

Il governo e la regolazione del mercato alla ricerca di nuovi equilibri

di Luisa Cassetti

11 luglio 2007
(pubblicato su www.federalismi.it)

1. I “fallimenti” della regolazione di settore.

All’inizio dell’anno hanno avuto ampia eco sulla stampa e nell’opinione pubblica talune iniziative governative volte a correggere i “fallimenti” di alcuni mercati regolati in nome della tutela del consumatore “sovrano”: all’intervento del governo sono poi seguiti i provvedimenti di esecuzione delle autorità di regolazione del mercato interessato e sono trapelati i malumori nei confronti del presunto “attivismo” dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm o Autorità antitrust).

La vicenda alla quale facciamo riferimento è quella delle tariffe della telefonia mobile sulle quali è intervenuto il decreto legge n. 7 del 2007 che, da un lato, ha prescritto le misure idonee a rendere la comunicazione dei piani tariffari trasparente, completa e quindi in grado di facilitare la scelta del consumatore e, dall’altro, ha posto fine ai costi fissi delle ricariche telefoniche.

Dopo l’ “offensiva” governativa, condotta all’insegna della “trasparenza” dei piani tariffari, è intervenuto un primo provvedimento dell’Autorità di garanzia per le comunicazioni (Agcom) che, a ridosso dell’approvazione della legge di conversione del suddetto decreto-legge, ha puntualmente chiarito le condizioni e le procedure necessarie per

rendere finalmente trasparenti le offerte tariffarie dei gestori di telefonia fissa e dei gestori di telefonia mobile ¹.

In una successiva deliberazione dell'aprile scorso l'Agcom ha poi imposto agli operatori della telefonia una serie di misure volte a facilitare la comparazione dei piani tariffari e rendere eventualmente più agevole per il consumatore la scelta del piano economicamente più vantaggioso ².

La corsa alla difesa degli interessi dei consumatori innescata dal decreto-legge n. 7 del 2007 sull'altro fronte dell'abolizione della tassa sulla ricarica dei cellulari ha visto in prima linea l'azione dell'Agcm che ha prontamente inoltrato al Ministro Bersani ed all'Agcom le segnalazioni dei consumatori che lamentavano di essere stati messi a conoscenza attraverso un laconico SMS dell'avvenuta modifica unilaterale da parte del gestore di telefonia mobile del piano tariffario a condizioni decisamente meno vantaggiose rispetto a quello in passato prescelto³. Le segnalazioni arrivate all'Autorità antitrust denunciavano fatti che in verità erano stati ampiamente profetizzati all'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge n.7 del 2007, quando da più parti si evidenziò come all'intervento in via d'urgenza del Governo gli operatori di telefonia mobile avrebbero probabilmente risposto con un "recupero" dei mancati guadagni derivanti dall'abolizione dei costi fissi di ricarica attraverso la revisione unilateralmente imposta del piano tariffario, evento che, a giudicare dalle numerose denunce dei consumatori, si è puntualmente verificato. L'intervento tempestivo con cui l'Autorità antitrust ha sollecitato l'attivazione dell'Agcom rispetto a questo comportamento illegittimo di taluni operatori di telefonia mobile ha però avuto qualche strascico polemico sul presunto "protagonismo" della prima rispetto ai "ritardi" dell'autorità di regolazione del settore.

In questo clima vi è il rischio che la "corsa" alla difesa del consumatore, dapprima attivata dalla "supplenza" dell'intervento del governo che con decreto-legge ha ritenuto di ovviare all'inerzia dell'autorità di regolazione preposta al controllo nel settore delle comunicazioni e poi seguita dall'intervento dell'Antitrust per stimolare la stessa autorità di settore ad intervenire e porre fine ai comportamenti illegittimi dei gestori di telefonia mobile, generi un clima di confusione, di commistione continua tra le responsabilità dei regolatori, le scelte della politica ed il ruolo dell'Autorità antitrust.

¹ AGCOM, Delibera n. 96/07/CONS, Modalità attuative delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n.7, pubblicata in G.U. n.53 del 5 marzo 2007 e reperibile in www.agcom.it

² AGCOM, Delibera n.126/07/CONS, Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell'art.71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n.259, in www.agcom.it

³ AGCM, Comunicato stampa n. 35 del 14 maggio 2007, "Telefonia mobile: Antitrust, garantire immediata portabilità numero e credito residuo agli utenti in caso di modifica unilaterale delle condizioni", pubblicato in www.agcm.it

Questo clima confuso si inserisce in una fase politica che vuole archiviare la stagione della proliferazione delle autorità di regolazione ovvero ridefinire, semplificando, i confini della regolazione del mercato. E' infatti evidente che il disegno di legge n.1366 attualmente in discussione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato⁴ muove dalla percezione dell'esigenza di razionalizzare il panorama delle cd. Autorità indipendenti che hanno avuto nell'ultimo decennio del secolo passato il loro momento di massimo sviluppo, in una fase storica di debolezza della politica frastornata dallo scandalo di Tangentopoli ed alle prese con i nuovi equilibri imposti dalla riforma elettorale del 1993 e con gli impegni cogenti di risanamento della finanza pubblica imposti dall'ingresso nell'Europa di Maastricht.

La ristrutturazione, la semplificazione e la riorganizzazione dell'universo delle autorità indipendenti è una scelta della politica che dovrebbe procedere di pari passo con la scelta di un modello di governo dell'economia e di regolazione del mercato. Se oggi la politica intende restituire al governo spazi in passato "ceduti" agli apparati amministrativi delle autorità di regolazione⁵ dovrà compiere scelte molto chiare che non potranno certo tradursi in un ripristino di un qualche modello di gestione diretta dell'economia perché quel sistema è stato definitivamente superato dalle liberalizzazioni imposte da Bruxelles e dalla crisi fiscale dello Stato⁶.

