

Giudizio sostanzialmente positivo dei legali esperti di regolamentazione sul dl liberalizzazioni

# I nuovi poteri dell'Antitrust responsabilizzano il mercato

Pagine a cura  
DI MARIA CHIARA FURLÒ

Questa primavera soffia un vento fresco di novità per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un articolo della manovra Salva Italia, il 35 della legge 201 del 2011 per la precisione, ne ha infatti potenziato e ampliato le competenze. La legge ha accordato all'Antitrust la legittimazione a impugnare dinanzi al Tar del Lazio gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica ritenuti lesivi della concorrenza nel mercato.

Tutto questo però potrebbe avere conseguenze sulle gare indette dalla pubblica amministrazione, e alcune law firm hanno già espresso alcuni dubbi, ma anche, in alcuni casi, approvazione per la normativa. *AvvocatiOggi* ha voluto approfondire l'argomento con alcuni fra i maggiori esperti di Antitrust italiani.

Chi, per esempio, giudica favorevolmente l'aggiunta di un articolo 21-bis (Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza) alla legge 10 ottobre 1990, n.287, è **Andrea Zulli** partner di **Norton Rose**. «Il fatto che l'Antitrust possa ora emettere pareri motivati e, soprattutto, impugnare l'atto amministrativo laddove l'ente locale non si conformi al parere, potrà auspicabilmente avere l'effetto di aumentare il livello di attenzione posta dagli enti locali nell'articolare e redigere bandi e documentazione di gara, fin dal momento della loro emissione, al fine di escludere la formulazione di parametri potenzialmente lesivi della concorrenza», dice Zulli.

«Da un punto di vista generale, è inoltre interessante notare come tale previsione abbia esteso l'ambito della legittimazione attiva all'impugnativa diretta dei bandi di gara, attraverso il riconoscimento ex lege in capo all'Agcm di un (limitato) interesse ad agire».

Favorevole alla nuova norma anche **Tommaso Paparo** socio fondatore dello studio legale **Pietrosanti Paparo & Associati**: «In sostanza, l'articolo 35 ha una peculiare valenza operativa in quanto mira a far rimuovere nel concreto gli ostacoli alla concorrenza e l'eccesso di sovrastrutturazione burocratica propria del paese che generano diseconomie e inefficienze. La norma è stata redatta con una tecnica chiara, semplice e lineare e quindi sarà di immediata

applicazione. È uno strumento prezioso», aggiunge Paparo, «in quanto consente di tradurre le norme, anche comunitarie, generali ed astratte, che dovrebbero però essere di immediata applicazione, in azioni concrete, attuative di tali precetti e propulsive della liberalizzazione delle risorse migliori: in sostanza, recide i nodi che precludono il libero accesso al mercato ed il



Tommaso Paparo



Filippo Fioretti



Stefano Grassani



Andrea Zulli

dispiegarsi della libera iniziativa economica, di cui purtroppo notoriamente il paese soffre in molti settori».

Per **Luca Toffoletti** partner di **Nctm**, «è una novità di rilievo, che risponde all'esigenza, senz'altro condivisibile, di assicurare un'estesa applicazione del diritto antitrust all'esercizio della funzione amministrativa,



Luca Toffoletti

eliminando vincoli e ostacoli all'attività economica che risultino discriminatori, non proporzionati e non necessari alla tutela dell'interesse pubblico. La portata della norma è molto ampia e va anche al di là del suo sempli-

ce tenore letterale: si pensi alla possibilità, una volta instaurato il giudizio, di sollevare questioni di legittimità costituzionale delle leggi o chiedere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto europeo». «Qualche dubbio», comunque, aggiunge Toffoletti, «sorge sulla reale efficacia applicativa: data la particolare esiguità del suo organico, sembra difficile che l'Autorità possa monitorare, d'ufficio, la produzione di atti e provvedimenti di tutta la pubblica amministrazione per avviare la nuova azione prevista dalla legge».

