

CONCORRENZA - Consiglio di Stato, Sezione Prima, parere 29 gennaio 2024 n. 1388 in Il Foro Italiano, 2/2024, pag. 70: “*Da Twining ad Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*” di S. Pagliantini e R. Pardolesi

1. Concorrenza - Concorrenza (disciplina della) - Autorità garante della concorrenza e del mercato - Poteri di investigazione e imposizione di misure strutturali o comportamentali - Sussistenza per tutti i settori per i quali l'Autorità opera.

1. L'art. 1, commi 5 e 6, d.l. 104/23 (come convertito dalla l. 136/23), va interpretato nel senso che i poteri, ivi accordati all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di investigazione e imposizione di misure strutturali o comportamentali operano, senza restrizioni di ordine settoriale e merceologico, per tutti i settori per i quali l'Autorità stessa abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva.

1. – Con nota prot. 97737 del 23 novembre 2023, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha formulato richiesta di parere in ordine all'ambito di applicazione dell'**art. 1, commi 5 e 6, d.l. 10 agosto 2023 n. 104** (recante «disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici»), come convertito dalla **l. 9 ottobre 2023 n. 136**.

1.1. – A tal fine, premette:

a) che, nella sua primigenia formulazione, antecedente alle modifiche introdotte in sede di conversione, l'articolo in questione si faceva carico di regolare, in maniera puntuale e circoscritta, una serie di condotte poste in essere dai vettori attivi nel trasporto aereo, in relazione alle quali la norma attribuiva all'Autorità specifici poteri di enforcement, inerenti alla disciplina consumeristica (in particolare, ai sensi dell'art. 27 d.leg. 6 settembre 2005 n. 206, recante il «codice del consumo»);

b) che, peraltro, in sede di conversione il predetto articolo è stato integralmente sostituito, assegnando all'Autorità «nuovi poteri investigativi e decisori», segnatamente prevedendosi: b1) l'attribuzione — in presenza di condotte restrittive della concorrenza (intese o abusi), attuate, tra l'altro, con tecniche algoritmiche e con particolare riferimento alle rotte insulari e nei periodi di picco di domanda o di emergenza nazionale — del potere di accertare eventuali violazioni degli art. **2** e **3** l. 10 ottobre 1990 n. 287 (art. 1, commi 1 e 2); b2) il divieto di profilazione degli utenti o di discriminazione in termini di prezzo sulla base del dispositivo adoperato per effettuare la prenotazione, in presenza di un pregiudizio al comportamento economico dell'utente, ove tali pratiche siano applicate alle rotte insulari oppure poste in essere durante un periodo di picco di domanda legata alla stagionalità (art. 1, comma 3); b3) l'applicabilità delle medesime disposizioni ai collegamenti nazionali diversi dalle rotte insulari, in presenza di uno stato di emergenza nazionale ovvero di impedimento degli spostamenti stradali o ferroviari lungo il

territorio nazionale imputabile ad eventi eccezionali dichiarati da pubbliche autorità (art. 1, comma 4); b4) l'attivabilità, nei casi in questione, dei poteri di enforcement di cui agli art. da 18 a 27 cod. consumo;

c) che, inoltre, con il comma 5, era stato integrato il disposto dell'art. 12, comma 2, l. 287/90, relativamente ai poteri di indagine dell'Autorità, con l'attribuzione del potere di imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali, al fine di eliminare accertate distorsioni della concorrenza (salva la facoltà per le imprese di presentare, nel corso dell'indagine conoscitiva, impegni tali da far venire meno i rilevati problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori), e dei poteri investigativi e decisorii di cui all'art. 14 citata l. 287/90 (ad accezione di quelli di cui ai commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*, concernenti le ispezioni domiciliari);

d) che, infine, con il comma 6 erano state previste sanzioni per l'inosservanza delle misure adottate, con rinvio ai poteri sanzionatori di cui all'art. 15 l. 287/90.

1.2. – Sulle esposte premesse, l'Autorità chiede di chiarire se — alla luce della genesi del decreto legge, della formulazione della rubrica dell'articolo richiamato e della modulazione delle relative disposizioni, così come operata in sede di conversione — l'ambito dei poteri introdotti (con l'art. 1, commi 5 e 6) debba ritenersi circoscritto, *ratione materiae*, al settore del trasporto aereo di passeggeri ovvero possa assumersi esteso, in termini generali, a tutte le indagini conoscitive.