In questa ottica, è opportuno verificare se il disegno di legge del governo Prodi intenda mantenere, ovvero voglia definitivamente superare la diversa collocazione dell'Autorità antitrust rispetto alle Autorità preposte alla regolazione di settore.

La chiarezza su questo aspetto fondamentale potrebbe fornire un'ottima base per evitare in futuro sovrapposizioni di competenze ovvero perniciose inerzie che, come testimoniano le vicende di cronaca riferite in apertura, non giovano né ai consumatori, né alle istituzioni della regolazione e quindi alla decisione politica che le sostiene.

1.1. Le origini dell'Autorità antitrust e della regolazione di settore nell'ordinamento italiano

⁴ Senato della Repubblica, XV leg., d.d.l. n. 1366 contenente "Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti" presentato dal Presidente del Consiglio di concerto con i ministri dell'economia e finanze, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti.

⁵ Sulla dubbia costituzionalità di strutture amministrative qualificate come indipendenti o neutrali v. in particolare le riflessioni di M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 13, 200 ss.

⁶ Cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 13 ss.

L'Autorità antitrust non nacque, come è noto, dalla "conversione spontanea" del legislatore italiano al principio-valore della concorrenzialità del mercato, ma fu piuttosto una soluzione "imposta" dalla esigenza di fornire un supporto nazionale alla politica comunitaria della concorrenza attorno alla quale si è sviluppato il "mercato interno" voluto dall'Atto unico europeo del 1996 e si è affermato, con il Trattato sull'Unione europea del 1992, il valore della concorrenzialità del mercato interno come motore dell'azione comunitaria e come parametro imposto anche alle politiche economiche degli Stati membri. Rispetto a questa esigenza di adeguamento, che appariva non più procrastinabile all'inizio degli anni novanta del secolo scorso, il Parlamento ha approvato la legge nazionale antitrust (legge n. 287 del 1990) con la quale prendeva forma la dimensione pubblicistica dell'interesse al corretto funzionamento del mercato. Le forme attraverso le quali si è sviluppata questa decisione politica fondamentale attengono sia al profilo strutturale, sia alle funzioni dell'organo.

Al profilo organizzativo, caratterizzato dall'indipendenza dell'organo dal potere esecutivo, indipendenza garantita dalla nomina dei membri imputabile alla decisione adottata previa intesa tra i presidenti dei due rami del Parlamento, corrispondeva l'attribuzione di funzioni riconducibili al modello dell'amministrazione giustiziale: in realtà, tale definizione si ricollega proprio alla specificità delle funzioni di garanzia di cui l'autorità è stata dotata, funzioni che in effetti contengono elementi decisamente nuovi rispetto alla funzione amministrativa tradizionalmente intesa nella esperienza continentale europea ⁷. In realtà, il consistente sforzo interpretativo, volto a cogliere le peculiarità di un'amministrazione che svolge una funzione arbitrale, fu necessario per comprendere in termini giuridici il compromesso politico che sostenne la nascita dell'Autorità antitrust. Tale compromesso

⁷ S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S.Cassese-C.Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 221-22 chiarisce la natura paragiurisdizionale del procedimento che si svolge dinanzi alle autorità indipendenti; A. Pajno, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, ivi, 124, sviluppa la nozione di amministrazione "contenziosa" al fine di chiarire la specificità di questo nuovo modo di amministrare attraverso autorità indipendenti; V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e stato civile*, in *Rass.giur.energia elettrica*, 1997, 1 ss., 17, distingue la funzione amministrativa tradizionale, intesa cioè come cura di interessi pubblici concreti da parte di autorità pubbliche che operano in una posizione spesso contrapposta agli interessi privati o ad altri interessi pubblici con i quali si confrontano ed in esecuzione delle scelte politiche di governo (centrale o locale), dalle funzioni neutrali esercitate in posizione di indifferenza rispetto agli interessi concreti, pubblici o privati, nei quali quelle funzioni interferiscono, attribuite ad organi indipendenti da altri poteri e quindi autoreferenti perché privi della rappresentanza politica. All'interno di questa categoria di funzioni l'autore colloca le autorità indipendenti, oltre agli organi della giurisdizione, la Banca d'Italia (che però svolgerebbe anche funzioni di direzione del settore del credito, il Consiglio di Stato in sede consultiva, la Corte dei conti in sede di controllo. G.Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv.trim.dir.pubblico*, 1997, 645 ss., evidenzia le trasformazioni della funzione amministrativa e delle concezioni dell'interesse pubblico di matrice europea continentale indotte dalla istituzione di autorità indipendenti che nella tradizione del diritto amministrativo anglo-americano incarnano un modello di amministrazione arbitrale, quasi giurisdizionale. Sull'applicazione di queste categorie alle funzioni antitrust v. L.Cassetti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 245 ss.; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 294 ss..

mediò tra la posizione (più liberal) a favore dell'istituzione di una sorta di "magistratura della concorrenza", attivabile su istanza di parte, a garanzia della iniziativa economica dei privati dalle limitazioni indotte da pratiche anticoncorrenziali, e la opposta cultura che invece sottolineava l'interesse dello Stato ad intervenire con misure antitrust, attraverso la creazione di una apposita autorità amministrativa, ancorché dotata di indipendenza dagli apparati ministeriali ed autonomia di giudizio.

Rispetto al compromesso raggiunto, fondato sul modello dell'amministrazione giustiziale operante in condizioni strutturali di indipendenza dall'esecutivo-governo, emergevano dalla legge del 1990 due disposizioni che mal si conciliavano con quel modello. La prima riguarda la possibilità di adottare provvedimenti autorizzatori in deroga alle regole generali antitrust sulle intese vietate, a condizione che tale provvedimento discrezionale sia funzionale ad un miglioramento dell'offerta sul mercato e comporti un sostanziale beneficio per i consumatori (art. 4, l. n. 287 del 1990); la seconda norma ammette autorizzazioni aventi ad oggetto operazioni di concentrazione altrimenti vietate, sulla base di specifici parametri che avrebbero dovuto essere definiti dal Consiglio dei ministri, su proposta del ministro dell'industria (art. 25, l. n. 287 del 1990) ⁸.