## Il contenzioso, comunque, non potrà che aumentare

Anche **Filippo Fioretti**, capo del dipartimento Antitrust di **Simmons & Simmons**, ha manifestato di apprezzare l'intento della norma in questione, esprimendo però dei dubbi sulla sua applicabilità: «Nella misura in cui l'Autorità sarà in grado di affrontare con mezzi e staff adeguati questa nuova sfida, e quindi, l'esercizio di questo potere, ci potrà senz'altro essere un impatto importante. Già nelle primissime applicazioni (v. parere vicenda Cotral), soprattutto in occasione di gare pubbliche, questo potere sarà esercitato ed avrà degli impatti notevoli. Deve ricordarsi che si potrà arrivare fino al blocco di alcune procedure ad evidenza pubblica laddove le stesse presentassero delle caratteristiche che violano le norme a tutela della concorrenza».

Questo decreto porterà quindi, ad un aumento del contenzioso amministrativo. Ora bisogna capire se l'Antitrust sarà in grado di raccogliere questa sfida, se avrà le risorse e lo staff necessario (le segnalazioni sono tante e dal punto di vista dei poteri di ufficio non si può pretendere che l'autorità metta in piedi una squadra di chissà quante persone adibita solo a

questo tipo di attività».

Per l'Autorità antitrust si tratta di acquisire un potere di impugnativa della portata applicativa molto ampia, abbiamo chiesto ai professionisti intervistati cosa ne pensano e quali correzioni normative proporrebbero.

**Stefano Grassani**, partner responsabile del dipartimento antitrust di **Pavia e Ansaldo** ipotizza un'evoluzione del settore: «Io credo che il futuro della Autorità debba essere quello di un pubblico ministero della concorrenza, come tale capace di proporre azioni per la tutela antitrust in tutti i settori e modi. Ovviamente, questo almeno il mio auspicio, un modello del genere dovrebbe comportare simmetricamente, per coerenza, il superamento dell'impostazione attuale ed il passaggio ad una struttura tipo quella americana, dove le vicende antitrust sono poi



Enzo Cannizzaro

decise, nel pieno contraddittorio, da un terzo giudice indipendente. L'art. 35, se vogliamo, questo modello persegue».

L'ampia portata della norma non sembra costituire un problema per **Enzo Cannizzaro**, of counsel dello studio **CMS Adonino Ascoli & Cavasola Scamoni**. «I redattori della norma si sono chiaramente ispirati alla norma del Tfu che disciplina il potere della Commissione europea di adire la Corte di giustizia in seguito a infrazioni da parte

degli stati membri. Se così fosse, occorrerebbe allora interpretare il combinato disposto dei commi 1 e 2 nel senso che l'adozione di un parere motivato, e l'inutile decorso del termine per conformarsi a favore della p.a., costituiscono un presupposto dell'azione di fronte al Tar. Qualche dubbio si potrebbe esprimere sulla circostanza che l'Autorità debba avvalersi dell'Avvocatura dello stato. Con un po' di coraggio in più si sarebbe potuto configurare una legittimazione attiva dell'Autorità a proporre direttamente il ricorso».

«L'ambito di applicazione è indubbiamente assai ampio, ma è prevedibile che l'Autorità interverrà su casi «pilota», idonei cioè a dare un chiaro segnale interpretativo alle amministrazioni ed al mercato», secondo **Tommaso Salonicco**, responsabile dell'area di pratica Antitrust, competition and trade di **Freshfields Bruckhaus Deringer**. «Per evitare o ridurre l'effetto sull'allungamento dei tempi per conseguire la certezza della stabilità degli atti amministrativi, potrebbe essere opportuno prevedere un obbligo dell'Autorità a pubblicare sempre tempestivamente (anche con una breve notizia sul sito web) l'eventuale parere motivato trasmesso all'amministrazione, dando in tal modo trasparenza sugli atti il cui giudizio di legittimità potrebbe essere avviato in un termine più lungo di quello dei 60

## Anche lo Statuto delle imprese ha rivisto i poteri dell'Agcm

Ma il decreto Salva Italia non è l'unico atto ad essere ultimamente intervenuto sulla sfera dei poteri dell'Agcm, lo Statuto delle Imprese (legge 11 novembre 2011, n. 180), che recepisce la Comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2008 (cosiddetto *Small Business Act* per l'Europa), ha notevolmente

