



Secondo seminario annuale con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche
Università di Roma Tre
20 settembre 2013

Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali

ANNA VIOLA ROCCHI

LA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA TRA REGOLAZIONE E ANTITRUST

1. Premessa.

Lo Stato interviene nel mercato tramite svariati strumenti, imponendo o vietando determinate condotte alle imprese. Ciò avviene perché il mercato stesso “[d]a mero ‘luogo’ deputato allo svolgimento dell’attività economica di scambio, è diventato una ‘istituzione’, con finalità e mezzi propri (un locus artificialis)”¹ che – in assonanza con il pensiero ordo-liberale della Scuola di Friburgo – presuppone un ruolo attivo dello Stato stesso nel regolare il mercato, assicurandone il buon funzionamento.

La regolamentazione di settore e il diritto della concorrenza rappresentano una parte di questo insieme generale di regole economiche.

Tradizionalmente, il diritto della concorrenza e la regolamentazione sono state considerate due categorie opposte, in quanto caratterizzate da modalità e tempi di intervento estremamente differenti. In effetti, le norme antitrust circoscrivono le condotte potenzialmente attuabili dalle imprese tramite l'imposizione di specifici divieti², ragion per cui esse possono essere applicate solamente *ex-post* (i.e. a seguito dell'accertamento di un comportamento anticoncorrenziale).

Al contrario, la regolazione di settore si contraddistingue per la natura *ex-ante* e, per così dire, “positiva” del suo intervento, normalmente basato sull'individuazione delle condotte che le imprese devono necessariamente adottare in un determinato mercato. Pertanto, è proprio il grado di libertà di cui gode un'impresa nell'operare sul mercato a determinare la natura “regolamentata” o “non regolamentata” del mercato stesso.

Questa tradizionale distinzione appare sempre meno chiara, in quanto i confini tra i due tipi di intervento – teoricamente ben definiti – sembrano, nella prassi, essere sempre più incerti. Difatti la crescente convergenza tra diritto della concorrenza e regolamentazione settoriale è, principalmente, dovuta al fatto che le autorità di concorrenza possono intervenire *ex-ante* (come, ad esempio, in materia di concentrazioni e di impegni), mentre il regolatore può agire *ex-post*, utilizzando poteri sanzionatori di cui normalmente godono le autorità nazionali di concorrenza (“ANC”). Tutto ciò genera, inevitabilmente, una graduale sovrapposizione delle funzioni svolte dalle autorità nazionali di regolamentazione (“ANR”) e dalle ANC, causando un notevole stato di incertezza giuridica a danno delle imprese³.

¹ G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 421 ss., il quale cita M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*

² P. L. Parcu, *The Surprising Convergence of Antitrust and Regulation in Europe*, EUI Working Papers RSCAS 2011/35, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Giugno 2011, p. 1, disponibile sul sito Internet http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17934/RSCAS_2011_35.pdf?sequence=1 (consultato il 25.05.2013).

³ Vedi N. Petit, *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion*, GCLC Working Paper 02/04, p. 3, disponibile sul sito Internet http://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/04b_gclc_working_paper_02-04.pdf (consultato il 25.05.2013).



La natura complementare del diritto della concorrenza e della regolazione di settore, recentemente sottolineata dal Commissario per la Concorrenza, Joaquín Almunia⁴, ha, nel tempo, ha svelato tutta la sua criticità, moltiplicando i conflitti giurisdizionali, nonché generando il c.d. “*risk of regulatory inconsistency*”.

Attualmente, in Italia, la soluzione prevalentemente adottata per risolvere la difficile convivenza del diritto della concorrenza e della regolamentazione settoriale prevede – in conformità con la costante giurisprudenza dell’Unione europea – l’applicazione simultanea di questi due *set* normativi quando: (i) la regolamentazione e il diritto della concorrenza perseguono obiettivi diversi, e (ii) la regolamentazione settoriale non esaustiva lascia spazio a comportamenti anticoncorrenziali.

Un’opposta conclusione è stata recentemente raggiunta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con riferimento al rapporto tra diritto dei consumatori e regolamentazione di settore⁵. L’Adunanza Plenaria ha stabilito che le norme generali di tutela dei consumatori di cui alla direttiva 29/2005/CE (come attuata dal Codice del Consumo italiano⁶) non sono applicabili al settore delle comunicazioni elettroniche, in quanto tale settore è soggetto a norme specifiche, che comprendono, tra gli obiettivi primari, la tutela dei consumatori. Pertanto, sulla base del principio di specialità, e al fine di garantire l’unità e la coerenza delle misure sanzionatorie, evitando la duplicazione dell’azione di *enforcement* delle autorità, il Consiglio di Stato ha stabilito che: (i) la regolamentazione settoriale deve prevalere sul diritto dei consumatori; e di conseguenza, (ii) l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“AGCOM”) ha competenza esclusiva in materia di tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Anche se il Consiglio di Stato ha chiarito che le sue conclusioni non possono essere applicate *tout court* sul versante antitrust, queste recenti pronunce chiedono una rivalutazione dei tradizionali principi in merito al rapporto tra diritto della concorrenza e regolamentazione di settore, in quanto la difficile convivenza di tali norme genera, in ultima istanza, notevoli dubbi in merito alla tutela della libertà di iniziativa economica privata come formalmente garantita dall’art. 41 Cost.