Dopo sedici anni di controlli antitrust è evidente che le autorizzazioni in deroga continuano a rappresentare l'eccezione e non hanno certo trasformato l'autorità nazionale antitrust in un organo che elabora una "politica della concorrenza", a differenza di quanto è invece accaduto in ambito comunitario ove la Commissione (Direzione Generale Concorrenza) ha esercitato in misura massiccia la potestà di concedere esenzioni alle regole antitrust contenute nel Trattato CE per intere categorie produttive. E' altresì evidente che dal 1990 ad oggi nessun governo è intervenuto per definire la cornice entro la quale l'Autorità antitrust avrebbe potuto autorizzare operazioni in deroga ai divieti in materia di concentrazioni e quindi elaborare, sotto il diretto controllo dell'esecutivo, strategie di politica economica, occupazionale o salvaguardia della italianità delle imprese.

In altre parole, lo svolgimento della funzione *antitrust* nel nostro paese sembra aver privilegiato le funzioni di amministrazione giustiziale combinata con un'applicazione puntuale, capillare e completa delle funzioni consultive (pareri e segnalazioni di cui agli art. 21, l. n. 287 del 1990) che hanno messo a nudo le costanti e pervicaci limitazioni, restrizioni

⁸ Cfr. M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 58 ss. ne citare questo tipo di poteri discrezionali attribuiti dalla legge istitutiva all'AGCM ribadisce che si tratta di funzioni non coerenti con il ruolo neutrale dell'Autorità: il concetto era stato ampiamente sviluppato da M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77 ss., 94.

e violazioni della concorrenza introdotte dalla stessa legislazione statale e regionale ovvero dal potere regolamentare degli enti locali.

Come è noto, dietro alla gran parte delle misure di liberalizzazione e di difesa dei diritti dei consumatori adottate dal ministro Bersani è facile trovare un numero consistente di provvedimenti (segnalazioni e pareri) adottati dall'Agcm⁹.

In verità, l'intreccio tra l'interesse pubblico al mantenimento della concorrenzialità del mercato e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei competitori ha condizionato anche la definizione normativa del sistema delle impugnative in sede giurisdizionale dei provvedimenti adottati dall'Agcm: in questo sistema le azioni di nullità e di risarcimento del danno sono esperibili in sede civile (Corte d'appello) mentre l'impugnativa dei provvedimenti è stata affidata al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (in primo grado dinanzi al Tar Lazio ed in appello dinanzi il Consiglio di Stato).

In verità, questa scelta non ha mancato di suscitare perplessità, al punto da indurre autorevole dottrina a ritenere decisamente preferibile il sindacato del giudice ordinario, soprattutto per l'ampiezza dei mezzi di prova esperibili in questa sede¹⁰.

La dottrina pubblicistica ha in larga parte condiviso la scelta del sindacato dei provvedimenti antitrust da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva: secondo questa impostazione, la giurisdizione esclusiva consente un sindacato decisamente più ampio rispetto a quello di legittimità e quindi può cogliere la complessità dell'interesse pubblico al mantenimento della concorrenzialità del mercato che convive e deve essere costantemente bilanciato con le legittime aspettative degli operatori economici privati coinvolte dall'attivazione dei controlli e delle procedure antitrust¹¹.

In ogni caso, è opportuno ricordare che il sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle norme antitrust, non può prescindere dalla necessità di rispettare il vincolo interpretativo, posto dalla stessa legge n.287 del 1990, rispetto al diritto comunitario della concorrenza: questo rilievo è del resto confermato dalla "prudenza" del giudice amministrativo nel sindacare profili (es. nozione di mercato rilevante) che gli stessi giudici

⁹ Sul punto v. L.Cassetti, *La straordinaria necessità e urgenza delle liberalizzazioni*, in *federalismi.it*, n.15 del 2006.

¹⁰ Cfr. G.Ghidini e V.Falce, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato. Concorrenza, Regole*, 1999, 317 ss.

¹¹ Cfr. M.Ramajoli, *Attività amministrativa*, cit., 359 ss., che sottolinea il carattere indisponibile dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato in relazione al quale si giustificerebbe la scelta del legislatore di creare un'autorità amministrativa *ad hoc* per la salvaguardia di interessi che trascendono i diritti e gli interessi dei privati: l'oggetto dell'attività dell'Autorità non è il medesimo rapporto tra imprenditori privati di cui può conoscere il giudice ordinario, ma è il riflesso di questa fattispecie sulla struttura e sul funzionamento del mercato complessivamente considerato. In altre parole, tutelando l'interesse (pubblico) al mantenimento di condizioni concorrenziali all'interno del mercato nazionale, l'Autorità tutelerebbe i diritti dei singoli (potenziali competitori).

comunitari si limitano a valutare sotto il profilo dell' "errore manifesto di valutazione" ovvero dello "sviamento di potere"¹².

In parte diversa fu l'origine delle autorità di regolazione preposte alla vigilanza della concorrenzialità dei mercati in via di liberalizzazione nei settori dei servizi pubblici essenziali (energia, gas e telecomunicazioni). Nonostante che, al pari della legge nazionale antitrust, anche il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici sia stato avviato sotto l'impulso del diritto comunitario¹³, la legge n. 481 del 1995, nel prevedere l'istituzione delle autorità di regolazione nei mercati dell'energia e del gas ed in quello delle comunicazioni, ha preso le distanze dal modello organizzativo e funzionale adottato nel 1990 per l'Autorità antitrust. Questa scelta sottolineava, da un lato, la specificità della regolazione operante nei settori delle cd. *public utilities* e, dall'altro, il valore aggiunto (pluralismo democratico) delle regole della concorrenza applicate ai mercati delle comunicazioni.

