

## L'actio finium regundorum tra l'Autorità *antitrust* e le altre Autorità indipendenti<sup>1</sup>

di Roberto Caponigro

1. Premessa – 2. Il conflitto di competenza tra le Autorità ed il buon andamento dell'amministrazione – 3. Il rapporto tra la competenza dell'Autorità *antitrust* e la competenza delle altre Autorità amministrative nella giurisprudenza antecedente al maggio 2012 – 4. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 4.1 Il rapporto tra Autorità *antitrust* e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni – 4.2 Il rapporto tra Autorità *antitrust* e Banca d'Italia – 5. L'evoluzione successiva alle sentenze dell'Adunanza Plenaria - 6. Il rapporto tra tutela della libertà di concorrenza e tutela del consumatore - 7. La sovrapposizione di competenze nelle fattispecie di abuso di posizione dominante – 8. Conclusioni

### 1. Premessa.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze da n. 11 a n. 16 dell'11 maggio 2012, ha affrontato il tema della *actio finium regundorum* tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed altre Autorità indipendenti in relazione a procedimenti aventi come finalità la tutela dei consumatori.

In particolare, con tali pronunce, il massimo organo della giustizia amministrativa ha indagato il problema del rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette<sup>2</sup> e le normative che eventualmente disciplinino analoghe pratiche scorrette in relazione a specifici settori.

---

<sup>1</sup> Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013.

<sup>2</sup> La disciplina è contenuta nel codice del consumo approvato con decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, costituente attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Le sentenze nn. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 si riferiscono al riparto delle competenze tra AGCM ed Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>3</sup>, mentre, con la sentenza n. 14 del 2012, è stato esaminato il riparto tra le competenze di AGCM e Banca d'Italia<sup>4</sup>.

Il giudice di primo grado, nelle sentenze dal cui appello sono generate le rimessioni all'Adunanza Plenaria, ha costantemente disatteso la tesi dell'incompetenza dell'AGCM, esaminando, di conseguenza, i profili sostanziali della controversia concernenti la qualificazione della condotta in termini di pratica commerciale scorretta e la quantificazione della relativa sanzione<sup>5</sup>.

## **2. Il conflitto di competenza tra le Autorità ed il buon andamento dell'amministrazione.**

Credo possa essere interessante concentrare l'attenzione su un primo profilo evidenziato dall'Adunanza Plenaria, vale a dire sul fatto che la questione del conflitto positivo di competenza tra due Autorità indipendenti, che ritengano entrambe di avere competenza nella materia operando in tal senso, solleva il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., atteso che i procedimenti in discorso sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione sia per i privati e che gli operatori potrebbero essere sottoposti a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due Autorità ed evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le Autorità<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Le sentenze nn. 11 e 15 del 2012 riguardano la materia della "ricarica nei servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet" di cui all'art. 1 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007 n. 40; la sentenza n. 12 del 2012 riguarda la materia del c.d. *repricing*, ossia la comunicazione a mezzo SMS agli utenti/abbonati delle variazioni dei piani tariffari di abbonamento di telefonia mobile; le sentenze nn. 13 e 16 del 2012 riguardano la materia del c.d. *teleselling*, ossia cattura a distanza (specialmente mediante *call center*) di clienti di servizi telefonici ed offerta di questi ultimi da parte degli operatori di settore.

<sup>4</sup> La sentenza n. 14 del 2012 riguarda la materia delle operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali.

<sup>5</sup> Cfr. sentenze TAR Lazio, I, n. 14857 del 2010, n. 19892 del 2010, n. 19893 del 2010, n. 306 del 2010, n. 14856 del 2010, n. 4931 del 2010.

<sup>6</sup> Il problema del conflitto positivo di competenza si è posto tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, mentre nella fattispecie esaminata dall'Adunanza

Il tema della particolare onerosità dei procedimenti in materia *antitrust*<sup>7</sup> è stato recentemente trattato dalla giurisprudenza con riferimento ad un diverso profilo, anch'esso coinvolgente il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, vale a dire al problema dell'ammissibilità di un ricorso proposto avverso l'atto di comunicazione di avvio di un procedimento di abuso di posizione dominante nonché avverso l'esercizio del relativo potere ispettivo<sup>8</sup>.

Gli atti endoprocedimentali sono considerati, in linea di massima, privi di autonoma ed immediata lesività in quanto la stessa è destinata ad attualizzarsi soltanto con l'adozione del provvedimento finale afflittivo, per cui gli ipotizzati vizi di legittimità dell'atto possono essere fatti valere, in via derivata, in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento sul quale possono riverberarsi con effetto viziante.

Il principio della non immediata impugnabilità degli atti di carattere endoprocedimentale è stato talvolta temperato, atteso che la regola incontra un'eccezione nell'ipotesi in cui detti atti siano suscettibili di incidere immediatamente sulla posizione giuridica dell'interessato, come nel caso degli atti di natura vincolata, idonei in quanto tali ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva, ovvero degli atti interlocutori, laddove idonei a determinare un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato<sup>9</sup>.

Nella fattispecie richiamata, il giudice amministrativo ha ritenuto che il principio della non immediata ed autonoma impugnabilità degli atti endoprocedimentali possa trovare in parte eccezione alla luce di alcune riflessioni sull'essenza della posizione giuridica di interesse legittimo dedotta in giudizio.

---

Plenaria con la sentenza n. 14 del 2012 la Banca d'Italia non ha rivendicato la propria competenza in materia.

<sup>7</sup> I procedimenti specificamente volti alla tutela della libertà di concorrenza, e cioè i procedimenti di accertamento delle intese restrittive della libertà di concorrenza e i procedimenti di accertamento di abuso di posizione dominante, sono normalmente ancora più complessi ed onerosi rispetto ai procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette.

<sup>8</sup> TAR Lazio, Roma, I, 26 gennaio 2012, n. 865.

<sup>9</sup> *ex multis*: Cons. St., IV, 4 febbraio 2008, n. 296, richiamata in Cons. St., VI, 20 luglio 2011, n. 4393.

La posizione giuridica soggettiva contrapposta all'atto con il quale, ai sensi dell'art. 14, co. 1, l. 287 del 1990, l'Autorità ha avviato un procedimento per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 102 del TFUE nonché all'atto con cui, ai sensi dell'art. 14, co. 2, l. 287 del 1990, l'Autorità ha autorizzato un'ispezione presso le sedi dell'impresa è da qualificare come di interesse legittimo oppositivo e la connotazione del suo lato interno è differente da quella che assumerebbe la posizione, pur di tipo oppositivo, nei confronti dell'eventuale provvedimento afflittivo adottato a conclusione del procedimento.

In particolare, mentre nei confronti dell'eventuale provvedimento conclusivo del procedimento che accerti l'esistenza di una fattispecie di abuso di posizione dominante irrogando la relativa sanzione pecuniaria, il bene della vita che l'impresa interessata tende a conseguire è costituito dal venire meno dell'accertamento dell'illiceità della condotta e della conseguente sanzione, nei confronti dell'atto di avvio del procedimento l'utilità sperata è costituita in primo luogo dall'arresto procedimentale, vale a dire dal non essere investito da quegli obblighi di collaborazione che nei procedimenti in materia *antitrust* sono particolarmente intensi e sanzionati, ai sensi dell'art. 14, co. 5, l. 287 del 1990, in caso di rifiuto od omissione senza giustificato motivo, in modo rilevante, così come nei confronti dell'atto autorizzativo dell'ispezione, il bene della vita è costituito dal venire meno dell'accessibilità, sia pure nei limiti di cui all'art. 13 d.P.R. 217 del 1998, ai denunciati dei documenti acquisiti.

Il ricorso, pertanto, è stato ritenuto ammissibile laddove gli atti impugnati abbiano evidenziato una valenza *ex se* lesiva dell'interesse legittimo dedotto in giudizio, nel senso che il loro eventuale annullamento avrebbe potuto produrre un'utilità non più conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento, e tale valenza immediatamente ed autonomamente lesiva è stata riconosciuta sia al momento in cui l'Autorità ha ritenuto sussistere la propria competenza per l'esercizio del potere, imponendo in tal modo ai destinatari dell'azione l'assolvimento degli obblighi di cui all'art. 14, co. 5, l. n. 287 del 1990, sia al momento in cui l'Autorità ha deciso di autorizzare l'ispezione, acquisendo documentazione accessibile, sia pure nei limiti di legge, ai soggetti denunciati, tra cui la Società concorrente.

L'ammissibilità dell'impugnativa relativa all'atto di avvio del procedimento è stata circoscritta all'*an* dell'esercizio del potere amministrativo non potendo involgere il *quomodo* dello stesso.

Inoltre, è stato evidenziato che, in una valutazione complessiva degli interessi pubblici e privati in gioco, l'eventuale accertamento in questa sede di una carenza di potere in concreto consentirebbe alla stessa Autorità di non proseguire, evitando così un antieconomico dispendio di mezzi amministrativi, un'attività alla stessa non consentita.

In conclusione, ritengo che la caratteristica della estrema onerosità, sia per l'amministrazione che per i privati, dei procedimenti avviati dalle Autorità indipendenti, posto in rilievo dall'Adunanza plenaria in via preliminare nelle richiamate decisioni del 2012 al fine di evidenziare il problema della coerenza di un sistema in cui due Autorità avrebbero competenze sovrapposte con il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, assuma rilievo non solo sul piano sostanziale, ma anche a fini diversi da quelli esaminati dalla Plenaria, vale a dire sul piano processuale, determinando, nel caso in cui sia contestata la competenza dell'Autorità ad avviare il procedimento, un'anticipazione della tutela giurisdizionale dal provvedimento conclusivo del procedimento, momento in cui i valori tutelati risulterebbero già irrimediabilmente compromessi, alla comunicazione di avvio del procedimento da parte dell'Autorità di cui il destinatario eccepisce l'incompetenza e, quindi, la carenza di potere in concreto, momento in cui la tutela potrebbe ancora preservare il buon andamento dell'amministrazione.

