

Agcm: autorità garante dei consumatori e del mercato?

Francesco Silva e Sergio Di Nola

La linea d'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è mutata negli ultimi cinque anni. Le sanzioni per abusi e cartelli hanno lasciato spazio agli impegni concordati con le imprese; l'obiettivo della tutela del consumatore ha prevalso su quella della tutela della concorrenza. L'articolo contiene una valutazione di questa nuova politica, complessivamente negativa per gli stessi consumatori. Se è vero che sono cambiate le norme sulla base delle quali l'Agcm opera, è altrettanto vero che sono cambiati anche i suoi obiettivi.

Introduzione

La società contemporanea è giustamente chiamata “dei consumi”, essendo questi non solo il motore della crescita economica, ma anche un fattore determinante dell'organizzazione e dei rapporti sociali, oltre che un importante spazio in cui si esprimono le scelte individuali.

Ci domandiamo: questa società “dei consumi” può anche essere chiamata “dei consumatori”, ossia società nella quale, dato il reddito nazionale, la sua distribuzione e il sistema produttivo (imprese, tecnologie, scambi internazionali), i consumatori ottengono la massima soddisfazione - o benessere economico - possibile?¹

La risposta non è affatto scontata: un conto è vedere esposte nella vetrina del pasticciere tante belle torte, un altro è comprarle e gustarle. Una società può dirsi “dei consumatori” se in essa sono soddisfatte alcune importanti condizioni, riferibili da un lato ai consumatori stessi e dall'altro alle imprese.

La prima e più ovvia condizione è che i consumatori abbiano potere d'acquisto, ma questo non basta. Bisogna anche che essi siano informati e sappiano scegliere, condizioni che molto spesso non sussistono o lo sono solo in modo parziale. Infatti, le scelte sono condizionate dalla qualità e dal costo dell'informazione, oltre che da una pubblicità che può essere più o meno informativa, ma anche ingannevole. Poiché non è detto che l'informazione sia completa, corretta e a basso costo, sono necessarie norme e istituzioni che portino a questo risultato: si pensi alla legislazione sulla trasparenza delle comunicazioni commerciali o alle istituzioni private e pubbliche che tutelano la qualità della pubblicità. Ma anche a prescindere dal

¹ Naturalmente è aperto a discussione il se e come la società dei consumatori, protesa all'“immediato” e ai loro diritti, possa coesistere con la società dei cittadini,

più attenta alle “prospettive” e ai diritti universali, ossia la migliore delle società possibili.

fattore informazione, la capacità di scelta ha dei limiti soggettivi: si pensi alla difficoltà di scelta in condizioni di rischio, o di soppesare il beneficio di breve periodo a fronte di possibili costi di lungo periodo; si pensi ancora ai condizionamenti sociali, come le pulsioni imitative. Come evidenziato in un recente articolo pubblicato su questa rivista (Faillo e Silva, 2009), stando così le cose vennero previsti interventi - “paternalismo libertario” - volti a disincentivare opzioni oggettivamente inappropriate: si pensi ai limiti imposti al consumo di alcolici. Altrettanto complessi sono i problemi che riguardano le scelte del risparmiatore.²

Dal punto di vista delle imprese le condizioni per l'esistenza di un'economia dei consumatori sono soprattutto tre. Innanzitutto ci riferiamo al comportamento concorrenziale. Poiché la concorrenza è quella regola di funzionamento del mercato che consente di offrire la maggior gamma di prodotti al prezzo più basso possibile, il suo rispetto induce il beneficio massimo ai consumatori, a scapito di rendite ingiustificate delle imprese. Una seconda condizione riguarda la responsabilità del produttore nel caso in cui il prodotto causi un danno al consumatore. Come noto, dall'antica situazione in cui prevaleva l'irresponsabilità del produttore - “*caveat emptor*” - che rendeva il consumatore molto prudente, si è pervenuti oggi a quella, ben più rassicurante per il consumatore, della responsabilità oggettiva del produttore (Cavaliere, Silva, 2000). Una terza condizione riguarda la possibilità di comportamenti scorretti da parte delle imprese, ossia alle cosiddette “pratiche commerciali scorrette”.

In questo articolo ci occuperemo in modo specifico dei comportamenti anticoncorrenziali e delle pratiche commerciali scorrette, per i quali il legislatore italiano ha stabilito che il soggetto istituzionale responsabile a individuarli e sanzionarli sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La tesi che qui sosteniamo è che l'Agcm, che istituzionalmente (oltre che per tradizione e pratica internazionale) è preposta a garantire la concorrenza - da cui il nome - negli ultimi anni abbia spostato la propria attenzione direttamente sui consumatori, prendendo decisioni di tipo consumeristico e sanzionando le pratiche commerciali scorrette. Cercheremo di spiegare come e perché questo sia avvenuto, ma anche come l'effetto di questa tendenza sia piuttosto incerto, se non controproducente, rispetto alla difesa sia della concorrenza sia del consumatore.

Alcuni dati

I dati che presentiamo e commentiamo si riferiscono alle decisioni prese tra il 2005 - anno in cui c'è stato il passaggio dalla presidenza Tesouro a quella Catricalà - e il maggio 2010. Esse sono un buon indicatore della politica seguita dall'Agcm durante la presidenza Catricalà.

