

altre su base empirica, hanno cercato di quantificare il grado di efficacia dell'azione *antitrust* in base al loro effetto di deterrenza<sup>16</sup>.

La grande rilevanza di tale effetto emerge da alcune indagini sviluppate in un'ottica di *accountability* dall'Office of Fair Trading inglese, che, a fronte del numero di decisioni effettivamente assunte nel periodo 2004-2006 hanno valutato, per ciascuna diversa fattispecie, il rapporto fra il numero di illeciti scoperti e il numero di quelli mai realizzati o abbandonati a causa del rischio *antitrust*. Sulla base di diverse stime di quest'ultimo valore fornite da interlocutori del mondo della consulenza legale o in altri casi direttamente delle imprese, in particolare, sono stati calcolati *deterrence ratios* (definiti dal numero di infrazioni effettivamente scoperte e sanzionate rispetto a quelle evitate) pari fino a uno a cinque per le concentrazioni, a uno a dieci per gli abusi, e a uno a sedici per i cartelli<sup>17</sup>.

La capacità di deterrenza dell'*enforcement antitrust* dipende fondamentalmente da due elementi, vale a dire dal grado di probabilità che l'illecito venga scoperto e dalla severità della sanzione a esso applicabile.

Il primo elemento dipende sostanzialmente dalla dotazione di risorse e mezzi che ciascun Paese decide di destinare alle istituzioni deputate a tutelare la concorrenza; in tal senso, queste ultime dovrebbero, al fine di generare concreti benefici per i consumatori, poter disporre di adeguate risorse economiche, infrastrutturali e di *expertise* per poter svolgere efficacemente la loro attività di repressione degli illeciti<sup>18</sup>.

Il secondo elemento si sostanzia in un corretto utilizzo dello strumento sanzionatorio, il quale svolge una importante e irrinunciabile funzione segnaletica verso il mercato.

La comminazione di sanzioni è considerata tradizionalmente uno strumento fondamentale della politica *antitrust*; a tale proposito, occorre ribadire che la discrezionalità dell'Autorità nella determinazione della sanzione trova indiscutibile fondamento nella sua natura di unico soggetto tecnico detentore della capacità di identificare le ottimali modalità di repressione degli illeciti.

Tale strumento assume peraltro un ruolo di notevole rilievo nel valorizzare istituti più recenti del diritto della concorrenza comunitario e nazionale, quali i programmi di clemenza o

<sup>16</sup> Clarke, J.L., Evenett, S.J. "The Deterrent Effect of National Anticartel Laws: Evidence From The International Vitamins Cartel" The Antitrust Bulletin, fall 2003; "The impact of competition interventions on compliance and deterrence", Final report, Office of Fair Trading, dec. 2011.

<sup>17</sup> "The deterrent effect of competition enforcement by the OFT", A report by Deloitte, nov. 2007.

<sup>18</sup> "In order to be able to generate...benefits to society, competition authorities need to be adequately equipped for their tasks and be able to act under suitable conditions for the execution of their tasks, in an impartial and independent manner. Such means for effective and sustained operation must be guaranteed, including in times of budgetary constraints....national competition authorities must be endowed with the appropriate infrastructure and expert resources to be able to investigate and take action against infringements..." Resolution of the Meeting of Heads of the European competition authorities, Bruxelles, nov. 2010.

gli impegni, la cui efficacia, in ultima analisi, dipende fortemente proprio dall'effetto di deterrenza delle sanzioni. Queste valgono infatti a creare nelle imprese i corretti incentivi tanto a rivelare le infrazioni alla normativa *antitrust* e a collaborare con l'Autorità per poter fruire del trattamento favorevole, annullando o riducendo l'ammontare atteso della sanzione, quanto, utilizzando lo strumento degli impegni, a proporre soluzioni concrete di comprovabile efficacia per l'eliminazione delle preoccupazioni concorrenziali di alcune condotte come individuate in un procedimento istruttorio, evitando così l'accertamento dell'illecito e, conseguentemente, la sanzione prevista.

L'introduzione nella legislazione nazionale dei due istituti della clemenza e degli impegni, come pure della possibilità di adottare misure cautelari, ha comportato negli ultimi anni senza dubbio un importante ed efficace ampliamento degli strumenti a disposizione dell'Autorità.

Una seria attività di lotta ai cartelli, di costante centralità nell'attività *antitrust*, è particolarmente necessaria nelle fasi di recessione, in cui meno che in altri periodi possono tollerarsi illecite restrizioni e vincoli al raggiungimento di condizioni di efficienza nei mercati a detrimento dei consumatori e dello sviluppo economico.

Una convinta attuazione a livello nazionale del *leniency program*, nell'ambito di un quadro di coerenza dei suoi aspetti applicativi con i corrispondenti programmi delle altre Autorità nazionali e di quello comunitario, sempre più necessaria a fronte del carattere spesso transfrontaliero delle pratiche collusive, costituisce un elemento imprescindibile di tale attività; anche se l'utilizzo di tale strumento non può che essere interpretato in rapporto di complementarità, non di sostituzione, agli strumenti tradizionali di lotta ai cartelli, pena la sua stessa inefficacia.

L'istituto degli impegni, come è stato felicemente sottolineato, possiede un carattere di flessibilità certamente positivo per l'efficacia della politica di concorrenza, nella misura in cui permette, laddove nella disponibilità delle imprese proponenti, l'adozione di comportamenti che oltre a rimuovere i profili di criticità concorrenziale, consentono di risolvere più radicalmente le ragioni strutturali che hanno determinato la distorsione<sup>19</sup>.

Stante l'assoluta discrezionalità dell'Autorità, come confermato dalla giurisprudenza nazionale, nella valutazione dell'efficacia degli impegni proposti dalle parti, il concreto utilizzo di questo strumento, anch'esso di derivazione comunitaria, deve tuttavia seguire i canoni delineati del diritto europeo.

