

## INTRODUZIONE

L'oggetto di questa tesi attiene all'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato e le conseguenze che il suo operato ha nella sfera giuridica dei privati. L'autorità si muove nell'ambito delle autorità amministrative indipendenti e ha il compito di tutelare e regolare il mercato concorrenziale attraverso l'attuazione della disciplina antitrust, di matrice comunitaria, occupandosi di prevenire e sanzionare i comportamenti illeciti, a tutela corretto andamento dell'economia e del mercato, degli agenti che operano al suo interno e dei consumatori.

Per svolgere la sua attività gli sono stati attribuiti con legge degli specifici poteri, fra i quali il potere di svolgere indagini per accertare la sussistenza di atti contrari alla concorrenza e, di conseguenza, il potere di adottare atti che, come vedremo, incidono sull'attività delle imprese a cui sono rivolti, le quali possono vedersi costrette a cessare determinati comportamenti posti in essere nell'esercizio della propria attività commerciale. Ma ancora più determinante, e logica conseguenza dell'accertamento di comportamenti dannosi, è la capacità di comminare sanzioni amministrative nei confronti degli operatori del mercato che compiono gravi infrazioni, arrivando pertanto ad agire alla stregua di un organo giurisdizionale.

La possibilità di sanzionare, con pene pecuniarie, gli operatori economici, si deve inevitabilmente confrontare con il sistema delle tutele giurisdizionali. In uno stato diritto, e a maggior ragione in uno stato membro di una istituzione basata sui principi del giusto processo, ogni potere pubblico deve essere tale da non intaccare o limitare la tutela giurisdizionale fornita ad ogni singola persona, fisica o giuridica che sia. Perciò, ogni atto emanato da un soggetto che agisce in nome dello Stato e a tutela di beni collettivi deve

poter essere soggetto ad un controllo da parte di un organo del potere giudiziario.

Saranno perciò trattate le competenze e i procedimenti attuati dall'Autorità garante della concorrenza del mercato per valutare la sussistenza di illeciti e potere conseguentemente adottare le misure necessarie, dagli impegni alle sanzioni amministrative pecuniarie. Nel trattare nel dettaglio lo svolgimento del procedimento amministrativo sanzionatorio verrà focalizzato il bilanciamento fra l'interesse pubblico perseguito dall'autorità garante e l'interesse dei soggetti coinvolti al tutela del diritto al contraddittorio, il diritto di difesa e il diritto a non divulgare informazioni sensibili di natura commerciale.

La successiva parte della trattazione avrà ad oggetto le tutele di cui godono i privati: in primis la tutela offerta dal sindacato del giudice amministrativo, il quale ha la giurisdizione sul controllo della validità degli atti emanati dall'AGCM, ponendosi come garante del diritto di difesa dei soggetti che subiscono quelle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali.

In secondo luogo verrà analizzata l'altra faccia della tutela dei privati, ossia quella che attiene al private enforcement e che quindi ha anche la valenza di ulteriore strumento di repressione degli illeciti anticoncorrenziali. In particolare sarà oggetto della trattazione l'analisi d procedimento per ottenere il risarcimento del danno, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario, e il rapporto che esso ha con l'operato dell'autorità indipendente, in quanto oggetto di una recente spinta comunitaria, avvenuta con direttiva UE 2014/104 e recepita con D.Lgs 3/2017, volta ad agevolare l'utilizzo di questo strumento privato a fianco di quello pubblico rappresentato dall'azione dell'autorità garante.

Attraverso queste norme viene a mutare il rapporto fra *public* e *private*

*enforcement*, in quanto lo strumento privato, precedentemente assai meno diffuso e utilizzato di quello pubblico che ha degli evidenti limiti, inizia a godere di maggiori strumenti, assecondando quell'intento comunitario di coordinare i due sistemi al fine di garantire una più equa riparazione dei danni e una maggiore incisività dei divieti che non era possibile con il solo utilizzo dello strumento pubblicistico.

Tale ultimo intervento legislativo concede di utilizzare in giudizio gli atti e fascicoli redatti da un soggetto pubblico, e fa in modo di considerare accertate le violazioni del diritto antitrust verificate dall' authority, col fine di garantire al meglio il diritto dell'impresa che subisce gli illeciti anticoncorrenziali a richiedere un effettivo risarcimento del danno e, parallelamente, spingere inevitabilmente le imprese a tenere un comportamento adeguato nell'esercizio dell'attività commerciale . Valuteremo infine l'impatto che ha e può avere il suddetto decreto legislativo all'interno del nostro sistema, con i limiti derivanti dalla recente entrata in vigore della normativa e perciò facendo anche riferimento all'attuazione della normativa all'interno degli altri stati membri, analizzando il rapporto fra public e private enforcement in termini di efficienza ed efficacia, e verificando la coerenza della sua applicazione con i principi e i fini dettati dal legislatore comunitario e l'assetto normativo che ne fa da contorno.

# CAPITOLO I

## L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

### 1. Cenni sulle autorità amministrative indipendenti

Le autorità amministrative indipendenti, cd. Authorities o A.A.I, sono state genericamente definite come *“enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti”*<sup>1</sup>. Esse rispondono all'esigenza, divenuta sempre più pressante a partire dagli anni '80, di tutelare gli interessi pubblici in specifici settori economici e di rilevanza sociale.

