

20 ANNI DI ANTITRUST

*L'evoluzione dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

a cura di

Carla Rabitti Bedogni e Piero Barucci

Tomo I



G. Giappichelli Editore – Torino – 2010

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO COME AUTORITÀ PUBBLICA INDIPENDENTE

1. Premessa

L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti, com'è noto, è il tratto distintivo più controverso del nuovo modello di apparati pubblici preposti alla vigilanza e alla regolazione dei mercati emerso e consolidatosi nel nostro ordinamento soprattutto nell'ultimo decennio¹.

All'interno della nuova specie di autorità pubbliche, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato venne considerata, già all'indomani della legge istitutiva 10 ottobre 1990, n. 287, come il modello più puro di autorità indipendente, nel quale alla neutralità pressoché assoluta delle funzioni corrisponde un'indipendenza quasi totale dal potere politico governativo e dal potere economico².

A vent'anni dalla legge istitutiva può essere dunque opportuno fare il punto su un valore, come quello dell'indipendenza, dal quale dipendono in larga misura la credibilità dell'Autorità e, in ultima analisi, l'incisività della sua azione.

In questo arco temporale, per un verso, la «foto di famiglia» delle autorità si è arricchita di parenti e affini più o meno prossimi: dalle autorità di regolazione preposte ai servizi pubblici nazionali, al Garante per la protezione dei dati personali, all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, all'ultima e alla più recente Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni (istituita con d.lgs. n. 150/2009). Ciascuna nuova autorità gode di un grado variabile di indipendenza lungo uno spettro che vede ancor oggi l'Autorità *antitrust* collocata quasi all'estremo del segmento, dove figurano le autorità dotate del maggior grado di indipendenza.

Per altro verso, numerose sono state in questi anni le proposte di riforma delle autorità, elaborate da commissioni governative o emerse nell'ambito di indagini conoscitive parlamentari. Il loro obiettivo era quello di introdurre un minimo di regole co-

¹ L'indipendenza sia dall'indirizzo politico, sia dal mercato e dalle imprese regolate è ritenuto «il connotato essenziale» delle autorità amministrative indipendenti. Per questa qualificazione e per l'individuazione delle principali cause di giustificazione dell'indipendenza, cfr., per tutti, M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri del mercato - Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 11.

² Cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, 115 ss.; M. DI BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2000.

muni che incidono soprattutto sugli aspetti organizzativi che più condizionano l'indipendenza: poteri di nomina, numero e durata in carica dei componenti, autonomia organizzativa, rapporti con il Parlamento e il Governo, ecc. Ove questi progetti di riforma generale – elaborati in una fase di nuovo vigore della politica, dopo la crisi dell'inizio degli anni Novanta, e nel tentativo di «normalizzare» le autorità indipendenti – si fossero tradotti in leggi, l'Autorità *antitrust* ne avrebbe, con tutta probabilità, più perso che guadagnato sotto il profilo che qui interessa³.

2. Le ragioni dell'indipendenza. L'ancoraggio comunitario

L'indipendenza delle autorità non può essere data per scontata nel nostro sistema costituzionale. Infatti, secondo la Costituzione le amministrazioni pubbliche devono essere imparziali (art. 97), non indipendenti. Anzi il principio della responsabilità ministeriale del Governo nei confronti del Parlamento, che risale già all'epoca cavouriana, postula che esse siano assoggettate a un potere di indirizzo o direttiva più o meno penetrante (art. 95). L'indipendenza è garantita espressamente solo per i due organi ausiliari del Governo, cioè il Consiglio di Stato e la Corte dei conti (art. 100). E questo in relazione non soltanto alle funzioni giurisdizionali, ma anche a quelle di consulenza giuridico-amministrativa attribuite al primo e a quelle di controllo finanziario e di legittimità degli atti attribuite al secondo⁴.

Le ragioni giuridiche e non giuridiche che giustificano l'indipendenza delle autorità sono molteplici e tutte quante, nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, risultano particolarmente pregnanti.

Sotto il profilo giuridico la giustificazione più forte è data dall'ancoraggio comunitario delle funzioni delle autorità che negli anni recenti è diventato molto più stretto.