La richiesta è accompagnata da una articolata prospettazione degli argomenti (di ordine letterale, teleologico, sistematico e comparativo) che militerebbero, nell'assunto della richiedente, per una interpretazione estensiva e trasversale, non limitata al settore del trasporto di passeggeri.

2. – Il quesito formulato impone di ribadire, in premessa, l'esatto perimetro della funzione consultiva assegnata dalla Costituzione al Consiglio di Stato (**art. 100, comma 1, Cost.**).

Come è noto, ai pareri obbligatori resi dal Consiglio di Stato si affiancano i pareri facoltativi, i quali possono essere diretti all'esame di atti normativi per cui non sia obbligatoria la richiesta di parere ovvero a risolvere questioni concernenti l'interpretazione o l'applicazione del diritto, in tal caso sotto la specie di «quesiti» sull'interpretazione delle norme. Tali pareri hanno una «funzione di ausilio tecnico-giuridico indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva» (Cons. Stato, ad. gen., 24 aprile 1980, n. 30/80, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Consiglio di Stato*, n. 3).

Dopo le modifiche introdotte con l'**art. 17 l. 15 maggio 1997 n. 127**, il parere facoltativo deve riguardare solo «le attività che più incisivamente impegnano l'azione del governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella

sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale» (Cons. Stato, sez. II, 25 luglio 2008, n. 5172), sicché va esclusa la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad «un ordinario segmento del procedimento amministrativo» (Cons. Stato, sez. I, 2 febbraio 2012, n. 1), in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere (cfr. pareri 118/02; 2994/02, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 11; 9/03; 1212/03; 1274/03; 82/99; 4212/02; 2564/02; 2250/07, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 9) e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni (da ultimo, Cons. Stato, sez. I, 3 giugno 2022, n. 934, *id.*, Rep. 2022, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 64).

Ciò è pienamente coerente con l'idea «di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'**art. 100 Cost.**» e con la necessità di inquadrare le funzioni consultive «in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un advisory board delle istituzioni del paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato» (cfr. Cons. Stato, comm. spec., 18 ottobre 2017, n. 2162/17, *id.*, Rep. 2017, voce *Nave*, n. 16; 17 gennaio 2017, n. 83/17, *id.*, 2017, III, 49; 2 agosto 2016, n. 1767). In tale prospettiva, le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli «atti», anche a sostenere «i “processi” di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione» (Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, cit.).

Deve, peraltro, escludersi la possibilità di richiedere pareri facoltativi «su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali», posto che «nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato [...] a supportare le scelte decisionali delle amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'amministrazione assistita, compete all'avvocatura dello Stato». In definitiva, il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi (Cons. Stato, sez. I, 3 giugno 2022, n. 934, cit.).

Ne discende, sotto concorrente profilo, che l'attività consultiva, di tipo facoltativo, non possa richiedersi quando vada ad incidere, direttamente o indirettamente, su un contenzioso in atto, o potenziale, avente lo stesso oggetto del quesito posto dall'amministrazione, poiché in tali casi l'esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite sovrapposizioni, che arrecherebbero un *vulnus* al principio di imparzialità del giudice e di parità fra le parti, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall'**art. 111, comma 2, Cost.** (cfr. Cons. Stato, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807): sicché l'oggetto del presente parere non può estendersi alla cognizione di fattispecie concrete o di profili fattuali, rispetto ai quali potrebbero insorgere controversie giurisdizionali.

Ciò posto, nel caso di specie non si ravvisano — nella prospettazione del quesito interpretativo, avuto riguardo al tenore generale ed ai termini astratti della sua formulazione, non meno che al contesto rappresentato — ragioni ostative alla erogazione del parere.

3. – La sezione condivide l'interpretazione dell'art. 1, commi 5 e 6, d.l. 10 agosto 2023 n. 104, come convertito dalla l. 9 ottobre 2023 n. 136, nel senso che la sancita attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere di formulare richieste di informazioni assistite da sanzione, di svolgere accertamenti ispettivi e di imporre misure strutturali o comportamentali, volte a ristorare condizioni di concorrenza sui mercati interessati da indagini conoscitive ex art. 12, comma 2, l. 287/90, abbia carattere ed ambito di applicazione generale, senza limitazione settoriale e/o merceologica.