Difatti, se si muove dalla premessa che la normativa antitrust rappresenti un esempio di disciplina statale di garanzia di situazioni soggettive private costituzionalmente rilevanti (quali quelle dell’impresa e dei consumatori)⁷, la prassi radicalmente interventista delle ANC e ANR sembra portare a risultati paradossali e, in particolare, a frustrare il contenuto dell’art. 41 Cost. – il quale, peraltro, irrimediabilmente coincide proprio con l’esercizio della libertà di iniziativa economica privata⁸ – che dovrebbe, in realtà, essere oggetto specifico di tutela.

A tal proposito, è necessario svolgere una preliminare analisi dei più importanti sviluppi giurisprudenziali (europei e nazionali) relativi all’applicazione orizzontale del diritto della concorrenza ai settori regolamentati, nonché della problematica insita nella sovrapposizione delle funzioni svolte dalle ANR e ANC nel campo specifico della tutela dei consumatori, al fine di poterne valutare l’impatto sul diritto di libertà sancito dall’art. 41 Cost.

2. L’applicazione del diritto della concorrenza nei settori regolamentati.

Per far fronte al rischio di incoerenze normative e conflitti giurisdizionali, la Corte di giustizia dell’Unione europea (“CGUE”) ha imposto alle ANR il dovere generale di rispettare le regole di concorrenza (in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE). Nel caso *GB-Inno-BM/ATAB*, la CGUE ha affermato che “[s]e è innegabile che l’articolo 86 [ora 102] si

⁴ J. Almunia, *Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?*, SPEECH/10/121, 23 Marzo 2010, disponibile sul sito Internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-121_en.htm (consultato il 25.05.2013).

⁵ Cons. Stato, sentenze del 5 gennaio 2012, nn. 12 e 13; 10 gennaio 2012, n. 16. Nonostante identici principi siano stati enunciati anche per il settore finanziario, il Consiglio di Stato ha tuttavia raggiunto una conclusione parzialmente difforme nella sentenza del 10 gennaio 2012, n. 14.

⁶ D. Lgs., 2 agosto 2007, n. 146 (entrato in vigore il 21 settembre 2007).

⁷ R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, CEDAM, 1994, p. 12. Sulle tecniche di garanzia v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, CEDAM, 1990, p. 77 ss.

⁸ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 116 ss.



*rivolge alle imprese, è altrettanto vero che il Trattato obbliga gli Stati membri ad astenersi dall'emanare o mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficace tale disposizione*⁹.

A tale proposito, il caso *Consorzio Industrie Fiammiferi* (“CIF”) ha chiarito che tali obblighi gravano su tutte le autorità amministrative (comprese, dunque, quelle di regolazione), comportando, peraltro, l’obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto europeo. La Corte ha ricordato che: “[s]econdo una giurisprudenza costante, il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest’ultima. Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative [...], il che implica, ove necessario, l’obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario”¹⁰. Ciò al fine di non vanificare il c.d. “*effet utile*” delle norme UE in materia antitrust.

La summenzionata natura complementare della regolamentazione settoriale e del diritto della concorrenza fa sì che tali *set* normativi possano essere applicati cumulativamente, come costantemente confermato dalla giurisprudenza europea¹¹.

Tuttavia, l’applicazione del diritto antitrust richiede necessariamente che la regolazione lasci alle imprese un ambito di autonomia nel mercato. Nel caso in cui l’adozione di una condotta anticoncorrenziale venga imposta dalla normativa nazionale, “[l]’obbligo delle autorità nazionali garanti della concorrenza di disapplicare tale legge anticoncorrenziale non può esporre le imprese interessate a sanzioni, di natura penale o amministrativa, per un comportamento pregresso, giacché tale comportamento era imposto da quella legge” (c.d. principio di “*State action defence*”)¹².

Il caso *Deutsche Telekom* (“DT”) offre un ottimo esempio di come l’adeguamento alla regolazione settoriale non elimini automaticamente l’eventualità di un accertamento di violazione della normativa antitrust (in questo caso, dell’art. 102 TFUE)¹³.

Il ragionamento della Commissione si fonda sul presupposto che “[l]’applicabilità delle regole di concorrenza non è in ogni caso esclusa se e nella misura in cui le disposizioni pertinenti in materia lascino sussistere la possibilità per le imprese che rientrano nel loro ambito di applicazione di adottare comportamenti autonomi atti a ostacolare, restringere o falsare la concorrenza”¹⁴.

Tale approccio è stato quindi pienamente accolto dal Tribunale in primo grado e, successivamente, confermato dalla CGUE. A tal proposito, la Corte ha, infatti, sostenuto che “[l]e imprese dominanti sono [...] tenute in modo particolare a non compromettere, con i loro comportamenti, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune [...]”.

⁹ CGUE, 16 novembre 1977, *SA G.B.-INVO-B.M. c. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, Caso C-13/77, §31.

¹⁰ CGUE, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Caso C-198/01, §§48-49.

¹¹ R. Whish, *Competition Law*, Settima ed., Oxford University Press, 2012, p. 977 ss.

¹² CGUE, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, cit., § 53. Inoltre, nel caso CIF la Corte ha stabilito che “[s]e una legge nazionale si limita a sollecitare o a facilitare l’adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, queste rimangono soggette agli artt. 81 CE e 82 CE e possono incorrere in sanzioni, anche per comportamenti anteriori alla decisione di disapplicare detta legge” (§56).