In tal senso, e solo nei casi di restrizioni alla concorrenza di non elevata gravità, per le quali ne sia consentita l'applicazione, da un lato le misure proposte devono derivare da un

---

<sup>19</sup> A.Catricalà, "L'*antitrust* fra regolazione e mercato" in "20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato" a cura di Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci, Giappichelli, Torino, 2010.

autonomo esercizio di volontà e disponibilità delle parti, dall'altro la loro eventuale accettazione da parte dell'Autorità deve derivare da un rigoroso convincimento della loro comprovata efficacia, convincimento che, pur autonomamente, deve formarsi nell'ambito di un trasparente confronto con tutti i soggetti interessati.

I fini raggiungibili mediante l'utilizzo di tale strumento, funzionale al conseguimento di concreti risultati sul mercato anche in un'ottica di snellimento delle procedure, devono in ogni caso contemperarsi con l'obiettivo, di impatto più ampio e duraturo, di un corretto indirizzo dei comportamenti imprenditoriali in un contesto di certezza del diritto; obiettivo che può essere raggiunto, nel medio-lungo periodo, solo grazie al consolidamento di principi giurisprudenziali, che si formano in seguito al vaglio del giudice amministrativo sui provvedimenti assunti dall'Autorità al termine di un procedimento istruttorio svolto nella piena tutela del contraddittorio.

*I compiti di diretta tutela del consumatore: le nuove competenze in tema di clausole vessatorie e tutela delle micro-imprese*

Un'azione efficace a sostegno della ripresa economica non può prescindere da una decisa azione di tutela della correttezza delle pratiche commerciali e dell'interesse pubblico alla veridicità delle informazioni fornite ai consumatori; la cui capacità di esercitare una scelta di acquisto pienamente libera e consapevole è elemento imprescindibile per il funzionamento di un mercato effettivamente concorrenziale.

Purtroppo, l'esperienza maturata indica che troppe aziende appaiono più propense all'immediata acquisizione del precario consenso della controparte che al consolidamento del rapporto nel tempo, da conquistare attraverso la migliore qualità del prodotto e del servizio. Sembra passare in secondo piano, invece, il fatto che con il Codice del consumo si è affermato in Italia un concreto principio di origine comunitaria, già vigente in altri Paesi: le tutele riservate alle parti contrattuali non devono pregiudicare il consumatore. Non solo una tutela formale, che era già prevista nel Codice civile, ma sostanziale: il professionista dimostra diligenza e correttezza se costruisce con il consumatore un rapporto negoziale improntato alla massima chiarezza possibile e rispettoso delle attese della parte più debole e meno informata circa i possibili rischi, le onerosità, le indeterminanze di un'offerta contrattuale.

L'esercizio, a partire dal 2007, delle nuove competenze in materia di pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità ha consentito certamente di colmare una rilevante lacuna nel nostro ordinamento, e ha elevato lo standard generale di tutela dei diritti dei consumatori, elemento estremamente necessario in tempi di crisi.

Consapevole della complessità e lunghezza del percorso necessario per consolidare un'effettiva cultura consumeristica e prassi commerciali virtuose, l'Autorità non ha tuttavia mancato di sottolineare talune inadeguatezze e carenze della disciplina, sia sostanziali che

procedurali, che occorreva superare perchè risultasse garantita la piena effettività del diritto dei consumatori.

Recependo un auspicio espresso dall'Autorità, il recente decreto-legge n. 1/2012, recante *“Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”*, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (d'ora in avanti d.l. n. 1/2012), ha compiuto in tal senso un importante passo verso la concentrazione in capo a quest'ultima delle competenze di tutela diretta del consumatore. L'articolo 5 del decreto, infatti, aggiungendo l'art. 37-*bis* al Codice del consumo, ha attribuito all'Autorità compiti di tutela di natura amministrativa in relazione alla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori, che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o le loro unioni.

Al fine di garantire la massima efficacia dell'attività di controllo amministrativo sulle clausole suddette, lo stesso decreto ha previsto che l'Autorità, con proprio regolamento, disciplini la procedura istruttoria, le modalità di consultazione con le associazioni di categoria e il sistema camerale, nonché le modalità dell'interpello.

La nuova competenza merita positivo apprezzamento in quanto funzionalmente connessa e complementare a quelle già attribuite all'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette. La novità di maggiore rilievo, rispetto alla disciplina oggi vigente in tema di clausole vessatorie -fondata sul controllo giudiziale-, risiede nell'introduzione di un controllo di tipo amministrativo: scelta che risponde opportunamente alle esigenze di apprestare una più effettiva tutela ai diritti del consumatore, ma che non appare neppure priva di profili di problematicità, avuto riguardo alla coesistente parallela competenza del giudice ordinario in materia.

Peraltro, nel disegno normativo, l'intervento dell'Autorità non è prefigurato soltanto in chiave successiva, secondo una tecnica di intervento sostanzialmente giudiziale. La norma ha previsto, infatti, che le imprese interessate possano interpellare preventivamente l'Istituzione in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori, con la conseguenza che un eventuale giudizio di non illiceità reso a seguito di interpello avrà l'effetto di inibire ogni successiva valutazione da parte dell'Autorità sul medesimo oggetto. La possibilità per i professionisti di conoscere preventivamente il giudizio dell'Istituzione esalta la funzione di indirizzo e di guida che potrà essere svolta dall'Autorità nella elaborazione di condizioni generali di contratti o di moduli, modelli e formulari: con sostanziali benefici sul terreno della prevenzione di condotte pregiudizievoli degli interessi dei consumatori e, quindi, di alleggerimento dell'attività istruttoria da svolgersi *ex post*, su iniziativa d'ufficio o denuncia dei soggetti interessati.