La loro istituzione nel nostro paese avviene tardivamente rispetto ad altri paesi occidentali e inevitabilmente prende spunto dalle esperienze più affini al nostro ordinamento, come quella delle *autorités administratives indépendantes* francesi, le quali a loro volta ricalcano l'esperienza statunitense, dove già a cavallo fra XIX e XX secolo emergono le *independent regulatory agencies*, che nascono dalla necessità di regolare una economia in piena fase di industrializzazione e urbanizzazione. Più in particolare, tali autorità costituiscono una naturale conseguenza alla globalizzazione dei mercati e alla creazione di una libera economia di mercato regolata da principi concorrenziali comuni all'interno della Comunità Europea prima e alla Unione Europea dopo.

---

<sup>1</sup> G.AMATO, *Regolazione e garanzia del pluralismo : le autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè Milano, 1997, p.16

La comparsa in scena delle authorities è sintomo del superamento della figura dello Stato imprenditore, ossia quello che svolge direttamente attività economiche, e della sua trasformazione in *Stato Regolatore*, in quanto stabilisce regole che delimitano le attività economiche e impone standard qualitativi inderogabili al fine di tutelare l'interesse pubblico nei particolari mercati di riferimento .<sup>2</sup>

Nel nostro ordinamento non vi è una legge che le disciplina uniformemente dettando regole generali applicabili a tutte le singole autorità, ma vi sono soltanto singole norme che vi vanno riferimento, come la l.59/1997, che agli Artt.1-2 esclude per Regioni ed enti locali la possibilità di regolare nelle materie attribuite alle autorità indipendenti, e il Codice del Processo Amministrativo che all'Art.119 prevede una forma accelerata di tutela giurisdizionale con dimezzamento dei termini processuali, ad eccezione dell'introduzione al ricorso, per i provvedimenti delle authorities. Nonostante ciò si possono comunque individuare degli elementi comuni inclusi in tutte le leggi istitutive delle varie autorità, che ci forniscono il quadro di quelle caratteristiche proprie di questi soggetti. Fra questo elementi il primo e più caratterizzante è l' indipendenza, intesa come assenza di controllo e assoggettamento da parte del Governo, in modo da non esporre, per esempio, la regolamentazione del mercato “*alle variabilità delle logiche partitiche e agli opportunismi della politica*”.<sup>3</sup>

Questa caratteristica, secondo alcuni, troverebbe fondamento direttamente nella Costituzione all'Art.100, il quale assicura l'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, non già per la natura della loro investitura bensì per le funzioni di controllo che ad essi sono attribuiti, dunque parimenti spetterebbe la medesima indipendenza anche alle authorities, in quanto funzionalmente predisposte ad esercitare attività di

---

2 R.BIN – G.PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2012, p.567

3 F.MERUSI-M.PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Mulino Bologna, 2003, p.340

regolamentazione e controllo, nonostante il testo costituzionale faccia riferimento solamente ai due organi nati prima dello Stato Unitario.<sup>4</sup>

La loro natura giuridica e il fondamento della loro autonomia sono stati, e per alcuni lo sono tuttora, di difficile inquadramento, dato il fatto che nonostante abbiano una natura formalmente amministrativa, le loro caratteristiche andrebbero ad inficiare il principio della responsabilità ministeriale per gli atti dell'apparato amministrativo di fronte il Parlamento sancito dall'Art.95 della Costituzione, in quanto il rapporto delle autorità con il Parlamento non è mediato dall'organo titolare dell'indirizzo politico, per l'appunto il Governo<sup>5</sup>; di contro, alcuni autori sostengono che la Costituzione, attraverso il combinato degli Artt.97 commi 1 e 3 e 98, contempra il modulo "*dell'amministrazione apparato a sé separato dal Governo e dal potere politico*" e che risponde solamente e direttamente alla legge.<sup>6</sup> Ovviamente la mancanza di responsabilità politica e di soggezione nei confronti degli organi rappresentativi deve essere compensata da una serie di "pesi e contrappesi" per evitare l'esercizio di un potere totalmente arbitrario e libero da responsabilità; per questo motivo le loro azioni devono rispettare le regole del giusto procedimento e saranno soggette ad uno stringente controllo giurisdizionale. Il lungo dibattito sulla loro natura, unito al fallimento del tentativo di dare una dimensione costituzionale a tali soggetti<sup>7</sup>, si sono dovuti in parte attenuare dopo le numerose norme emanate dagli organi dell'Unione Europea che prevedono espressamente l'istituzione di tali soggetti non giurisdizionali di regolamentazione di frammenti del mercato dell'economia, fornendo essi stessi delle linee guida

---

4 CLARICH – CORSO– ZENO ZENCOVICH, *Il sistema delle autorità indipendenti: problemi e prospettive*, 2006

5 Art.95 Cost.: *I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicaster*

6 M.NIGRO, *La Pubblica amministrazione fra Costituzione formale e materiale*, 1985

7 Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali della XII Legislatura del 1997

sulla base delle quali gli Stati membri devono muoversi per garantire l'indipendenza e l'efficacia del loro operato, oltre che norme settoriali che le autorità dovranno applicare.