### **3. Il rapporto tra la competenza dell'Autorità *antitrust* e la competenza delle altre Autorità amministrativa nella giurisprudenza antecedente al maggio 2012.**

La possibile sovrapposizione tra i poteri spettanti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la tutela dei consumatori ed i poteri attribuiti ad altre Autorità era già venuto in luce in molteplici controversie giudiziarie afferenti anche a settori diversi da quello delle comunicazioni elettroniche.

La competenza dell'AGCM, in ordine ai messaggi pubblicitari costituiti dalle indicazioni inserite sulle confezioni dei prodotti, si trova a coesistere con quella del Ministero della Salute, volta a verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità del prodotto per la salute umana.

L'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 206 del 2005 stabilisce che il titolo in cui la norma è contenuta si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, precisando, al secondo comma, lett. b), che lo stesso non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti.

Il comma 3 dell'art. 19, come più diffusamente sarà indicato in seguito, dispone peraltro che, in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del titolo stesso e si applicano a tali aspetti specifici.

Il d.lgs. n. 169 del 2004, attuazione della direttiva 2002/46/CE relativa agli integratori alimentari, disciplina la pubblicità di tali prodotti, prevedendo ai commi secondo e terzo dell'art. 7 che, per gli integratori propagandati in qualunque modo come coadiuvanti di regimi dietetici ipocalorici volti alla riduzione del peso, i messaggi pubblicitari devono richiamare la necessità di seguire una dieta ipocalorica adeguata e di rimuovere stili di vita troppo sedentari e che, ove si tratti di prodotti per i quali sono previste delle avvertenze, il messaggio pubblicitario deve contenere un esplicito invito a leggerle con attenzione; il successivo art. 15, co. 3, prevede che, salvo che il fatto costituisca reato, la violazione delle disposizioni di cui al comma 7 è punita con la sanzione amministrativa da €2.000 ad €10.000.

La giurisprudenza ha rilevato che tali norme, contenute nel d.lgs. n. 169 del 2004, non si pongono in contrasto con le norme del Codice del consumo, ma con esse sono in rapporto di complementarietà e non di alternatività, in ragione della diversità degli interessi pubblici istituzionalmente tutelati dalle amministrazioni rispettivamente competenti<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 5 maggio 2009, n. 4990.

L'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, infatti, anche con riferimento ai messaggi pubblicitari costituiti dalle indicazioni inserite sulla confezione dei prodotti, è volta alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre il controllo svolto dal Ministero della Salute sull'etichettatura del prodotto prima dell'immissione in commercio persegue la specifica finalità di verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana.

Di talché, la normativa di carattere generale in materia di tutela dei consumatori non pregiudica l'applicazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di salute e sicurezza dei prodotti, ma coesiste con essa.

Lo stesso *iter* argomentativo, volto ad evidenziare le differenti finalità dell'azione amministrativa è stato altresì sviluppato con riferimento al rapporto tra le competenze dell'Autorità *antitrust* e quelle della Banca d'Italia in una fattispecie relativa all'adozione di comportamenti dilatori da parte di una banca sulle richieste dei clienti di cancellazione dell'ipoteca ovvero all'omissione sistematica di risposta alla corrispondenza a tal fine inoltrata dai consumatori.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'Autorità di vigilanza preposta allo specifico settore dei servizi bancari e finanziari, vale a dire la Banca d'Italia, in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti<sup>11</sup>.

In particolare, è stato evidenziato che l'attività dell'Autorità *antitrust* è indirizzata alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dalla Banca d'Italia sul sistema bancario è finalizzata ad assicurare la sana e prudente gestione delle banche e che, d'altra parte, la coesistenza delle due competenze, aventi finalità complementari, è evidenziata nelle stesse disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari adottate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009, le quali, al par. 1.3<sup>12</sup>, indicano che la disciplina sulla trasparenza – che persegue l'obiettivo, nel rispetto dell'autonomia

---

<sup>11</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 19 maggio 2010, n. 12281.

<sup>12</sup> Il provvedimento del 29 luglio 2009 è stato integrato con successive disposizioni, tra cui quelle in data 20 giugno 2012, di recepimento della direttiva sugli istituti di moneta elettronica (IMEL).

negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario - si affianca alle disposizioni previste da altri comparti dell'ordinamento in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela, specificando che, nello svolgimento delle proprie attività, gli intermediari considerano l'insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curano il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie: tra gli esempi, sono indicate proprio le norme concernenti le pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole.

La tesi è stata ribadita dalla giurisprudenza di secondo grado<sup>13</sup>, la quale, con riferimento alla doglianza secondo cui l'AGCM sarebbe incompetente in quanto la normativa che regola la fattispecie è quella di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, con conseguente competenza della Banca d'Italia a sanzionare l'eventuale condotta illecita perpetrata dall'Istituto bancario, ha fatto presente che non è riscontrabile l'oggettiva incompatibilità della normativa di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, rispetto a quella in materia di servizi bancari e neppure la sovrapposibilità degli interessi sostanziali sottesi alle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette rispetto a quelli protetti dalla normativa speciale invocata ed affidati alla tutela della Banca d'Italia.

Le disposizioni del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 non perseguono direttamente la finalità di tutela dei consumatori e non integrano una previsione normativa esclusiva e tale da costituire autonoma ed autosufficiente determinazione delle forme di illecito in danno del consumatore; esse tendono a tutelare un diverso interesse giuridico, che seppur può talvolta coincidere con la tutela del consumatore se ne discosta soggettivamente ed oggettivamente, posto che è indubitabile che le norme contenute nel citato Testo Unico perseguano in prima battuta il fine (principio cardine della vigilanza bancaria esplicitato dall'art. 5, d.lgs. n. 385 del 1993) della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, dalla stabilità complessiva del sistema finanziario, dall'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

---

<sup>13</sup> Cons. St., VI, 24 agosto 2011, n. 4800.



Del resto, ha sottolineato il Consiglio di Stato, la “sovrapposibilità normativa” che costituirebbe il presupposto dell’applicabilità del principio di specialità e, quindi, della lamentata incompetenza dell’AGCM è stata oggettivamente esclusa anche dalla giurisprudenza civile<sup>14</sup>, per la quale, se non vi è dubbio sul fatto che le condizioni di esercizio del prestito al consumo possano trovare fonte regolatrice nelle previsioni di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 e al d.lgs. n. 58 del 1998 (con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 37 del 2004), altrettanto indubbio è che il contraente del prestito al consumo, in quanto consumatore, sia fatto segno alla tutela nel momento della contrattazione apprestata in via generale (ma anche e con significativo riguardo al contraente dei servizi finanziari) dal capo 14<sup>^</sup> bis c.c., introdotto dalla l. n. 52 del 1996, e dalle norme successivamente approvate (alle prime sostituite per effetto del d.lgs. n. 206 del 2005, art. 142).

La giurisprudenza di primo grado, con le decisioni appellate che hanno poi generato la rimessione della questione all’Adunanza Plenaria, con riguardo al riparto di competenze tra AGCM e AGCom, ha preso le mosse dalla considerazione che l’art. 3 della direttiva 29/2005/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, chiarisce, al paragrafo 4, che le altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici solo a condizione di un contrasto con le disposizioni della direttiva stessa.

Ha posto poi in rilievo che il principio di specialità va disancorato dal riferimento prevalentemente soggettivo (tipo di operatore interessato o di soggetto tutelato) e orientato verso la valutazione dell’oggetto dell’intervento, ovvero verso l’interesse generale perseguito mediante l’intervento stesso (“competenza per effetti” o “per mercati”).

Pertanto, atteso che le norme applicate alla fattispecie dalla AGCom sono definitorie di regole poste a presidio della concorrenzialità del mercato, l’ambito finalistico delineato da tali previsioni sarebbe del tutto estraneo a quello preso in considerazione dal codice del consumo, con la conseguenza che tale normazione di settore si pone in rapporto di complementarità e non di

---

<sup>14</sup> Cass. Civ., I, 6 giugno 2007, n. 18743, in materia di prestito al consumo.

alternatività rispetto al codice del consumo in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti.

Di qui, la conclusione che il quadro di tutela offerto dal novellato codice del consumo si aggiunge non solo ai normali strumenti di tutela contrattuale, ma anche a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione<sup>15</sup>.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva<sup>16</sup>, con riferimento ai rapporti tra Autorità *antitrust* e Consob, ha ritenuto insussistente la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre sussisterebbe la sola competenza della Commissione nazionale per le società e la borsa ad intervenire riguardo alla scorrettezza delle condotte degli operatori del settore finanziario e ad irrogare le conseguenti sanzioni.

L'ampio ed articolato percorso motivazionale sviluppato è stato in buona parte ripreso nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria del 2012 e trae spunto essenzialmente dal fatto che, con riferimento ai servizi finanziari, si è in presenza di un'articolata disciplina speciale, che individua in maniera molto puntuale e dettagliata gli obblighi informativi, di trasparenza e di correttezza in capo agli operatori di settore, sia in fase di emissione dei titoli e di comunicazioni pubblicitarie, che in fase di loro circolazione, con attribuzione alla Consob non solo di poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori.