¹³ Nel caso specifico, la condotta contestata configurava un caso di c.d. *margin squeeze*, i.e. la compressione del margine di utile che i concorrenti avrebbero potuto ricavare dalla vendita dei servizi ai propri abbonati. Più precisamente, secondo la Commissione, dal 1998 al 2003, per l’accesso da parte dei concorrenti alla rete telefonica locale DT aveva applicato loro tariffe all’ingrosso superiori alle tariffe al dettaglio che la stessa DT avrebbe praticato ai propri abbonati, costringendo, pertanto, i concorrenti ad applicare ai loro abbonati tariffe al dettaglio superiori a quelle praticate dall’ex monopolista per l’erogazione di analoghi servizi. Nonostante sia il prezzo all’ingrosso che quello al dettaglio fossero state approvate dal regolatore tedesco delle telecomunicazioni, la Commissione ha constatato che DT aveva abusato della sua posizione dominante, utilizzando il margine discrezionale lasciato dal regolatore al fine di escludere i suoi concorrenti dal mercato applicando prezzi predatori per l’accesso alla rete.

¹⁴ Commissione europea, decisione del 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, §54. Questa posizione è stata confermata dalla decisione sul caso O2 in cui la Commissione ha affermato che “[l]’atto salvo il principio della preminenza del diritto comunitario la regolamentazione nazionale e la normativa comunitaria in materia di concorrenza si applicano in modo parallelo e cumulativo. Le disposizioni nazionali non possono essere in contrasto con le regole di concorrenza dell’Unione europea, né il rispetto delle disposizioni normative e regolamentari nazionali può condizionare l’esito di un esame condotto sulla base della normativa in materia di concorrenza dell’Unione europea”. Cfr. Commissione europea, decisione del 16 luglio 2003, caso COMP/38.369 – *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*, §22.



*Ne consegue che la sola circostanza che la ricorrente sia stata sollecitata, per effetto degli interventi di un'autorità di regolamentazione nazionale a mantenere l'applicazione delle proprie pratiche tariffarie da cui sia derivata la compressione dei margini dei suoi concorrenti quantomeno altrettanto efficienti non può, di per sé, eliminare affatto la sua responsabilità ex art. 82 CE [attuale 102 TFUE]*¹⁵.

Identici principi sono stati costantemente affermati dalla giurisprudenza italiana¹⁶.

In questo contesto, risultati parzialmente distonici sono stati raggiunti dal TAR Lazio nella sentenza *Posta Time*¹⁷, che ha annullato il provvedimento con cui l'AGCM aveva sanzionato Poste Italiane per la violazione dell'art. 102 TFUE¹⁸. In particolare, il TAR Lazio ha sancito che la condotta di Poste Italiane corrispondeva esattamente a quanto prescritto nella normativa di settore e che, conseguentemente, tale condotta non poteva essere considerata parte di una strategia escludente. Sul punto, il TAR ha significativamente concluso che per quanto l'ordinamento possa essere considerato inadeguato, non spettava in ogni caso all'AGCM “[s]volgere una funzione d'integrazione, tanto meno attraverso l'irrogazione di sanzioni”.

In conformità con tale approccio, nel settembre 2012, il TAR Lazio si è nuovamente pronunciato¹⁹ su un provvedimento risalente al 1999 con cui l'AGCM aveva accertato l'abuso di posizione dominante da parte di Snam Rete Gas S.p.A. (“Snam”) nel mercato del trasporto del gas²⁰.

Il TAR Lazio ha osservato come “[i]l principale thema decidendum della controversia concerne la decisione dell'Autorità di considerare qui applicabili le previsioni comuni e generali in materia di posizioni dominanti” in luogo della disciplina speciale allora vigente, ossia la legge n. 9/1991 e la direttiva 98/30 CEE. Ciò, secondo il TAR, presuppone che la rete gas di Snam sia qualificata come *essential facilities*, di cui dovrebbe essere perciò concesso l'utilizzo regolamentato a tutti i soggetti richiedenti, senza particolari restrizioni.

A tal proposito, il TAR Lazio ha ritenuto che l'AGCM, così facendo, “[a]bbia illegittimamente operato una consapevole disapplicazione della disciplina speciale che all'epoca regolava la materia, necessariamente prevalente, per la sua specialità, sulle norme antitrust ex l. 287/90, e che consentiva alla Snam, tra l'altro, anche di porre precise limitazioni rispetto ai nuovi punti di consegna richiesti da Edison”. Di conseguenza, l'AGCM, con il provvedimento impugnato, aveva cercato di imporre a Snam un obbligo generale di concedere accesso incondizionato alla propria rete di trasporto a chiunque lo richiedesse,

¹⁵ CGUE, 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, caso C-280/08P, §§83-84. Identici principi sono stati poi ulteriormente confermati nel caso *Telefónica*: Commissione europea, decisione del 04 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo Espana v. Telefónica*.

¹⁶ Vedi, *inter alia*, TAR Lazio, 9 gennaio 2013, n. 125; 6 giugno 2012, n. 5689.

¹⁷ TAR Lazio, 25 giugno 2012, n. 5769.

¹⁸ L'AGCM, nell'ambito di un procedimento istruttorio avviato su denuncia di TNT Post Italia S.p.a. (“TNT”), aveva accertato che Poste Italiane aveva abusato della propria posizione dominante attraverso una condotta escludente ai danni della stessa TNT e di altri concorrenti. Ciò, secondo l'AGCM, sarebbe avvenuto tramite: (i) il trattamento da parte di Poste Italiane degli invii dei concorrenti rinvenuti nella propria rete postale, volto a ostacolare l'attività dei concorrenti nell'offerta del servizio di recapito a data e ora certa; (ii) l'offerta del proprio servizio “PostaTime” (basata sullo sfruttamento della rete integrata), concorrente con quello “Formula Certa”, offerto da TNT, a prezzi inferiori ai costi sostenuti ai clienti serviti non in regime di esclusiva, sfruttando i vantaggi, in termini di minori costi e utilizzo della rete postale, derivanti dal suo essere operatore storicamente dominante e integrato nella prestazione dei servizi tradizionali; (iii) la presentazione di offerte “predatorie” in due distinte gare, rispettivamente, per la fornitura combinata del servizio di recapito a data ed ora certa e del servizio di notifica tramite messo notificatore (bandita dal Comune di Milano); nonché, del servizio di notifica tramite messo notificatore (bandita da Equitalia).