La lontananza dal "modello antitrust" traspariva in modo netto dalle regole sulla nomina dei componenti delle *authorities* nei servizi pubblici, regole fondate essenzialmente sulla nomina mediante delibera del Consiglio dei ministri e sulla stretta relazione con gli apparati ministeriali ovvero sul collegamento istituzionale con organismi di controllo parlamentare. La subordinazione alle direttive del Ministero di riferimento è stata espressamente formalizzata dalla legge n. 481 del 1995 per l'Autorità per l'elettricità ed il gas (Aeeg) che infatti esercita le sue funzioni di regolatore delle tariffe promuovendo la tutela dei diritti di utenti e consumatori tenuto conto "degli indirizzi generali formulati dal governo" (art. 1). In linea con questo principio fondamentale la nomina dei commissari, adottata mediante un decreto del presidente della Repubblica, è deliberata dal Consiglio dei ministri su proposta del ministro competente con un coinvolgimento delle Commissioni parlamentari permanenti che sono chiamate ad esprimere un parere (obbligatorio) sulle designazioni effettuate dal governo¹⁴.

Per quanto riguarda poi il settore delle comunicazioni, la successiva legge n.249 del 1997, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha immaginato un sistema regolatorio ben più complesso ed articolato che comprende il sistema delle comunicazioni telefoniche (fissa e mobile) e nel quale sono confluiti i poteri di controllo antitrust nel settore

¹² Sul punto, v. M.Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 282.

¹³ Cfr. direttiva 96/92/CE del Parlamento e del Consiglio contenente "Norme comuni per il mercato dell'energia elettrica" e direttiva 98/30/CE del Parlamento e del Consiglio "Norme per il mercato interno del gas naturale" attuate mediante i decreti legislativi 16.3.1999, n.79 e 23 maggio 2000, n.164.

¹⁴ L'art.2, co.7 della l. n.481 del 1995 prevede l'obbligatorietà del parere delle commissioni parlamentari permanenti che si esprimono a maggioranza dei due terzi dei componenti e possono procedere all'audizione delle persone designate. In realtà, in sede di prima attuazione la norma prevede che le Commissioni debbano pronunciarsi entro 30 giorni e che decorso tale termine il parere poteva essere espresso a maggioranza assoluta.

delle telecomunicazioni, esercitati in passato dal Garante per la radiodiffusione e l'editoria. In nome del necessario bilanciamento tra controllo della concorrenzialità del mercato radiotelevisivo e la fondamentale garanzia del pluralismo dell'informazione, l'indipendenza dell'Agcom è stata agganciata al Parlamento attraverso una procedura di nomina dei membri che sono eletti per metà dalla Camera e per l'altra metà dal Senato¹⁵.

A questa scelta di fondo sono evidentemente correlate le specifiche funzioni di regolazione economica dell'autorità di settore che, operando in mercati in via di progressiva liberalizzazione, legittima la sua esistenza attraverso una pluralità di interventi che coinvolgono, in particolare, la determinazione delle tariffe, i controlli sulla gestione del servizio, l'irrogazione delle sanzioni per gli abusi e le pratiche anticoncorrenziali degli operatori ai danni dei consumatori.

In questo quadro si inserisce la competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva¹⁶ che è stata estesa dal decreto legislativo n. 80 del 1998 alle controversie in materia di servizi pubblici di cui alla legge n. 481 del 1995.

Per le *Authorities* di settore non sono mai stati sollevati dubbi in ordine alla sindacabilità dei rispettivi provvedimenti da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, a differenza di quanto è invece accaduto per i provvedimenti antitrust. Piuttosto, la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie attinenti alla regolazione di settore è apparsa funzionale all'esigenza di garantire la conoscibilità delle decisioni del regolatore in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al fine di ampliare il margine di sindacabilità delle decisioni che coinvolgono l'interesse dei soggetti regolati e si riflettono su diritti fondamentali del cittadino-utente dei servizi erogati dai gestori in regime concorrenziale¹⁷. In realtà, la scelta della giurisdizione esclusiva estesa ai provvedimenti di regolazione nei settori delle *public utilities* ha favorito la creazione di un

¹⁵ L'art.1 della l. n.249 del 1997 prevede che i Commissari (quattro compongono la Commissione per le infrastrutture e le reti ed altri quattro formano la Commissione per i servizi ed i prodotti) sono eletti dal Senato (quattro) e dalla Camera (quattro) e vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica. I membri delle due commissioni insieme al Presidente formano l'altro organo che è il Consiglio, titolare delle funzioni di controllo antitrust nel settore radiotelevisivo.

¹⁶ Ai sensi dell'art.2, co.25 della legge n.481 del 1995, "I ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono proposti avanti il Tribunale amministrativo regionale ove ha sede l'Autorità".

¹⁷ La facoltà per il giudice amministrativo di disporre l'ammissione di mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile e di disporre della consulenza tecnica d'ufficio (art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998) è stata salutata con favore da quanti hanno letto in questa riforma l'affermazione della piena conoscibilità e dunque della sindacabilità in sede giurisdizionale delle valutazioni tecniche dell'amministrazione; per quanto attiene agli strumenti istruttori idonei alla ricostruzione del fatto, M.Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 204, ricorda che il giudice amministrativo ben potrebbe ricorrere ad una consulenza tecnica e, nel ripercorrere l'iter logico che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato, potrebbe imporre alle autorità di regolazione un onere di motivazione rinforzato, elevando così la soglia minima al di sotto della quale il provvedimento sarebbe viziato per eccesso di potere.

momento unificante, giacché esiste un'unica sede giurisdizionale per valutare anche eventuali conflittualità tra le decisioni antitrust (a tutela della concorrenza nel mercato nazionale) e l'iniziativa delle autorità di regolazione di settore (volte a indurre, promuovere e stimolare meccanismi concorrenziali nei singoli ambiti di mercato)¹⁸.