## 2. L' AGCM: Natura e funzione

L'Autorità amministrativa indipendente predisposta al controllo e la regolazione del mercato concorrenziale è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), comunemente denominata *Antitrust*, istituita con la legge 287 del 10 Ottobre 1990, recante “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”. L'introduzione di questa figura nel nostro ordinamento, seppur di chiara ispirazione europea<sup>8</sup>, avviene per ragioni costituzionali ancor prima che comunitarie, in quanto il suo operato è atto a tutelare un diritto costituzionalmente protetto, ossia la libertà di iniziativa economica sancita dall'Art.41 Cost.<sup>9</sup>

La copertura costituzionale si è venuta a rafforzare ulteriormente in un secondo momento, ossia con la riforma del Titolo V, avvenuta con la legge 3/2003, la quale inserisce nel nuovo testo dell'Art.117, al comma 2 lettera e, in modo esplicito fra le materie di competenza statale la tutela della concorrenza, anche se oramai la dottrina esclude che essa sia una materia, definendola infatti una *materia non materia*, perché non individua degli specifici oggetti ma impone al sistema degli scopi da perseguire, comportando la possibilità di creare conflitti fra Stato e Regioni dal momento che un atto riguardante la concorrenza potrebbe potenzialmente abbracciare più materie sancite dal suddetto articolo, comprese quelle di potestà concorrente o addirittura anche quelle di potestà residuale delle

---

<sup>8</sup> Trattato CE, Artt.4,98,105

<sup>9</sup> Vedasi Art.1 comma 1 l.287/1990 “*le disposizioni della presente legge in attuazione dell'Art.41 cost.*”

Regioni, come ad esempio il commercio o industria.<sup>10</sup>

Pertanto, tralasciando i problemi che la non chiarissima ripartizione delle competenze legislative può causare, una volta accertatosi il ruolo di garante di un diritto tutelato dalla costituzione, si può giustificare la peculiare autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione<sup>11</sup> di cui gode, tanto che secondo molti autori l'*Antitrust* rappresenterebbe l'autorità indipendente per antonomasia, potendosi in essa riscontrare a pieno tutte le caratteristiche che astrattamente vanno ricondotte al modello delle authorities sulle incompatibilità, sulle procedure di nomina e sulla neutralità pressoché assoluta, accompagnata da *“un'indipendenza quasi totale dal potere politico governativo e dal potere economico”*.<sup>12</sup> Non a caso le maggiori criticità rilevate nei dibattiti dottrinali sulla natura delle autorità indipendenti prendono come esempio l'operato della AGCM e, in particolare, hanno ad oggetto compatibilità delle azioni poste in essere dall'autorità con l'Art.101 Cost., secondo molti in contrasto con una attività al limite del potere giurisdizionale di un soggetto amministrativo.<sup>13</sup>

Tale perplessità nasce dal fatto che alcune autorità, e più di tutte proprio l'*Antitrust*, esercitano delle funzioni che hanno dei caratteri cd. *Paraprocedurali o paragiudiziali*, ossia riconducibili all'attività del potere giudiziario; infatti, dopo il *Decreto Bersani*<sup>14</sup> sono state finalmente attribuite all'AGCM quelle funzioni istruttorie e sanzionatorie che già da tempo erano state attribuite a tali organi da parte della Commissione Europea, contribuendo ad alimentare il dibattito sulla natura che andrebbe oltre quella meramente amministrativa, facendo in modo di avvicinare i suoi

---

10 Sul punto R.BIN-G.PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli Torino p.172

11 Vedasi Art.10.2 l.287/1990

12 M.CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, 1993

13 Il quale recita: *“La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”*.

14 D.L. 223/2006 convertito in con legge 248 del 4 agosto 2006



poteri a quelli del giudice nella risoluzione delle controversie, ponendosi secondo alcuni in contrasto anche con l'Art.102 che vieta la creazione di nuovi giudici.<sup>15</sup> Per superare questa obiezione è stato osservato che la prima norma costituzionale richiamata si limita a stabilire che l'organo giudiziario deve sempre avere “l'ultima parola”, impedendo quindi ad ogni altro organo, ed in questo caso alle autorità indipendenti, di emanare atti che abbiano autorità di cosa giudicata e concedendo dunque agli organi giurisdizionali il compito di sindacarne la legittimità.

Altro elemento a favore del fatto che la natura dell'azione dell'AGCM sia rispettosa dei principi costituzionali sarebbe costituito dalla circostanza che l'autorità amministrativa deve sempre e comunque agire in ottemperanza al principio del contraddittorio, muovendosi in perfetta equidistanza fra le parti interessate.<sup>16</sup> Tuttavia non mancano quelle autorevoli teorie secondo le quali, pur in ossequio dell'assetto costituzionale, l'Autorità sarebbe un organismo formalmente amministrativo ma sostanzialmente giurisdizionale, come affermato dallo stesso Alberto Pera, già segretario generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il quale la definì “organo di giustizia amministrativa”.<sup>17</sup>

Di contro alcuni autori fanno notare come le caratteristiche delle procedure e dei rapporti che l'autorità instaura con i soggetti che operano nel mercato fanno emergere delle nette differenze con le procedure giurisdizionali; infatti esse vanno al di là della rigida formalità al quale devono sottostare i giudici per svolgere il loro operato, potendo quindi agire anche attraverso dialoghi informali con le imprese precedentemente alla fase istruttoria in modo da avere una maggiore flessibilità nella risoluzione delle questioni al

---

15 L'art.102 vieta l'istituzione di nuovi giudici, facendo però salvi quegli organi istituiti prima dell'emanazione della Costituzione, es. Commissioni Tributarie