L'esercizio di tale facoltà di interpello dovrebbe riguardare, tuttavia, ipotesi di modifica di clausole già oggi utilizzate dai professionisti nei propri contratti ovvero clausole nuove di cui essi intendano avvalersi in futuro, dovendosi ritenere invece esclusa la possibilità di richiedere il giudizio dell'Autorità in modo generalizzato, con riferimento ai contratti attualmente vigenti. In ogni caso, poiché l'emanando regolamento sulle procedure istruttorie dovrà definire, tra l'altro, proprio la disciplina dell'interpello, l'effettiva operatività del nuovo istituto resta subordinata all'emanazione del citato atto da parte dell'Autorità.

L'altra rilevante novità introdotta dal d.l. n. 1/2012 è costituita dal rafforzamento degli strumenti di tutela a favore delle imprese di minori dimensioni, che rappresentano il tratto caratterizzante della struttura produttiva del Paese: in tale ottica, l'art. 7 del decreto ha esteso le tutele attualmente previste dal Codice del Consumo a favore dei soli consumatori persone fisiche anche alle microimprese, definite come *“le entità, le società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione della commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003”*.

Si tratta di una previsione opportuna, anch'essa auspicata dall'Autorità, in ragione della sostanziale assimilazione delle esigenze di tutela di tali soggetti a quelle proprie del consumatore - persona fisica. In virtù della modifica introdotta, l'Autorità potrà intervenire nei confronti di condotte ingannevoli e/o aggressive poste in essere a danno di microimprese anche in difetto di un qualunque messaggio pubblicitario; la lesione degli interessi delle microimprese derivante dall'eventuale ingannevolezza di questi ultimi restando disciplinata in via esclusiva dalle disposizioni del d.lgs. n. 145/2007.

### **Il contrasto alle restrizioni pubbliche e la promozione della legalità nei mercati: i nuovi poteri dell'Autorità**

L'efficacia dell'azione di un'Autorità di concorrenza non si misura solo in relazione alle attività in applicazione della normativa *antitrust* e di quella di tutela del consumatore, ma anche con riguardo alla sua capacità di influire sul quadro normativo, segnalando le restrizioni ingiustificate all'attività economica che trovano origine in regolamenti o norme di legge, e tracciando gli obiettivi prioritari di riforma pro-concorrenziale del sistema economico.

Quale riconoscimento dell'importante ruolo svolto negli anni sul terreno della promozione della concorrenza, l'Autorità è stata di recente investita di nuovi compiti e prerogative che, consentendo una più efficace azione pro-concorrenziale nelle diverse aree di intervento, influiranno positivamente sulla competitività del sistema economico e, dunque,

sulle possibilità di crescita e sviluppo del Paese in una prospettiva di sempre maggiore integrazione europea e di rafforzamento del mercato unico.

Al riguardo, viene in primo luogo in rilievo il decreto-legge 6 dicembre 2011 n. 201 recante “*Disposizioni urgenti per l’equità, la crescita e il consolidamento dei conti pubblici*”, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (d’ora in avanti d.l. n. 201/2011), che, da un lato, ha introdotto con l’art. 34 un parere preventivo obbligatorio dell’Autorità sui disegni di legge governativi e sui regolamenti; dall’altro, con l’art. 35, ha attribuito a essa la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi che determinino violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Il primo rimedio, intervenendo nel procedimento di formazione di leggi e regolamenti, ha carattere preventivo ed è volto a evitare l’introduzione di nuove ingiustificate restrizioni alla concorrenza.

Il secondo è chiaramente concepito come uno strumento di reazione, la cui introduzione era stata già auspicata dall’Autorità<sup>20</sup>. La norma reca, tuttavia, alcune peculiarità sul piano procedurale che non ne fanno soltanto uno strumento di portata reattiva: la legittimazione ad impugnare viene inserita, infatti, in un quadro più ampio volto a favorire anche il dialogo e lo spontaneo ravvedimento dell’amministrazione che ha adottato l’atto illegittimo.

In secondo luogo, vengono in rilievo il già citato d.l. n. 1/2012, nonché il decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo*”, in via di conversione (d’ora in avanti d.l. n. 5/2012). Entrambi hanno introdotto il parere preventivo obbligatorio dell’Autorità con riguardo ai regolamenti governativi che dovranno essere adottati per dare compiuta attuazione alle norme di liberalizzazione e semplificazione dettate, rispettivamente, dagli articoli 1 e 12 di tali decreti.

### *Il rafforzamento della funzione di advocacy*

Il rafforzamento del potere di *advocacy* dell’Autorità si inquadra nella norma sulla liberalizzazione dei mercati di cui all’art. 34 del d.l. n. 201/2011, che costituisce l’epilogo di una serie di tentativi compiuti dal legislatore negli anni più recenti per dare maggiore voce alla concorrenza nel processo di modernizzazione del sistema regolatorio nazionale. In tale quadro, la citata norma, dopo aver disposto la soppressione di talune rilevanti e perniciose restrizioni pubbliche dei mercati, ha dapprima previsto che “*L’introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l’esercizio di un’attività economica deve essere giustificato sulla base dell’esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità*”.

<sup>20</sup> V. Segnalazione AS659 “*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato*”, 4 febbraio 2010, in *Boll.* n. 4/2010.

Successivamente ha sancito in capo all'Autorità l'obbligo di rendere un *“parere obbligatorio, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche”*.

L'introduzione di siffatto parere completa l'intervento del legislatore volto a liberalizzare le attività economiche e può contribuire efficacemente ad arginare il rischio della reintroduzione di restrizioni normative ingiustificate nel quadro normativo interno. La norma è certamente, dunque, meritevole di apprezzamento: in un quadro generale innovato essa riconosce all'Autorità un ruolo di “filtro”, cruciale per impedire il risorgere di istanze protezionistiche nell'ordinamento.