¹⁹ TAR Lazio, 3 settembre 2012, n. 7481. Snam aveva già ottenuto nel 1999 una pronuncia positiva in sede cautelare ove il TAR Lazio aveva ritenuto che il Provvedimento sembrava “[i]mporre al ricorrente sostanzialmente la piena liberalizzazione dell'accesso alla propria rete di gasdotti [...] in contrasto con il quadro di riferimento delineato dalla legge n. 9/1991 e con le linee ispiratrici della direttiva 98/30 CEE, in corso di recepimento”.

²⁰ Le condotte contestate a Snam, allora soggetto proprietario – oltre che gestore – dei gasdotti di trasporto, consistevano: (i) nel rifiuto opposto all'Associazione mineraria italiana per l'industria mineraria e petrolifera (“AMI”) di concedere ai produttori privati l'accesso alla sua rete di gasdotti per il trasporto del loro gas naturale anche per usi diversi da quelli previsti dall'art. 12 della Legge n. 9 del 9 gennaio 1991; e (ii) nel rifiuto opposto ad AMI di rinegoziare l'accordo tra di essi, relativamente alle tariffe del servizio di trasporto; e, ancora, l'imposizione di un proprio controllo sulla destinazione del gas naturale trasportato per conto di Edison Gas ai nuovi punti di consegna di S. Marco e Pineto.



sostanzialmente disapplicando la normativa nazionale (il citato art. 12 della Legge n. 9/91), e quella comunitaria (la direttiva 98/30/CE), tramite l'indebita assunzione di funzioni spettanti all'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

I casi fino ad ora esaminati mostrano come l'interpretazione e l'applicazione dei principi stabiliti sia a livello nazionale che europeo possano ancora portare a risultati divergenti e conflittuali, causando un grave stato di incertezza giuridica nonché di incoerenza nell'azione amministrativa, la cui estrema criticità "riposa" sulle spalle delle imprese.

Infatti, l'approccio cumulativo adottato sia a livello UE che a livello nazionale richiede alle imprese di conformarsi ad un duplice standard: in primo luogo, alla regolamentazione di settore e, in secondo luogo, ai principi generali del diritto della concorrenza. Dalla giurisprudenza analizzata si evince che tale approccio è considerato legittimo a condizione che: i due *set* normativi perseguano finalità diverse, e la regolamentazione di settore non sia esaustiva, lasciando spazio a condotte anticoncorrenziali.

Per contro, come dimostra il caso *Snam*, la soluzione cumulativa non può essere adottata nel caso eccezionale di un'attività regolamentata ma non ancora liberalizzata, proprio in virtù del fatto che, per sua natura, il diritto della concorrenza non si può applicare a settori ancora soggetti al monopolio.

Anche qualora le succitate condizioni fossero soddisfatte, l'applicazione simultanea del diritto della concorrenza e della regolamentazione settoriale non sembra essere scevra di criticità. Difatti, le autorità settoriali e gli organi giurisdizionali nello stabilire quali siano gli obiettivi primari della regolamentazione settoriale e nel determinare in che misura l'impresa sia lasciata libera di comportarsi autonomamente sul mercato sembrano godere dello stesso margine di "discrezionalità" che potrebbe condurre a risultati contraddittori, a totale detrimento del conseguimento degli obiettivi perseguiti dalle normative rilevanti.

3. I conflitti di competenza tra le autorità di regolazione e quelle di concorrenza nel campo specifico della tutela dei consumatori.

Il rapporto tra diritto generale dei consumatori e regolamentazione di settore non è immune da tali problematiche.

A livello europeo, la direttiva 2005/29/CE (la "Direttiva"), imponendo il generale divieto di pratiche commerciali scorrette ("PCS"), chiarisce che essa "[s]i applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore"²¹. Infatti, l'art. 3(4) della Direttiva prevede che «[i]n caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici». Per ciò che concerne l'applicazione delle norme in materia di PCS, ai sensi dell'art. 11 della Direttiva, gli Stati membri sono liberi di scegliere il sistema che meglio garantisce un adeguato ed efficace *enforcement* della normativa a tutela dei consumatori.

La Direttiva è stata quasi letteralmente recepita dagli artt. 18-27 del Codice del Consumo italiano, che attribuisce all'ACGM la competenza ad applicare la normativa europea e nazionale a tutela dei consumatori, lasciando, al tempo stesso, aperta la via del c.d. "*private enforcement*" (art. 27).

Le criticità sollevate dal rapporto tra diritto dei consumatori e regolazione di settore sono state affrontate, per la prima volta, nel 2008, anno in cui il Consiglio di Stato - su richiesta dell'AGCM - ha adottato il parere del 3 dicembre 2008 n. 3999 ("Parere"), in merito all'applicabilità delle disposizioni PCS contenute nel Codice del Consumo italiano al settore dei servizi finanziari.