16 M.CLARICH, *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo 1, Giappichelli Torino, 2010, p.224

17 A.SCIORILLI, *5 arbitri per il mercato*, “Terziaria” n.3, 1992, p.21

fine di garantire la maggiore tutela possibile sia del mercato sia delle posizioni soggettive <sup>18</sup>

Accogliendo queste ultime considerazioni dobbiamo quindi affermare che, nonostante l'interpretazione che viene data sul valore degli atti finali dei vari procedimenti, l'autorità agisce sempre come autorità amministrativa e ciò che la distingue da altri organismi è, non già il controverso carattere paragiudiziale, bensì l'autonomia e l'organizzazione della sua struttura.<sup>19</sup>

## 2.1 Organizzazione

La legge istitutiva dell'autorità antitrust, la già citata 287/1990, statuisce all'Art.10 comma 2 la composizione collegiale dei vertici dell'organismo, prevedendo la figura del Presidente e di altri due membri, nominati congiuntamente dai presidenti dei due rami del Parlamento, il che costituisce un chiaro sintomo dell'indipendenza dal potere dell'esecutivo, per un mandato di sette anni non rinnovabile durante il quale non potranno esercitare alcuna attività professionale, di consulenza o di amministrazione o dipendenza presso enti pubblici o privati, pena la decadenza dall'incarico.<sup>20</sup> Il Presidente viene scelto fra i soggetti di notoria indipendenza e che hanno già ricoperto incarichi istituzionali di grande rilievo; egli può avvalersi di un proprio Gabinetto e a fare le funzioni di presidente vicario in sua assenza sarà il consigliere con maggiore anzianità di ufficio e, in caso di parità, il più anziano di età.

I due consiglieri vengono invece scelti fra individui indipendenti che sono

---

18 G.AMORELLI, *L'amministrazione con funzioni regolatorie: le autorità di disciplina delle concorrenze sul piano interno e comunitario*, Rivista di diritto pubblico comunitario, Giuffrè Milano, 1991, p.977

19 M.DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino Bologna, 2000, p.74

20 In origine i membri, oltre il presidente, erano 4, ridotti a due con il d.l. 201/2011, Art.23 comma 1 lettera d, per ragioni di contenimento della spesa

stati magistrati presso la Corte di Conti, il Consiglio di Stato o la Corte di Cassazione, ovvero docenti universitari in materie giuridiche o economiche o personalità provenienti da settori economici.

Le indennità dei membri e del Presidente sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello Sviluppo Economico d'intesa con il Ministro di Economia e finanza.<sup>21</sup> Altra figura di preminente rilevanza è quella del Segretario Generale che viene nominato, su proposta del Presidente, dal Ministro dello Sviluppo Economico e sovrintende al buon andamento dei servizi e degli uffici di cui ne coordina l'azione.<sup>22</sup> Ad un livello più basso rispetto ad essi l'assetto organizzativo è suddiviso in diverse Direzioni Generali, a loro volta suddivise in Direzioni settoriali, direzioni ed uffici.<sup>23 24</sup>

Le norme sulla organizzazione e il funzionamento sono contenute nel Regolamento adottato dall'autorità stessa, attualmente dato dalla delibera n. 26614 del 28 giugno 2017, il quale disciplina, oltre che il funzionamento delle strutture interne sostanzialmente ricalcando i precedenti regolamenti, anche i trattamenti giuridici ed economici del personale e la gestione delle spese.<sup>25</sup> Riguardo l'autonomia finanziaria e contabile, altro elemento fondamentale che contraddistingue le authorities, le leggi prevedono delle forme di finanziamento ad hoc per garantire lo svolgimento dell'operato a tutela del mercato.

Il contributo *dall'onere derivante il funzionamento dell'autorità* è previsto dal comma 7 ter dell'Art.10, il quale sanciva, prima delle più recenti previsioni, che le società di capitale con ricavi maggiori a cinquanta

---

21 Art.10 comma 8

22 Art.11 comma 5

23 Attualmente le direzioni generali sono: Direzione Generale per la Concorrenza, Direzione Generale per la Tutela del Consumatore, Direzione Generale Amministrazione. Ai sensi dell'Art.12 comma 4 Regolamento 26614/2017

24 Le direzioni settoriali sono elencate, per ogni direzione generale, negli allegati al regolamento

25 Art.10 comma 6, l.287/1990

milioni di euro dovevano versare un importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio, con una soglia massima che non può superare le cento volte la misura minima.<sup>26</sup>

Questo comma è stato aggiunto dal cd. *Decreto Crescitalia*<sup>27</sup>, che integra ulteriormente la l'Art.10 con il comma 7 quater, il quale prevede che “*a decorrere dall'anno 2014, il contributo è versato, entro il 31 luglio di ogni anno, direttamente all'Autorità con le modalità determinate dall'Autorità medesima con propria deliberazione. Eventuali variazioni della misura e delle modalità di contribuzione possono essere adottate dall'Autorità medesima con propria deliberazione, nel limite massimo dello 0,5 per mille del fatturato risultante dal bilancio approvato precedentemente all'adozione della delibera*”. Ai sensi di questo nuovo comma l'Autorità ha emanato la delibera 26922 del 10 gennaio 2018, attraverso la quale ha abbassato il contributo richiesto a tali imprese allo 0,055 per mille.