3.1. – Vale osservare che l'articolato ordito normativo è collocato nel corpo delle «disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali» (così la rubrica dell'art. 1, non modificata in sede di conversione del decreto legge), ed integra (in coerenza alla rubrica del capo I, in cui la norma è collocata) «misure urgenti a tutela degli utenti» di quei «servizi trasporto aereo» per i quali — in ragione della ritenuta difficoltà, «a causa dell'esponenziale aumento delle tariffe», di fruire, nei periodi di «picco della domanda», dei «servizi di continuità territoriale» — si è inteso intervenire, come chiarito dal «preambolo», con lo strumento della decretazione d'urgenza.

Tali «misure» consistono, in dettaglio:

a) nella estensione del divieto di «intese restrittive della libertà di concorrenza» (art. **2** l. 287/90) e di «abuso di posizione dominante» (art. **3** l. cit.) anche ai casi in cui le prime siano attuate (o facilitate o, comunque, monitorate) attraverso un «coordinamento algoritmico delle tariffe praticate dalle compagnie nel settore aereo» e il secondo integrato dalla fissazione del livello dei prezzi «attraverso un sistema di gestione dei ricavi» (comma 1);

b) nella correlativa estensione dell'ambito dei poteri di accertamento dell'Autorità (attivabili sia in via officiosa, che su istanza di soggetti od organizzazioni comechessia interessate), con riguardo alle condotte praticate «su rotte nazionali di collegamento con le isole», durante «un periodo di picco di domanda legata alla stagionalità» o «in concomitanza con uno stato di emergenza nazionale» e che conducano alla fissazione di «un prezzo di vendita del biglietto o dei servizi accessori, nell'ultima settimana antecedente il volo, superiore alla tariffa media del volo di oltre il 200 per cento» (comma 2);

c) nella introduzione del divieto (relativamente alle «rotte» insulari ed ai «casi» di picchi stagionali o di contesti emergenziali, ovvero anche per i «collegamenti nazionali» non insulari, in presenza di uno «stato di emergenza nazionale» o di «eventi eccezionali, dichiarati da pubbliche autorità», atti ad impedire, in tutto o in parte, «gli spostamenti stradali o ferroviari lungo il territorio nazionale») di determinazione, in pregiudizio del «comportamento economico dell'utente», delle tariffe in base a «procedure automatizzate», basate «su attività di profilazione web» o «sulla tipologia dei dispositivi elettronici utilizzati per le prenotazioni», normativamente incluse — anche ai fini delle «attribuzioni» dell'Autorità, di cui all'art. 27 cod. consumo — tra le «pratiche commerciali scorrette» (commi 3 e 4);

d) nel riconoscimento, a favore dell'Autorità, del potere di adottare, all'esito della attivazione dei propri (generali) poteri di «indagine conoscitiva» di cui all'art. 12 l. 287/90, «ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata» a carico delle imprese interessate, «al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza», nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato: con espressa ed analitica indicazione — «a tal fine» — degli «elementi» specificamente rilevanti in relazione al «mercato dei trasporti aerei» (comma 5, prima parte): con il presidio — in caso di «inottemperanza» — dei poteri sanzionatori e di irrogazione di penalità di mora, di cui all'art. 15, commi 1 *bis* e 2 *bis*, l. 287/90 (comma 6, prima parte);

e) nella estensione, all'esito delle indagini conoscitive, del potere di raccomandazione, ai fini della assunzione delle «iniziative legislative o regolamentari opportune», per migliorare «il funzionamento dei mercati interessati» (comma 6, seconda parte);

f) nel richiamo, anche in tale contesto, dei «poteri di indagine» di cui all'art. 14, commi da 2 a 2 *quater* e 2 *septies*, l. 287/90 (con espressa e selettiva esclusione delle ispezioni *in loco* di cui ai commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*), con il pedissequo corredo di «sanzioni» e «penalità di mora» (comma 5, seconda parte);

g) nella assegnazione, all'Autorità, del compito di pubblicare, sul proprio sito istituzionale, «un documento, costantemente aggiornato anche alla luce del diritto vigente, sui diritti degli utenti

in relazione alla trasparenza delle condizioni di prezzo praticabili dalle compagnie aeree» (comma 9).