3. La razionalizzazione delle Autorità "indipendenti" che passa attraverso il recupero di spazi a favore dell'indirizzo politico del governo: l'appiattimento delle differenze tra le funzioni dell'Autorità antitrust e la regolazione di settore.

Il disegno di legge presentato dal governo Prodi propone un riordino delle autorità indipendenti che supera definitivamente le differenze sopra evidenziate tra l'Autorità antitrust e le autorità di regolazione nelle cd. *public utilities* (energia, gas, telecomunicazioni) di cui alla legge n. 481 del 1995.

Il Capo I di questo disegno di legge contiene alcune norme di carattere generale rivolte alle "autorità indipendenti di regolazione, vigilanza e garanzia dei mercati" titolari di una serie di funzioni che comprendono "la promozione della concorrenza e dei diritti dei consumatori, la protezione di diritti e interessi di carattere fondamentale stabiliti dalla Costituzione e dai Trattati comunitari, la promozione della trasparenza dei mercati e di vigilanza prudenziale, la promozione della trasparenza dei mercati nei casi in cui la concorrenza non sia sufficiente e, infine, la tutela della concorrenza" (art. 1, co. 1).

In verità, questo dettagliato elenco di competenze costituisce la premessa per l'operazione di razionalizzazione e di semplificazione del quadro normativo esistente descritta nel Capo II, ove appunto si ridefiniscono in primo luogo le funzioni delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ovverosia l'Autorità per l'energia elettrica e il gas alla quale sarebbero devoluti anche i compiti di regolazione nell'ambito del servizio idrico, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che, a partire dall'entrata in vigore della legge dovrebbe assumere anche le funzioni di Autorità nazionale di regolamentazione postale previste dal d.lgs. n. 261 del 1999 (art.3), e l'Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto di cui si propone l'istituzione (art.5).

Nel successivo Capo III il disegno di legge individua nella Banca d'Italia e nella Consob le autorità preposte alla vigilanza sui mercati finanziari e prevede la concessione di una delega al governo per l'adozione di decreti legislativi attraverso i quali disporre, tra

¹⁸ Così M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit, 199.

l'altro, la soppressione dell'Isvap e della Covip, le cui funzioni saranno redistribuite tra la Banca d'Italia e la Consob (art. 10).

Infine, nel Capo IV, dedicato all'adeguamento degli ordinamenti delle autorità di regolazione, di vigilanza e di garanzia dei mercati, si trovano le norme destinate a modificare progressivamente il volto dell'Autorità antitrust nella prospettiva di rendere la sua organizzazione omogenea rispetto a quella delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità e delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Queste nuove regole prevedono una uniforme riduzione dei componenti delle suddette autorità che saranno composte da un presidente e da quattro membri (art. 16): dal punto di vista della razionalizzazione dettata dal contenimento della spesa pubblica, questa è la norma più rilevante, visto che il disegno non si preoccupa di ridurre in alcun modo l'ammontare delle indennità oggi corrisposte ai commissari delle *authorities*.

Il nuovo assetto organizzativo si fonda sulla estensione a tutte le autorità, ivi incluso dunque l'Antitrust, delle nuove procedure di nomina dei membri: sulla falsariga di quanto era stato già previsto dalla legge n. 481 del 1995, per la nomina dei membri delle autorità di regolazione nei settori delle *public utilities*, il d.d.l. n.1366 propone un atto formalmente presidenziale (adottato con decreto del Presidente della Repubblica) e sostanzialmente governativo. E' infatti richiesta la previa delibera del Consiglio dei ministri che, avendo cura di rispettare "l'equilibrio di genere", può nominare solo i soggetti che abbiano presentato la loro candidatura nell'ambito di una selezione pubblica mediante un bando predisposto dalla Presidenza del Consiglio (art. 16).

In realtà, questo complesso meccanismo di nomina presuppone il coinvolgimento della Commissione parlamentare per le politiche della concorrenza (di cui l'art. 21 propone la istituzione) che dovrebbe formulare un parere vincolante sulla nomina governativa deliberando a maggioranza dei due terzi dei componenti, previa pubblicazione del *curriculum vitae* e audizione delle persone interessate.

Questa articolata procedura mira a riportare l'atto di nomina all'interno della responsabilità dell'esecutivo prevedendo al contempo il coinvolgimento delle minoranze parlamentari reso possibile dal carattere vincolante del parere della Commissione e dalla ampia maggioranza (due terzi) richiesta per la sua adozione.

Tale soluzione organizzativa è poi confermata dalla previsione di un potere di revoca attribuito al Consiglio dei ministri che, in caso di gravi e persistenti violazioni della legge istitutiva ovvero di impossibilità di funzionamento o di prolungata inattività, può deliberare, sempre previo parere favorevole espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti della Commissione parlamentare sopra richiamata, la revoca del collegio formalizzata attraverso un decreto del Presidente della Repubblica.

Sia la nomina governativa, temperata dal parere vincolante della Commissione parlamentare per la politica della concorrenza, sia il potere di revoca dei membri da parte dell'esecutivo sono elementi in grado di trasformare radicalmente la collocazione dell'Autorità antitrust nel nostro sistema, anche se a questo risultato finale si dovrebbe arrivare per gradi.