I limiti della nuova previsione riguardano principalmente l'ambito applicativo. Poiché il parere preventivo è stato introdotto soltanto per il disegni di legge governativi e i regolamenti, l'enorme arcipelago delle legislazioni locali è destinato a restare fuori da ogni meccanismo efficace di tempestiva verifica. Il controllo sulla materia esercitato dalla Corte Costituzionale che, attraverso un'interpretazione ampia della “tutela della concorrenza” ex art. 117 Cost., lascia oggi spazi assai ridotti all'autonomia regionale, ha infatti carattere non solo successivo, ma meramente eventuale: pur fondamentale nel definire i rapporti tra i diversi livelli istituzionali nell'esercizio della potestà legislativa, esso non può pertanto sortire i benefici che avrebbe invece un meccanismo di controllo regolare svolto da un'autorità tecnica sui nuovi progetti di regolazione.

Da questo punto di vista, un utile ausilio potrà tuttavia venire dall'articolo 4 del d.l. n. 1/2012, ai sensi del quale *“La Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle Autorità indipendenti aventi ad oggetto restrizioni alla concorrenza e impedimenti al corretto funzionamento dei mercati al fine di predisporre le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dell'azione dei ministeri e normative di attuazione degli articoli 41, 117, 120, 127 della Costituzione”*. L'avvio di una operosa collaborazione istituzionale, in virtù della quale l'Autorità segnali al Governo le norme regionali in contrasto con la “tutela della concorrenza” ex art. 117 Cost., ai fini dell'eventuale impugnativa dinanzi alla Corte Costituzionale, appare suscettibile di dispiegare un importante effetto di barriera rispetto al dilagare di interventi ingiustificatamente restrittivi adottati in sede locale. Se congiuntamente considerato al penetrante controllo che sta svolgendo la Corte Costituzionale sulle legislazioni locali, la nuova previsione consente di confidare che anche su tale terreno possa registrarsi in prospettiva un'evoluzione virtuosa.

In aggiunta alle norme richiamate, concorrono da ultimo a rafforzare il ruolo di *competition advocacy* dell'Autorità altre disposizioni dei citati d.l. n. 1/2012 e n. 5/2012. Infatti, in un'ottica complementare alla previsione introdotta dall'articolo 34 del d.l. n. 201/2011, è destinato ad operare sia il parere preventivo che l'Autorità sarà chiamata ad

esprimere, ex art. 1 del d.l. n. 1/2012, sui regolamenti che il Governo dovrà adottare “*per individuare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, vengono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi*”, sia il parere preventivo che l'Autorità dovrà esprimere, ex art. 12 del d.l. n. 5/2012, sui futuri regolamenti del Governo volti a semplificare i procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa.

#### *La legittimazione a impugnare gli atti della pubblica amministrazione*

Non meno importante nella prospettiva di rafforzare l'azione di contrasto svolta dall'Autorità avverso le restrizioni amministrative della concorrenza è quanto previsto dall'articolo 35 del d.l. n. 201/2011 che, aggiungendo l'articolo 21-*bis* alla legge n. 287/90, ha attribuito all'Autorità la legittimazione ad agire innanzi al TAR Lazio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che determinano distorsioni della concorrenza. Lo stesso ha previsto, inoltre, che l'Autorità emetta entro 60 giorni un parere motivato, qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme sulla concorrenza; decorsi 60 giorni senza che l'amministrazione si sia conformata ad esso, l'Autorità potrà presentare, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso entro i successivi 30 giorni.

Non sono poche le questioni e i profili di problematicità che l'attribuzione di tale legittimazione straordinaria solleva sul piano sistematico e applicativo, la cui chiarificazione competerà alla dottrina e ancor più alla giurisprudenza<sup>21</sup>. Certamente, la norma ha una portata molto ampia, chiara riprova della volontà del legislatore di colpire l'agire anticoncorrenziale delle amministrazioni pubbliche, a prescindere *in primis* dalla specifica veste formale dell'atto amministrativo illegittimo. La stessa attribuisce, infatti, all'Autorità la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione, con una elencazione di tipologie che vale a ricomprendere qualsivoglia provvedimento possa promanare da una pubblica amministrazione.

Se poi si ha riguardo al processo di ampliamento della nozione di pubblica amministrazione che è ormai in atto da diversi anni, in virtù del quale è sempre più frequente che soggetti privati siano sottoposti al rispetto di norme tradizionalmente destinate a soggetti pubblici, lo spazio di impugnativa consentito all'Autorità si amplia ulteriormente, fino a potersi dispiegare nei confronti di soggetti formalmente privati che svolgono un'attività amministrativa rivolta al conseguimento di interessi pubblici quali concessionari e organismi

<sup>21</sup> M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità antitrust*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), dicembre 2011, n. 24; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 30 gennaio 2012.



di diritto pubblico. La legittimazione dell'Autorità ha in altri termini lo stesso perimetro e lo stesso ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, fatto salvo il vincolo di scopo che ne contraddistingue l'azione<sup>22</sup>.

Oltre al suddetto potere di impugnativa, la norma prevede la possibilità per l'Autorità, laddove ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, di emettere entro sessanta giorni un parere motivato, nel quale vengano indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare il ricorso al giudice amministrativo. E' oggetto di dibattito il rapporto tra siffatto parere motivato dell'Autorità e la legittimazione ad impugnare, sul quale sarà il giudice amministrativo a fare chiarezza. Certamente, la possibilità di procedere all'emissione di un parere motivato arricchisce le modalità di azione dell'Autorità, consentendo ad essa di (provare a) avviare un dialogo con l'amministrazione che ha adottato l'atto, rinviando ad un momento successivo l'eventuale ricorso al giudice.