² Su questo punto vedi una serie di articoli pubblicati su questa rivista, sempre sul n. 2/09.

Prima di commentare i dati è necessaria una premessa, volta a evidenziare il cambiamento istituzionale avvenuto soprattutto nell'ultimo quinquennio. L'Agcm, istituita nel 1990 con la Legge 287/90, solo per un periodo brevissimo della propria vita (1990-93) ha avuto esclusivamente funzioni antitrust, secondo il modello europeo.³ Infatti già nel 1993 le è stata attribuita anche la responsabilità in tema di pubblicità ingannevole (D.lgs. n. 74/93). Questa norma adombrava un'indicazione: l'Agcm era l'autorità a cui attribuire un ruolo di tutela del consumatore, anche a prescindere dalla sua funzione di garante della concorrenza. Si noti che in tal modo veniva introdotto surrettiziamente un equivoco, che avrebbe caratterizzato tutta la storia dell'Agcm fino a oggi. Un conto è tutelare i consumatori - obiettivo che appunto è raggiunto intervenendo nel campo dell'informazione e della legislazione "protettiva" (responsabilità del produttore, regole varie a tutela di certe categorie di consumatori ecc.) - e altra cosa è promuovere il loro benessere, obiettivo che si raggiunge al meglio con un sistema concorrenziale e, quindi, difendendo la concorrenza in quanto tale. Vi possono essere politiche - per esempio attuate dall'Agcm - che tutelano il consumatore, che non portano al suo benessere, nella misura in cui non perseguono con la dovuta determinazione la promozione della concorrenza. Poiché entrambi gli obiettivi sono importanti è opportuno non confonderli o, peggio ancora, far credere che si persegua l'uno nascondendolo con l'altro.

Successivamente viene attribuita all'Agcm, nel 2004 (Legge n. 215 del 7/7/2004), la competenza in tema di conflitto d'interesse, funzione politicamente "pesante", ma anche poco rilevante ai fini della tutela del consumatore, il cui adempimento appesantisce l'Autorità stessa, estendendone il campo d'azione.

Nel 2003 l'Ue introduce un nuovo Regolamento (1/2003) che interessa l'antitrust europeo e, di conseguenza, quelli nazionali. Alcune delle innovazioni di tale regolamento riguardanti le intese e gli abusi sono contenute nella Legge n. 248 del 4/08/2006.⁴ Esse si riferiscono, tra l'altro, al trattamento più favorevole nei confronti delle imprese che collaborino nell'accertamento di infrazioni della normativa per la concorrenza - programmi di clemenza o *leniency* - oltre che l'estensione della possibilità da parte dell'Autorità di accompagnare o sostituire i procedimenti sanzionatori con accordi con le imprese coinvolte nei provvedimenti, affinché s'impegnino a modificare i loro comportamenti secondo le direttive definite dall'Autorità stessa.

Nel 2005/6 all'Agcm viene, poi, attribuito l'importante potere d'intervento antitrust anche nel settore finanziario e del credito, precedentemente assegnato alla Banca d'Italia.⁵

Un'ulteriore importante modifica è introdotta dal D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, che ha trasposto nel Codice del consumo le disposizioni della Direttiva comunitaria 2005/29/Ce relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Questa norma riguarda le pratiche commerciali tra i professionisti, le imprese e i consumatori, ossia «qualsiasi azione,

³ Ci riferiamo alla presenza dei tre "capitoli" tradizionali dell'intervento antitrust: abusi, intese, concentrazioni.

⁴ E recepite con modifica della Legge 287/90 (artt. 14 e 15).

⁵ Legge n. 262 del 28/12/05 e D.l. 303 del 29/12/06.

omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». La disciplina intende imporre ai professionisti comportamenti virtuosi per quanto riguarda la completezza e non ingannevolezza delle informazioni fornite, e la piena correttezza delle condotte adottate nei confronti dei consumatori. L'enforcement della normativa è attribuito, principalmente, all'Agcm. Come si può ben capire, questa legge, prima europea e poi nazionale, muove nella direzione della tutela del consumatore e non del suo benessere tramite la concorrenza.

Infine, nel luglio 2009 (23/07/09), è stata approvata la Legge n. 99, che all'art. 47 introduce la "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*" che impone al Governo, entro 60 giorni dopo la Relazione annuale dell'Agcm (31 marzo di ogni anno), di presentare un disegno di legge che recepisca le modifiche legislative auspiccate dall'Autorità in tema di concorrenza, giustificando l'eventuale mancato recepimento di alcune indicazioni. Sugli effetti di questa norma è ancora troppo presto per dire qualcosa.

Nel corso degli anni le responsabilità e gli strumenti di cui disponeva originariamente l'Autorità sono aumentati considerevolmente. Le direzioni di queste modifiche sono chiare. Innanzitutto l'Agcm si caratterizza sempre più come autorità di regolazione, soprattutto per effetto dell'introduzione della "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*" e della possibilità di ricorrere agli impegni con le imprese. In secondo luogo, all'Agcm viene attribuito un potere assai maggiore con la possibilità d'intervento nell'importantissimo settore del credito e della finanza, oltre che con la responsabilità d'indagine nei conflitti d'interesse. Infine, soprattutto con il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, si allarga enormemente di fronte all'Agcm il vastissimo spazio d'intervento a tutela diretta dei consumatori, già aperto con la legge sulla pubblicità ingannevole. Quindi vi è uno spostamento di attenzione dal benessere del consumatore alla sua tutela.