In altri termini, sul piano della disciplina nazionale, l'art. 3, paragrafo 4, della direttiva comunitaria in materia di pratiche sleali, trasposto nell'art. 19, comma 3, del codice del consumo, ai sensi del quale “in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”, potrebbe supportare la conclusione che la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette non possa trovare applicazione quando sussista una disciplina speciale di settore che non si limiti a regolare puntualmente il contenuto degli obblighi di correttezza, sotto il

---

<sup>15</sup> Cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, I, 3 giugno 2010, n. 14857, che richiama una copiosa giurisprudenza della stessa Sezione.

<sup>16</sup> Cons. St., Adunanza della Sezione Prima 3 dicembre 2008, n. 3999/2008.

profilo informativo e di condotta in una specifica materia, ma definisca anche i relativi poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori, attribuendoli ad una Autorità settoriale.

Infatti, ove l'interesse generale da curare risulti in concreto il medesimo per entrambi gli interventi delle Autorità, i principi che usualmente presiedono alla risoluzione dei conflitti di competenza, nella giurisdizione come nell'attività amministrativa, impongono che si eviti, per ragioni di coerenza, non contraddizione, economia ed efficacia, la duplicazione degli interventi.

Di talché, ove si tratti di perseguire il medesimo interesse generale, seppure attraverso strumenti non identici, occorre riferirsi al principio di specialità, principio generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie.

La giurisprudenza, inoltre, in una fattispecie relativa ad un procedimento avviato dall'AGCM nei confronti di una Società di erogazione di energia elettrica e, quindi, in relazione al rapporto tra l'Autorità *antitrust* e l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, ha precisato che il rispetto della normativa di settore non vale ad esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore; un comportamento commerciale, pertanto, può essere sanzionato pur in mancanza della violazione di una specifica disposizione volta a regolamentare il settore, dovendosi escludere che una specifica delibera di regolamentazione del settore, nel caso di specie delibera AEEG n. 229/01, possa avere l'effetto di esonerare il professionista dal porre in essere quegli accorgimenti che, sebbene non espressamente previsti, derivano dal più generale canone di diligenza professionale o di buona fede<sup>17</sup>.

D'altra parte, il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 206 del 2005 opera solo laddove esista una compiuta ed organica disciplina della materia e certamente, aggiunge il Consiglio di Stato, la disciplina dettata dall'AEEG con la delibera del 2011 non ha tali caratteristiche.

---

<sup>17</sup> Cfr. Cons. St., VI, 31 gennaio 2011, n. 720.

#### **4. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.**

##### **4.1 Il rapporto tra Autorità *Antitrust* e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.**

In primo luogo, occorre evidenziare che le fattispecie esaminate si collocano nell'ambito di un'intensa dialettica tra le due Autorità, le quali sostengono di avere entrambe competenza ad agire a fronte di una stessa condotta posta in essere dall'operatore telefonico.

L'Adunanza Plenaria - rilevato, come detto, che la possibile contemporanea competenza di due diverse Autorità ad agire in relazione ad un medesimo fatto solleva il problema della compatibilità di un tale sistema con il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., atteso che i procedimenti in discorso sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione sia per i privati - ha premesso che l'individuazione della competenza nel caso in esame va iscritta in un'analisi più ampia avente ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina del settore delle comunicazioni elettroniche.

In proposito, ha innanzitutto evidenziato che il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs n. 259 del 2003) fa espresso riferimento alla tutela del consumatore in numerose norme: art. 4, comma 3, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; art. 13, comma 4, lett. a), ove si dispone che Ministero ed AGCOM assicurino agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; art. 70, che disciplina *ex professo* l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate.

Ad integrare tale *corpus* normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS di AGCom, avente portata regolatoria, che, in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

A ciò si aggiunga che la stessa denominazione dell'oggetto della delibera in questione<sup>18</sup> richiama espressamente la finalità di tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica e che, nelle premesse, sono richiamati espressamente anche gli artt. 50 e segg. del Codice del consumo, che disciplinano in via generale, a tutela del consumatore, i contratti a distanza.

Ne consegue che emerge *ictu oculi*, secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa, come l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) sia quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento<sup>19</sup>. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCom ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata "Tutela dei consumatori") e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da *Antitrust* né dagli operatori di settore.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria ha disatteso la tesi dell'*Antitrust*, secondo cui la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore.

Il massimo organo di giustizia amministrativa ha attribuito rilievo all'art. 19, comma 3, del codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, ha ritenuto che la norma in esame

---

<sup>18</sup> Con la delibera n. 664/06/Cons l'Autorità ha adottato il regolamento concernente le disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza.

<sup>19</sup> La stessa comunicazione effettuata dal Governo italiano alla Commissione Europa in ordine all'autorità nazionale preposta, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla tutela del consumatore, ancorché meramente ricognitiva, denota l'esistenza di una *communis opinio* a livello istituzionale in ordine alla competenza di AGCom ad occuparsi di tutela del consumatore.

sarebbe iscritta nell'ambito del principio di specialità<sup>20</sup>, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). In altre parole, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è caratterizzato dalla specificità.

D'altra parte, il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE<sup>21</sup> fa presente che la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore ed alla luce di questa impostazione occorre leggere quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale.

Il presupposto dell'applicabilità della norma di settore, quindi, non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti, mentre occorre leggere il termine *conflict* (o *conflict*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come contrasto, come diversità di disciplina, poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta.

La disciplina recata dal codice delle comunicazioni elettroniche, ha affermato l'Adunanza Plenaria, presenta proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne

---

<sup>20</sup> Il principio di specialità, nel nostro ordinamento, è un principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio, come si evince dall'art. 15 del cod.pen. e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981.

<sup>21</sup> Testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel codice del consumo.

impone l'applicabilità alle fattispecie<sup>22</sup>, ma ciò non basta per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento dell'Autorità *antitrust* in quanto occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore.

Ne consegue che se, come nella questione affrontata, il comportamento contestato all'operatore economico con il provvedimento dell'AGCM è interamente ed esclusivamente disciplinato dalle norme di settore - le quali affidano all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni non solo il compito di vigilare sull'attuazione delle disposizioni, ma anche quello di stabilirne le modalità attuative e, soprattutto, di sanzionare la loro violazione - non può ragionevolmente dubitarsi che la normativa settoriale sia completa ed esaustiva, individuando essa stessa l'Autorità (AGCom) competente a sanzionare la violazione delle disposizioni, escludendo così in radice la possibilità di una competenza concorrente dell'Autorità *antitrust*.

Le decisioni della Plenaria, infine, hanno evidenziato che le sanzioni edittali attribuite alla competenza dell'*Antitrust* non sono superiori a quelle irrogabili da AGCom e che a quest'ultima Autorità, quale istituzione preposta all'intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, sicché la tutela apprestata da AGCom non può ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita all'AGCM.

Il Consiglio di Stato, peraltro, non ha mancato di specificare che tale assetto interpretativo non riverbera alcun effetto sulla possibilità che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali poste in essere nell'ambito di condotte che possono integrare la fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza<sup>23</sup>, così come ha specificato che il comportamento delle due Autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di *Antitrust* all'altra Autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione.

---

<sup>22</sup> Ciò in coerenza con quanto affermato da Cons. St., I, n. 3999 del 2008 e da Cons. St., VI, n. 720 del 2011.

<sup>23</sup> In proposito, è stata richiamata: Cons. St., VI, 10 marzo 2006, n. 1271.

La soluzione adottata, secondo l'opzione ermeneutica fatta propria dalla Plenaria, appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione, evitando le possibili esternalità negative già indicate nel precedente paragrafo 2, atteso che in tal modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due Autorità, e consentendo inoltre che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare.

#### **4.2 Il rapporto tra Autorità *antitrust* e Banca d'Italia.**

Con la sentenza n. 14 dell'11 maggio 2012, l'Adunanza Plenaria ha indagato il rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette contenuta nel codice del consumo e la disciplina del settore del credito e del risparmio, atteso che, con riferimento all'acquisto di prodotti finanziari, potrebbe sussistere la competenza della Banca d'Italia ai sensi del d.lgs. n. 385 del 1993.

Innanzitutto, occorre precisare che, a differenza delle altre ipotesi in cui si è posto un conflitto positivo di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nel caso di specie nessun conflitto, neanche virtuale, si è verificato tra l'AGCM e la Banca d'Italia in quanto la Società interessata è stata sottoposta ad un unico procedimento sanzionatorio da parte dell'*Antitrust* e la Banca d'Italia non ha in alcun momento rivendicato la propria competenza sulla vicenda, essendo la questione stata sollevata solo dall'operatore interessato, destinatario del provvedimento dell'AGCM.

L'Adunanza Plenaria ha anche chiarito in via preliminare come *ratione temporis* fosse inapplicabile la disciplina introdotta dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, tra l'altro, ha innovato l'art. 123 del testo unico bancario attraverso una disposizione di rinvio al codice del consumo, prima inesistente.



In proposito, pur ipotizzando che tale normativa, adottata in attuazione di un'apposita direttiva europea dedicata alla disciplina dei "contratti di credito"<sup>24</sup>, possa costituire il primo passo in vista della trasformazione del testo unico bancario in una disciplina di settore tendenzialmente esaustiva, non ha condiviso la prospettazione secondo cui essa avrebbe rappresentato unicamente l'esplicitazione di una *ratio legis* già in precedenza orientata anche alla tutela dell'utenza e dei consumatori come portatori di un interesse più ampio e generale rispetto a quelli più specificamente riferibili alla figura del risparmiatore.