Infatti, fino a che l'Agcm manterrà le funzioni relative all'applicazione delle regole sul conflitto di interessi dei titolari di incarichi di governo, non si applicherà il potere di revoca sopra richiamato e la proposta prevede, in via transitoria, un correttivo dell'attuale criterio di nomina dei membri (determinazione adottata d'intesa dai Presidenti delle Camere, ai sensi dell' art. 10 della l. n. 287 del 1990): la nomina dovrebbe essere concordata dai Presidenti delle due Camere sulla base di una rosa di candidati pari almeno al doppio dei soggetti nominandi selezionata dalla istituenda Commissione parlamentare per la politica della concorrenza (art. 16, co. 9). Sia questa disciplina transitoria, sia quella che entrerà a pieno regime quando l'AGCM cesserà di essere il garante della applicazione della legge sul conflitto di interessi, mirano a “cancellare” l'esperienza della nomina parlamentare introdotta dalla legge n. 287 del 1990.

Come è noto, infatti, la nomina parlamentare dei componenti dell' Autorità antitrust, fondata sulla manifestazione di volontà adottata dai presidenti dell'assemblea in nome della loro collocazione *super partes* rispetto ai gruppi parlamentari, fu originariamente introdotta al fine di rafforzare e sottolineare l'indipendenza di tale autorità dal governo. In realtà, questa "garanzia" di equidistanza che, in virtù della collocazione istituzionale dei presidenti delle due Camere e dalla loro provenienza dalle fila della maggioranza e dell'opposizione, avrebbe dovuto caratterizzare le nomine dei membri dell'antitrust è stata "compromessa" dalla scelta, introdotta a partire dalla prima legislatura dell'era del maggioritario misto (1996), di eleggere in entrambe i rami del Parlamento presidenti provenienti dai ranghi della maggioranza che sostiene il governo.

Si tratta ora di vedere quali potrebbero essere i riflessi della riforma che il disegno di legge propone rispetto alle funzioni ed al ruolo che l'Autorità antitrust è riuscita a ritagliarsi nel nostro ordinamento.

Una volta ricondotta la nomina dei membri all'interno del circuito Governo-Parlamento occorre chiedersi se, ed in quale misura, la scelta del governo possa effettivamente orientarsi verso personalità autorevoli in grado di garantire autonomia ed autorevolezza di giudizio.

La previsione dell'autocandidatura potrebbe rivelarsi soluzione inidonea ad assicurare il risultato sperato, ovvero sia che le migliori professionalità possano mettersi in gioco e quindi partecipare alla selezione che è stata evidentemente proposta proprio al fine di fornire alla decisione governativa una rosa di eminenti candidati. In altre parole, il meccanismo dell'autocandidatura non è di per sé in grado di garantire la selezione dei "migliori" ¹⁹. Questi limiti potrebbero far lievitare il potere discrezionale della scelta del Governo che in sede di redazione del bando potrebbe definire profili professionali "cuciti addosso" ai candidati che intende selezionare ovvero, all'opposto, indicare requisiti talmente generali da avere un margine assai ampio per operare la scelta.

Inoltre, la necessità di coinvolgere le minoranze parlamentari attraverso il parere vincolante, espresso dalla Commissione parlamentare per la politica della concorrenza, potrebbe trasformarsi, in condizioni di assenza di dialogo ovvero di conflittualità tra maggioranza e opposizioni, in un autentico potere di veto sulla nomina del governo con conseguente paralisi della procedura di nomina dei membri delle autorità.

¹⁹ Come ha del resto rilevato il Presidente dell'Antitrust, prof. Antonio Catricalà, nel corso dell'Audizione al Senato, I° Commissione permanente (seduta del 10 maggio 2007) il quale ha ricordato che "personalità alte" potrebbero avere qualche remora ad avanzare la propria candidatura, mentre persone giovani e magari preparate potrebbero evitare di candidarsi per non ricevere una bocciatura (p.4 del Resoconto stenografico).

Accanto a questi problemi di ordine generale, occorre chiedersi se la nomina governativa sia davvero la soluzione migliore per un'Autorità antitrust che, una volta perduta la sua posizione di indipendenza dall'esecutivo, caratteristica che ne ha fatto fino ad oggi il prototipo delle autorità indipendenti, potrebbe trovarsi nell'imbarazzo di decidere su comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da società con una consistente quota azionaria pubblica detenuta dal Ministero dell'economia ²⁰.

Tale imbarazzo potrebbe trasformarsi in una vera e propria subordinazione rispetto alle direttive ministeriali, qualora fosse approvata la norma del disegno di legge che assoggetta tutte le autorità coinvolte dalla razionalizzazione alle "funzioni di indirizzo generale e di alta vigilanza del governo e dei ministri" (art. 1, co.3).

Qualora quelle funzioni di direttiva fossero puntualmente esercitate dal governo, il ruolo dell'Antitrust, nel mutato quadro organizzativo proposto dalla riforma, subirebbe inevitabilmente una radicale trasformazione: in particolare, l'esercizio di quel potere potrebbe indurre l'esecutivo ad applicare quelle norme della legge n. 287 del 1990 che fino ad oggi tutti i governi si sono ben guardati dall'attuare ²¹.

Occorre allora riflettere sullo scenario che si aprirebbe qualora il governo decidesse di adottare le direttive per la concessione delle autorizzazioni in deroga ai divieti in materia di concentrazioni altrimenti vietate (art. 25, l. n. 287 del 1990)²². Come abbiamo già anticipato, nel compromesso che sostenne la legge n. 287 del 1990, le autorizzazioni in deroga alle operazioni di concentrazione vietate erano "figlie" di quell'impostazione culturale che voleva dilatare il ruolo della decisione e del controllo dell'esecutivo al fine di garantire "rilevanti interessi economici generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea"²³.

²⁰ Sul punto v. le perplessità del Presidente Catricalà, in Audizione, cit., 6.

²¹ Sul punto, v. M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 64.