A questo aumento di responsabilità e di poteri non corrispondono, però, né l'attribuzione di maggiori risorse, che consentano di sostenere i maggiori oneri che ne derivano, né di procedure istituzionali credibili, che consentano di valutare in modo continuativo e appropriato i contenuti e gli effetti della politica dell'Agcm per trarne eventuali conseguenze relative agli orientamenti e ai finanziamenti. In termini più tecnici, l'Agcm non è *accountable*. Questo è un serio problema politico, dal momento che gli ambiti di discrezionalità dell'Autorità sono ampi (Berti e Pezzoli, 2010) - scelte relative alla decisione di esercitare il potere d'indagine e ai modi in cui farlo, scelte relative agli obiettivi a cui attribuire priorità, scelte relative alla decisione se avviare un'istruttoria e come chiuderla - e il potere, anche solo nel senso di autorevolezza, di un'autorità che non si sostiene nel vuoto (Di Nola e Silva, 2008).⁶

⁶ Come si osserva nell'articolo, questa condizione di non accountability istituzionale potrebbe indurre comportamenti di tipo "populistico", ossia la ricerca di

un sostegno collettivo, di tipo extraistituzionale, che può essere trovato nei media e nei consumatori.

Veniamo finalmente ai dati. La Tab. 1 indica i numeri degli interventi dell'Agcm che portano a conclusione i procedimenti già avviati, per quanto riguarda le intese, gli abusi e le pratiche commerciali scorrette.

Tab. 1 – Numero di procedimenti conclusi con sanzioni da parte dell'Agcm

	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (fino al 19 maggio)
Intese senza impegni	5	5	10	5	4	2
Intese con impegni		3	5	2	5	
Abusi senza impegni	1	3	2	1	3	
Abusi con impegni			5	10	4	2
Pratiche commerciali scorrette				187	288	95

Fonte: Bollettini Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Nella Tab. 1 non vengono riportati gli interventi in tema di concentrazioni, che sono una misura proconcorrenziale di natura “preventiva”. In quest’ambito la politica del periodo Catricalà non si è molto discostata da quella dei suoi predecessori. Piuttosto si è caratterizzata per essere lo strumento principale d’intervento nel settore del credito, che precedentemente non era incluso nella giurisdizione dell’Agcm, tenendo d’occhio il forte processo di concentrazione che stava attraversando il sistema bancario.

Appare subito evidente l’impatto delle normative introdotte negli ultimi anni su due aspetti: a partire dal 2006⁷ prende decisamente il sopravvento l’attività legata al D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007; lo strumento degli impegni diventa sempre più utilizzato non solo nel caso degli abusi, i cui procedimenti nella gran parte dei casi si chiudono con impegni, ma anche nel caso delle intese.

Vi sono altri dati che confermano questa doppia tendenza. Nel 2009 lo staff dedicato all’espletamento delle politiche per la concorrenza (intese, abusi, concentrazioni e *advocacy*)⁸ è del 46%, di gran lunga la più bassa rispetto agli altri grandi Paesi europei: in Germania la percentuale è del 73% e in Francia del 72 per cento.⁹ Il dato italiano risente del fatto che, a seguito del D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, l’Agcm ha istituito al suo interno una specifica direzione generale per la tutela del consumatore, organizzata a sua volta per settori merceologici distinti, in modo del tutto analogo e parallelo all’organizzazione per la politica per la concorrenza. Inoltre il livello medio delle sanzioni nel caso dei provvedimenti per intese è di 3,8 milioni di euro, assai più basso rispetto agli altri Paesi.¹⁰ Nella Commissione europea si osserva una tendenza inversa: il valore unitario delle sanzioni nei casi di cartello aumenta sensibilmente. L’esito italiano dipende

⁷ Il 2005 è l’anno in cui il presidente Tesouro viene sostituito da Catricalà e, quindi, risente marginalmente di eventuali nuovi indirizzi di quest’ultimo.

⁸ Azioni di promozione di legislazione volta a rafforzare la concorrenza.

⁹ Questi dati sono tratti dalla rivista *Global Competition*

Review, Rating Enforcement, vol. 13, June 2010.

¹⁰ Nel caso della Francia, a fronte di un numero uguale di provvedimenti, la sanzione media è di 15,9 milioni, mentre nel caso della Germania, a fronte di un numero cinque volte superiore di provvedimenti, la sanzione media è di 32 milioni.

essenzialmente da tre fattori: il grado di determinazione sanzionatoria dell'Autorità, la dimensione delle imprese e dei mercati coinvolti, il fatto che molti procedimenti per intese non si concludono con sanzioni, ma con impegni.

Esaminiamo ora più nei dettagli le caratteristiche e le possibili conseguenze di questi due orientamenti, che danno al quinquennio Caticralà un'impronta decisamente diversa rispetto ai quindici anni precedenti. D'altra parte anche le relazioni annuali, oltre che i commenti degli osservatori più autorevoli, giungono a un'analogia conclusione (Berti e Pezzoli, 2010).