Si pensi, da ultimo, alle direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009 in materia di energia elettrica che non soltanto enuncia il principio dell'indipendenza delle autorità di regolazione nazionali, ma individua anche i contenuti minimi dell'indipendenza. Tra questi vi è la distinzione organizzativa da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato, il divieto di sollecitare o accettare istruzioni dirette dal Governo, la disponibilità di risorse finanziarie idonee allo svolgimento dell'attività, la durata in carica dei componenti delle autorità compresa tra i cinque e i sette anni, con una sola

³ Per i testi e un'analisi dei principali progetti cfr. F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Il Mulino, Bologna, 2009; A. LA SPINA-S. CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2008, 60 ss. anche per la periodizzazione in cinque fasi dell'esperienza delle autorità indipendenti inclusa quella della «normalizzazione» alla quale si fa riferimento nel testo. Per esempio, nel progetto di legge AS n. 1366 presentato nella XV legislatura sarebbe venuta meno l'attribuzione del potere di nomina dei componenti dell'Autorità ai presidenti dei due rami del Parlamento e la figura del Presidente non avrebbe avuto più i requisiti differenziati rispetto agli altri componenti del collegio previsti dalla vigente l.n. 287/1990.

⁴ Sulla nozione e sui modelli di indipendenza, cfr. S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, Pisa, 1996.

possibilità di rinnovo, la revocabilità solo nel caso di perdita dei requisiti prescritti o in caso di irregolarità (art. 35, par. 4 e 5)⁵.

Nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato il fondamento sovranazionale dell'indipendenza, pur in assenza di disposizioni comunitarie così esplicite, è divenuto più solido negli anni successivi alla legge istitutiva⁶.

Già la legge comunitaria per il 1995 ha designato l'Autorità come autorità nazionale competente ad applicare le norme del Trattato in tema di intese e di abuso di posizione dominante. Ma ancor più rilevante è il reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 sempre in tema di intese restrittive della concorrenza e di abusi di posizione dominante.

Per un verso, infatti, il Regolamento chiarisce che l'applicazione delle disposizioni comunitarie deve essere rimessa o alle giurisdizioni nazionali o alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (artt. 5 e 6). Le prime svolgono «un ruolo complementare» rispetto alle seconde (considerando n. 7). La parziale fungibilità e complementarietà del ruolo dei giudici e delle autorità nell'applicazione delle regole della concorrenza in tanto è possibile in quanto, sotto il profilo soggettivo, chi esercita le funzioni non sia troppo dissimile. E se la caratteristica indefettibile dei giudici è proprio l'indipendenza (oltre che l'imparzialità), anche le autorità garanti devono esserlo nel momento in cui esercitano i poteri che lo stesso Regolamento definisce con precisione (ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare sanzioni) (art. 6).

Per altro verso, il reg. (CE) n. 1/2003 istituisce un sistema di «stretta cooperazione» tra Commissione e autorità garanti nazionali (art. 11) istituendo una rete europea integrata (*European Competition Network*) che prevede scambi di informazioni, un coordinamento funzionale e anche la costituzione di un comitato consultivo della Commissione (art. 12 ss.). Il fatto stesso che l'esercizio delle funzioni delle autorità nazionali è assoggettato a una sorta di «peer review» e a un controllo della Commissione, esclude un'influenza parallela (sotto forma di istruzioni o direttive) da parte dei Governi nazionali.

3. La concorrenza come interesse pubblico costituzionalmente protetto

Una seconda ragione dell'indipendenza usualmente avanzata nel dibattito sulle Autorità è costituita dal fatto che esse sono preposte a materie «sensibili» che coinvolgono situazioni giuridiche e valori che trovano nella Costituzione un rilievo speciale (pluralismo nell'informazione, tutela del risparmio, tutela della personalità, ecc.). La protezione di siffatti diritti e valori costituzionali è incompatibile con gli indirizzi ondivaghi e i condizionamenti della politica.

Nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, già la legge istitu-

⁵ Anche per il settore del gas l'art. 39 della direttiva 2009/73 contiene disposizioni analoghe.

⁶ Sugli aspetti comunitari cfr., per tutti, L.F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, Padova, 2007.

tiva chiariva che la nuova normativa era posta «in attuazione all'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (art. 1). E anzi la valorizzazione dell'art. 41 della Costituzione, in relazione ai principi del Trattato Ue che pongono in primo piano le esigenze di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, costituisce uno dei cardini della «nuova costituzione economica»⁷.

Ma il fondamento costituzionale è divenuto ancor più preciso in seguito alla legge costituzionale n. 1/2003. Infatti, nel ridisegnare l'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni essa ha inserito tra le materie attribuite alla competenza legislativa esclusiva del primo la tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e)). Certamente il contesto in cui la Costituzione opera il richiamo alla concorrenza è quello più specifico del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. E la Corte costituzionale, com'è noto, ha fatto leva su questa disposizione per mantenere il più possibile un'omogeneità del quadro regolatorio riferito alle attività economiche (servizi pubblici locali, contratti pubblici, ecc.). Ciò non di meno, la tutela della concorrenza – interpretata dalla Corte nel senso estensivo di includere anche la promozione della concorrenza, cioè la regolazione pro concorrenziale – diventa nel nuovo assetto un interesse pubblico di rango costituzionale.

Come tale richiede, non soltanto interventi adeguati da parte del legislatore statale, ma anche sul versante più propriamente amministrativo la previsione di apparati che, più concretamente, provvedano alla cura di siffatto interesse. Nel nostro ordinamento, infatti, a quasi ogni interesse pubblico che trova un riconoscimento legislativo e costituzionale corrisponde, sul piano organizzativo, l'istituzione di un apparato, come nel caso di specie l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che sia preposto in via primaria a tutelarla. Non solo. Occorre tener conto di altri due elementi.

Da un lato, l'Autorità è ormai assunta al rango di apparato investito di una competenza primaria orizzontale ad applicare le norme *antitrust*. Ciò dopo aver acquisito la competenza in materia anche nel settore della radiodiffusione e dell'editoria (nel 1997) e nel settore bancario (nel 2005), in precedenza attribuiti alle autorità di settore.

Dall'altro lato, nonostante l'ampliamento della gamma delle funzioni attribuite all'Autorità, essa ha mantenuto il carattere di essere un'autorità tendenzialmente monobiettivo⁸. Ciò la mette più al riparo dall'esigenza di mediare tra interessi in possibile conflitto, come accade, per esempio, per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità che, in base alla legge n. 481/1995 devono curare una pluralità di interessi pubblici.

⁷ Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Edizione Scientifica, Napoli, 2008.

⁸ Anche la controversa attribuzione all'Autorità delle competenze in tema di conflitto di interessi relative ai titolari di cariche di governo di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215 è stata ritenuta, sotto il profilo strettamente tecnico, come implicante un tipo di valutazione non del tutto eterogenea con quelle richieste in altri campi all'Autorità poiché essa tende a misurare l'impatto degli atti riferibili ai titolari delle cariche di governo in termini di vantaggio per questi e di alterazione del corretto funzionamento del mercato: così, G. BRUZZONE-A. SAJJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *op. cit.*, 288-289 che esprime però la preoccupazione che questa funzione possa condizionare i criteri di scelta dei componenti dell'Autorità.

In definitiva a un'autorità a competenza orizzontale e focalizzata su un'unica missione costituzionalmente prefigurata può essere riconosciuto un tasso di indipendenza maggiore.

4. La natura «paragiurisdizionale» delle funzioni dell'Autorità

Una terza ragione che giustifica l'indipendenza delle autorità risiede nel particolare tipo di funzioni ad essa affidate. Tagliando per così dire in orizzontale il principio della separazione dei poteri, esse includono sia quella di regolazione delle imprese controllate, sia quella di «*adjudication*», cioè di applicazione delle regole nel caso concreto e di eventuale applicazione di sanzioni e di rimedi, sia quella di risoluzione di controversie tra operatori e tra quest'ultimi e gli utenti o consumatori.