Infatti, le disposizioni del T.U.B., intese a regolamentare gli obblighi di informazione incombenti agli istituti di credito e agli intermediari finanziari in ordine ai contenuti ed alle condizioni dei propri prodotti, non si prestano ad essere ricondotte alla medesima *ratio* ispiratrice della generale disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Il supremo giudice della giustizia amministrativa ha impostato il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal testo unico approvato con il d.lgs. n. 385 del 1993 alla luce del principio di specialità di cui all'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/209/CE, trasfuso nell'art. 19, comma 3 del codice del consumo, ed ha precisato che il T.U.B. – quanto meno nella versione vigente all'epoca dei fatti per cui è causa – non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore.

Ciò si ricava, innanzi tutto, dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"; a tali finalità, il successivo art. 127 ha aggiunto poi quelle relative "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela".

L'Adunanza Plenaria, in definitiva, ha sottolineato che il d.lgs. n. 385 del 1993 *ratione temporis* vigente era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono la

---

<sup>24</sup> Si tratta della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori.

tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore.

D'altra parte, se si sposta l'attenzione sulle condotte sanzionate da *Antitrust* nel caso di specie, appare evidente che esse si connotano precipuamente per la loro stretta correlazione con l'acquisto di beni presso esercizi commerciali, rispetto al quale la stipula di un contratto di credito o l'acquisto di un prodotto finanziario appaiono chiaramente accessori e marginali; in altri termini, si tratta di vicende in occasione delle quali un operatore del mercato finanziario, come tale soggetto anche alla disciplina del T.U.B., agisce utilizzando un approccio e delle tecniche informative assimilabili a quelle più generalmente proprie degli operatori e professionisti cui è applicabile il Codice del consumo, con la conseguenza che anche nella prospettiva della specialità "per settori" non potrebbe giammai pervenirsi, nella fattispecie, a un giudizio di insussistenza della competenza di *Antitrust*, proprio per la ravvisata carenza nella normativa di settore di qualsivoglia riferimento alla tutela dei consumatori in quanto tali.

## **5. L'evoluzione successiva alle sentenze dell'Adunanza Plenaria.**

Successivamente alle sentenze dell'Adunanza Plenaria dell'11 maggio 2012, è intervenuto l'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ed entrato in vigore il 15 agosto 2012.

Tale disposizione, nel prevedere l'innalzamento dell'importo massimo delle sanzioni per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette<sup>25</sup>, ha precisato, facendo sostanzialmente propri gli approdi della giustizia amministrativa, che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le stesse siano poste in essere in settori in cui esista una regolamentazione di derivazione

---

<sup>25</sup> In particolare, l'art. 23, co. 12 *quinquiesdecies*, l. n. 135 del 2012 ha aumentato ad €5.000.000 l'importo massimo delle sanzioni di cui all'art. 27, commi 9 e 12, d.lgs. n. 206 del 2005

comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati.

Tale intervento legislativo, tuttavia, non sembra *prima facie* risolutivo del problema, atteso che non indica in quali ipotesi di regolamentazione settoriale sussiste la finalità di tutela del consumatore né fa riferimento all'adeguatezza dei poteri inibitori e sanzionatori di cui deve essere munita l'Autorità di settore per esercitare la competenza in materia.

La giurisprudenza di primo grado è di recente intervenuta nuovamente ed in più occasioni sulla delicata questione della individuazione dell'Autorità competente ad adottare provvedimenti sanzionatori in materia di tutela del consumatore nei settori oggetto di specifica disciplina.

In relazione a provvedimenti con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta su comportamenti di operatori telefonici qualificandoli come pratiche commerciali scorrette, il giudice di primo grado ha annullato tali atti rappresentando, alla luce degli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e riprendendo le considerazioni dalla stessa formulate, che l'Autorità procedente ha sanzionato condotte la cui repressione è dall'ordinamento affidata in virtù di specifiche disposizioni normative ad altro soggetto pubblico, ossia l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>26</sup>.

La carenza di attribuzione, nelle fattispecie esaminate dal TAR Lazio, peraltro, è stata resa ancora più evidente dalla circostanza che l'Autorità *Antitrust* ha agito come se operasse nell'esercizio di un potere di regolamentazione, estraneo alla sua sfera di attribuzioni, e ciò sia sotto il profilo tecnico delle modalità concrete di prestazione dei servizi sia sotto quello dei rapporti interprivati posti in essere dall'operatore telefonico con i propri utenti.

Con riferimento ad una condotta di una Società operante nel settore del credito al consumo qualificata dall'*Antitrust* come pratica commerciale scorretta, la giurisprudenza ha rilevato che assume importanza l'art. 127 d.lgs. n. 385 del 1993, come successivamente integrato e modificato, secondo cui "le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla

---

<sup>26</sup> Cfr. TAR Lazio, I, Roma, 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754.

correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni”. Peraltro, il successivo art. 128, comma 3, T.U.B. dispone “con riguardo ai soggetti individuati ai sensi dell'articolo 115, comma 2, il CICR indica le autorità competenti a effettuare i controlli previsti dal comma 1 e a irrogare le sanzioni previste dagli articoli 144, commi 3 e 3-bis, e 4, e 145, comma 3” e l'art. 128 *ter*, comma 1, del medesimo Testo unico prevede che “qualora nell'esercizio dei controlli previsti dall'articolo 128 emergano irregolarità, la Banca d'Italia può:

- a) inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti;
- b) inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti disciplinati dal presente titolo;
- c) disporre in via provvisoria la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui alle lettere a) e b), laddove sussista particolare urgenza;
- d) pubblicare i provvedimenti di cui al presente articolo nel Bollettino di cui all'articolo 8, comma 1, e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese dell'intermediario”.

Il giudice, tuttavia, ha evidenziato che le menzionate disposizioni risultano frutto delle modifiche introdotte dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 di “Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi”.

In ragione della ricostruzione del quadro normativo in materia, il TAR Lazio ha ritenuto che non possa escludersi l'attribuzione di una competenza specifica in capo alla Banca d'Italia anche con riferimento alla tutela del consumo e ciò come conseguenza del recepimento della direttiva comunitaria del 2008, che ha espresso la necessità di una maggiore attenzione anche nel campo creditizio della tutela della trasparenza e del consumatore.

Il testo dell'art. 123 del TUB, d'altra parte, nella versione modificata ed integrata dall'art. 1 d.lgs. n. 141 del 2010, poi modificato dall'art. 1 d.lgs. n. 218 del 2010, nel disciplinare la "pubblicità", fa salva l'applicazione delle norme contenute nella parte II, titolo III del codice del consumo.

Nella fattispecie esaminata, è stato altresì rilevato che la concorrenza di competenze nel settore è stata regolamentata, successivamente all'entrata in vigore del nuovo testo normativo, dal Protocollo di intesa in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario, siglato tra Banca d'Italia e Autorità garante della concorrenza e del mercato il 22 febbraio 2011.

Il Protocollo prevede che l'AGCM informi tempestivamente la Banca d'Italia dell'avvio di una attività pre-istruttoria o di un procedimento diretto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette poste in essere da uno o più intermediari. La Banca d'Italia, ricevuta l'informativa, trasmette all'AGCM gli eventuali provvedimenti sanzionatori adottati per violazione delle disposizioni sulla trasparenza e la correttezza con riferimento ai fatti segnalati. E' previsto, inoltre, che la Banca d'Italia possa formulare osservazioni con riguardo ai profili connessi all'interpretazione della normativa emanata dalla stessa, nonché agli orientamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario. Altresì, nel caso in cui avvii un procedimento sanzionatorio, la Banca d'Italia informa tempestivamente l'AGCM, che a sua volta trasmetterà alla Banca d'Italia gli eventuali provvedimenti adottati in materia di pratiche commerciali con riferimento ai fatti segnalati. Anche la Autorità garante potrà formulare osservazioni con riguardo ai profili connessi all'interpretazione di disposizioni disciplinanti le pratiche commerciali scorrette.

Il giudice ha ritenuto che le verifiche svolte dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 128 T.U.B., siano state effettuate per le finalità indicate dall'art. 5 del medesimo Testo unico ovvero "avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia", prima che fosse indicata la competenza in ordine "alla trasparenza delle condizioni

contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela” come specificata dal riformato art. 127, con sussistenza della competenza a procedere ed a provvedere dell’Autorità *antitrust*<sup>27</sup>.

Su una recentissima questione, in cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato una pratica commerciale scorretta posta in essere da una compagnia di assicurazione, irrogando la relativa sanzione, la competenza dell’*Antitrust* è stata contestata per l’esistenza di una normativa speciale, rappresentata dal Codice delle Assicurazioni Private, istituito dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che attribuisce la competenza in materia in via esclusiva all’Isvap e che disciplina anche i profili relativi alla tutela del consumatore, prevedendo un complesso di norme rilevanti esclusivamente indirizzate alla “tutela dell’assicurato” e ai relativi “obblighi di informazione”, che gli operatori di settore sono chiamati ad assolvere nel rispetto dei principi di correttezza e trasparenza.

L’organo di giustizia amministrativa ha ritenuto che il provvedimento sia stato adottato da un’Autorità incompetente in quanto le disposizioni normative di settore evidenziano l’attribuzione in capo all’Isvap, ora Ivass<sup>28</sup>, di una generale competenza nella materia delle assicurazioni private anche con riferimento specifico alla tutela del consumo, per cui sussisterebbe una normativa settoriale esaustiva nei contenuti, che attribuisce all’Autorità di regolazione sia la funzione di vigilanza sia la titolarità di specifiche competenze in materia di pubblicità di prodotti assicurativi, sia, infine, la competenza a stabilire le modalità attuative dei nuovi obblighi comportamentali posti a carico dei soggetti regolati<sup>29</sup>.