Possibili ragioni del cambio di politica

Con il nuovo indirizzo non è più esclusivo, né prioritario, l'approccio classico, che vedeva nell'accettazione o nel rigetto delle richieste di concentrazione (oltre che nelle delibere dei procedimenti relativi a intese e ad abusi), lo strumento principale di difesa della concorrenza e, quindi, del benessere del consumatore. L'efficacia generale di questo approccio, sintetizzabile come "colpire forte in pochi casi per far capire a tutti", si basava sull'ipotesi che i procedimenti si concludessero abbastanza rapidamente, con risultati chiari ed esemplari, sia per quanto riguarda il livello di sanzione sia come riferimento giudiziario per situazioni analoghe. In realtà così non è sempre stato, perché i procedimenti erano lenti e non sempre era chiara la loro *ratio* generale, ma anche perché spesso i passi successivi presso il Tar e il Consiglio di Stato modificavano il senso delle delibere dell'Agcm e/o attenuavano le sanzioni.¹¹ Di conseguenza l'impatto dei procedimenti sulla concorrenza e sui consumatori risultavano attenuati. Peraltro questo approccio aveva il grande merito di non coinvolgere direttamente l'Autorità in una contrattazione discrezionale con le imprese su come avrebbero dovuto comportarsi. Inoltre, vi era una chiarezza di obiettivo - difendere la concorrenza, facendo rispettare le norme previste dalla Legge 287/90 - e questo è piuttosto importante per il corretto funzionamento di un'istituzione.

Prevalde ora un'altra politica che si basa su due punti. Innanzitutto si privilegia «[...] un approccio volto a convincere, a promuovere il cambiamento effettivo dei comportamenti sul mercato piuttosto che sanzionare semplicemente».¹² Quindi si privilegiano gli interventi diretti, pragmatici e rapidi¹³ che aspirano a far modificare i comportamenti delle imprese. L'ipotesi sottostante è che le sanzioni non abbiano un potere esemplare,¹⁴ che gli impegni presi dalle imprese siano rispettati - fatto quasi mai monitorato dall'Autorità - e che siano efficaci. In secondo luogo, si interviene in modo estensivo, sanzionando con procedimenti più rapidi e con

¹¹ È stato evidenziato come il combinato Tar-Consiglio di Stato abbia mediamente ridotto le sanzioni del 50%. Vedi M. Maggiolini (2006).

¹² Agcm (2010), pag. 12.

¹³ La durata media di un procedimento si è ridotta

da 463 giorni nel 2006 a circa un anno. Vedi L. Berti, A. Pezzoli, *op.cit.* pag. 99.

¹⁴ Il fatto che i casi di clemenza o leniency siano rarissimi conferma la tendenza a non procedere secondo il modello dell'indagine/processo sul procedimento illecito "intesa".

sanzioni assai minori le imprese che “ingannano” i consumatori.¹⁵ Trattandosi di sanzioni, l'ipotesi è che comunque servano a disincentivare comportamenti scorretti, il che è tutt'altro che scontato, dato il valore minimo delle sanzioni se confrontate con i vantaggi che le imprese potrebbero trarre dal comportamento “ingannevole”. Comunque questo tipo di intervento non ha alcun effetto sul comportamento concorrenziale - in senso antitrust - delle imprese.

Quali sono i motivi di questo mutamento della politica dell'Autorità ?

In primo luogo, come è del tutto evidente, sono le norme stesse a consentire questo nuovo approccio, il cui livello di applicazione, peraltro, dipende da una scelta dell'Autorità stessa.

In secondo luogo, come si accennava sopra, la nuova Autorità ha sviluppato un'attitudine di minor fiducia nei confronti dei processi che portano alla sanzione di certi comportamenti, sia perché sono complessi e richiedono un consistente dispendio di risorse e di tempo, sia perché si ritiene che il potere dissuasivo delle sanzioni risulti limitato. Tale attitudine ha indubbiamente valide motivazioni.

Si può, però, anche ritenere che tale scelta dipenda da una diversa attitudine verso la concorrenza - la cui tutela di fatto si attenua - e verso il mondo delle imprese: l'orientamento sembra essere quello di “non andare contropelo”, ma di assumere una posizione accomodante piuttosto che punitiva, il che di per sé non vuol dire asseccante. Si tratta naturalmente di una scelta politica, che non trova un evidente sostegno, né una smentita, in analisi accurate dei comportamenti delle imprese a fronte delle sanzioni. Questa ipotesi spiega la riduzione delle sanzioni e l'importanza assunta sia dagli impegni sia dal prevalere delle sanzioni delle pratiche ingannevoli.

Vi è anche, a nostro avviso, un ulteriore motivo di “visibilità”, che ha una ragion d'essere nella ricerca di un sostegno pubblico a favore dell'Autorità, considerato il sostanziale disinteresse delle istituzioni e della politica rispetto sia alla concorrenza sia all'Autorità. Moltiplicando il numero di soggetti coinvolti, tra cui in particolare il popolo dei consumatori, essendo meno punitivi verso le imprese e rendendo ben visibili le iniziative avviate e le decisioni prese, attraverso i media si cerca il sostegno mancante. Naturalmente, come si accennava più sopra, siamo al di fuori di uno schema di *accountability*. Entriamo, invece, nell'area del populismo.