## SULLE CLAUSOLE VESSATORIE

## Interventi d'ufficio dell'Agcm

DI SARA SELIGASSI

Ulteriori novità sul fronte delle clausole vessatorie nei contratti sono state introdotte dal cosiddetto pacchetto liberalizzazioni. Una nuova inibitoria ad uso e consumo dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (Agcm) è stata infatti prevista dall'articolo 5 della legge n. 27/2012, di conversione del decreto legge 1/2012. L'Antitrust potrà bloccare la clausola vessatoria o su richiesta delle associazioni dei consumatori o direttamente d'ufficio, semplicemente se ne ha avuto notizia.

La novità va a integrare il Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206). Insomma, per dichiarare una clausola vessatoria e annullarla, l'Agcm, sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni, dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. La consultazione avverrà in modalità online su un'apposita sezione del sito internet dell'Autorità dedicata all'attività istituzionale.

Insomma, l'azione inibitoria, prevista oggi su richiesta delle associazioni dei consumatori con l'ausilio della magistratura ordinaria, è stata spostata davanti all'Antitrust. Potranno così essere chiamati in causa il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e potrà essere richiesto all'Antitrust di inibire l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività. Inibitoria che potrà essere concessa quando ricorrono giusti motivi di urgenza. E l'impresa potrà ricorrere contro la decisione direttamente al Tar. Secondo la circolare del 9 aprile emanata dall'Assonime, l'Autorità non può irrogare sanzioni al professionista che abbia fatto uso di clausole vessatorie, né imporgli di rimuovere le clausole vessatorie dai propri contratti.

ampliati i poteri dell'Autorità affidandole, tra l'altro, il potere di «verificare le condizioni di trasparenza del comportamento degli intermediari finanziari nei rapporti con le imprese e di accertare pratiche concertate, accordi o intese».

La disposizione risponde alla

finalità di favorire la trasparenza nei rapporti tra intermediari finanziari e micro-piccole-medie imprese e di assicurare «condizioni di accesso al credito informato, corretto e non vessatorio» anche a tali soggetti. La norma sembra introdurre una nuova fattispecie sostanziale, il cui



Tommaso Salonicò



Alberto Pera



Silvia D'Alberty

enforcement è affidato all'Authority antitrust, volta a garantire condizioni di trasparenza nelle condotte degli intermediari finanziari verso le imprese. In questo modo però non si rischia di determinare una potenziale duplicazione con i poteri della Banca d'Italia?

No, secondo Silvia D'Alberty, partner antitrust di Allen & Overy: «Entrambe le normative

si occupano di correttezza di comportamenti delle banche verso le imprese allo scopo di aumentare la competitività del sistema. Tuttavia, mentre la normativa della Banca d'Italia è finalizzata a garantire la piena consapevolezza del cliente, anche persona fisica, nei rapporti con la banca e, quindi, la salvaguardia della reputazione della banca stessa e, in ultima analisi, la sua sana e prudente gestione, i poteri conferiti all'Agcm dallo Statuto delle imprese sono volti a garantire la trasparenza del comportamento degli

intermediari finanziari nei rapporti con le imprese, soprattutto con riferimento all'accertamento di possibili illeciti anticoncorrenziali». La disposizione dello Statuto delle imprese allarga, di fatto, ai rapporti business-to-business il controllo di trasparenza del comportamento degli intermediari finanziari finora esercitato dall'Agcm esclusivamente

a tutela dei consumatori (ai sensi della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette), secondo Alberto Pera, senior partner del dipartimento antitrust di Gianni Orignoni Grippo Cappelli & Partners: «E però da questo caso oltre ad avere maggiori poteri investigativi, l'Autorità potrà irrogare sanzioni più elevate rispetto a quelle che essa può attualmente comminare in presenza di analoga infrazione nell'ambito dei rapporti con i consumatori. Infatti, la sanzione amministrativa pecuniaria può nel nostro caso arrivare fino al 10% del fatturato realizzato dall'intermediario, contro un massimo di 500.000 euro nel caso di credito al consumo. Certo, resta da verificare se e in che misura la nuova competenza assegnata all'Agcm si sovrapponga ai poteri attribuiti in materia di trasparenza alla Banca d'Italia, determinando una potenziale duplicazione. Sul tema peraltro esistono posizioni diverse, e siamo in attesa della pubblicazione di una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi su alcuni ricorsi in materia appunto di credito al consumo, che dovrebbe chiarire in che misura le due competenze (generale e settoriale) siano compatibili».