In particolare, il dubbio sollevato riguardava l'identificazione di quale autorità amministrativa indipendente, tra la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ("Consob") e l'AGCM, fosse titolare dei poteri sanzionatori ed inibitori attribuiti dalle rispettive normative (*i.e.* Testo unico della Finanza, "TUF", e Codice del Consumo) a tutela dei

²¹ Considerando 10 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno ("Direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), GU L 149/22.



consumatori. Difatti, i servizi finanziari – già prima del recepimento della Direttiva – risultavano regolati da un’articolata disciplina speciale che individuava in maniera molto puntuale e dettagliata gli obblighi informativi, di trasparenza e di correttezza in capo agli operatori del settore, attribuendo alla Consob non solo poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori.

A fronte di tale compresenza di discipline e al fine di evitare una possibile violazione del *ne bis in idem*, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario individuare un’unica autorità competente nella materia sottoposta al suo Parere. Per fare ciò, ha richiamato come criterio di risoluzione il principio di specialità poiché, quando l’interesse perseguito da un duplice apparato normativo appaia il medesimo, è necessario evitare “[p]er ragioni di coerenza, non contraddizione, economia ed efficacia” la duplicazione degli interventi di *enforcement*.

Sotto un profilo oggettivo, il Consiglio di Stato ha rilevato che “[n]on pare dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di sistema, distinto rispetto al mercato in generale”. Dal punto di vista soggettivo (*i.e.* il destinatario delle sanzioni nonché il beneficiario dell’intervento dell’autorità) il Consiglio di Stato ha osservato che se l’AGCM è l’autorità posta a tutela della concorrenza nel mercato in generale e il suo beneficiario naturale è il “consumatore”, la Consob è l’autorità preposta dal TUF a tutela degli investitori e dell’efficienza, della trasparenza e dello sviluppo del mercato mobiliare e trova pertanto i suoi beneficiari naturali nei “risparmiatori” e negli “investitori”, che sarebbero *species* del più ampio *genus* dei “consumatori”.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha evidenziato che in materia di PCS, relative alla vendita di prodotti finanziari, tra professionisti che operano nei servizi finanziari e i consumatori, “[a]ll’elemento oggettivo della specialità (che si risolve a favore della CONSOB) costituito dall’ambito di riferimento (il mercato mobiliare rispetto al mercato generale) si aggiunge quello soggettivo della coerente tipologia sociale ed economica del beneficiario”.

Da qui la conclusione che, applicando il principio di specialità, relativamente al settore dei servizi finanziari “[l]a disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l’AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla Consob”.

In sintesi, dunque, il Consiglio di Stato ha ritenuto che quando la normativa generale a tutela dei consumatori e la regolamentazione specifica di settore sono diretti a tutelare gli stessi interessi, in presenza di una disciplina regolamentare dettagliata e completa la cui applicazione sia affidata ad un’autorità dotata di adeguati poteri sanzionatori, eventuali sovrapposizioni normative devono essere risolte alla luce del principio di specialità.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha chiarito che tale soluzione potrebbe non essere replicabile con riferimento ad altri settori regolamentati, in quanto “[i]l principio di specialità opera [nel settore dei servizi finanziari] perché esiste una compiuta ed organica disciplina della materia che dà luogo appunto a un rapporto di specialità”, la cui esistenza deve necessariamente essere attentamente valutata caso per caso.

Tale *caveat* è stato effettivamente confermato dalla giurisprudenza amministrativa successiva all’adozione di tale Parere, che ha ripetutamente escluso l’applicabilità del principio della *lex specialis* con riferimento ad altri settori regolamentati, confermando di conseguenza la competenza dell’AGCM ad applicare la normativa sulle PCS anche nei settori regolati, con l’unica eccezione dei servizi finanziari puntualmente disciplinati dal TUF²².

Lo scenario appena descritto è radicalmente cambiato nel 2012, quando il Consiglio di Stato è stato nuovamente chiamato a pronunciarsi sulla c.d. *actio finium regundorum* tra regolazione settoriale e diritto generale dei consumatori. A tal proposito, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha adottato cinque decisioni (le “Plenarie”) relative alla competenza dell’AGCM ad applicare le norme in materia di PCS ai settori delle telecomunicazioni e del credito, entrambi oggetto di specifica regolamentazione, la quale persegue, tra i suoi obiettivi istituzionali primari, la tutela dei consumatori²³.

²² Vedi, *inter alia*, Cons. Stato, 31 maggio 2011, n. 720; TAR Lazio, 30 giugno 2010, n. 14856; TAR Lazio, 29 marzo 2010, n. 4931.

²³ Le sentenze nn. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 si riferiscono al riparto delle competenze tra AGCM ed AGCOM, mentre, con la sentenza n. 14 del 2012, è stato esaminato il riparto tra le competenze di AGCM e Banca d’Italia. In particolare, le sentenze nn. 11 e 15 del 2012 riguardano la materia della “ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con



Al fine di inquadrare in maniera appropriata il rapporto tra norme sostanziali - primo passo logico verso una corretta individuazione dell'autorità competente - il Consiglio di Stato ha attribuito particolare rilevanza all'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo ai sensi del quale - in linea con l'art. 3(4) della Direttiva - in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle PCS. In sostanza, dunque, ha ritenuto che tale norma dovesse essere letta come codificazione del principio di specialità. In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto non praticabile la soluzione cumulativa, la quale prevede la contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione).