Riprendendo quanto scritto più sopra, osserviamo, infine, che non è affatto scontato che un orientamento che ponga come priorità la tutela del consumatore, e non il benessere ottenuto promuovendo una maggiore concorrenza, sia il più auspicabile, anche in una prospettiva consumeristica. Si noti, in aggiunta, che la concorrenza trova ragion d'essere non solo nei frutti che offre ai consumatori, ma anche nel fatto che è l'unico strumento neutrale che giustifica una certa distribuzione del reddito, essendo i profitti concorrenziali tendenzialmente un frutto del merito, diversamente dai sovraprofiti monopolistici, che sono frutto di esercizi del potere economico e/o politico (*rent seeking*).

¹⁵ Questo è un tipo d'intervento di cui avrebbe potuto essere caricata la magistratura, ma che la legge attribuisce all'Agcm.

Gli impegni

Va ribadito: l'uso degli impegni - ossia della pratica secondo la quale l'Autorità sostituisce un procedimento che può condurre a una sanzione con un procedimento semplificato nel quale l'impresa stessa giudica il contenuto anticompetitivo di certi suoi comportamenti, ne valuta gli effetti, e si impegna a seguire nuovi comportamenti concordati con l'Autorità - viene introdotto dal Regolamento europeo 1/2003. L'idea è quella di accelerare gli interventi e giungere a un maggior numero di singoli risultati concreti.

Tale strumento viene utilizzato ampiamente a livello europeo e negli altri Paesi, soprattutto nei confronti degli abusi. Il senso di questa pratica, in tali casi, è che molto spesso a monte dell'abuso c'è una situazione anticoncorrenziale di tipo istituzionale o di fatto, rimuovendo la quale l'abuso diventa più difficile. Spesso l'abuso è un comportamento fisiologico all'interno di mercati non sufficientemente liberalizzati, come avviene talvolta nei servizi pubblici. In queste circostanze, la via più pragmatica per eliminare l'abuso è far sì che l'impresa non continui ad approfittare della situazione di vantaggio e questo può avvenire anche attraverso un impegno. Naturalmente la propensione a "patteggiare" è direttamente proporzionale alla minaccia di sanzione, così che l'abbandono della minaccia indebolisce comunque anche la pratica dell'impegno. Non è, dunque, casuale che la Commissione europea, ma anche l'antitrust degli altri Paesi, procedono contestualmente aumentando il livello delle sanzioni e degli impegni.

Diverso è il caso degli accordi, che coinvolgono per definizione più imprese e che costituiscono di per sé un illecito più grave, che l'antitrust statunitense può anche sanzionare penalmente. In questi casi parlare di impegni è assai più problematico e forse fuorviante. L'antitrust italiano, tuttavia, diversamente da quanto avvenuto a livello di Commissione e degli altri Paesi, ha applicato anche qui l'istituto dell'impegno con una certa frequenza, evidenziata nella Tab. 1 e, contestualmente, ha ridotto l'ammontare delle sanzioni. È dubbio che in un Paese in cui la propensione alle intese e ai cartelli è elevata, questa scelta aiuti a rafforzare la concorrenza e, quindi, sia benefica per i consumatori, almeno nel medio e lungo periodo. Si noti per inciso che è proprio in un periodo di crisi, come quello degli ultimi anni, che le imprese sono indotte a ricercare accordi o, comunque, soluzioni che le proteggano dalla concorrenza, mentre è in questi momenti che la concorrenza può fare il suo lavoro, spesso doloroso per alcune imprese, ma certamente benefico per l'economia nel suo complesso e, quindi, per i consumatori.

Si deve aggiungere un'ultima considerazione. Gli impegni perdono inevitabilmente di forza se l'Autorità non prevede un sistema di controllo sul loro rispetto. Questo sistema in effetti non esiste, non foss'altro che per motivi di risorse di cui dispone l'Autorità stessa.

Le pratiche commerciali scorrette

L'Autorità si è lanciata nella sanzione delle pratiche commerciali scorrette (Bat-
tagion, 2010), che indubbiamente rappresenta una linea d'intervento piuttosto
"innocua", se paragonata con i più ampi poteri sanzionatori previsti dalle atti-
vità core.

Prima di addentrarci in un'analisi giuridica dei possibili benefici teorici del
ricorso alle sanzioni delle pratiche commerciali scorrette, ma anche dei possi-
bili costi di una loro scorretta applicazione, è opportuno evidenziare due fatti.

Il D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 prevede sanzioni che vanno da un mini-
mo di 5.000 euro a un massimo di 500.000 euro; e il procedimento che porta
all'eventuale sanzione, per quanto rapido, richiede comunque tempi non bre-
vissimi, in funzione della complessità del caso. Le sanzioni massime sono poca
cosa per una grande impresa, mentre possono rappresentare un grave costo per
una piccola impresa. Ne consegue che le grandi imprese, a fronte di un possibile
forte vantaggio derivante da un comportamento "scorretto", rischiano una pic-
cola sanzione e, quindi, si comportano a loro discrezione. Questa considerazione
aiuta a capire come il potere deterrente di questa norma non solo sia basso,
ma abbia anche una natura anticompetitiva, perché sanziona maggiormente i
piccoli operatori e, quindi, avvantaggia le posizioni di peso nei mercati oligo-
polistici.