Per quanto attiene alla funzione di regolazione, specie là dove essa determini scelte allocative o comunque di mediazione tra una pluralità di interessi, le ragioni dell'indipendenza sono meno evidenti. Usualmente, infatti, questo tipo di poteri è ricordato in modo più stretto al circuito politico-rappresentativo⁹. Le altre due funzioni, invece, nelle quali è presente ed è forse addirittura prevalente l'interesse alla garanzia delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati, richiedono la presenza di un «*arbitro*» che in modo imparziale accerti i fatti ed esamini le ragioni della parte o delle parti coinvolte dando applicazione alle regole. Il tutto nell'obiettivo di garantire «*la parità delle armi nel mercato*», sanzionando comportamenti che alterano il gioco concorrenziale¹⁰. Il contraddittorio orizzontale, cioè tra le imprese che fanno valere innanzi alle Autorità pretese contrapposte, e verticale, cioè, tra l'Autorità e l'impresa oggetto per esempio di un procedimento sanzionatorio, connotano in senso paraprocedurale il potere esercitato.

La natura «*paragiurisdizionale*» della funzione – espressione che ha fatto sorgere equivoci se interpretata, erroneamente, come tendente a negare la natura formalmente amministrativa degli atti in cui essa si esprime e dell'autorità che li emana¹¹ – conferisce all'autorità preposta all'esercizio un'immagine non troppo dissimile dall'arbitro per eccellenza, cioè il giudice.

Nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la funzione di garanzia emerge allo stato quasi puro, proprio perché essa non è titolare di funzioni propriamente regolatorie. L'applicazione della normativa *antitrust* e della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette in modo orizzontale, cioè nei confronti di tutti i

⁹ La regolazione indipendente trova giustificazione a livello comunitario nell'esigenza di evitare conflitti di interesse tra Stato proprietario e Stato regolatore e per garantire stabilità di più lungo periodo al quadro regolatorio, sottraendolo a repentini mutamenti dettati dalla politica, in modo di consentire alle imprese di programmare investimenti di lungo periodo. Sulla tipologia delle autorità cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 64 ss.

¹⁰ Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

¹¹ Sulla nozione di paragiurisdizionalità cfr. gli interventi di G. Tesauro, M. Clarich, M. Siragusa in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002, 163 ss.

tipi di imprese regolate e non regolate (assoggettate ai poteri regolatori delle autorità di settore) pone l'Autorità in una posizione in larga misura sovrapponibile e fungibile con quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, investita, non a caso, di competenze parallele.

I nuovi poteri Autorità garante della concorrenza e del mercato, previsti dalla cosiddetta legge Bersani¹², di concludere i procedimenti sanzionatori con l'accettazione di impegni fa emergere, almeno potenzialmente, una dimensione regolatoria non prevista dalla legge istitutiva. Tuttavia, l'applicazione rigorosa del principio di contraddittorio alla fase di presentazione e valutazione degli impegni, che vede coinvolti attivamente tutti i soggetti «*controinteressati*», ridimensiona il problema. Anche in questo caso la regola, formalizzata da un impegno, è il frutto di una valutazione presa da un apparato equidistante dalle parti interessate.

Rafforza infine le ragioni dell'indipendenza la funzione di «*competition advocacy*» di cui è titolare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si esprime in segnalazioni e pareri al Parlamento e al governo, che ha avuto uno sviluppo notevole in questi anni¹³. Per definizione infatti, come si sottolinea usualmente anche per le funzioni consultive del Consiglio di Stato, chi formula un parere deve essere indipendente da chi lo riceve.

5. La natura tecnica delle funzioni

Un'ulteriore ragione addotta per giustificare l'indipendenza delle autorità di regolazione di garanzia attiene all'elevato grado di competenza tecnica richiesta ad apparati preposti a settori nei quali gli aspetti tecnologici e di mercato condizionano le scelte regolatorie. Si pensi, per esempio, nel settore elettrico, a quanto incidono sull'impianto delle regole (come quelle sul cosiddetto dispacciamento) le proprietà fisiche del «*bene*» elettricità (che non può essere immagazzinato).