In particolare, l’art. 3, nell’elencazione delle finalità della "vigilanza sull’attività assicurativa e riassicurativa", stabilisce che la stessa “ha per scopo [ ... ] la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo,

---

<sup>27</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 12 luglio 2012, n. 6325.

<sup>28</sup> L’Ivass – Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni, a far tempo dal 1° gennaio 2013, è succeduto in tutti i poteri, funzioni e competenze dell’Isvap. E’ presieduto dal Direttore generale della Banca d’Italia e mira ad assicurare la piena integrazione dell’attività di vigilanza assicurativa attraverso un più stretto collegamento con quella bancaria.

<sup>29</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 17 gennaio 2013, n. 535.

avendo riguardo [ ... ] alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori”.

La vigilanza del settore risulta affidata all'Isvap, il quale, ai sensi del successivo art. 5 del Codice, “svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo mediante l'esercizio dei poteri di natura autorizzativa, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva previsti dalle disposizioni del presente codice ...” ed in particolare “... effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione del consumatore”.

Ancora più rilevante è l'attribuzione all'Isvap di specifiche competenze in materia di pubblicità di prodotti assicurativi: a mente dell'art. 182 del Codice delle Assicurazioni, “la pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono”; “l'Isvap sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza” e “... vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza”.

Sempre il suddetto Istituto, a norma degli artt. 182 e 183 del ripetuto Codice, è l'ente preposto a stabilire, mediante regolamento, i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell'informazione, nonché ad emanare “specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli”.

L'art. 184 del Codice delinea anche i poteri cautelari ed interdittivi dell'Isvap, il quale può sospendere o vietare la commercializzazione del prodotto laddove accerti la violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza dell'informazione.

All'Isvap, ora Ivass, inoltre, è attribuito uno specifico potere sanzionatorio dall'art. 318 del d.lgs. n. 209 del 2005<sup>30</sup>.

## **6. Il rapporto tra tutela della libertà di concorrenza e tutela del consumatore.**

La libera concorrenza è stata considerata dal Trattato CE come un fattore indispensabile per l'armonico ed equilibrato sviluppo delle economie degli Stati membri, sicché la relativa disciplina è contenuta in previsioni normative puntuali ed articolate, di cui agli artt. 101 – 109 TFUE, volte ad evitare che sorga ogni tipo di barriera protezionistica derivante sia da pratiche restrittive attuate dalle imprese (artt. 101 – 106, concernenti regole applicabili alle imprese) sia da misure assunte dagli Stati a favore di imprese nazionali (artt. 107 – 109, concernenti aiuti concessi dagli Stati)<sup>31</sup>.

Il principio della libera concorrenza, finora prevalso nell'Unione Europea, e la relativa normativa antimonopolistica sono tendenzialmente indirizzati anche alla tutela dei consumatori, acquirenti finali dei prodotti offerti dal mercato, i quali, in presenza di un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza o di una situazione di abuso di posizione dominante, potrebbero risultare danneggiati dalla formazione di un livello medio dei prezzi più elevato di quello che potrebbe formarsi attraverso il libero esplicarsi delle regole di mercato<sup>32</sup>.

La tutela degli interessi dei consumatori, quindi, è stata per lungo tempo configurata come accessoria e derivata rispetto a quella della concorrenza e del libero mercato.

Tuttavia, già sulla base della legislazione in materia, occorre escludere un nesso di consequenzialità indefettibile tra i concetti di tutela della libertà di concorrenza e di protezione dei consumatori, tanto che l'art. 4 l. n. 287 del 1990 consente all'Autorità garante della concorrenza e

---

<sup>30</sup> L'inosservanza delle disposizioni sulla pubblicità dei prodotti assicurativi è punita con la sanzione da euro duemila ad euro ventimila, mentre la diffusione di annunci pubblicitari effettuata in violazione dei provvedimenti cautelari ed interdittivi è punita con la sanzione da euro cinquemila ad euro cinquantamila.

<sup>31</sup> E. Bonelli, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2010, che richiama un'ampia dottrina, tra cui, F. Patroni Griffi, "le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in *house*" (relazione all'incontro in Roma del 24 novembre 2005 per la presentazione dell'opera *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli).

<sup>32</sup> Sia consentito il rinvio a R. Caponigro, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, in "L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti", Atti del convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012, ESI, pagg. 141 e ss.



del mercato di autorizzare, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate, in quanto potenzialmente restrittive della libertà di concorrenza, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare “un sostanziale beneficio per i consumatori”<sup>33</sup> e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l’aumento della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico.

L’Unione, ai sensi dell’art. 169, co. 2, del TFUE, contribuisce al conseguimento degli obiettivi di protezione del consumatore mediante misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno.

La tutela dei consumatori, a livello comunitario e dei singoli Stati membri, quindi, è articolata su una pluralità di interventi e, tra questi, sul divieto delle pratiche commerciali scorrette, disciplina di genesi comunitaria attraverso la quale il legislatore ha inteso salvaguardare il funzionamento del mercato unico e contribuire alla tutela degli interessi economici dei consumatori, innalzandone il livello di protezione.

Con l’approvazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 maggio 2005, relativa alle “pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, volta espressamente alla armonizzazione delle disposizioni divergenti dei singoli Stati membri, l’Unione, infatti, ha perseguito una politica di protezione dei consumatori, oltre a garantire alle imprese l’esercizio delle libertà nel mercato interno.

La *ratio* della normativa comunitaria è immediatamente percepibile dal considerare n. 8 alla direttiva 2005/29/CE, secondo cui la direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e tutela indirettamente le

---

<sup>33</sup> L’art. 101 del TFUE (ex art. 81 del TCE), nel dichiarare, al par. 1, incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato, stabilisce tuttavia, al par. 3, che le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili, tra l’altro, a qualsiasi accordo fra imprese, a qualsiasi decisione di associazioni di imprese e a qualsiasi pratica concordata che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico.

attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale.

Il diritto nazionale si è adeguato dettando i decreti legislativi di recepimento e di attuazione n. 145 e n. 146 del 2007, per cui, nell'ordinamento nazionale è ora rinvenibile un sistema duale di protezione, atteso che, con il d.lgs. n. 145 del 2007, sono state espunte dal codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e di liceità della pubblicità comparativa, facendole confluire in un *corpus* normativo separato, mentre, con il d.lgs. n. 146 del 2007, sono state regolate le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori e la relativa normativa è stata accolta nel codice del consumo.

Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 146 del 2007 hanno ampliato il raggio di tutela previsto dal regime normativo previgente e tale quadro di tutela dei consumatori viene ad aggiungersi ai normali strumenti di tutela contrattuale ed a quelli derivanti da specifiche discipline in settori oggetto di regolazione.

Nell'attuale contesto economico-finanziario, tuttavia, occorre evidenziare che l'assunto di partenza, secondo cui il principio della libera concorrenza e la relativa normativa antimonopolistica sono indirizzati anche alla tutela dei consumatori, sembra essere messo in crisi dal proliferare di fenomeni per i quali, a fronte di una netta contrazione dei consumi, si assiste ad una moltiplicazione delle iniziative delle imprese, volte ad indirizzare ed influenzare le scelte dei consumatori che, in teoria, potrebbero anche trarre vantaggio dalle offerte di vendita promozionali, ma che, proprio in questa fase "ciclica", sono più esposti a forme di pubblicità scorretta, ad offerte promozionali non veritiere o comunque eccessivamente enfatiche e ad altre insidie.

D'altra parte, già nella impostazione normativa della l. 287 del 1990, così come in quella del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, è possibile cogliere l'insussistenza di un necessario collegamento strumentale tra tutela della libertà di concorrenza e tutela degli interessi dei consumatori, nel senso che la prima si riflette sempre e comunque nella seconda, al punto che, come detto, l'art. 4 della legge nazionale, così come, sia pure in termini diversi, l'art. 101, par. 3, del TFUE, consente all'Autorità garante di autorizzare, per un periodo limitato, intese o categorie di

intese, altrimenti vietate in quanto lesive della libertà di concorrenza, se queste, agendo sulle condizioni di offerta sul mercato, comportino un sostanziale beneficio per i consumatori.

Nello spazio giuridico europeo, pertanto, si impongono iniziative delle istituzioni, forti ed incisive, per consentire al consumatore di orientarsi nel nuovo scenario ed assumere decisioni quanto più possibile informate, consapevoli e convenienti<sup>34</sup>.

In altre parole, la concorrenza “sfrenata” tra le imprese - tanto maggiore nel periodo di accentuata crisi economico-finanziaria che ha investito tutti i Paesi dell’Unione ed in presenza, in un mercato sempre più globalizzato, di competitori mondiali aggressivi e, quindi, pericolosi per i consumatori – richiederebbe interventi a livello comunitario volti a fornire una protezione reale ai consumatori anche nelle nuove frontiere, atteso che, probabilmente, la tutela piena ed incondizionata della libertà di concorrenza non è più in grado di per sé, o forse non lo è mai stata, di garantire in modo completo la protezione degli interessi dei consumatori quali utilizzatori finali del prodotto o del servizio<sup>35</sup> ed in tale ottica va vista la direttiva 2005/29/CE dell’11 maggio 2005, inerente alle “pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”, la quale, volta all’armonizzazione delle disposizioni nazionali divergenti, persegue sicuramente, come già evidenziato, anche lo scopo diretto e specifico di tutela dei consumatori.

La libera concorrenza, in definitiva, costituisce un *leit motiv* comunitario sempre presente, ma sottoposto ormai a revisione, mentre va emergendo progressivamente, sia nell’ordinamento comunitario che in quello nazionale, l’esigenza di garantire in via diretta la tutela del consumatore, controbilanciando la regola della libera concorrenza, nella consapevolezza del venire meno della necessaria accessorietà della prima alla seconda<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> E. Bonelli, op. cit.