Come ogni ente o istituzione, pubblico o privato, dotato di un proprio patrimonio e di annessa autonomia finanziaria, deve redigere un proprio bilancio preventivo il quale, ai sensi dell'Art.10 comma 7, sarà approvato dall'Autorità entro il 31 dicembre dell'anno precedente secondo quanto stabilito all'interno del regolamento sull'organizzazione. L'organo predisposto al controllo sulla gestione finanziaria è il *Collegio dei Revisori*, i cui compiti sono disciplinati all'Art.16 del già citato Regolamento approvato nel 2017: *a)* riscontro degli atti della gestione finanziaria, svolgendo almeno ogni tre mesi verifiche di cassa e di bilancio; *b)* redige una relazione sul progetto di bilancio preventivo e sul rendiconto annuale,

---

26 Con società di capitali sembra riferirsi solitamente alle s.p.a, s.a.p.a. e alle s.r.l., quindi rimarrebbero esclusi consorzi e fondazioni che sono comunque assoggettati all'AGCM. Inoltre dovrebbe farsi riferimento solamente alle società italiane. M. CARPAGNANO, “*La modalità di finanziamento dell'AGCM: il contributo a carico delle società di capitali*”, Il sole 24ore, 06 Settembre 2012

27 d.l. 1/2012, convertito con l.27/2012, comma 1 Art.5 bis

avendo riguardo ai risultati esposti nel rendiconto con le scritture contabili e le procedure di gestione. Esso è formato da tre membri nominati con delibera dell'Autorità stessa per un carica di durata quadriennale non rinnovabile: uno dei membri è scelto dal Ministro di Economia e Finanza, uno sarà scelto fra soggetti con ruolo nelle magistrature amministrative o contabili, dell'Avvocatura di Stato ovvero fra docenti universitari di contabilità pubblica o dirigenti dello Stato, e il terzo, che assumerà il ruolo di Presidente del collegio, sarà un magistrato della Corte dei Conti anche in quiescenza.

La sua autonomia e indipendenza non esclude i costanti rapporti con altri organismi, anche rappresentativi, al fine di raggiungere una migliore efficienza attraverso la collaborazione istituzionale. Infatti, oltre il rapporto che come vedremo intrattiene necessariamente con le istituzioni europee e le autorità antitrust degli altri stati membri, collabora con altre istituzioni nazionali in diversi ambiti.

### 3. Competenze

I suoi poteri, già accennati e ampiamente dibattuti in dottrina, possono essere ricondotti in modo esemplificativo in due ampie categorie: *regulation* e *adjudication*. Il primo, ossia il potere di regolazione, è il potere che, accompagnato dai poteri amministrativi ausiliari legati alle relazioni periodiche da inviare alle istituzioni politiche, per definizione appartiene alle authorities, definite non a caso anche *autorità regolatrici*, e consiste nell'individuare ex ante le norme da rispettare nell'esercizio delle attività commerciali; il secondo, quello c.d. aggiudicatorio, invece consiste nell'adottare successivamente provvedimenti sanzionatori e inibitori.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> R.CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti le autorità indipendenti*

Gli ambiti nei quali esercita questi poteri sono molteplici e vanno ben oltre quelli identificati in principio dal legislatore del 1990, poiché ampliati notevolmente con numerosi interventi normativi nel corso del ventennio successivo. Basta dare semplicemente uno sguardo al portale web istituzionale dell'AGCM per rendersi conto come i suoi campi di intervento non si fermano al mercato concorrenziale, infatti all'interno del sito, nella parte dedicata alle “competenze”, troviamo oltre la tutela della concorrenza, che sarà più ampiamente trattata, altre tre voci: tutela del consumatore, conflitto di interessi e rating di legalità.

### 3.1 Tutela del consumatore

La *tutela del consumatore* è disciplinata all'interno del nostro ordinamento dal Codice del Consumo, istituito con il d.lgs 206/2005, che recepisce le direttive UE volte a garantire la protezione del consumatore, in quanto parte debole nelle transazioni commerciali, il quale è definito dall'Art.18 comma 1 lett. a) come qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Sin dal 1992, quindi ancor prima del processo normativo di unificazione della disciplina in materia, è stata attribuita all'AGCM la competenza sulla repressione della pubblicità ingannevole, in quanto strumento commerciale adottato nel mercato a discapito dei consumatori, e successivamente, a partire dal 2000, le sono state assegnate ulteriori competenze, passando dalle clausole vessatorie, fino a comprendere ogni pratica commerciale scorretta. Ciò deriva dal fatto che le due tutele sono legate da un rapporto estremamente stretto, basta considerare il fatto che l'interesse a porre in essere scelte non falsate da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive

costituisce una delle condizioni essenziali per il corretto funzionamento del mercato.<sup>29</sup>

Per “pratica commerciale” si intende qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità diffusa con ogni mezzo e il *marketing*, che un professionista pone in essere in relazione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi ai consumatori.<sup>30</sup>

Si intende invece scorretta quella pratica commerciale che *contraria alla diligenza professionale, falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio o del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*<sup>31</sup>; ovvero come più semplicemente definite dalla direttiva 2005/29/CE “le pratiche il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti”.<sup>32</sup> Il Codice del Consumo ne distingue due tipologie: la prima è quella delle pratiche *ingannevoli*, agli Artt.21-23, e che consiste in quelle pratiche che inducono in errore il consumatore medio, attraverso informazioni non corrispondenti al vero, portandolo a compiere una scelta commerciale che non avrebbe altrimenti intrapreso; la seconda tipologia, quella data dagli Artt.24-26, è quella delle pratiche *aggressive* che sono idonee a limitare la libertà di scelta del consumatore mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento.