—© Riproduzione riservata—

Supplemento a cura di ROBERTO MILIACCA  
rmiliacca@class.it

## A Bruxelles gli esperti di Antitrust fanno network

DI DUILIO LUI

Un network costituito dai legali e gli economisti italiani che a Bruxelles si occupano di questioni relative alla concorrenza. È Antitrust Italia, iniziata da Francesco Carloni (Shearman & Sterling), Giorgio Castaldo (Commissione Europea - Direzione Generale Concorrenza), Luca Crocco e Gianni De Stefano (entrambi di Latham & Watkins), infine Massimo Tognoni (Lear). «Abbiamo voluto creare una rete aperta tra i professionisti presenti nella capitale belga, che a diverso titolo, dagli avvocati ai legali interni alle aziende, dai lobbisti agli economisti, ai ricercatori, si occupano di antitrust», spiega Crocco. Tra i principi alla base dell'aggregazione: indipendenza, nel senso di rifiutare approcci lobbistici o di marketing; periodicità degli eventi, in modo da tenere vivo il dibattito sui temi caldi del momento; partecipazione attiva (dai convegni ai seminari, dai pranzi agli aperitivi), in modo da coinvolgere tutti. In poco meno di un anno dalla costituzione, si contano circa 150 iscrizioni (per circa il 40% appartenenti alle law-firm, con una folta rappresentanza anche di professionisti in carico ad aziende o istituzioni comunitarie): per diventare membri non è prevista una quota d'iscrizione o abbonamento.



Luca Crocco

—© Riproduzione riservata—

## IL PACCHETTO LIBERALIZZAZIONI DEL GOVERNO MONTI

## Le novità in materia di tutela dei consumatori

Articolo 5 del 24 gennaio 2012, n. 1  
Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie

È stata introdotta una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie secondo la quale l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, d'ufficio o su denuncia dei consumatori interessati, potrà dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori.

Il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola sarà diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposite sezioni del sito internet istituzionale dell'Autorità e sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria.

In caso di inottemperanza l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria.

È previsto inoltre che le imprese possano interpellare preventivamente l'Autorità ai fini di una valutazione della vessatorietà di una clausola.

L'Autorità, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria. Contro gli atti dell'Autorità sarà competente il giudice amministrativo.

Articolo 5-ter del 24 gennaio 2012 n. 1  
Rating di legalità delle imprese

È prevista l'elaborazione, ad opera dell'Agcm e dei ministeri dell'interno e della giustizia, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale; del rating attribuito si terrà conto in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario.

Articolo 6 del 24 gennaio 2012 n. 1  
Norme per rendere efficace l'azione di classe

Viene introdotta una semplificazione delle condizioni di accesso all'azione di classe.

Non sono più richiesti diritti e situazioni identiche, bensì diritti e situazioni omogenee.

In caso di accoglimento di un'azione di classe il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno.

Articolo 7 del 24 gennaio 2012 n. 1  
Tutela delle microimprese da pratiche commerciali ingannevoli e aggressive

Si prevede che tutte le entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, possono beneficiare della tutela da pratiche commerciali scorrette e aggressive prevista dal Codice del Consumo. La tutela prevista finora solo per il consumatore viene quindi estesa anche alle microimprese.

Articolo 8 del 24 gennaio 2012 n. 1  
Contenuto delle carte di servizio

Viene ampliato il contenuto delle carte di servizio che dovranno indicare in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura.

Sintesi curata da Claudia Gargano,  
Centro studi Orrick