<sup>35</sup> Nel trattato di riforma delle istituzioni comunitarie, stipulato a Lisbona il 23 giugno 2007, il venir meno della necessaria centralità della libertà di concorrenza è confermata dal fatto che il principio di concorrenza è stato espunto dal testo, per essere inserito, secondo la c.d. “opzione Sarkozy”, in un breve e meno significativo protocollo aggiuntivo.

<sup>36</sup> E. Bonelli, op. cit., evidenzia che, proprio perché la libera concorrenza era vista dal Trattato CE come un fattore indispensabile per l’armonico ed equilibrato sviluppo degli Stati membri, la relativa disciplina è contenuta in previsioni normative puntuali ed articolate, ad evitare che sorga ogni tipo di barriera protezionistica derivante da pratiche restrittive adottate dalle imprese nonché da misure assunte dagli Stati a favore di imprese nazionali, mentre il principio della tutela del consumatore è stato a lungo configurato come

## 7. La sovrapposizione di competenze nelle fattispecie di abuso di posizione dominante.

Sul rapporto tra Autorità *antitrust*, la quale aveva avviato un procedimento di abuso di posizione dominante in materia di trasporti ferroviari, e l'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari, deputato a svolgere i compiti di cui all'art. 37 d.lgs. 188/2003, con particolare riferimento alla vigilanza sulla concorrenza nei mercati del trasporto ferroviario ed alla risoluzione del relativo contenzioso, la giurisprudenza ha ritenuto che la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'URSF, in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti<sup>37</sup>.

In particolare, l'attività dell'Autorità *antitrust* è indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari, come indicato dall'art. 30, co. 3, della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria, è finalizzata specificamente a garantire che i diritti fissati determinati dal gestore per l'utilizzo delle infrastrutture siano conformi alle disposizioni della stessa direttiva e non siano discriminatori, atteso che, come emerge dal 49<sup>a</sup> considerando, gli obiettivi della direttiva sono il coordinamento dei meccanismi degli Stati membri che disciplinano la ripartizione della capacità dell'infrastruttura ferroviaria e i diritti dovuti per il suo utilizzo nonché la certificazione di sicurezza.

Le due competenze, quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e quelle dell'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari, quindi, coesistono ed hanno finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili, sicché, nello svolgimento delle proprie attività, gli operatori del settore devono considerare l'insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie.

---

strumentale ed accessorio rispetto a quello della concorrenza e del libero mercato e non è riuscito ad assurgere a criterio guida inderogabile di regolazione dell'attività economica.

<sup>37</sup> TAR Lazio, Roma, I, 26 gennaio 2012, n. 865, richiamata nella nota n. 7.

Diversamente da quanto visto in ordine ai procedimenti volti ad accertare le pratiche commerciali scorrette e, quindi, finalizzati alla tutela dei consumatori, la giurisprudenza, in un'ipotesi di potenziale conflitto con l'AGCom, ha ritenuto sussistere la competenza dell'AGCM in una fattispecie di abuso di posizione dominante da parte di operatori del settore televisivo e della rilevazione degli indici di ascolto<sup>38</sup>.

La questione esaminata coinvolge ancora una volta la problematica di carattere più generale del riparto di competenze tra l'Autorità *Antitrust* e le altre autorità indipendenti laddove vengano in rilievo settori regolamentati sottoposti alla vigilanza di queste ultime, e la presenza di diverse normative disciplinanti fattispecie omogenee o contigue, problematica da declinare sulla base delle due possibili opzioni interpretative riconducibili, rispettivamente, al criterio della complementarità tra la normativa generale e quella di settore, o al criterio della specialità del complesso normativo di settore, come tale prevalente su quello generale di cui l'*Antitrust* è attributaria.

L'*actio finium regundorum* tra due *Authorities* e la individuazione di quale sia quella titolare di attribuzioni in una materia che appaia essere di spettanza di entrambe, in presenza di due distinti complessi normativi di riferimento, posto che le leggi vigenti non contemplano strumenti generali di risoluzione anticipata dei conflitti di competenza, positivi o negativi, anche in ragione dell'istituzione progressiva delle varie autorità, va risolta in via interpretativa tenuto conto della necessità di evitare duplicazioni di interventi, in violazione del *ne bis in idem*, e di salvaguardare il principio di certezza del diritto ed il principio di legalità dell'azione pubblica, quand'anche *sui generis*, che va messo in relazione al principio generale di libertà, non essendo tollerabile la reiterazione del medesimo intervento autoritativo di attuazione del diritto oggettivo da parte di figure pubbliche diverse.

L'operazione interpretativa di individuazione dell'Autorità competente all'accertamento e all'eventuale irrogazione di sanzioni in materia di abuso di posizione dominante nel mercato della rilevazione degli indici di ascolto televisivi, ha preso le mosse dalla ricognizione delle norme che,

---

<sup>38</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, I, 21 giugno 2012, n. 5689.

nel delineare le attribuzioni delle due Autorità in astratto competenti, possano entrare in potenziale conflitto stante la loro sovrapponibilità in quanto regolanti fattispecie analoghe.

In tale direzione viene innanzitutto in rilievo l'art. 1, comma 6, lettera c), n. 8, della legge n. 249 del 1997, il quale stabilisce che il Consiglio dell'AGCom "accerta la effettiva sussistenza di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo e comunque vietate ai sensi della presente legge e adotta i conseguenti provvedimenti", mentre il comma 6, lettera b), n.11 del medesimo articolo prevede che l'AGCom "cura le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione; vigila sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati da altri soggetti, effettuando verifiche sulla congruità delle metodologie utilizzate e riscontri sulla veridicità dei dati pubblicati, nonché sui monitoraggi delle trasmissioni televisive e sull'operato delle imprese che svolgono le indagini" con possibilità di effettuazione delle rilevazioni necessarie laddove la rilevazione degli indici di ascolto non risponda a criteri universalistici del campionamento rispetto alla popolazione o ai mezzi interessati.

Il TAR Lazio ha sostenuto che, se le attribuzioni così conferite all'AGCom possono condurre ad ipotizzare la riconducibilità della fattispecie in esame all'ambito applicativo di cui alle citate norme, trattasi di opzione ermeneutica che valorizza, isolandolo, il solo dato riferito alla inerenza per materia – ovvero quella delle telecomunicazioni, della sussistenza di posizioni dominanti in tale ambito e della rilevazione degli indici di ascolto in materia televisiva – laddove occorre invece verificare l'identità delle finalità sottese alla disciplina generale in materia di tutela della concorrenza e a quella di regolazione al fine di verificare la sussistenza di un'ipotesi di concorso apparente di norme, che si realizza quando una medesima condotta solo apparentemente è riconducibile a diverse fattispecie amministrative, mentre in realtà integra un unico illecito.

Orbene, avuto riguardo alla fisionomia delle condotte sanzionate ed alla disciplina che costituisce il parametro di riferimento per il formulato giudizio di loro illiceità, il giudice ha ritenuto che non possa affermarsi la sussistenza di una sovrapponibilità di normative disciplinanti una medesima fattispecie valutata sotto il medesimo profilo, sul presupposto che le norme medesime prendano in considerazione lo stesso fatto, essendo la disciplina *antitrust* – alla cui applicazione è

chiamata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – volta a garantire la tutela della concorrenza e dei principi del libero mercato, laddove le norme, sopra richiamate, attributarie all'AGCom della competenza in materia radiotelevisiva, ivi compresa quella della rilevazione dei dati di ascolto ed in materia di posizioni dominanti in tale settore, sono funzionali al perseguimento di diverse finalità tra cui, segnatamente, quella della garanzia e della tutela del pluralismo informativo.

Pertanto, ha ritenuto che i compiti attribuiti all'AGCom in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni non hanno fatto venire meno la generale competenza *antitrust* spettante all'AGCM, assumendo le valutazioni dell'Autorità di settore, in quanto si riferiscono alla disciplina ed alle caratteristiche del settore regolato, una valenza diversa rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza.

La competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quindi, coesisterebbe con la competenza dell'Autorità di vigilanza preposta allo specifico settore delle telecomunicazioni in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti, essendo l'attività dell'Autorità *antitrust* indirizzata alla protezione degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'AGCom sul sistema delle comunicazioni è finalizzata ad assicurare il pluralismo dei sistemi di informazione, favorendo anche la concorrenza nel settore, affiancandosi le relative disposizioni a quelle previste da altri comparti dell'ordinamento in materia di concorrenza, con la conseguenza che, nello svolgimento delle proprie attività, i professionisti devono adeguare i propri comportamenti all'insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto delle diverse regolamentazioni, adottando le misure necessarie, in ragione della coesistenza di diverse discipline e competenze, aventi finalità complementari.

Le discipline speciali di settore, in altri termini, secondo la prospettazione del TAR capitolino, si pongono in rapporto di complementarità e non di alternatività rispetto alla normativa generale in materia di tutela della concorrenza, in ragione della diversità degli interessi pubblici

sottostanti istituzionalmente tutelati dalle Amministrazioni rispettivamente competenti, non potendosi quindi configurare un'ipotesi di conflitto tra distinti apparati normativi, perseguendo le relative norme diverse e complementari finalità.

La questione della possibile sovrapposizione di competenze in materia di accertamento di abuso di posizione dominante tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, peraltro, era stato già affrontato dal Consiglio di Stato<sup>39</sup>, che era giunto alla stessa conclusione di complementarità tra le due azioni, anche se sulla base di un diverso percorso argomentativo.