La già citata direttiva 2005/29/CE, recepita con d.lgs 145/2007, predisporre

---

29 M.SIRAGUSA – F.CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, 2010

30 Vedi sito ufficiale [www.agcm.it/competenze/tuteladelconsumatore](http://www.agcm.it/competenze/tuteladelconsumatore)

31 Art.20 Codice del Consumo

32 Vedi *Considerando 7* della Direttiva

come obiettivo per gli stati membri quello di garantire una adeguata tutela, amministrativa o giurisdizionale, cumulativamente o alternativamente; il Codice del Consumo ha optato per la tutela amministrativa, sancendo con l'Art.27 la competenza dell'AGCM. Questa disposizione ha comportato dei dubbi sulla ripartizione delle competenze fra l'autorità di regolazione del mercato e le autorità di regolazione in materia dei diritti del consumatore, dubbi che sono stati risolti con il d.lgs 21/2014 che aggiunge all'Art.27 il comma 1 – *bis*, il quale porrebbe l'azione delle diverse autorità in rapporto di alternatività con prevalenza dell'AGCM che acquisirà comunque il parere dell'autorità competente, lasciando però aperta la questione su un difficile coordinamento fra i diversi organismi.<sup>33</sup>

L'AGCM d'ufficio, ovvero su richiesta di soggetto o organizzazione che ne ha interesse <sup>34</sup>, procede a indagini e in caso di particolare gravità ordina la sospensione delle pratiche dopo aver avvisato il professionista dell'inizio della procedura istruttoria; se rileva la sussistenza della scorrettezza delle pratiche ne ordina l'immediata cessazione e può condannare il professionista a pagare una sanzione amministrativa pecuniaria da 5000 a 5000000 di euro, commisurata alla gravità della violazione. Come accade negli illeciti anticoncorrenziali, anche in questa disciplina è prevista la possibilità di evitare la sanzione attraverso l'assunzione di impegni da parte del professionista, i quali se ritenuti idonei divengono obbligatori ed evitano la conclusione del procedimento con l'accertamento dell'infrazione. Costituisce invece *pubblicità ingannevole*, secondo la definizione data dal decreto legislativo di recepimento della normativa comunitaria, qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione e' idonea

---

33 Sul punto R.PETTI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati*, in *Federalismi.it*, Ottobre 2015

34 A tal fine il sito istituzionale dell'AGCM fornisce pubblicamente modelli e modalità di segnalazione



ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali e' rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente.<sup>35</sup> Gli elementi che possono ingannare il consumatore medio sono molteplici, come ad esempio le caratteristiche del prodotto o il loro prezzo o quantità di distribuzione; proprio perchè la pubblicità è strumento fondamentale per l'attività commerciale da un lato e per la scelta del consumatore dall'altro, è sottoposta ad una rigida disciplina che riguarda anche le modalità di pubblicità comparativa, la quale non deve né trarre in inganno, né effettuare confronti in modo non oggettivo comportando discredito nei concorrenti, né creare confusione fra i prodotti di diversi produttori. Per questa fattispecie l'Art.8 del D.lgs 145/2007 prevede poteri analoghi a quelli previsti nel caso di pratiche commerciali scorrette dal Codice del Consumo.

Strumento particolarmente lesivo e diffuso adottato a discapito dei consumatori è quello delle *clausole vessatorie*, ossia clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto <sup>36</sup>, escludendo quelle che riproducono disposizioni di legge o principi contenuti in convenzioni internazionali cui abbia aderito l'UE, ovvero quelle che sono state oggetto di specifica trattativa individuale. <sup>37</sup> L'Art.37 *bis* dispone una tutela amministrativa affidata all'AGCM, la quale potrà, d'ufficio o su denuncia, disporre la vessatorietà delle clausole poste nelle condizioni generali di contratto o formulari predisposti dalle imprese; è inoltre previsto che le imprese possono interpellare preventivamente l'autorità in modo da accertare la validità delle clausole che intende apporre.

---

35 Art.2 lett. b D.Lgs 145/2007

36 Art.33 codice del consumo

37 R.ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli – Torino 2015

### 3.2 Conflitto di interessi

Altra competenza affidata alla authority è quella relativa al *conflitto di interessi*, assegnata con legge 215/2004 denominata anche *Legge Frattini* dal nome dell'allora ministro che redasse il disegno di legge. Tale normativa ha il fine di garantire che i membri del Governo agiscano nell'esclusivo interesse della nazione, sciolti da qualsiasi interesse privato potenzialmente confliggente. Per raggiungere questo obiettivo la legge individua delle situazioni di incompatibilità, quali incarichi pubblici, professionali o societari che devono cessare contestualmente con l'inizio del mandato nell'Esecutivo.<sup>38</sup> In caso di mancato rispetto dei divieti prescritti, i rimedi che può imporre l'autorità sono: rimozione o decadenza dalla carica o dall'ufficio ad opera della amministrazione o ente o impresa, sospensione del rapporto di lavoro, sospensione dall'iscrizione ad albi o registri professionali.