Inoltre, il Consiglio di Stato ha stabilito tre condizioni, che devono essere tutte soddisfatte per poter applicare il principio di specialità: (i) la normativa generale e la regolamentazione settoriale devono perseguire lo stesso obiettivo, vale a dire la tutela dei consumatori; (ii) la regolazione settoriale deve essere caratterizzata dalla completezza e dall'eshaustività, (iii) deve essere individuata un'autorità dotata di poteri sanzionatori, adeguati ad assicurare l'effettiva applicazione delle disposizioni normative.

Con riferimento al settore delle telecomunicazioni, tutte e tre le condizioni sono state ritenute pienamente soddisfatte.²⁴

Secondo l'Adunanza Plenaria, tali conclusioni sarebbero valide anche se analizzate alla luce del "principio di specialità" così come codificato negli artt. 3(4) della Direttiva e 19 del Codice del Consumo italiano. Come già visto, ai sensi delle succitate disposizioni, l'applicazione delle norme sulle PCS deve essere esclusa solo in presenza di un "conflitto" con le disposizioni regolamentari applicabili. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha stabilito che il concetto di "conflitto" deve essere inteso in termini di come situazione di "[d]ifficoltà di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole". Una diversa interpretazione, che attribuisse alla nozione di contrasto il significato di vera e propria antinomia normativa, vanificherebbe, secondo l'Adunanza Plenaria, la portata del principio sancito nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali (se non impossibili!) di incompatibilità tra discipline concorrenti²⁵.

operatori telefonici, televisivi e di servizi internet" di cui all'art. 1 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007 n. 40; la sentenza n. 12 del 2012 riguarda la materia del c.d. *repricing*, ossia la comunicazione a mezzo SMS agli utenti/abbonati delle variazioni dei piani tariffari di abbonamento di telefonia mobile; le sentenze nn. 13 e 16 del 2012 riguardano la materia del c.d. *teleselling*, ossia cattura a distanza (specialmente mediante *call center*) di clienti di servizi telefonici ed offerta di questi ultimi da parte degli operatori di settore.

²⁴ A tal proposito, infatti, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che: (i) la normativa di settore comprende a pieno titolo la tutela del consumatore/utente, osservando, tra l'altro, che numerose disposizioni del Codice delle Telecomunicazioni fanno riferimento alla protezione dei consumatori. Pertanto, il Consiglio di Stato ha respinto la tesi sostenuta dall'AGCM, in base alla quale il Codice delle Telecomunicazioni avrebbe avuto finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo. Difatti, secondo l'Adunanza Plenaria, sarebbe opera particolarmente difficile quella finalizzata "[a] sezionare chirurgicamente la disciplina al fine di enucleare singoli interessi oggetto di tutela, in reazione dell'inevitabile unitarietà degli interessi operanti nelle fattispecie concrete". Peraltro, a supporto della sua tesi, il Consiglio di Stato ha sottolineato l'importanza del fatto che il governo italiano abbia indicato alla Commissione europea l'AGCOM come autorità competente a tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche; (ii) "[l]a esaurività e la completezza della normativa di settore, affidata al controllo dell'AGCOM, esclude la possibilità di un residuo campo di intervento dell'AGCOM (anche in relazione agli obblighi di comportamento dell'operatore diligente), in quanto il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore, clausole che già di per sé consentono comunque di ritenere che non esistano aree non coperte dalla disciplina regolatoria". Difatti, la regolazione in esame dai principi generali scende sino al dettaglio dello specifico comportamento, non lasciando alcuno spazio per l'applicazione del diritto generale dei consumatori e respingendo di conseguenza l'approccio casistico, invocato dall'AGCM secondo cui la competenza andrebbe verificata *ex post* in relazione alle singole fattispecie; (iii) i poteri sanzionatori attribuiti all'AGCOM dalla normativa settoriale fossero adeguati ad assicurare l'effettiva applicazione delle disposizioni normative.

²⁵ Identici principi sono stati enunciati con riferimento al settore bancario. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha raggiunto una conclusione parzialmente diversa attribuendo la competenza all'AGCM e non alla Banca d'Italia, rilevando nella normativa di settore applicabile *ratione temporis* - il "Testo Unico Bancario" ("TUB") - l'assenza di qualsiasi riferimento alla tutela dei consumatori in quanto tali. In questo contesto, il Consiglio di Stato ha, comunque, precisato che le norme introdotte dal D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, relativa ai "contratti di credito" ai consumatori e altre modifiche del TUB, hanno contribuito a rendere più completa la disciplina di settore del credito e del risparmio, rappresentando il primo passo verso la trasformazione del TUB in una normativa settoriale esauritiva e completa.



Le conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze del maggio 2012 sono stati successivamente confermate dalla giurisprudenza del TAR Lazio²⁶.

In questo contesto, un ulteriore sviluppo deriva dall'adozione, da parte del governo italiano, del decreto legge sulla c.d. "spending review"²⁷, che – attraverso una tecnica legislativa alquanto discutibile – sembrava essere volto a ripristinare margini per l'attività di controllo dell'AGCM nei settori regolamentati.

Infatti, l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* – nell'aumentare fino a cinque milioni di euro l'importo massimo delle sanzioni pecuniarie irrogabili dall'AGCM per la violazione delle disposizioni sulle PCS – interviene anche, in via incidentale, sul riparto di competenze tra l'AGCM e le autorità settoriali, specificando che la competenza ad accertare e sanzionare le PCS "[è] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati".

Solo quando tali condizioni siano cumulativamente soddisfatte, la competenza delle autorità di settore può effettivamente portare ad una disapplicazione del diritto generale dei consumatori, il cui *enforcement* spetta all'AGCM.