Negli Stati Uniti, dove il fenomeno delle agenzie di regolazione esplose già negli anni Trenta del secolo scorso sconvolgendo equilibri costituzionali, un filone di letteratura fece leva proprio sull'elemento «*expertise*» tecnica per giustificare l'indipendenza dal Presidente che si manifesta, per esempio, nell'imposizione di limiti al potere di quest'ultimo di rimuovere dall'incarico i componenti delle agenzie.

Anche nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le funzioni di cui essa è titolare richiedono una capacità elevata di analisi delle caratteristiche dei prodotti (in termini per esempio di succedaneità) e dei mercati rilevanti. L'analisi economica, come dimostra l'ampiezza della parte ad essa dedicata nei provvedimenti emanati dall'Autorità, ha un ruolo prioritario in molti casi rispetto a quella propriamente giuridica.

¹² D.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248.

¹³ Cfr. questa funzione è ancor più valorizzata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99 che prevede che il disegno di legge annuale per la concorrenza presentato ogni anno dal Governo tenga conto dei suggerimenti dell'Autorità.

E qui interviene la questione delicata dei requisiti di nomina dei componenti delle Autorità. Nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'art. 10, comma 2, della legge istitutiva, dopo aver elencato alcune categorie di soggetti (alti magistrati, professori universitari di materie economiche o giuridiche), utilizza la formula generica di «*personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità*». Se a ciò si aggiunge il fatto che i provvedimenti di nomina dei presidenti dei due rami del Parlamento non richiedono una motivazione e non sono sindacabili in sede giurisdizionale, l'osservanza di queste prescrizioni è rimessa soprattutto alla sensibilità istituzionale di chi esercita il potere di nomina¹⁴.

6. Cenni conclusivi

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si pone su un crocevia fondamentale nello «*spazio regolatorio*» occupato dalle autorità indipendenti, e ciò per almeno due ragioni già indicate. La sua competenza orizzontale porta l'Autorità a instaurare rapporti bilaterali a raggiera con gran parte delle autorità nazionali di settore, che invece hanno minori occasioni per interagire tra loro. Inoltre l'inserimento in un sistema europeo di applicazione della normativa *antitrust* inserisce l'Autorità in una trama di rapporti reticolari con le autorità nazionali degli altri Stati membri e con la Commissione.

In questo complesso «*gioco*» tra regolatori ed arbitri nazionali e comunitari, che con la loro azione complessiva creano i presupposti e vigilano sul corretto funzionamento dei mercati, residuano pochi spazi di intervento diretto o indiretto del Governo.

In base alla legge istitutiva soltanto in materia di concentrazioni il Governo può fissare criteri generali in base ai quali l'Autorità può autorizzare in via eccezionale operazioni di concentrazione in deroga alle regole generali (art. 25) e il Governo non ha mai esercitato questo potere.

Su alcuni aspetti lo statuto giuridico dell'Autorità potrebbe essere migliorato. Per esempio, non è del tutto chiaro perché, a differenza di quanto accade per altre autorità, il regolamento sulle procedure istruttorie sia devoluto alla competenza del Consiglio dei ministri (art. 10, comma 5); oppure perché il segretario generale, figura apicale dell'organizzazione, sia nominato dal Ministro dello sviluppo economico, sia pur su proposta del presidente dell'Autorità (art. 11, comma 5); oppure perché la dotazione di personale e finanziaria, inclusa la quota di contribuzione a carico delle imprese in occasione delle operazioni di concentrazione (art. 10, comma 7-*bis*), non abbiano tenuto il passo con l'incremento delle funzioni.

In definitiva, l'ordinamento vigente garantisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche se paragonata alle autorità consorelle degli altri paesi europei, un elevato grado di indipendenza. Ma al di là del dato formale, l'indipendenza è per tutte le autorità di regolazione e di garanzia un valore «*reputazionale*» da

¹⁴ Per alcuni dati relativi alle nomine dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato cfr. A. LA SPINA-S. CAVATORTO, *op. cit.*, 126 ss.