, ad assumere provvedimenti generali che possono incidere sulle condizioni di accesso ad un determinato mercato e, dall'altro, ad operare su quello stesso mercato tramite imprese controllate, con effetti evidentemente distorsivi.

⁷⁶ Cfr. AS/301 e AS/309, *Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni – Codice delle assicurazioni private*, in Boll. nn. 22/2005 e 28/2005; AS/378 *Distribuzione assicurativa in tema di responsabilità civile auto* in Boll. 17/2007.

Anche per l'*advocacy* è bene interrogarsi sugli effetti. Un'analisi svolta dagli Uffici dell'Autorità ha preso in considerazione un arco temporale che va dal 1991 al 2006, risulta che negli ultimi due anni di tale periodo si è tornati a fare un uso intenso di segnalazioni e pareri, così come nei primi dieci anni di attività, dopo una marcata flessione nel periodo 2000-2004.

Sebbene l'incisività di tali strumenti sia ancora piuttosto limitata - se si pensa che solo nel 45% l'attività di *advocacy* è stata completamente o parzialmente, recepita non si può sottacere come tale strumento si stia rilevando ad efficacia crescente. I due decreti Bersani sulle liberalizzazioni hanno recepito numerose segnalazioni fatte nel corso di diversi anni da parte dell'Autorità. Se si tiene conto del primo decreto, convertito nella legge n. 248/2006, la percentuale sopra ricordata sale al 49%.

La percentuale, invece, scende al 30% nel caso di interventi che abbiano riguardato normative locali, evidenziando una maggiore difficoltà nell'interlocuzione con regioni ed enti locali.

L'Autorità ha avuto maggiore successo quando ha rivolto le proprie segnalazioni al governo, piuttosto che al parlamento, e, in ogni caso, la probabilità di veder ascoltate le proprie indicazioni aumenta nei casi in cui viene richiamata una normativa comunitaria.

Fra le disposizioni a maggiore impatto si possono citare: quella che ha liberalizzato la vendita dei farmaci SOP presso la GDO, che ha condotto ad una riduzione media dei prezzi di vendita di tali farmaci del 20%, con punte del 25%-30%; quella che ha introdotto l'abolizione del contributo di ricarica delle carte telefoniche prepagate, che ha portato ad una riduzione media delle tariffe di telefonia mobile di circa il 14%; e quella mirante ad aumentare la trasparenza delle tariffe aeree che ha prodotto, nel periodo ottobre 2006 – ottobre 2007, una riduzione media delle tariffe del 2,2%.

Funzionale alla tutela dei consumatori è anche un'adeguata attività di comunicazione istituzionale, volta a diffondere le informazioni sull'operato dell'Autorità.

Dalla stessa indagine ISPO sopra citata⁷⁷ emerge come l'Antitrust – da rilevamenti operati nel periodo giugno 2006/giugno 2007 - risultasse ancora tra le Authorities meno note presso il pubblico.

Anche qui pare potersi tuttavia attendere per il futuro un'inversione di tendenza: le citazioni dell'Autorità sulla carta stampata sono esponenzialmente aumentate nel corso degli anni – con una media mai superiore ai 2000 passaggi all'anno dal 1990

⁷⁷ Indagine presentata all'apertura del convegno "Authority: quali strategie per il futuro?", organizzato il 9 luglio 2007 da Consumers' Forum.

al 2004, giungendo ad una media di 9000 passaggi annuali tra il 2005 e il 2007 -⁷⁸ a testimoniare una più spiccata attenzione di media e opinione pubblica verso l'operato dell'Autorità.

Veicolare il “perché” dell'intervento *antitrust* è tra le linee di *policy* dichiarate dalla Commissione per il 2008, sul presupposto che anche il pubblico meno avvezzo ai tecnicismi *antitrust* debba essere messo in condizione di comprendere perché dagli interventi svolti ci si attende un miglioramento della qualità della vita⁷⁹.

V) Conclusioni

Abbiamo visto come, nell'analisi degli interventi *antitrust*, non si possa oggi prescindere dalla considerazione di quale sia l'attuale livello di permeazione dei valori del “mercato” nel tessuto sociale. Ancora oggi stenta ad affermarsi presso l'opinione pubblica una reale cultura della concorrenza. Concausa di questo sono fattori economici ma ancor prima storici. In questo contesto il ruolo che un'autorità di concorrenza può rivestire è cruciale.

Vi sono diversi momenti e forme in cui l'Autorità può approntare tutele a favore dei consumatori.

All'atto dell'*enforcement*, essa può indirizzare il proprio intervento alle condotte di impresa il cui impatto immediato e diretto sui consumatori è più forte. Anche la scelta dello strumento da utilizzare (chiusura con impegni, clemenza, cautelari, sanzioni) non deve peccare di astrattezza e non può prescindere dalla considerazione dell'impatto che la scelta operata può avere sui consumatori finali, in termini di “effetto utile” dell'intervento.