In definitiva, con la novella in esame, l'Autorità è abilitata, nello svolgimento di indagini conoscitive ex art. 12, comma 2, l. 287/90 a: 1) disporre accertamenti ispettivi; 2) formulare richieste di informazioni, assistite da sanzioni in caso di inadempienza, o di risposte incomplete o non veritiere; 3) imporre misure rimediali di natura comportamentale e/o strutturale; 4) accettare e rendere vincolanti impegni volontariamente offerti dalle imprese interessate; 5) comminare sanzioni in caso di inottemperanza ai rimedi o agli impegni assunti.

3.2. – Il testo della disposizione — acquisito alla luce dello specifico contesto di riferimento — sembrerebbe, *prima facie*, militare per la limitazione dei poteri di cui ai commi 5 e 6 all'ambito oggettivo del trasporto aereo.

Si tratta, tuttavia, di un esito interpretativo che — per quanto apparentemente legittimato dalla interrogazione della «intenzione del legislatore», quale emergente dai lavori preparatori, dalla relazione governativa illustrativa dell'emendamento governativo e dal percorso che ha accompagnato l'elaborazione del testo normativo — appare eccessivamente restrittivo, sollecitando l'attivazione di una direttiva ermeneutica di ordine teleologico e sistematico.

3.3. – Anzitutto, il dato testuale (che, con riferimento al «significato proprio delle parole», integra, ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., il primario criterio ermeneutico) non è esente da ambiguità.

di là dalla limitazione emergente dalla rubrica (di per sé notoriamente non decisiva, poiché *non facit legem*; e, in ogni caso, imprecisa, se la disposizione non risulta riferita solo alla verifica della «trasparenza dei prezzi», ma al più comprensivo controllo del «corretto funzionamento del mercato»), si osserva che mentre i primi quattro commi dell'art. 1 hanno espresso riguardo al settore del trasporto aereo, il comma 5, nella sua prima parte, evoca, in termini generali, il potere di attivare indagini conoscitive per legittimare l'Autorità — all'esito del riscontro di «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori» — all'adozione di misure strutturali o comportamentali a carico delle imprese interessate.

Il successivo e pedissequo riferimento agli «elementi» che, in termini peraltro non tassativi, l'Autorità è chiamata («a tal fine») a valutare in relazione ai «mercati del trasporto aereo» opera una indicazione di contesto che non necessariamente postula di essere acquisita, nella complessiva semantica del periodo, in funzione specificazione restrittiva, ben potendo rilevare quale specificazione integrativa e, come tale, non esclusiva.

3.5. [sic] – Sotto distinto profilo, anche l'«intenzione del legislatore» (che, in presenza della evidenziata ambiguità, costituisce concorrente direttiva interpretativa) non appare univoca.

Non è priva di rilievo, invero, la circostanza che le disposizioni in esame siano ricomprese all'interno di un articolato provvedimento normativo, complessivamente preordinato alla «tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici», che prevede, a tal fine, «interventi urgenti» relativi ad ambiti diversi ed eterogenei (trattandosi, con ciò, di un decreto c.d. *omnibus*).

Con ciò, il contesto nel quale la norma si inserisce (e nel quale, ai fini del suo esatto intendimento, occorre operarne l'inquadramento, per coglierne la complessiva *ratio* che vi è sottesa) è, in realtà, meno specifico e limitato di quanto il tenore letterale consenta di desumere.

In tale prospettiva, se — con ogni evidenza — l'immediato impulso legislativo, quale emergente dai lavori preparatori, muove dall'esigenza di «incidere sulle dinamiche concorrenziali prevalenti su talune rotte nazionali, caratterizzate dall'incapacità dell'offerta di reagire tempestivamente a repentini aumenti della domanda di trasporto aereo», la logica complessiva dell'intervento è, come condivisibilmente evidenzia l'Autorità, quella di assicurare il ripristino della concorrenza effettiva in contesti nei quali l'attenuazione del confronto competitivo tra gli operatori e le conseguenti perdite di benessere dei consumatori discendano non già dall'adozione di strategie concertate, né da restrizioni di matrice regolamentare, ma dalla stessa struttura del mercato. È il caso, tipicamente, dei mercati oligopolistici, nei quali le imprese — anche in assenza di contatti diretti o indiretti con i propri concorrenti — sono in grado di anticiparne le strategie commerciali, massimizzando i profitti aggregati: tale ipotesi non è, chiaramente, circoscritta alle sole rotte nazionali da/per le isole, né tantomeno al settore del trasporto aereo, ma può concretizzarsi in una pluralità di contesti economici; talché una limitazione settoriale del potere di intervento attribuito all'Autorità ad uno specifico settore merceologico risulterebbe irragionevole e contraria all'obiettivo perseguito dalla norma.