Anche se questa nuova disposizione legislativa potrebbe essere considerata come una svolta in contrasto con le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa²⁸, in realtà essa appare perfettamente coerente con i principi di cui all'art. 3(4) della Direttiva e l'art. 19(3) del Codice del Consumo, in quanto sembra sostanzialmente confermare i criteri enunciati dal Consiglio di Stato nelle Plenarie²⁹.

4. Conclusione.

La giurisprudenza analizzata – nel confermare che, salvo circostanze del tutto eccezionali, l'applicazione della normativa specifica di settore non esclude la contemporanea applicazione del diritto della concorrenza europeo (artt.

²⁶ Nel gennaio 2013, conformemente ai principi enunciati nelle Plenarie, il TAR Lazio ha stabilito la competenza esclusiva dell'"Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private" ("ISVAP") in materia di tutela dei consumatori con riferimento al settore assicurativo. In questo caso, l'AGCM aveva sanzionato un'impresa per aver violato il divieto di adottare PCS nel settore assicurativo privato. La competenza dell'AGCM ad irrogare tali sanzioni è stata impugnata dinanzi al TAR Lazio invocando la normativa stabilita nel Codice delle Assicurazioni Private, istituito con D.lgs. del 7 settembre 2005 n. 209, che, secondo il ricorrente, soddisfaceva pienamente le tre condizioni richieste dal Consiglio di Stato per l'applicazione del principio di specialità. Difatti, essa ha come obiettivo precipuo la tutela dei consumatori; possiede le caratteristiche di completezza e dettaglio e l'autorità settoriale cui è attribuita la competenza per la sua applicazione risulta dotata di adeguati poteri sanzionatori. Cfr. TAR Lazio, 17 gennaio 2013, n. 535. Inoltre, il 18 febbraio 2013, il TAR Lazio ha confermato la competenza dell'AGCOM in materia di tutela dei consumatori nel settore delle telecomunicazioni, disapplicando conseguentemente il codice del consumo e, dunque, conformandosi alle commentate Plenarie. In questo caso, l'AGCM aveva sanzionato un'impresa per aver violato il divieto di adottare PCS nel settore assicurativo privato. La competenza dell'AGCM ad irrogare tali sanzioni è stata impugnata dinanzi al TAR Lazio invocando la normativa stabilita nel Codice delle Assicurazioni Private, istituito con D.lgs. del 7 settembre 2005 n. 209, che, secondo il ricorrente, soddisfaceva pienamente le tre condizioni richieste dal Consiglio di Stato per l'applicazione del principio di specialità. Difatti, essa ha come obiettivo precipuo la tutela dei consumatori; possiede le caratteristiche di completezza e dettaglio e l'autorità settoriale cui è attribuita la competenza per la sua applicazione risulta dotata di adeguati poteri sanzionatori. Cfr. TAR Lazio, 17 gennaio 2013, n. 535.

²⁷ D.l., July 6, 2012, No 95.

²⁸ Vedi, *inter alia*, Circolare Assonime, 15 gennaio 2013, n. 2, p. 5 ss.

²⁹ Tuttavia, a livello europeo, la Commissione nella sua "Prima relazione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE" ("Relazione") – pubblicata il 14 marzo 2013 – ha rilevato che "[w]here sectorial legislation conflicts with the Directive's general provisions, the corresponding provisions of the *lex specialis* will prevail. [...] However, the existence of specific EU rules in a given sector does not exclude the application of the Directive: in these cases and in relation to all the aspects not covered by the *lex specialis*, the UCPD complements these sectorial provisions and fills any remaining gaps in the protection of consumers against unfair commercial practices". Vedi Commissione europea, 3 marzo 2013, *First Report on the application of Directive 2005/29/EC*, op. cit., Section 2.5, disponibile sul sito Internet http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_report_en.pdf (consultato il 25.05.2013). La Commissione, nell'adottare un approccio casistico, sembra, dunque, disattendere parzialmente le conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato nelle Plenarie. Conferma di ciò potrebbe essere desunta dal fatto che è stata avviata una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE contro l'Italia per il mancato adempimento dei propri obblighi con riferimento al corretto recepimento della Direttiva (cfr. richiesta di informazioni inviata dalla Commissione europea al Governo italiano il 16 novembre 2012).



101 e 102 TFUE) – pone numerosi interrogativi in merito all’impatto del c.d. approccio cumulativo sulla libertà di iniziativa economica privata sancita all’art. 41 Cost.

Come sostenuto da Tullio Ascarelli, infatti, una volta “[a]ffermato il principio generale della libertà di esercizio di una attività economica, si pone il problema della concorrenza”³⁰. A riguardo, se appare difficile rintracciare il principio di tutela della concorrenza nella diritto di libertà sancito al primo comma dell’art. 41 Cost., è la presenza stessa del vincolo di cui al secondo comma, che delimita esternamente la suddetta libertà³¹, a fondare e giustificare costituzionalmente la disciplina antitrust in nome di un interesse generale superiore, quello dell’utilità sociale, che trova nelle norme volte a tutelare il libero gioco della concorrenza uno dei mezzi finalizzati a realizzare le condizioni necessarie a garantire la contendibilità del mercato.

La rilevanza centrale della normativa antitrust, oggi affiancata dalla regolazione di settore, “nel (e per il) diritto dell’impresa”³² è, oggi, confermata dall’art. 1 della Legge n. 287 del 1990, il quale si auto-proclama normativa di “[a]ttuazione dell’art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica”. A tal proposito, Giorgio Oppo ha ironicamente individuato una forma di “strabismo costituzionale” insito in una Legge che pretende di dare attuazione alla libertà di iniziativa economica attraverso l’imposizione di limiti all’autonomia privata e alle condotte astrattamente utilizzabili dalle imprese nel mercato³³, caratteristica, peraltro, pienamente condivisa anche dalla regolazione specifica di settore (v. *supra*, Introduzione).