In secondo luogo, il campo di applicazione di questo tipo d'intervento è stato
recentemente limitato da un parere del Consiglio di Stato, riferito al caso dei
mercati finanziari (Parcu, 2009). Quest'ultimo, infatti, ritiene che dove esista
una precisa normativa settoriale, garantita da un'apposita autorità, non vi sia
spazio per l'applicazione del D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007. Quindi, almeno per
quanto riguarda il settore finanziario, il potere d'intervento dell'Agcm previsto
da tale norma risulta limitato. Più incerto è l'impatto su altri settori.

La nuova disciplina svolge un ruolo importante se è vista come strumento di
tutela del consumatore, ossia se è volta a:

- porre rimedio a situazioni di informazione asimmetrica tali da determina-
re potenziali comportamenti opportunistici da parte delle imprese a tutto
svantaggio dei consumatori; in pratica, attraverso precisi doveri di correttezza e obblighi di *disclosure*, si eviterebbero fenomeni tipo "mercato dei bidoni", che nel medio periodo potrebbero portare a situazioni critiche per il buon funzionamento del mercato;
- assicurare l'emergenza di standard di diligenza più elevati da parte delle imprese nei loro rapporti con i consumatori (in questo secondo aspetto svolgendo un'attività complementare con lo stesso diritto civile dei contratti di consumo), completandosi con il sistema di intervento dell'antitrust tradizionale (divieto di intese e di abuso di posizione dominante).

Un'altra caratteristica degna di nota della nuova disciplina riguarda la natura dei soggetti tutelati. Infatti essa consente che possano essere sanzionate soltanto le pratiche rivolte direttamente a danneggiare i consumatori e non anche i *competitors*. Questo approccio sembra, a prima vista, coerente con una visione dell'intervento antitrust totalmente schiacciato sulla c.d. "*consumer welfare theory*", dottrina predicata negli scorsi anni dalla Commissione europea come strumento di *enforcement* e oggi stella polare degli interventi in tema di antitrust sviluppati dalla stessa Commissione europea come regolatore comunitario.¹⁶ La teoria del *consumer welfare*, in estrema sintesi, impone di interpretare tutto l'antitrust nell'ottica del benessere dei consumatori, ossia nell'ottica della ricerca costante, in tutte le condotte rilevanti, di un "danno" diretto, una diminuzione del welfare, appunto, dei consumatori.

In questa sede non discuteremo della validità di questa impostazione, che peraltro riteniamo piuttosto limitante, se non pericolosa. Cercheremo di mostrare come la nuova disciplina abbia un senso compiuto, coerente con la missione dell'Agcm, e non solo propagandistico, se - e solo se - letta come strumento complementare ai tradizionali interventi antitrust e come elemento capace di sortire effetti benefici sull'interpretazione delle regole in tema di rimedi contrattuali.

Indice di questa necessaria complementarità è la possibilità di ricostruire in modo armonico l'intero edificio di tutele previste per il funzionamento di un libero mercato. Infatti, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette va integrata con quella in tema di pubblicità ingannevole, con la disciplina della correttezza concorrenziale dettata dal c.c., con la legge sulla dipendenza economica¹⁷ (rivolta soprattutto ai rapporti tra mercati a valle e quelli a monte) e con l'intervento antitrust classico previsto dalla Legge n. 287 del 1990. Ma veniamo a un'analisi più precisa. *In primis* metteremo in luce l'ambito di applicazione oggettiva, per poi discorrere dei referenti esterni (passivi e attivi) della norma (il c.d. ambito di applicazione soggettivo).

L'ambito di applicazione oggettivo è stato correttamente individuato con riferimento tanto al nuovo termine utilizzato - pratiche - che al noto concetto di scorrettezza o, nel modello comunitario originario, "slealtà" (Guerinoni, 2010; Zorzi, 2010). Sul primo aspetto la necessità del legislatore comunitario era un'espansione della disciplina che travalicasse l'area della pubblicità, che pure la giurisprudenza ha espanso in via interpretativa (Zorzi, 2010) nei limiti del possibile. Infatti per pratiche si intendono tutte le attività relative alla conclusione di contratti e relative alla loro esecuzione. Il concetto di pratica "scorretta" è stato enucleato dalla stessa giurisprudenza e dai provvedimenti della Autorità antitrust, ove si è precisato che per "scorretto" si intende: contrarietà della pratica alla diligenza professionale e sua intrinseca idoneità a influenzare

¹⁶ Alludiamo alla c.d. *modernizzazione del diritto antitrust e alle sue conseguenze normative e interpretative. Sul punto e per una critica puntuale (con relative repliche e contro repliche) si vedano F. Denozza, A.*

Toffoletto (2006), pp. 563 ss, e la replica di R. Pardolesi (2007), pp. 119-128.

¹⁷ *La Legge 192/98.*

le scelte dei consumatori. In particolare si intende “scorretta” una pratica che influenzerebbe in modo rilevante il comportamento di un “consumatore medio”. La scelta del nuovo termine al posto di “sleale” dipende evidentemente dalla volontà di evitare confusioni con la disciplina della concorrenza sleale tra imprenditori prevista dal Codice civile (articolo 2598 e ss.).