I margini di utilizzo dello strumento appaiono come detto molto ampi, potendo con esso l'Autorità aggredire un novero di atti che comprende, a titolo esemplificativo, tutti i regolamenti sia statali che locali, i bandi di gara e qualsivoglia provvedimento qualificabile come amministrativo. E' indubbio, tuttavia, che i risultati più proficui dovranno attendersi dall'impugnativa avverso le delibere di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, delle quali l'Autorità è destinataria diretta secondo la normativa vigente.

La previsione di tale legittimazione in capo all'Autorità può contribuire, dunque, in modo decisivo a far evolvere il sistema amministrativo nazionale, e ancor più quello locale, verso una maggiore coerenza con i principi concorrenziali. Alla luce dell'avversione frequentemente manifestata dalle amministrazioni pubbliche verso una piena apertura alla logica del confronto competitivo, e a fronte della limitata efficacia degli interventi consultivi dell'Autorità, la possibilità per essa di ricorrere al giudice può agevolare lo sviluppo e il radicamento di una cultura del mercato che stenta ancora oggi ad affermarsi sul piano amministrativo.

#### *Mercato, tutela della legalità ed etica d'impresa*

Il mercato non è un luogo naturale, ma una costruzione giuridica che per esistere e funzionare ha bisogno di regole. Per questo, gli interventi di liberalizzazione che l'Autorità promuove non sono mai interventi di de-giuridificazione, ma interventi volti a sostituire regole anticompetitive con regole pro-concorrenziali.

---

<sup>22</sup> Come disposto dalla norma, infatti, l'impugnativa è ammessa solo quando un atto amministrativo risulti adottato "in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato".

Tuttavia, per assicurare un'economia aperta e in libera concorrenza, non è sufficiente che vi sia un quadro regolatorio adeguato. E' altresì indispensabile che le regole siano conosciute e rispettate da tutti: non solo quelle che presiedono al corretto funzionamento del mercato, ma l'insieme delle regole e dei vincoli giuridici cui soggiacciono le imprese operanti nell'ordinamento. Il sostanziale, uniforme ed omogeneo rispetto della legalità costituisce, infatti, la pre-condizione della parità concorrenziale tra le imprese che l'Autorità è chiamata a tutelare, affinché nel mercato sia l'impresa più efficiente a prevalere.

Se questo è il presupposto fondamentale e irrinunciabile per uno sviluppo sano dell'economia, è intuitiva l'intrinseca incompatibilità che vi è tra mercato concorrenziale e impresa criminale o mafiosa, la quale, per definizione, non compete ad armi pari, ma si avvantaggia illecitamente rispetto ai concorrenti sfruttando la propria capacità di intimidazione, grazie alla quale ottiene i fattori produttivi a condizioni di favore rispetto al resto dell'economia.

L'Autorità crede fermamente nell'intimo nesso esistente tra politiche concorrenziali a sostegno della crescita e promozione della legalità. Nella misura in cui una più radicata sensibilità etica delle imprese verso l'osservanza delle regole accresce la possibilità che il confronto possa svolgersi nel rispetto di logiche di mercato, a beneficiarne direttamente è la stessa dinamica competitiva all'interno del sistema economico, e di riflesso, le possibilità di sviluppo della società nel suo complesso. Per tale ragione, va accolto positivamente lo sforzo che di recente è stato messo in campo per rafforzare le sinergie esistenti tra etica, mercato e rispetto della legalità, e che ha condotto all'introduzione del "*Rating di legalità delle imprese*".

L'articolo 5-ter del d.l. n. 1/2012 prevede, in particolare, che "*al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali*", all'Autorità è attribuito il duplice compito di *i)* segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del citato scopo, anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché *ii)* procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, all'elaborazione di un *rating* di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale, del quale si terrà conto in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario.

All'Autorità spetterà, dunque, da un lato di suggerire al legislatore le modifiche normative ritenute più opportune per favorire la *compliance* delle imprese al quadro giuridico, dall'altro il compito di strutturare, congiuntamente con le altre Istituzioni, il nuovo sistema, rispetto al quale numerose sono le questioni da definire, a partire dai profili alla stregua dei quali valutare il rispetto della "legalità" - che è concetto ampio e poliedrico - e dall'individuazione *ex ante* di criteri oggettivi che consentano di valutarne la ricorrenza o meno.

La norma apre un'importante sfida, non solo per l'Autorità, per la novità "culturale" che essa racchiude. In un ordinamento tradizionalmente caratterizzato da diffusa illegalità e fondato su un approccio di tipo repressivo, si sono gettate le basi di un sistema premiale per l'accesso al credito delle aziende virtuose, e che si dimostrano attive nel contrasto alla criminalità. Per la prima volta, dunque, la lotta all'illegalità viene "pensata" in chiave incentivante, trasformando il suo rispetto in un prezioso valore aggiuntivo per le singole imprese.

Ma anche in un'ottica concorrenziale, i benefici che l'istituzione del *rating* è suscettibile di produrre appaiono tutt'altro che secondari.

E' noto che i fenomeni distorsivi del corretto funzionamento del mercato derivanti dalla esistenza di forme di illegalità e di criminalità organizzata nel sistema imprenditoriale sono molteplici, e si concretizzano nella prevalenza sul mercato di imprese caratterizzate non già da livelli di maggiore efficienza rispetto alle altre, quanto piuttosto dalla possibilità *i)* di disporre di grandi capitali, raccolti appunto illecitamente; *ii)* di reperire sul mercato merci e materie prime a prezzi ridotti e di avvantaggiarsi di una forte compressione salariale; infine, *iii)* nei casi di corruzione e di connivenza dei pubblici poteri, di non sostenere i costi derivanti dal rispetto della normativa a tutela dell'ambiente e dei lavoratori, gli standard di prodotto, la normativa fiscale, ecc. Ne deriva che il corretto funzionamento del mercato risulta fortemente compromesso sia per la presenza di "costi supplementari" che penalizzano una parte delle imprese, sia per la presenza di risorse "extra" che ne avvantaggiano altre.