Nella fattispecie, un certo comportamento dell'operatore *incumbent* nel mercato delle comunicazioni elettroniche, considerato illecito dall'AGCM, era stato nel contempo disciplinato come legittimo dall'AGCom, per cui l'operatore aveva invocato, dapprima, davanti all'Autorità amministrativa e, poi, davanti al giudice amministrativo, la conformità del proprio comportamento economico alla disciplina regolatoria<sup>40</sup>.

In tal caso, il Consiglio di Stato aveva evidenziato come, dal sistema normativo vigente, si potesse desumere che le attribuzioni dell'AGCom, che opera quale Autorità di regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, non hanno scalfito la competenza generale dell'AGCM in tema di vigilanza *antitrust*.

A livello comunitario, le linee direttrici della Commissione europea (2002/C 165/03) avvertono che le indicazioni che vengono fornite alle Autorità nazionali di regolamentazione per la definizione dei mercati rilevanti e delle significative posizioni di mercato, non pregiudicano l'applicazione delle norme relative alla concorrenza, da parte degli organi nazionali competenti.

Nell'ambito del diritto italiano, anzitutto, l'art. 20, co. 1, l. n. 287/1990, che sottraeva all'AGCM la competenza *antitrust* nei confronti delle imprese operanti nei settori della radiodiffusione e dell'editoria, per attribuirle all'allora Garante per la radiodiffusione e l'editoria, successivamente AGCom, è stato abrogato dall'art. 1, co. 6, lett. c), n. 9, l. 31 luglio 1997, n. 249.

---

<sup>39</sup> Cons. St., VI, 10 marzo 2006, n. 1271.

<sup>40</sup> Per la ricostruzione della fattispecie: F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, 2010, pagg. 201 e segg.



L'art. 20, co. 7, l. n. 287 del 1990, inoltre, dispone che allorché l'intesa, l'abuso di posizione dominante, o la concentrazione riguardino imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più Autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza.

Pertanto, la competenza *antitrust* spetta all'AGCM, e l'AGCom esprime un parere obbligatorio per le imprese operanti nel settore delle comunicazioni.

Il rapporto tra le due Autorità, come sopra delineato, sarebbe confermato, e non intaccato, dal codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259), atteso che esso mantiene l'assetto secondo cui l'AGCom opera come Autorità di regolamentazione, le cui competenze non elidono quelle *antitrust* dell'AGCM.

In primo luogo, l'art. 8, d.lgs. n. 259 del 2003 stabilisce il principio di cooperazione tra le due Autorità, che adottano, anche ricorrendo a "specifiche intese", disposizioni sulle "procedure di consultazione e di cooperazione reciproca nelle materie di interesse comune".

L'art. 98, co. 11, d.lgs. n. 259 del 2003, attribuisce all'AGCom la competenza sanzionatoria in caso di violazione dei provvedimenti dell'AGCom con cui si stabiliscono gli obblighi delle imprese aventi significativo potere di mercato; per significativo potere di mercato, ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 259 del 2003, si intende, in conformità al diritto comunitario, il godimento di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di una forza economica tale da consentire alle imprese di comportarsi in misura notevole in modo indipendente da concorrenti, clienti, consumatori.

Gli artt. 18 e ss., d.lgs. n. 259 del 2003 attribuiscono all'AGCom la competenza a definire i mercati rilevanti (art. 18) e ad accertare se le imprese godono di un significativo potere di mercato (art. 19), con la conseguente imposizione, in caso affermativo, di obblighi di regolamentazione se il mercato non sia effettivamente concorrenziale (artt. 46, 47, 48, 49, 50, 66, 67, 68, 69, d.lgs. n. 259 del 2003), sicché l'art. 98, co. 11, d.lgs. n. 259 del 2003, attribuisce all'AGCom la competenza a sanzionare la violazione degli obblighi di regolamentazione da essa impartita con i propri provvedimenti, adottati ai sensi dei citati articoli, ma lascia integra la competenza dell'AGCM ad accertare l'abuso di posizione dominante con una delle condotte di cui all'art. 3, l. n. 287 del 1990.

Tuttavia, il principio di cooperazione tra le due Autorità (art. 8, d.lgs. n. 259 del 2003), la perdurante regola sul “parere” espressamente qualificato come “obbligatorio” dell’AGCom sui provvedimenti dell’AGCM (art. 1, co. 6, lett. c), n. 11, l. n. 249 del 1997), la istituzionale competenza dell’AGCom ad accertare quali sono le imprese aventi significativo potere di mercato e a dettare le prescrizioni vincolanti per garantire una effettiva e sostenibile concorrenza nel mercato delle comunicazioni, l’esigenza che non si verificano *bis in idem* o difformi valutazioni, sono tutti elementi che fanno ritenere che le due Autorità, pur esercitando competenze parallele, debbano coordinarsi in un’ottica di leale collaborazione (anche, se del caso, con lo strumento tipico dell’intesa), e con il fine ultimo e comune di garantire il corretto funzionamento del mercato alla cui vigilanza sono preposte.

In conclusione, il giudice amministrativo di appello ha sostenuto che i compiti attribuiti all’Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non avrebbero fatto venire meno la generale competenza *antitrust* spettante all’AGCM, la quale deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze può discostarsi con adeguata motivazione.

## **8. Conclusioni.**

La questione dei conflitti, positivi o negativi, di competenza tra due Autorità indipendenti è estremamente viva, in quanto tali amministrazioni sono preposte al perseguimento di interessi pubblici nevralgici che attengono allo sviluppo economico del Paese, e complessa, in quanto l’attuale ordinamento normativo non prevede uno strumento generale di risoluzione anticipata dei conflitti stessi, anche in ragione dell’istituzione progressiva e non contestuale delle varie Autorità.

Né può ritenersi esaustivo, per quanto già indicato al paragrafo 5 e per quanto si dirà *infra*, l’intervento legislativo operato dal d.l. n. 95 del 2012, convertito in legge con l. n. 135 del 2012, il cui art. 23, co. 12 *quinquiesdecies*, ha attribuito all’AGCM la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, ad esclusione dei casi in cui le stesse siano poste in essere in

settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati.

Il tema, quindi, va affrontato soprattutto in via interpretativa con l'obiettivo di evitare le esternalità negative che inevitabilmente deriverebbero in ogni ipotesi di conflitto.

In particolare, rilevato che il problema si pone soprattutto nelle materie in cui esiste una competenza generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, quindi, nei procedimenti finalizzati alla tutela dei consumatori ovvero alla tutela della libertà di concorrenza, le esternalità negative, nel caso in cui più Autorità ritenessero di avere competenza ad agire, consisterebbero, da un lato, nella possibile sottoposizione degli operatori economici ad una pluralità di procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti e violazione del principio di proporzionalità nel caso di cumulo materiale di sanzioni da parte delle Autorità, dall'altro, nel contrasto con il principio costituzionale di buon amministrazione che si avrebbe ove fossero inutilmente duplicati tali procedimenti, i quali si caratterizzano per la particolare onerosità sia per i privati destinatari sia per le stesse amministrazioni procedenti.

Allo stesso modo, un conflitto negativo di competenze avrebbe effetti deleteri in quanto il fine di tutela dei consumatori ed il fine di tutela della libertà di concorrenza non sarebbero in concreto perseguiti.

Un conflitto di competenza tra *Authorities* creerebbe comunque un effetto di disorientamento per il mercato e per i suoi operatori nonché per i consumatori che del mercato sono i fruitori.

Ne consegue l'esigenza di individuare opzioni ermeneutiche che consentano di definire con sufficiente chiarezza se, in relazione ad una determinata fattispecie relativa ad un mercato regolamentato, sussista la competenza esclusiva dell'Autorità di settore, la competenza concorrente di quest'ultima con quella generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato oppure la sola competenza di quest'ultima.

Ritengo che il principio essenziale al quale ispirare tale valutazione debba essere il seguente: uno stesso fatto concreto non può essere oggetto di procedimenti distinti da parte di Autorità diverse, aventi entrambe adeguati poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori, per il perseguimento delle medesime finalità di carattere generale.

Sulla base di tale principio, è possibile enucleare tre elementi essenziali che devono contestualmente ricorrere affinché si ponga davvero la necessità di prevedere una soluzione alla delicata questione, atteso che, in assenza anche di uno solo dei tre presupposti, il conflitto tra norme sarebbe apparente.

In primo luogo, il problema della possibile sovrapposizione di competenze sussiste solo quando l'azione delle due Autorità ha ad oggetto esattamente lo stesso fatto, regolato nel relativo settore, mentre non ha luogo quando il fatto è sia pure parzialmente differente, la qual cosa, ad esempio, si verifica nel caso in cui, come quello all'esame dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2002, la condotta sanzionata dall'*Antitrust* afferisce all'acquisto di prodotti in vendita presso esercizi commerciali rispetto al quale l'operazione di finanziamento è strumentale, laddove l'eventuale intervento dell'organo di vigilanza bancaria e finanziaria potrebbe riguardare solo ed esclusivamente la condotta dell'operatore del mercato finanziario nei confronti del cliente e non la complessiva operazione di vendita di beni presso l'esercizio commerciale, nel cui ambito l'operazione di finanziamento si inserisce.

In secondo luogo, la sovrapposizione sussiste quando gli interessi pubblici perseguiti dalle due Autorità sono identici, atteso che, come evidenziato da una condivisibile giurisprudenza e come ormai sancito dal legislatore nell'art. 23, co. 12 *quinquiesdecies*, l. n. 135 del 2012, occorre riferirsi ad una competenza per "effetti", disancorata dal dato soggettivo della tipologia di operatore interessato o di soggetto tutelato, sicché, quando le finalità sono diverse, l'azione delle Autorità non è indice di una patologica duplicazione di accertamento e di irrogazione di sanzioni in presenza di un unico illecito, ma deve ritenersi complementare in ragione della possibile configurabilità di due differenti illeciti.