Individuata la fattispecie, bisogna spendere qualche parola sui referenti esterni: consumatori e professionisti.

La nozione di consumatore è di diretta derivazione comunitaria ed è in linea con la nozione prevista dal Codice del consumo all'articolo 3. È una nozione più restrittiva di quella elaborata in seno alla precedente disciplina sulla pubblicità (in parte sostituita dalla nuova), dal momento che la nuova normativa prevede la sanzionabilità dei comportamenti a favore dei soli consumatori intesi in senso stretto. La nozione di impresa diverge da quella nazionale di imprenditore (articolo 2.082 c.c.): più estesa, poiché include la figura dei professionisti intellettuali; ed è convergente con quella di professionista ai sensi della normativa consumeristica e con la nozione comunitaria di impresa, di derivazione anti-trust, ai sensi della Legge 287/90.¹⁸

La nozione di agente-modello (l'impresa) da cui astrarre, a sua volta, quella di diligenza professionale idonea a scongiurare l'applicazione della disciplina commentata, quanto quella di consumatore medio, determinano un esercizio di aggregazione e di ricognizione che, sotto l'apparente neutralità della scelta, coinvolge notevoli questioni teoriche e pratiche.

Per quanto riguarda l'agente-modello (e la conseguente individuazione di uno standard di diligenza), questa nozione si può ricavare a nostro avviso in due modi diversi: una ricognizione sulle prassi di mercato esistenti e un'altra sulla base di qualche osservazione teorica. Entrambe hanno dei problemi ed entrambe necessitano di mercati ove l'intervento antitrust tradizionale è forte per poter dare buoni frutti. Perché?

La mera ricognizione delle prassi di mercato pone seri problemi sulla “qualità” della nozione di agente-modello raccolta (e della correlata nozione di diligenza estratta dal comportamento di questa figura). Infatti la semplice individuazione svolta attraverso la mera ricognizione delle prassi di mercato getterebbe, a nostro avviso, l'applicazione della nuova disciplina in un ragionamento circolare, poiché solo se il mercato da cui si estrae la nozione di pratica commerciale non scorretta (e quindi diligente) è concorrenziale, si potrà ricavare una nozione “decente” di agente-modello e, quindi, di pratica commerciale corretta (e, in negativo, scorretta). Ancora, la mera ricognizione dell'esistente sui mercati, senza l'intervento classico e rigenerante dell'antitrust, potrebbe portare all'insorgenza di un caso di preferenze adattive (Elster, 1983).

Per dirla in termini semplici, se le imprese e i professionisti che operano su un mercato con tendenze monopolistiche, oppure oligopolistiche, non sono “intimoriti” dall'intervento antitrust “classico”, ergo non sentono la pressione

¹⁸ Sul punto, tra i tanti contributi, si veda G. Guizzi, (1993).

della concorrenza, molto probabilmente saranno meno incentivati a modulare le loro condotte, non orientandole all'innovazione di processo e di prodotto (generalmente considerata figlia della pressione concorrenziale). Tale mancanza di innovazione non si limiterà al prodotto, ma anche a quella riguardante la c.d. *customer satisfaction* e, in generale, le pratiche commerciali seguite. Quindi, in ragione di quanto detto, la nozione di "pratica commerciale corretta", che si raccoglierebbe in questa tipologia di mercati, ove le imprese non agiscono sotto la pressione della concorrenza e senza lo stimolo a innovare, sarà una nozione deteriore, se paragonata all'analoga nozione che si potrebbe estrarre da mercati concorrenziali e innovativi.

La nozione di consumatore medio genera problemi non dissimili. L'autorità ha affermato che per consumatore medio s'intende un «*virtuale consumatore ipotetico ragionevolmente avveduto e accorto*» (Guerinoni, 2010). Ora questa nozione non si coglie in natura, ma solo a seguito di un'astrazione o di un'aggregazione (Denozza, 2009). In entrambi i casi, la nozione sconta l'esercizio, seppure nascosto, di una scelta di politica economica e del diritto.

La scelta politica, a nostro avviso, sta, nel caso dell'esercizio di aggregazione, nell'attribuzione di pesi diversi al benessere delle diverse tipologie di consumatori (di breve periodo, sofisticati non sofisticati ecc.) da sommare. Viceversa, nel caso della costruzione della nozione per astrazione, la scelta politica attiene alla stessa individuazione delle caratteristiche preferibili del consumatore ipotetico.

Al di là di questa osservazione sui referenti esterni, la nuova disciplina ha il merito di individuare un'area di intervento che si colloca nella fase di formazione dei meccanismi di mercato (le c.d. pratiche commerciali). Essa, quindi, pone, dal punto di vista dell'impresa che deve scegliere tra diverse e antagoniste strategie commerciali, una forma di limitazione del proprio vettore di scelte (per esempio certi tipi di canali distributivi per certi prodotti, oppure certi tipi di azioni di marketing particolarmente aggressive saranno inibiti). Questa limitazione di scelta dell'impresa mira a evitare l'insorgenza di possibili comportamenti opportunistici, di fatto anticoncorrenziali. Pertanto un utilizzo accorto del potere di intervento in tema di pratiche commerciali scorrette, svolto in modo complementare e non sostitutivo dell'intervento antitrust tradizionale, renderebbe possibile l'emergere di mercati effettivamente concorrenziali.