Alla luce di ciò, si comprende l'importanza del nuovo strumento.

La scelta di un'impresa rispetto alla legalità non solo non è indifferente, ma favorisce anche la concorrenza nella misura in cui emargina le azioni illegali di chi contravviene alle regole. In un'ottica più ampia, emerge che la legalità non "conviene" solo alle imprese, ma fa bene in ultima analisi alla crescita. Favorendo sulla base di un meccanismo premiale l'osservanza delle leggi, comprese quelle a tutela della concorrenza, l'istituzione del *rating* avvia un circolo virtuoso positivo per l'economia e il Paese.

## 2. Liberalizzazioni, concorrenza e crescita economica

### La politica di concorrenza per la crescita economica

Per affrontare la prima vera grande crisi economica globale verificatasi dalla data della sua fondazione, l'Unione Europea sta attuando un'importante politica di coordinamento *ex ante* delle politiche dei singoli Stati membri; fatti salvi i vincoli di stabilità finanziaria che tutti gli Stati devono rispettare, nella fase attuale particolare enfasi è attribuita a una coerente implementazione di politiche di stimolo alla crescita economica e all'innovazione. Queste, a loro volta, trovano nella politica della concorrenza uno strumento essenziale, di promozione di mercati efficienti necessari al raggiungimento di tali obiettivi di medio-lungo termine<sup>23</sup>.

Il rapporto diretto fra la minimizzazione delle distorsioni concorrenziali di un sistema economico e la sua crescita è dimostrato da molti modelli teorici che hanno esplicitamente studiato gli effetti endogeni della competizione di mercato sulla crescita delle economie, analizzando, ad esempio, l'effetto depressivo sulla produttività procapite derivante dall'esercizio del potere di monopolio, il ruolo della concorrenza come arma contro il rallentamento dell'attività innovativa, nonché, in un contesto dinamico, il rapporto positivo fra crescita economica e interazione fra attività di ricerca e attività di sviluppo di nuovi prodotti, a sua volta stimolata da una più accesa concorrenza fra le imprese<sup>24</sup>.

Ampia letteratura empirica, a partire dal rapporto che esiste fra la regolazione nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni, dei trasporti e dei servizi professionali, e le relative *performance* delle industrie utilizzatrici di tali servizi, ha misurato la presenza di barriere all'entrata, l'integrazione verticale fra attività in monopolio e potenzialmente in concorrenza, le regolazioni restrittive sul livello dei prezzi e tariffe, sulla pubblicità, sulle forme di attività professionali, e ha mostrato come una riduzione del livello di regolazione anticompetitiva determina un sensibile effetto positivo sul valore aggiunto, sulla produttività e sulla crescita delle esportazioni delle industrie utilizzatrici di questi servizi<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> J. Almunia, *Priming Europe for Growth*, European Competition Forum, Bruxelles, 2 febbraio 2012.

<sup>24</sup> Romer, P. (1990) "Endogenous Technological Change", *Journal of Political Economy*, 98, n.5, Aghion, P. and Howitt, P. (1996) "Research and development in the growth Process", *Journal of Economic Growth*, 1, pp. 49-73, Aghion, P. Schankerman, M. (2004) "On the welfare effects and political economy of competition-enhancing policies" *The Economic Journal*, 114, pp. 800-824.

<sup>25</sup> Nicoletti, G. and Scarpetta, S. (2003) "Regulation, Productivity and Growth", *Economic Policy*, Vol. 36, pp. 11-72; Alesina, Ardagna, Nicoletti and Schiantarelli (2005) "Regulation and Investment" *Journal of the European Economic Association*, Vol. 3, n. 4 (June), pp. 791-825; Barone G., Cingano, F. (2008) "Service regulation and growth: Evidence from OECD countries", *Temi di discussione*, n. 675, Banca D'Italia; Bourles, Cette, Lopez, Mairesse e Nicoletti (2010) "Do product market regulations in upstream sectors curb productivity growth? Panel data evidence for OECD Countries" OECD, Economic Department Working Papers n. 791.

Con riguardo al contesto nazionale, il perdurante e preoccupante gap di produttività, competitività e redditività dell'Italia rispetto ad altri Paesi trova, fra le sue numerose e complesse ragioni, l'esistenza di un quadro di significativa arretratezza del generale contesto in cui si muove il sistema imprenditoriale rispetto agli standard internazionali e, segnatamente, europei.

Il nostro Paese registra valori tutti ampiamente superiori alla media UE di indicatori quali l'onere della regolamentazione statale, la lentezza del sistema giudiziario, la scarsa qualità delle infrastrutture di trasporto e la ridotta diffusione delle infrastrutture e delle tecnologie più avanzate di comunicazione elettronica, l'elevato livello dei prezzi dell'energia. Esso esibisce ancora una forte presenza pubblica nell'economia, in particolare a livello locale, e soffre altresì di uno scarso grado di concorrenza tanto nelle attività economiche di servizio quanto nel campo dei servizi professionali, circostanza che costituisce un fondamentale vincolo alla crescita e al raggiungimento di un soddisfacente grado di efficienza interna e competitività internazionale<sup>26</sup>.