### 3.3 Rating di legalità

Il Decreto CresciItalia, all'Art.5 – *ter*<sup>39</sup>, col fine di incentivare l'introduzione di principi etici nell'esercizio delle attività aziendali, attribuisce al garante del mercato anche il compito di concedere, alle imprese operanti sul territorio nazionale con un fatturato superiore ai due milioni di euro, il rating di legalità di concerto con il Ministro di Giustizia e il Ministro dell'Interno. Il rating, misurato in “stellette” sulla base del raggiungimento di determinati requisiti, sarà oggetto di valutazione in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e

---

<sup>38</sup> La prima relazione semestrale dell'AGCM dopo l'emanazione della Legge Frattini, Gennaio-Giugno 2005, ha evidenziato dei limiti della disciplina, il collegio infatti “*rileva, quindi, una concezione per certi versi restrittiva del conflitto di interessi, considerato non quale fenomeno in sé di potenziale pericolo, ma piuttosto nelle sue concrete manifestazioni e conseguenze negative.*”

<sup>39</sup> Modificato con d.l. 29/2012, convertito con l.62/2012

per accesso al credito bancario; per ottenerlo è sufficiente che le imprese ne facciano richiesta direttamente all'AGCM, la quale prima di concederla potrà chiedere informazioni a qualsiasi PA.<sup>40</sup>

Per raggiungere lo scopo di promuovere l'etica aziendale, l'autorità può segnalare al Parlamento le modifiche necessarie anche in rapporto alla tutela del consumatore.

### 3.4 Vigilanza mercato bancario

La concorrenza è un elemento presente in più settori, compreso il settore del mercato bancario, tuttavia inizialmente la tutela della concorrenza in questo ambito era al di fuori della competenza della AGCM e affidata esclusivamente alla Banca d'Italia. I limiti di questa scelta del legislatore sono diventati più evidenti con la crescita di tale mercato e con le innovazioni che ha subito, anche sul piano legislativo a partire dall'emanazione del Testo Unico Bancario<sup>41</sup>; per questo motivo i due organismi, AGCM e Banca d'Italia, adottarono un correttivo in via interpretativa, prevedendo la valutazione della stessa fattispecie da parte di entrambi. Anche questo sistema si rivelò subito fallimentare, per via della possibilità di avere sullo stesso caso due pronunce difformi, perciò si rese finalmente necessario un intervento legislativo. Con la cd. Legge sul risparmio, il d.lgs 303/2006, viene modificato profondamente l'Art.20 della l.287/1990 per tentare di risolvere i limiti della precedente normativa.

Questa nuova disposizione prevede la competenza della autorità garante del mercato in materia di intese e abusi di posizione dominante rilevate nel settore bancario, mentre per quanto riguarda le concentrazioni vi sarà un duplice controllo, da parte dell'AGCM sul rispetto delle regole della

---

<sup>40</sup> Il rating ha una durata di 2 anni

<sup>41</sup> D.lgs 385/1993

concorrenza, da parte della Banca d'Italia sulla verifica dei profili di una prudente gestione.

Questa norma, denominata “*Decreto Pinza*”, introduce altresì la possibilità per la Banca d'Italia di chiedere all'authority di autorizzare delle intese o concentrazioni che hanno particolare rilevanza per il mercato bancario, a patto che non comportino restrizioni della concorrenza non indispensabili per il raggiungimento del fine.<sup>42</sup>

### 3.5 Poteri conoscitivi e consultivi

Per garantire una maggiore sorveglianza del mercato, sono attribuiti all'autorità anche poteri di segnalazione e consultivi con gli enti e le autorità pubbliche. Essa può infatti segnalare alle amministrazioni pubbliche, nonché a Parlamento e Governo, su denuncia di parte o d'ufficio, degli atti normativi od amministrativi che hanno come effetto potenziale la restrizione della concorrenza. Una volta effettuata questa segnalazione, qualora l'ente pubblico non si conformi ed emani atti lesivi della concorrenza nonostante l'avviso ricevuto, l'AGCM potrà tramite avvocato dello stato, agire in giudizio presentando ricorso.<sup>43</sup> Per evitare una segnalazione ex post, le stesse amministrazioni o il Presidente del Consiglio dei Ministri, potranno chiedere preventivamente un parere sugli atti che stanno per essere emanati all'autorità, in modo che essa possa valutarne l'impatto sul mercato.

Infine la legge 287/90, agli Artt.22 e 23, prevede che l'authority invii al PCdM ogni anno una relazione sull'attività svolta, la quale sarà trasmessa al Parlamento entro 30 giorni.

---

<sup>42</sup> Strumento mai utilizzato, soprattutto perchè non è previsto dalla normativa comunitaria che prevale in caso di operazioni che coinvolgono più stati membri

<sup>43</sup> Artt. 21-22 l.287/90

#### 4. Tutela del Mercato

Come richiamato dal nome stesso, il bene tutelato che costituisce il principale ambito di azione dell'AGCM è appunto il mercato o, come specifica il sito istituzionale dell'autorità, la concorrenza. La tutela del mercato nasce dalla dottrina statunitense con il nome di *diritto antitrust*, che deriva dagli accordi posti in essere dalle imprese che volevano mantenere alti i costi e la loro fetta di mercato, in particolare dall'accordo che permetteva alle imprese di votare all'interno dei consigli di amministrazione di una società concorrente attraverso un rappresentante per evitare guerre di prezzo, questo strumento prende appunto il nome di *trust*.<sup>44</sup>

Anni dopo, con la fine della seconda guerra mondiale e la ripresa dell'industria e del commercio in Europa, viene sottoscritto il primo dei trattati che avrebbe portato all'attuale Unione Europea, il Trattato CECA del 1951; già in questo testo, agli Artt.65 e 66, vi era un divieto di intese che restringono la concorrenza, di concentrazioni e di abuso di posizione dominante.