La nuova normativa, inoltre, agisce in modo indiretto sulla disciplina dei contratti. Infatti, in tema di inadempimento degli obblighi contrattuali, il parametro su cui si gioca la sussistenza o meno dell'inadempimento è quello della diligenza (soprattutto nelle obbligazioni ove non è garantito un risultato, bensì solo uno sforzo diligente: si pensi all'obbligazione del medico o dell'avvocato). Ora la nozione di diligenza effettiva ai fini dell'individuazione della categoria delle pratiche commerciali scorrette/corrette (così come cristallizzata dalla prassi) sarà rilevante anche ai fini dell'individuazione dei presupposti oggettivi per l'accertamento di eventuali inadempimenti contrattuali. Orbene, se questa opportuna ricognizione per l'individuazione dello standard di diligenza, dovuto dalle imprese e dai professionisti nelle pratiche commerciali fosse effettuato su

mercati ove il processo concorrenziale è forte perché “protetto” dall'intervento antitrust “classico”, le prassi raccolte sarebbero di sicuro le migliori, selezionate dal processo concorrenziale, e non le figlie di un sistema di imprese collusivo e non innovativo.

In conclusione possiamo affermare che, per avere un serio impatto sulla qualità del processo concorrenziale e favorire concretamente i consumatori, la nuova disciplina dovrebbe integrarsi con i normali interventi antitrust e non trasformarsi in uno scorretto e propagandistico succedaneo.

Conclusioni

Abbiamo documentato e argomentato come nell'ultimo quinquennio, anche grazie all'introduzione di nuove norme, l'Agcm abbia modificato la politica precedentemente seguita. Ha ridotto gli interventi, ma soprattutto le sanzioni a fronte di comportamenti abusivi e collusivi, e in questi ambiti, negli ultimi tempi, non ha portato a termine azioni di forte impatto simbolico. In secondo luogo, ha optato per la politica del patteggiamento degli impegni, collocandosi di fatto come attore regolatore dei mercati, anziché giudice. Questi nuovi orientamenti hanno un impatto sul processo concorrenziale meno forte che in passato, che la stessa Autorità in più documenti afferma essere ancora debole in Italia. I consumatori non ne trarranno un beneficio. Si conferma il fatto che in Italia il loro benessere è affidato soprattutto alla concorrenza internazionale: quando questa non c'è o è debole, sono problemi, come nel caso di molti servizi.

In alternativa, e questo è un aspetto la cui criticità è stata qui evidenziata, l'Agcm ha cavalcato la normativa sulle pratiche commerciali scorrette (D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007). Abbiamo argomentato che tale intervento è utile soprattutto se inteso in senso complementare, e non alternativo, a quello tipico dell'antitrust. Si deve comunque considerare che il suo potere sanzionatorio è debole, pertanto i benefici per i consumatori sono meno significativi di quanto spesso non si sostenga. Talvolta, anzi, assumono un carattere discriminatorio tra le imprese.

La deriva consumeristica dell'antitrust italiano, che è presente in misura inferiore negli altri maggiori Paesi, trova a nostro avviso una possibile spiegazione nell'assenza di *accountability* dell'Autorità stessa: né la politica né le altre istituzioni sembrano molto interessate a monitorare, valutare e, in qualche misura, a orientare la sua azione. Pertanto è del tutto comprensibile la ricerca da parte dell'Autorità di un sostegno diretto presso i più apparenti beneficiari di tale politica, ossia la platea dei consumatori.

Riferimenti bibliografici

- Agcm, *Audizione nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti*, Camera dei Deputati, Commissione I, 2 marzo 2010.
- Battagion, M., "La relazione dell'Agcm relativa al 2009", in www.ilmerito.it, 2010.
- Berti, L., Pezzoli, A., *Le stagioni dell'antitrust*, Egea, pp. 74-79, Milano, 2010.
- Cavaliere A., Silva, F., "The Economic Impact of Product Liability: Lessons from the Us and the Eu Experience", *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe*, 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- Denozza, F., Toffoletto, A., "Contro l'utilizzazione dell'«approccio economico» nell'interpretazione del diritto antitrust", *Mercato concorrenza regole*, n. 3, 2006.
- Denozza, F., "Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita", *Giur. Comm. I*, 1057, 2009.
- Di Nola, S., Silva, F., "Chi valuta i risultati dell'Antitrust?", *Economia e politica industriale*, n. 4/08, 2008.
- Elster, J., *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Il Mulino, Bologna, 1983.
- Faillo, M., Silva, F., "Consumatori liberi di scegliere?", *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 2/09, 2009.
- Guerinoni, E., *Le pratiche commerciali scorrette*, Giuffrè, pp. 433 e ss., Milano, 2010.
- Guizzi, G., "Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e Codice civile", *Riv. Dir. Comm.*, 1993.
- Maggiolini, M., "Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust", *Concorrenza e mercato*, n. 13-14, 2006.
- Parcu, P., "Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust", *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 2/2009, pp. 84-85.
- Pardolesi, R., "Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?", *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2007.
- Zorzi, N., "Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", *Contratto e impresa*, n. 2., pp. 455 e ss., 2010.