### **Le grandi riforme strutturali per la concorrenza e la crescita**

L'istituto della legge annuale sulla concorrenza, funzionale all'obiettivo di riformare incisivamente, in senso concorrenziale, le stesse regole di funzionamento dell'intero sistema economico, pur introdotto nel nostro ordinamento già nel 2009, non aveva mai trovato finora attuazione. Nell'anno in corso, il Governo ha dato seguito a tale importante previsione attraverso l'emanazione del d.l. n. 1/2012, norma che si caratterizza per l'organicità e l'ampiezza delle misure che riguardano i settori più rilevanti della nostra economia ai fini della crescita, e per la preventiva segnalazione organica da parte dell'Autorità.

Il Governo ha aggiunto due ulteriori elementi che non erano presenti nell'originaria fisionomia dell'istituto.

Il primo è costituito dalla scelta di misure di immediato impatto ed efficacia sulla crescita: Governo e Parlamento affrontano prioritariamente alcuni nodi dell'economia italiana, pur senza escludere ma anzi postulando nuove riforme pro-concorrenziali. Partendo da un contesto economico con forti barriere all'ingresso nei mercati, resistenze corporative, strutture giuridiche che rafforzano il potere di mercato di un operatore a danno degli altri *player*, le liberalizzazioni non possono esaurirsi in un atto, ma sono un "processo", un "*work in progress*", che probabilmente vedrà impegnati Governo e Parlamento per tutta la legislatura. Concretezza,

---

<sup>26</sup> In particolare già in passato l'OCSE, e, più di recente, la stessa Commissione Europea, hanno individuato fra le principali ragioni delle difficoltà dell'economia italiana un impianto regolatorio arretrato, la persistenza di vincoli ingiustificati all'accesso e all'esercizio dell'attività economica, la sussistenza di posizioni di rendita inefficiente. OECD *ITALY-Better regulation to strengthen market dynamics* Reviews of Regulatory Reform. Paris, 2009; Commissione europea, Comunicazione "*Industrial policy: Reinforcing competitiveness*", COM (2011) 642 final, Bruxelles, oct. 2011.

immediata operatività e processualità delle riforme pro- concorrenziali creano — agli occhi dei mercati e delle loro istituzioni — un circolo virtuoso.

Il secondo elemento di innovazione è consistito nell'adozione dello strumento normativo del decreto legge in luogo della legge. Al fine di dare un segnale forte e chiaro ai mercati ed alle istituzioni europee, è stato adottato un decreto legge, che è — secondo la pregnante definizione di Carl Schmitt — una “legge motorizzata”, una legge cioè da approvare entro un termine costituzionale certo, ma che, in virtù della lungimiranza dei costituenti, non emargina il Parlamento dal circuito decisionale. La conversione è sede infatti di dibattito, di approfondimenti e di emendamenti. Si realizza così una co-legislazione governativa-parlamentare.

Come già rilevato, tuttavia, le liberalizzazioni non si esauriscono nell'adozione di misure *hic et nunc*, ma richiedono uno sforzo destinato a protrarsi a lungo e che necessiterà, per la sua effettiva implementazione, uno sforzo costante e un grande impegno, nel tempo, da parte di tutte le istituzioni, fra cui l'Autorità.

Se, ancora in un recente passato, l'apporto dell'Autorità per un'evoluzione proconcorrenziale dei mercati si è incentrato sui settori industriali per i quali più urgente appariva la necessità di un'omogeneizzazione alle condizioni di concorrenza prospetticamente richieste dai grandi processi di liberalizzazione comunitari, oggi, avendo a mente l'obiettivo ultimo della crescita economica, si individuano altre specifiche e prioritarie frontiere di intervento.

In particolare, un primo ambito raggruppa il settore dei servizi pubblici locali, quello dei trasporti e quello energetico, dove è più urgente iniziare o portare a compimento processi di liberalizzazione; in altri casi, anche al fine più generale di completamento del Mercato Unico, è necessario operare per garantire un funzionamento realmente concorrenziale di mercati che, per distorsioni normative, storico-fattuali o comportamentali, non riescono ad esprimere pienamente il proprio potenziale competitivo, come nel caso del settore distributivo - dalla distribuzione commerciale a quella dei carburanti- e di tutte le attività economiche di servizio, compresa quella dei servizi professionali, oltre che dell'offerta dei servizi postali, bancari e assicurativi.

Il Governo e il Parlamento hanno introdotto legislativamente importanti riforme strutturali negli ambiti descritti, anche sulla base di indicazioni provenienti dall'Autorità; quest'ultima intende accompagnare le future evoluzioni dei relativi mercati attraverso la propria azione di vigile applicazione delle norme a tutela della concorrenza, anche avvalendosi delle nuove importanti prerogative e funzioni attribuitele dalla legge.

*La riforma concorrenziale dei servizi pubblici locali*

Il d.l. n. 1/2012 contiene norme destinate a incidere sullo sviluppo e la crescita in primo luogo attraverso l'avvio o il completamento di processi di liberalizzazione in alcuni specifici settori economici, le cui condizioni di offerta hanno un cruciale e immediato rilievo sulla competitività dell'intero sistema produttivo nazionale.

L'ambito dei *servizi pubblici locali* deve considerarsi *in primis* area privilegiata per l'avvio di processi di liberalizzazione, per le condizioni estremamente insoddisfacenti dell'offerta a fronte dell'importanza che esso ricopre nell'economia complessiva<sup>27</sup>.

In tal senso, esso costituisce anche terreno di elezione per interventi dell'Autorità che, utilizzando tutti gli strumenti posti a sua disposizione dalla nuova normativa –segnatamente anche i poteri di cui al neointrodotta art. 21-*bis* della legge n. 287/90, di impugnativa nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni- saranno finalizzati a garantire, superando eventuali ingiustificate resistenze localistiche, l'efficacia dell'intrapreso processo di liberalizzazione nazionale.