Il successivo passo nel processo di integrazione europea, il Trattato CEE del 1957, contiene due esplicite disposizioni in materia di concorrenza che vietano accordi, decisioni di associazioni e abuso di posizione dominante, mentre la norma sulle concentrazioni venne introdotta decenni dopo.<sup>45</sup> Infine il Trattato di Lisbona del 2007, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, pur non inserendo fra i suoi fini la tutela della concorrenza, mantiene quelle precedenti disposizioni negli Artt.101 e 102, mentre le norme sulle concentrazioni verranno sancite dal Regolamento CE 139/2004.

46

---

44 Alla fine dell'800 nacque così la Standard Oil Trust, sciolta poi nel 1911 dalla Corte Suprema USA, in quanto impresa in monopolio che abusava della sua posizione, costretta ad essere divisa in 34 diverse società operanti in mercati diversi.

45 Trattato di Roma, 25 marzo 1957, Artt.81 – 82, precedentemente Artt.85-86

46 Sull'evoluzione della tutela della concorrenza, F.GHEZZI – G.OLIVIERI, *Diritto Antitrust*,

Mentre le istituzioni comunitarie affidano alla Commissione la competenza esclusiva in merito agli illeciti anticoncorrenziali, è previsto che ogni stato membro attui un intervento normativo volto alla creazione di un organismo ad hoc, fermo restando che le norme europee in materia hanno efficacia diretta e pertanto attuate prescindendo da adattamenti interni.

La regolamentarizzazione del mercato e la sanzione degli illeciti è un obiettivo fondamentale dell'UE in quanto fra i suoi fini principali vi è la creazione di un mercato unico che permette una libera circolazione delle merci in condizioni di parità e senza restrizioni e barriere. In ottemperanza a questi principi, in ritardo rispetto agli altri componenti dell'unione, l'Italia adotta la legge 287/1990, che oltre ad istituire l'AGCM specifica l'ambito di applicazione della disciplina nazionale antitrust, delimitandola rispetto all'area di competenza della Commissione.<sup>47</sup>

#### 4.1 Impresa e Mercato Rilevante

Per poter individuare nel concreto le fattispecie sanzionate dal diritto antitrust bisogna preliminarmente specificare la nozione di impresa a cui si fa riferimento e circoscrivere il mercato rilevante all'interno del quale operano le imprese. La nozione di impresa nel diritto antitrust è più ampia della definizione codicistica, in quanto ai fini della normativa interessa non tanto la forma giuridica o la sua organizzazione, bensì la finalità perseguita e la natura della attività posta in essere.<sup>48</sup> Di conseguenza sarà considerata impresa qualsiasi entità che esercita una attività economica a prescindere dal suo status e dal settore economico in cui opera, comprendendo quindi le

---

Giappichelli Torino 2013

47 Art.1 l.287/90: le disposizioni della presente legge *“si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni che non ricadono nell'ambito di applicazione degli Artt. 65-66 del Trattato CECA e degli Artt.85-86 del Trattato CEE”*

48 Art.2082 c.c. *“E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi”*

cooperative, le associazioni commerciali e di categoria o le fondazioni che svolgono attività economiche.<sup>49</sup>

La definizione del *mercato rilevante* è fondamentale per poter identificare gli effetti economici che possono essere generati dalla condotta delle imprese. La sua individuazione è quindi finalizzata a stabilire, rispetto a un dato prodotto, le fonti di approvvigionamento alternativo sia in termini di prodotti sostituiti con quello di riferimento, sia in termini di ubicazione geografica dei fornitori dei prodotti in questione.<sup>50</sup>

Pertanto il mercato rilevante è distinto in due diverse componenti, la prima è il *mercato rilevante del prodotto*, definito in sede comunitaria come quello che comprende tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle loro, caratteristiche, prezzi e uso di destinazione<sup>51</sup>; mentre in sede nazionale è definito come il più piccolo gruppo di prodotti per cui è possibile in ragione delle possibilità di sostituzione, creare o rafforzare una posizione dominante, quindi nonostante la differente definizione, entrambe le normative si basano sull'analisi delle caratteristiche della domanda.

La seconda componente è quella del mercato geografico, definito in sede nazionale come la più piccola area geografica per cui è possibile creare una posizione dominante. L'individuazione del mercato rilevante può avvenire attraverso diverse modalità, fra le quali quella più considerata teoricamente più affidabile è quella del cd. *Price test*; secondo questa sistema l'ampiezza del mercato è data dal numero di consumatori marginali che si muovono verso un mercato contiguo al peggiorare delle condizioni di offerta praticate

---

49 Concetto espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Hoefner e Elser vs. Macrotron*, C – 41/90

50 P.FATTORI – M.TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino Bologna 2010, p.41

51 Comunicazione della Commissione C 372 del 9.12.1997