²² Nella ricostruzione di M. Manetti, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3, il nuovo meccanismo di nomina governativa smentirebbe tutti coloro che hanno in passato contestato la soggezione dell'Autorità antitrust alle direttive governative previste dalla legge in ordine all'autorizzazione di determinate operazioni di concentrazione consentite dall'art. 25 della legge n.287 del 1990. Sul carattere "eccezionale" dei poteri derogatori ed autorizzatori attribuiti all'AGCM rispetto al "modello" di autorità realmente indipendente adottato dalla legge istitutiva, v. G. Amato, *Autorità semi-indipendenti*, cit., 647.

²³ Ai sensi dell'art. 25, l. n.287 del 1990, Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità, può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art.6, purché le stesse non comportino una eliminazione della concorrenza ovvero una limitazione che non sia strettamente giustificata dagli interessi generali predetti. In questi casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento delle condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

In realtà, gli spazi che la riforma aprirebbe all'esercizio di siffatto potere governativo dovrebbero essere attentamente valutati, non solo per il rispetto delle premesse e delle condizioni imposte dallo stesso art. 25 (eccezionalità dell'autorizzazione, impossibilità di eliminare la concorrenza etc.), ma anche perché la riforma deve raccordarsi con l'impianto dei principi generali della legge nazionale antitrust. All'interno di questi principi generali, l'art. 1, co. 4 della legge n. 287 del 1990 impone che l'interpretazione dei divieti sulle intese, sull'abuso di posizione dominante ed i controlli sulle concentrazioni sia svolta in base ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza.

In virtù di questo vincolo interpretativo il margine di discrezionalità del governo nel definire i criteri per consentire all'autorità di autorizzare in via eccezionale concentrazioni che altrimenti sarebbero vietate potrebbe rivelarsi alla prova dei fatti decisamente circoscritto.

Qualora invece la norma dovesse essere interpretata in termini estensivi, non si dovrebbe sottovalutare il pericolo che un "attivismo" della politica economica governativa fondato sulle deroghe alle concentrazioni vietate nasconda forme di indiretta sovvenzione alle imprese nazionali, sovvenzioni che probabilmente finirebbero nel mirino dei controlli antitrust comunitari, in attuazione del divieto di aiuti di Stato alle imprese, divieto che è parte integrante della politica europea della concorrenza. Una volta che l'Autorità antitrust dovesse percepire il pericolo nascosto nelle direttive ministeriali che legittimano l'adozione di autorizzazioni per operazioni di concentrazioni altrimenti vietate si troverebbe nell'imbarazzante situazione di non poter dare seguito alle linee guida del governo proprio per salvaguardare la sua posizione di garante, di fronte alla Commissione europea, del corretto funzionamento della concorrenza nel mercato nazionale.

Più in generale, il potere riservato al governo di definire gli indirizzi generali e di vigilare sull'operato delle riformande autorità (art. 1, co. 3) potrebbe condizionare negativamente anche altre funzioni dell'Autorità antitrust. In particolare, occorre chiedersi se, a fronte della nuova organizzazione dell'Autorità, residuerebbero all'organo in questione margini di autonomia sufficienti per lo svolgimento dei poteri di segnalazione al Parlamento delle distorsioni alla concorrenza che spesso derivano proprio da norme legislative (statali e regionali) e regolamentari vigenti, come è del resto ampiamente dimostrato dalla capillarità degli interventi e dalla varietà dei settori coinvolti dai pareri e dalle segnalazioni adottate fino ad oggi dall'Agcm.

Infine, occorre ricordare che l'obiettivo di appiattire le specificità della tutela della concorrenza mediante regole antitrust sull'organizzazione delle autorità di regolazione non è neppure perseguito fino in fondo: mentre infatti per queste ultime (Aeeg, Agcom e per la futura Autorità nei trasporti) vale la regola del finanziamento fondato sul contributo imposto sui ricavi delle imprese regolate (artt. 3, 4 e 5)²⁴, per l'Autorità antitrust resta valida la regola del finanziamento integralmente a carico del bilancio statale.

In linea con questo approccio "ondivago" il disegno di legge evidenzia peraltro la specificità di talune funzioni che sono proprie ed esclusive delle autorità preposte alla regolazione di settore: infatti, la nuova disciplina del potere regolamentare (regolamenti e atti a contenuto generale di cui all'art. 18, co. 2), la procedura per la consultazione pubblica dei soggetti interessati (art. 18, co. 3), l'adeguamento periodico del contenuto degli atti di regolazione in relazione alle mutate esigenze del mercato di riferimento (art. 18, co. 4) ed i criteri per l'adozione di regolamenti sulla conclusione dei procedimenti (art. 18, co. 5) non si applicherebbero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 18, co. 9).

Non convince, in definitiva, la lacunosità di un disegno di omogeneizzazione volto a riportare direttamente dentro il circuito dell'indirizzo politico organi preposti allo svolgimento di funzioni distinte quali sono appunto la tutela della concorrenza, fondata sull'applicazione da parte di un'autorità che cura un interesse pubblico ponendosi in una posizione di equidistanza rispetto agli interessi privati, e la promozione della concorrenza che comporta iniziative del soggetto pubblico regolatore al fine di indurre, stimolare, creare le condizioni per l'attivazione di meccanismi concorrenziali all'interno di mercati settoriali in via di liberalizzazione. La scelta della regolazione economica nei settori delle *public utilities* è una scelta di politica economica del governo e per questa ragione già la legge n. 481 del 1995 aveva previsto il meccanismo della nomina governativa e soprattutto aveva introdotto il sistema delle direttive ministeriali.

Occorre inoltre ricordare che questo tipo di scelta potrebbe essere temporanea e quindi dovrebbe ragionevolmente essere revocata nel momento in cui i settori coinvolti dal processo di liberalizzazione fossero in grado di funzionare secondo le regole della concorrenza.