A seguito di una vasta attività legislativa sviluppatasi nella seconda parte del 2011, dopo il superamento in via referendaria dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, il nuovo assetto normativo si fonda su un principio innovativo di liberalizzazione nella materia della gestione dei servizi pubblici locali, richiedendo a ciascun ente locale una cogente analisi preventiva della possibilità di un regime di offerta in *concorrenza nel mercato* per tali servizi. L'obiettivo è quello di limitare il regime di affidamento in esclusiva della gestione di detti servizi ai casi in cui una specifica analisi di mercato abbia dimostrato che la gestione in regime di esclusiva rappresenti l'unica forma idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività. In quest'ultimo caso, per gli affidamenti diretti di gestione di servizi che superino un determinato valore economico - e sia pure con una neo-introdotta possibilità di deroga temporalmente limitata per le società che risultino dall'integrazione operativa di precedenti

---

<sup>27</sup> Negli ultimi cinque anni le principali industrie del settore (idrico, smaltimento rifiuti, trasporto pubblico locale, gestione della sosta, distribuzione di energia e gas) hanno registrato trend di crescita nei ricavi (+9,5%), nei livelli occupazionali (+5%) e negli andamenti degli investimenti medi annui (+7%). Il settore ha pertanto esercitato un ruolo anticongiunturale, in controtendenza rispetto agli effetti della recessione sulle principali imprese industriali, a causa delle caratteristiche dei relativi servizi (volti a soddisfare bisogni essenziali dei cittadini la cui domanda è rigida al prezzo e al reddito disponibile) e della struttura patrimoniale delle imprese (concentrata più su impieghi produttivi che su investimenti finanziari). L'introduzione di una gestione concorrenziale dell'offerta di tali servizi appare quindi di estrema rilevanza, in considerazione non solo dell'importanza complessiva del comparto in rapporto alla sua incidenza sul PIL nazionale, ma anche con riguardo alle specifiche caratteristiche della domanda per i numerosi e variegati servizi che lo compongono, che risultano di assoluta essenzialità per la maggioranza dei cittadini.

gestioni nell'ambito di un bacino dimensionale ottimale-, la riforma ha poi ribadito la prevalenza del principio generale dell'affidamento con gara (*concorrenza per il mercato*)<sup>28</sup>.

Sulla materia è intervenuto in tal senso da ultimo l'art. 25 del d.l. n. 1/2012, con norme che, anche a seguito dell'apporto parlamentare, introducono aspetti di razionalizzazione delle gestioni improntati a criteri di efficienza dimensionale e rafforzano la liberalizzazione nel settore e la conformità alle regole nazionali e comunitarie in materia di procedure selettive ad evidenza pubblica<sup>29</sup>. Inoltre, viene attribuito all'Autorità un ruolo centrale nel processo di liberalizzazione, consistente nella verifica preventiva, attraverso l'emissione di un parere obbligatorio, della correttezza dell'operato dei più rilevanti Enti locali interessati nell'applicazione delle nuove disposizioni in materia di modalità di affidamento delle gestioni.

Una concreta attuazione del neointrodotta quadro regolatorio richiede innanzitutto una rapida approvazione del decreto ministeriale di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, finalizzato a definire i criteri cui devono ispirarsi gli Enti locali nello svolgimento della verifica di una gestione concorrenziale, a esempio anche attraverso procedure aperte di invito a manifestazioni di interesse degli operatori del settore a gestire in concorrenza i servizi, mediante un convenzionamento con l'ente che garantisca il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e un livello minimo di qualità del servizio.

L'Autorità svolgerà nel settore l'attività consultiva prevista con il massimo impegno e sulla base di tutti i necessari approfondimenti di merito, nella consapevolezza dell'importanza di tale attività nella delicata fase iniziale della transizione ad un regime quanto più possibile concorrenziale nell'offerta dei servizi pubblici locali. Non può tuttavia non menzionarsi, a questo proposito, la preferibilità di una soluzione che avesse previsto un carattere vincolante del parere da rendersi sulle verifiche di concorrenzialità degli enti locali, in assenza del quale, anche a fronte della possibilità di successiva impugnativa da parte dell'Autorità di cui

<sup>28</sup> L'art. 4 del decreto legislativo 13 agosto 2011, n. 138, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148, e successivamente, dalla legge 12 novembre 2011, n. 183, ha precisato –anche accogliendo numerosi suggerimenti formulati dall'Autorità– l'effettivo ampio ambito di applicazione della riforma, la cogenza di un obbligo di verifica concorrenziale degli enti locali, alcuni aspetti in materia di ampliamento del novero di soggetti suscettibili di partecipare alle gare; ha imposto obblighi informativi da parte dei gestori dei servizi nei confronti degli enti affidatari e ha introdotto un principio di *benchmarking* per la comparazione dell'efficacia delle diverse gestioni, demandando infine ad un apposito decreto ministeriale il compito di definire gli aspetti applicativi della riforma.

<sup>29</sup> Si prevede infatti che le Regioni e le province autonome, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, debbano organizzare, entro il termine del 30 giugno 2012, lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e attribuendo prioritariamente finanziamenti pubblici agli enti di governo degli ambiti, ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati con gara. La liberalizzazione a regime viene rafforzata i) estendendo l'ambito di applicazione della riforma anche al servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario, sia pure con esclusivo riguardo ai nuovi affidamenti a seguito della scadenza di quelli già assentiti; ii) riducendo da 900.000 euro annui a 200.000 euro annui il valore dell'affidamento al di sotto della quale sono consentite procedure di affidamento in esclusiva senza l'applicazione di procedure competitive ad evidenza pubblica, fatta salva la richiamata deroga nel caso di gestioni di bacini ottimali; iii) prevedendo incentivi a favore degli Enti Locali per l'applicazione di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di detti servizi.