In realtà, non si tratta di “strabismo costituzionale” in quanto, come detto, il fondamento costituzionale della normativa antitrust riposa proprio sul limite dell’utilità sociale, la cui presenza non è affatto ostativa alla configurazione e, soprattutto, alla concreta esistenza di un diritto di libertà³⁴. Tuttavia, ciò non può degradare la libertà di cui all’art. 41 Cost., autorizzandone una lettura funzionalizzante. Tale possibilità è, infatti, negata in principio proprio in virtù del fatto che “[i]l riconoscimento giuridico di una libertà, con conseguente attribuzione al soggetto titolare della stessa della facoltà di scegliere sul ‘se’, sul ‘come’ e sul ‘quando’ esercitarla, è incompatibile con la sua funzionalizzazione”³⁵.

Di conseguenza, per la normativa antitrust, l’utilità sociale viene ad assumere un duplice ruolo, costituendone allo stesso tempo: (i) il fondamento e la giustificazione; e (ii) il criterio di bilanciamento interno che ne orienta l’applicazione pratica.

Da ciò discende che le Autorità (di concorrenza e di regolazione), nell’esercitare l’ampia discrezionalità loro riservata, sono gravate da un’importante responsabilità nell’applicazione delle disposizioni normative rilevanti. Difatti, il loro intervento, pur mirando a tutelare la libertà di iniziativa economica, si traduce *de facto* in una compressione della stessa, giustificabile esclusivamente in funzione di un attento bilanciamento degli interessi in gioco – reso inevitabilmente più complesso dalla c.d. “Costituzione integrata” alla luce del diritto europeo.

La simultanea applicazione del diritto della concorrenza e della regolazione di settore potrebbe, dunque, avere l’effetto – ulteriore rispetto alle conseguenze già discusse – di cristallizzare il mercato, riducendo, fino ad eliminare, la libertà di iniziativa economica privata, tramite l’imposizione di limiti finalistici che radicalmente escludono l’esistenza di un tale diritto.

Una volta riconosciuto il valore costituzionale della tutela della concorrenza, è fondamentale far dialogare quest’ultima con il polo soggettivo della garanzia individuale apprestata dall’art. 41 Cost. Al contrario, si registra sempre

³⁰ T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1954, p. 875. Tale affermazione è stata formulata per la prima volta nella Prolusione al corso di diritto industriale nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “La Sapienza”, 27 novembre 1953.

³¹ A. Pace, *L’iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II, p. 1622-1623.

³² G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit., il quale cita a sua volta G. Oppo, *Diritto dell’impresa e morale sociale*, in *Scritti Giuridici*, vol. VI, p. 279; G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella <tutela della concorrenza>*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II p. 543; G. Oppo, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da V. Buonocore*, Torino, 2001, p. 44.

³³ G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella <tutela della concorrenza>*, cit., p. 88 ss.

³⁴ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 116 ss.

³⁵ A. Pace, *L’iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, cit., p. 1596.



più una tendenza a “[s]postare l’attenzione sul polo funzionale ed oggettivo del libero mercato concorrenziale come valore in sé, tutelabile in virtù di un suo valore ontologico anziché per la sua strumentalità a soddisfare le pretese dei singoli”³⁶.

Tale spostamento è tanto più pericoloso proprio alla luce dell’analisi condotta in precedenza con riferimento all’applicazione cumulativa di discipline dotate, per loro natura, di una notevole capacità di espandere l’intervento pubblico nel mercato – causando, peraltro, i ben noti problemi di eccesso di regolazione.

Ciò, in ultima istanza, ricade proprio sulla garanzia della libertà individuale d’impresa, la quale viene completamente assorbita dalla valenza oggettiva di quel mercato concorrenziale che, di volta in volta, sarà, discrezionalmente, identificato dalle autorità preposte e applicato dalla giurisprudenza.

Il rischio è che il limite esterno di cui al comma 2 dell’art. 41 Cost. da eccezione diventi regola, consentendo al binomio regolazione/antitrust di azzerare anche il contenuto minimo della libertà di iniziativa economica privata.

E allora, se è vero che il diritto antitrust è divenuto parte integrante dello “statuto concorrenziale del mercato”³⁷, al quale le imprese devono conformarsi “anche laddove ciò comporti un parziale sacrificio della loro autonomia negoziale”³⁸, e se è vero che i limiti imposti alla libertà d’impresa tramite la normativa antitrust discendono dalla stessa Costituzione – e sono, pertanto, legittimi – è altrettanto vero che le ragioni del mercato non possono tradursi nel c.d. “paradosso della libertà di concorrenza”³⁹, trasformando un diritto di libertà in una “libertà funzionale”.

³⁶ F. Cintioli, *Ripensare la costituzione partendo dall’art. 41*, disponibile sul sito Internet <http://www.magna-carta.it/content/1%E2%80%99art-41-della-costituzione-tra-paradosso-della-libert%C3%A0-di-concorrenza-e-%E2%80%9Cdiritto-della-cris> (consultato il 12.06.2013).

³⁷ G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit.

³⁸ G. Olivieri, *ibidem*.

³⁹ F. Cintioli, *Ripensare la costituzione partendo dall’art. 41*, op. cit.