Una volta che la decisione politica ritenesse di dover chiudere la stagione della regolazione di settore resterebbe comunque un'Autorità antitrust organizzata per vigilare sulla eventuale violazione delle regole poste a tutela della concorrenza: è dunque evidente che a

²⁴ Scelta peraltro discutibile secondo il Relatore sen. M. Villone, il quale evidenzia l'enorme rischio di cattura del regolatore collegato alla scelta dell'integrale finanziamento a carico degli operatori (Relazione al d.d.l. n. 1366, in www.astrid-on-line.it)

fronte del carattere indefettibile della tutela della concorrenza si può ragionevolmente parlare di “cedevolezza” della regolazione di settore, che dovrebbe essere sempre pronta a farsi da parte qualora il settore di mercato fosse sufficientemente liberalizzato e quindi non avesse più bisogno di *commands and controls*.

4. Una razionalizzazione “parziale”...

Peraltro lo sforzo di razionalizzare il complesso universo delle autorità cd. indipendenti avrebbe potuto avere un respiro decisamente più ampio se solo il tentativo di riorganizzare le autorità fosse stato condotto alla luce dell’effettivo livello di indipendenza dall’esecutivo di ciascuna autorità.

In questa ottica la riforma avrebbe potuto ragionevolmente collocare in un capo autonomo quelle autorità che sono nate ed hanno operato in un regime di sostanziale indipendenza rispetto alle scelte politiche del governo: come è noto, all’interno di questo gruppo si colloca non solo l’Autorità antitrust²⁵, ma anche il Garante per la protezione dei dati personali (cd. Garante privacy istituito con la legge n. 675 del 1996) e la Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (istituita con la legge n. 146 del 1990), autorità che il disegno di legge n. 1366 non prende neppure in considerazione, nonostante che nelle premesse del Capo I la razionalizzazione sia esplicitamente estesa alle autorità preposte alla “protezione di diritti e interessi di carattere fondamentale stabiliti dalla Costituzione e dai Trattati comunitari” (art. 1, co.1)²⁶.

All’interno di una riforma davvero esaustiva del complesso e variegato sistema delle autorità esistenti sarebbe opportuno definire la posizione delle autorità che, a diverso titolo e per diversi fini, sono caratterizzate da un elevato tasso di indipendenza rispetto al ruolo delle autorità preposte alla vigilanza dei mercati finanziari e delle autorità preposte alla regolazione di settore.

Una volta riaffermata questa preliminare distinzione, si dovrebbe mantenere la specificità dell’Autorità antitrust introducendo gli opportuni correttivi rispetto all’attuale meccanismo di nomina dei suoi membri, al fine di garantire l’effettivo coinvolgimento delle

²⁵ Così G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv.trim.dir.pubblico*, 1997, 647;

²⁶ M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 62, sottolinea come abbia prevalso nelle analisi dottrinali la tendenza a riservare la qualifica di indipendente alle sole autorità preposte alla garanzia di valori e diritti direttamente o indirettamente garantiti a livello costituzionale (privacy, concorrenza e mercato, sciopero nei servizi essenziali). Le autorità preposte al controllo di questi settori sono altresì accomunate dal fatto di non essere, a differenza di quanto previsto per le autorità di regolazione, titolari di autonomia finanziaria in quanto sia il Garante privacy, sia l’Agcm e la Commissione di garanzia per lo sciopero provvedono alle spese di gestione nei limiti di un fondo istituito ad hoc nel bilancio dello Stato. Critica la rinuncia del d.d.l. n.1366 a ricomprendere nella riforma anche il Garante privacy e l’Autorità di garanzia per lo sciopero, M. Manetti, *Un passo avanti*, cit., par. 8.

minoranze parlamentari (magari mediante il voto delle Camere a maggioranza qualificata)²⁷ e quindi rafforzare la scelta legislativa del 1990 fondata sulla sostanziale indipendenza dell'organo in questione dall'Esecutivo²⁸.

In questo quadro sarebbe possibile evidenziare, in un capo autonomo, le specifiche funzioni, le responsabilità ed il destino dei soggetti regolatori operanti nei mercati dei servizi di pubblica utilità (energia, gas, comunicazioni e trasporti), avendo però cura di raccordare la disciplina della istituenda autorità per i trasporti e la regolazione nel settore idrico con il percorso parlamentare del riordino dei servizi pubblici locali.

²⁷ Del resto, già dall'Indagine conoscitiva deliberata dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati in data 19 gennaio 1999 e conclusa il 4 aprile 2000 era emerso un generalizzato *favor* verso il modello bipartisan che affida la nomina dei membri al Parlamento con meccanismi di garanzia a tutela delle minoranze: sul punto v. M.Savino, *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in F.Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 121 ss, 127.

²⁸ La proposta di riordino delle autorità indipendenti elaborata da C. Franchini, *Proposta di norme sulle Autorità indipendenti*, in *Giorn.dir.amm.* n.5/1996, 487 ss., comprendeva la Consob, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, l'Autorità antitrust, la Commissione per lo sciopero e la Covip e prevedeva una nomina parlamentare (Parlamento in seduta comune) a maggioranza di due terzi dei componenti nei primi tre scrutini ed a maggioranza dei due terzi dei votanti negli scrutini successivi: il progetto escludeva in radice la possibilità per il governo di imporre a queste autorità direttive o indirizzi; G.Ghidini, *Ripensare il sistema a partire dalla "indipendenza"*, in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza*, cit., 106, ha proposto meccanismo di elezione parlamentare in grado di superare i limiti attuali della nomina dei membri dell'Autorità antitrust con determinazione d'intesa dei presidenti delle Camere, meccanismo che potrebbe sfruttare il voto limitato ovvero la maggioranza qualificata al fine di garantire un effettivo coinvolgimento delle minoranze.