Nell'attività di *advocacy*, è soprattutto all'indirizzo delle amministrazioni locali che molto lavoro deve essere ancora fatto. La riforma del Titolo V della Costituzione ha demandato agli enti locali la cura di rilevanti settori dell'economia, cosa che rende sempre più importante la presenza e la conoscenza dei principi della concorrenza anche presso queste realtà. Senza contare che la naturale maggiore “prossimità” dell'amministrazione locale al cittadino può rivelarsi strategica anche nell'ottica di una più capillare penetrazione della cultura della concorrenza nel tessuto sociale.

L'evolversi del panorama normativo e degli stessi poteri e competenze che nel corso degli anni sono stati attribuiti all'Autorità consente oggi di disporre di strumenti più incisivi di tutela. Quella stessa evoluzione dimostra come il porre il consumatore al

⁷⁸ Dati estratti dall'Ufficio Stampa dell'Autorità.

⁷⁹ N. KROES, *Competition Policy Challenges in 2008*, atti della Centesima sessione del Comitato Concorrenza dell'OCSE, Parigi, 20 febbraio 2008.

centro degli interventi sul mercato, forse un tempo scelta “pionieristica”, sia oggi una *policy* acquisita.

La comunicazione istituzionale, abbiamo visto, non è meno importante. Fare conoscere all'esterno del “palazzo” il senso e lo scopo del proprio intervento può contribuire a renderne più efficace anche l'attuazione.

La dialettica tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore viene generalmente a concludere per la “complementarietà” dei due strumenti: la concorrenza va a beneficio ultimo dei consumatori in quanto mira a garantire l'emersione dei prodotti e servizi migliori ai prezzi più bassi; tutelare i consumatori significa innanzitutto garantirne la libertà di scelta a beneficio del corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali⁸⁰.

Non possiamo però disconoscere le analisi dirette a ridimensionare questo idillio.

Sempre latente è il rischio di tutelare la concorrenza senza adeguatamente curarsi dei riflessi sui consumatori o, peggio, incentivando misure che possono rivelarsi penalizzanti per i consumatori stessi. Si pensi al delicato tema dell'apertura dei mercati “protetti” se non accompagnato da adeguate forme di tutela “informativa” dei consumatori post-liberalizzazione. Così come la tutela del consumatore può rivestire forme che rischiano di confliggere con la concorrenza: si pensi agli interventi limitativi della pubblicità, se non opportunamente dosati, o alla promozione dell'informazione per i consumatori, quando si traduca in troppa trasparenza tra concorrenti⁸¹.

E' serio il monito per cui un'autorità di concorrenza dovrebbe valutare le varie opzioni di intervento escludendo quelle che possano presentare risvolti negativi per i consumatori e un'autorità a tutela dei consumatori dovrebbe evitare interventi a protezione dei consumatori che presentino però risvolti negativi per la concorrenza⁸².

⁸⁰ In argomento cfr. T. MURIS: “*the policies that we traditionally identify separately as ‘antitrust’ and ‘consumer protection’ serve the common aim of improving consumer welfare and naturally complement each other*” (*The Interface of Competition and Consumer Protection*, New York City, 31 ottobre 2002. intervento al Fordham Corporate Law Institute's).

⁸¹ Sul tema dei rapporti, e potenziale conflitti, tra tutele cfr. H.ERGAS – A.FELS, *The Interface between competition and Consumer Policies*, Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008; I.Haracoglou, “*Competition Law, Consumer Policy and the Retail Sector: the systems' relation and the effects of a strengthened consumer protection policy on competition*”, in *The Competition Law review*, marzo 2007, pp. 175-208.

⁸² Cfr. L. SYLVAN, *The economics of competition and consumer policies: ongoing work of the OECD CCP*, intervento al Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008, punto 26.

In questo senso la scelta di concentrare competenze *antitrust* e competenze consumeristiche in capo alla stessa Istituzione, operata con forza dal legislatore con il recente decreto n. 146/2007, deve fare riflettere.

I benefici dell'integrazione sono evidenti: maggiore flessibilità nella scelta degli strumenti cui ricorrere, scambio di esperienze tra i diversi ambiti, ma anche maggiore conoscenza da parte del pubblico sulle iniziative assunte⁸³.

La delicatezza riposa nel sapere fare “dialogare” le due competenze, rendendole sintoniche e sfruttandone adeguatamente le complementarità. In questo senso la circostanza che i primi interventi in materia di pratiche commerciali scorrette abbiano avuto ad oggetto mercati quali le telecomunicazioni, l'energia e i trasporti, deve fare comprendere come questo tipo di intervento possa costituire, post-liberalizzazione, un'importante strumento integrativo di tutela dei consumatori.

Questo può creare un sistema di protezione in grado di rispondere ai malesseri del mercato più cruciali per la collettività che sono quelli percepiti non *in vitro* ma *in vivo*, nella quotidianità cioè del cittadino-consumatore che di quel mercato è il cuore.

⁸³ Per una puntuale analisi di questi aspetti cfr. H.ERGAS – A.FELS, *The Interface between competition and Consumer Policies*, Global Forum sulla Concorrenza, Parigi, 21-22 febbraio 2008.