Inoltre, anche quando si trattasse di uno stesso fatto e le due Autorità agissero per il perseguimento delle medesime finalità, per escludere la legittimità di un duplice intervento, da parte dell'Autorità regolatoria di settore e da parte dell'Autorità istituzionalmente preposta alla tutela della concorrenza, del mercato e dei consumatori, è necessario che l'Autorità di settore, oltre a poteri regolatori e di vigilanza, sia dotata di adeguati poteri inibitori, conformativi e sanzionatori, in assenza dei quali non potrebbe assicurare una tutela piena e completa all'interesse pubblico affidato alle sue cure, con la conseguenza che, ove non siano attribuiti tali poteri, è proprio la necessità di assicurare una tutela esaustiva agli interessi generali sottostanti che richiede l'esercizio di un'attività congiunta da parte delle due amministrazioni.

In definitiva, ritengo che il problema vero dell'*actio finium regundorum* tra l'AGCM e le altre Autorità riguardi le sole ipotesi in cui effettivamente non possa sussistere la duplice competenza delle Autorità, vale a dire quando le stesse, entrambe titolari di poteri inibitori e sanzionatori, intendano occuparsi, o non occuparsi, di uno stesso fatto per il perseguimento di identiche finalità pubbliche.

In tali ipotesi, trova applicazione l'immanente principio di specialità che, per quanto concerne le pratiche commerciali scorrette, trae fondamento dal considerando 10 della direttiva 2005/29/CE e da quanto disposto dall'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del codice del consumo, secondo cui in caso di contrasto, da intendere come duplicità di discipline e non come una vera e propria antinomia, la normativa specifica prevale su quella generale, ed è ora codificato dall'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, l. n. 135 del 2012, entrato in vigore il 15 agosto 2012.

Tale disposizione, tuttavia, sebbene contenga il più compiuto tentativo di disciplinare a livello normativo il riparto di competenze tra le Autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette, non può ritenersi dirimente delle problematiche evidenziate in quanto non indica quali Autorità hanno lo specifico fine di tutela dei consumatori né indica in quale misura l'Autorità settoriale debba essere dotata di poteri inibitori e sanzionatori in modo da garantire una

intensità e qualità della tutela non inferiore a quella che sarebbe assicurata in via generale dall'Autorità *antitrust*.

Per quanto concerne i rapporti tra l'AGCM e l'AGCom, ad avviso di chi scrive, dovrebbe prevalere la specifica competenza settoriale sulla competenza generale in quanto, da un lato, anche l'Autorità di settore è dotata di idonei poteri inibitori e sanzionatori, dall'altro, la tutela dei consumatori, ancorché, come approfondito nel paragrafo n. 6, non necessariamente collegata ed ancillare alla tutela della libertà di concorrenza, è individuabile sulla base di elementi oggettivi come interesse pubblico direttamente perseguito anche dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Parimenti, ritengo sia da condividere la tesi secondo cui la competenza dell'Ivass nell'accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, sotto forma di pubblicità di prodotti assicurativi, poste in essere dalle compagnie di assicurazioni prevale su quella dell'AGCM, in ragione degli adeguati poteri inibitori, interdittivi e sanzionatori attribuiti all'Autorità di settore, la quale persegue specificamente l'interesse pubblico di tutela degli assicurati.

Nel rapporto con la Banca d'Italia, invece, è da ritenere che, in linea di massima, la competenza delle due Autorità sia parallela, non tanto perché la tutela dei consumatori dei prodotti bancari e finanziari non sia uno specifico interesse pubblico perseguito dall'Autorità di vigilanza bancaria – che, per effetto delle innovazioni di cui al d.lgs. n. 141 del 2010, accanto alla sana e prudente gestione delle banche ed alla stabilità del sistema, persegue quale finalità istituzionale, per il credito al consumo, anche la tutela dei risparmiatori – quanto perché appare piuttosto difficile che le due *Authorities* si occupino di fatti identici.

Non a caso, nel prevedere gli obblighi di informazione di cui al richiamato Protocollo d'intesa sottoscritto il 22 febbraio 2011, l'attività dell'AGCM è definita come diretta a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette poste in essere da uno o più intermediari, mentre l'attività della Banca d'Italia concerne gli eventuali provvedimenti sanzionatori adottati per la violazione delle disposizioni sulla trasparenza e la correttezza.

Di talché, il Protocollo d'intesa sembrerebbe finalizzato non tanto a dirimere conflitti di competenza, quanto a creare una sinergia, attraverso l'ampliamento del patrimonio conoscitivo sulle reciproche attività e sull'interpretazione delle relative norme, tra le due Autorità nell'espletamento delle attività di rispettiva competenza.

L'analisi della legittima coesistenza della competenza generale *antitrust* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con quella specifica dell'AGCom, per quanto attiene alle fattispecie di abuso di posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni, presenta aspetti ugualmente problematici.

La sicura compatibilità tra le competenze di entrambe le Autorità, a mio avviso, non può discendere dalla considerazione in base alla quale solo l'attività dell'Autorità *antitrust* sarebbe indirizzata alla protezione degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'AGCom sul sistema delle comunicazioni sarebbe finalizzata ad assicurare il pluralismo dei sistemi di informazione, in quanto anche l'attività di quest'ultima è diretta a garantire la concorrenza nel settore.

Né, può assumere rilievo dirimente il disposto dell'art. 20, co. 04 (in precedenza, art. 20, comma 7), l. n. 287 del 1990, in ragione del quale, nel caso in cui l'intesa, l'abuso di posizione dominante, o la concentrazione riguardino imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza di più Autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza.

La norma, infatti, non sembra disciplinare l'ipotesi della coesistente competenza dell'Autorità avente competenza generale e dell'Autorità avente competenza speciale in uno specifico settore, ma la distinta ipotesi in cui i comportamenti restrittivi della libertà di concorrenza siano posti in essere da soggetti operanti in settori tra loro diversi, nel qual caso la competenza di un'Autorità di settore non può escludere la competenza dell'Autorità di altro settore.

Pertanto, ritengo che anche per le fattispecie di abuso di posizione dominante debba valere lo stesso principio enucleato per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette, e cioè che uno stesso fatto concreto non può essere oggetto di procedimenti distinti da parte di Autorità diverse, aventi

entrambe adeguati poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori, per il perseguimento delle medesime finalità di carattere generale.

In presenza di un *corpus* normativo attributivo all'AGCom della competenza a definire i mercati rilevanti e ad accertare se le imprese godono di un significativo potere di mercato, con la conseguente imposizione, in caso affermativo, di obblighi di regolamentazione (se il mercato non sia effettivamente concorrenziale), nonchè attributivo di un adeguato potere sanzionatorio nel caso di violazione degli obblighi di regolamentazione da essa impartiti, consegue a mio avviso che - in ragione di un'identità di fine pubblico perseguito e di congrui poteri inibitori e sanzionatori, se l'abuso consiste nella fattispecie disegnata dall'art. 98, comma 11, d.lgs. n. 259 del 2003, vale a dire nell'inottemperanza a provvedimenti adottati dall'Autorità di settore in ordine alla violazione di disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato - la competenza dell'AGCom esclude quella dell'AGCM in ragione del principio di specialità, mentre resta impregiudicata la competenza generale di quest'ultima in relazione a qualunque altra fattispecie, pur relativa al settore delle telecomunicazioni, che possa rientrare nell'ambito generale di applicazione dell'art. 3 l. n. 287 del 1990.

Va da sé, peraltro, che il principio di cooperazione tra le due Autorità, previsto dalle norme di legge sotto forma di reciproci pareri<sup>41</sup>, debba trovare quanto più proficua ed effettiva applicazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato e debba eventualmente sfociare in un vero e proprio coordinamento istituzionale tra le stesse.

Anzi, in una prospettiva di carattere generale, sarebbe auspicabile un intervento legislativo che, oltre a definire un *ubi consistam* unitario tra le varie Autorità, sia volto a regolare in via preventiva le competenze delle stesse, disciplinando esattamente il campo di intervento di ciascuna

---

<sup>41</sup> Cfr. in particolare: art. 1, co., 6, lett. c), n. 11 della l. n. 249 del 1997, per effetto del quale il Consiglio dell'AGCom esprime, entro trenta giorni dal ricevimento della relativa documentazione, parere obbligatorio sui provvedimenti, riguardanti operatori del settore delle comunicazioni, predisposti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 l. m. 287 del 1990; art. 8 d.lgs. n. 259 del 2003, secondo cui le due Autorità, ai fini di una reciproca cooperazione, si scambiano le informazioni necessarie all'applicazione delle direttive europee sulle comunicazioni elettroniche.



di esse anche nei cc.dd. mercati regolamentati, al fine di risolvere in radice la questione del regolamento dei confini tra Autorità di settore ed Autorità aventi competenza generale.

In definitiva, la questione dell'*actio finium regundorum* tra l'Autorità *antitrust* e le altre Autorità indipendenti pone delicati ed importanti problemi che necessitano di chiare ed esaustive risposte, in parte fornite dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del maggio 2012.

Il cammino da percorrere per dare sicurezza ai mercati ed ai loro operatori, così come ai consumatori che di tali mercati sono i fruitori, è ancora lungo, ma gli sviluppi della giurisprudenza, l'evoluzione legislativa ed il conseguente dibattito dottrinale sembrano aprire, pur in un gioco di luci ed ombre, la strada ad un futuro meno incerto.

*Roberto Caponigro*  
Consigliere TAR Lazio