3.6. – Sulle esposte premesse, una adeguata ricostruzione della portata della norma postula l'attivazione di una direttiva esegetica orientata alla valorizzazione dei dati di sistema, che preclude all'interprete di desumere da singole disposizioni o da loro segmenti precettivi (*una aliqua particula eius*) un significato che, per quanto formalmente non implausibile, finisca per evidenziare nel diritto positivo (*tota lege perspecta*) una lacuna esplicita (c.d. canone di completezza, o *argumentum a completudine*).

Ebbene, un'opzione interpretativa che confini ad uno specifico settore economico l'ambito di applicazione dei nuovi poteri assegnati all'Autorità in materia di indagini conoscitive risulterebbe viziata, come ben evidenzia l'Autorità, da un duplice profilo di

irragionevolezza: a) *ab extrinseco*, per la disparità di trattamento che si verrebbe a determinare rispetto ai settori economici diversi da quello del trasporto aereo, assunti quale *tertium comparationis*; b) *ab intrinseco*, per l'incoerenza tra il contenuto delle misure previste dalla normativa in oggetto e la finalità perseguita attraverso la loro previsione.

Sotto quest'ultimo profilo, vale rammentare che il potere di indagine di cui al comma 2 dell'art. 12 è riconducibile all'ambito di quei poteri conoscitivi dell'Autorità volti a garantire al parlamento, al governo e alle pubbliche amministrazioni, in un'ottica di promozione della concorrenza, un ausilio nell'azione di adeguamento dell'ordinamento e della realtà economica ai principi di concorrenza.

La disposizione dell'art. 1, comma 5, d.l. 104/23 completa i poteri di indagine, legittimando l'Autorità ad imporre l'adozione delle misure necessarie per ripristinare le condizioni di concorrenza nel settore interessato.

Si tratta, all'evidenza, di poteri che non presentano caratteri peculiari tali da essere «ritagliati», in via esclusiva, sulle specificità del settore del trasporto aereo: non solo appaiono, senz'altro, suscettibili di applicazione a qualsiasi settore economico interessato da un'indagine, ma — soprattutto — sono tali che una limitazione operativa correlata al singolo settore merceologico appare *prima facie* ingiustificata ed irragionevole.

D'altra parte, in nessun caso i poteri investigativi e decisorii attribuiti all'Autorità nel diritto nazionale — come pure dalla rilevante legislazione Ue (regolamento Ce 1/2003; direttiva 2019/1/Ue) — sono modulati in funzione del settore merceologico nel quale operano le imprese interessate. di tal che, di là dalla evidente lacuna che una interpretazione restrittiva della disposizione in esame creerebbe nel *corpus* degli strumenti di tutela dei consumatori, una compressione dei poteri di intervento dell'Autorità mal si concilierebbe, in assenza di giustificazioni oggettive, con il generale principio di proporzionalità e il divieto di discriminazione tra operatori economici, di derivazione costituzionale ed eurounitaria.

3.7. – Le argomentate conclusioni sono corroborate anche dall'analisi comparativa con i poteri conferiti ad altre autorità di concorrenza attive nel panorama europeo, dalla quale emerge come nessuna di queste istituzioni (non, per esempio, il Bundeskartellamt tedesco, a seguito dell'emendamento apportato il 6 luglio 2023 alla sezione 32e del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, con cui sono stati rafforzati i poteri di indagine settoriale; non, ancora, la Competition Market Authority britannica, la quale sin dal 2002 è dotata di poteri di avvio di indagini nei mercati a rischio di adverse effect on competition) sia mai stata dotata di poteri rimediali attivabili solo a seguito di indagini di mercato condotte in specifici e circoscritti settori dell'economia.

4. – Alla luce delle considerazioni esposte, è avviso della sezione che l'art. 1, commi 5 e 6, d.l. 10 agosto 2023 n. 104 (recante «disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici»), come convertito dalla l. 9 ottobre 2023 n. 136 debba essere interpretato nel senso che i poteri, ivi previsti, operino, senza restrizioni di ordine settoriale o merceologico, per tutti i settori per i quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva.