

Camera dei Deputati

I Commissione

(Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni)

**INDAGINE CONOSCITIVA SULLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI**

**Audizione del Presidente
dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Pres. Antonio Catricalà**

2 marzo 2010

Onorevole Presidente, Onorevoli Deputati

sono particolarmente grato dell'opportunità data all'Autorità che presiedo di offrire il proprio contributo all'importante indagine conoscitiva deliberata da codesta Commissione.

L'occasione si presenta, infatti, propizia: quest'anno cade il ventennale dell'Istituzione, per la cui celebrazione sono stati promossi una serie di incontri di studio e di confronto, allo scopo di riflettere sulla strada fino a ora percorsa e sulle prospettive future. L'indagine conoscitiva costituisce la sede più adatta per sottoporre all'attenzione del Parlamento le nostre considerazioni e la nostra attività e per ricevere le osservazioni e gli stimoli che saranno ritenuti più opportuni.

I vent'anni trascorsi dalla nascita dell'Autorità coincidono con il periodo nel quale, nel nostro Paese, si è consolidato il fenomeno delle Amministrazioni indipendenti. Negli ultimi tempi, a causa della crisi della finanza e della conseguente recessione economica che ha colpito la gran parte dei Paesi occidentali, si sono levate critiche al modello di controllo pubblico dell'economia di cui le Autorità indipendenti sono espressione: modello che si sarebbe dimostrato, se non del tutto inefficace, quantomeno insufficiente. Il ruolo diretto dei governi in economia è ricomparso prepotentemente, per giunta in Paesi da sempre avversi all'ingerenza dello Stato nel mercato e patria di origine delle Autorità indipendenti. A ciò si aggiunga che, nel nostro Paese, queste istituzioni non hanno ancora raggiunto, presso la maggioranza dell'opinione pubblica, un grado soddisfacente di accettazione e ciò ha determinato il manifestarsi di iniziative, esplicite o dissimulate, caratterizzate spesso da malcelati intenti demagogici, volte a limitarne i poteri e a deprimerne l'attività.

E', dunque, il momento giusto per promuovere una riflessione generale sull'esperienza ormai significativa anche in Italia di queste istituzioni le quali, non dimentichiamo, operano anche per la tutela di interessi come la riservatezza e il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali che non sono direttamente connessi con il funzionamento del sistema economico. Le considerazioni che seguono riguardano essenzialmente le amministrazioni di controllo dei mercati.

Per un'esposizione più organica si ritiene di dover trattare prima le questioni di rilievo generale e successivamente gli aspetti significativi della più recente esperienza dell'Autorità *antitrust*. Si indicheranno, ove apparirà utile, proposte di intervento normativo volte a migliorare il quadro attuale.

Le ragioni dell'indipendenza dei controllori

Di fronte alla persistenza di dubbi in merito all'utilità e al senso di una vigilanza indipendente sui mercati, vale la pena di ripercorrere le ragioni che sono alla base dell'instaurazione di controlli di questa natura.

L'apertura dei mercati internazionali delle merci e dei capitali è ormai un fatto acquisito e proprio le recenti vicende lo dimostrano. Il ritorno a economie chiuse, nelle quali gli Stati nazionali riescono a incidere in modo determinante sulle variabili

macroeconomiche, è quindi attualmente un'opzione non realistica. Gli Stati nazionali, e in particolare quelli come il nostro di ridotte dimensioni nel contesto globale, si trovano di fatto a subire gli andamenti economici mondiali. In questo contesto, e al di là dei condizionamenti di tipo formale che pure derivano dall'appartenenza alla Unione europea, non resta che disporsi con atteggiamento positivo nei confronti dell'economia di mercato e tentare di trarre da essa i maggiori benefici, senza indugiare nella coltivazione di irrealistici ritorni al passato.

E' assai più utile concentrare l'attenzione su quelle regole e su quegli istituti che, anziché sostituirsi al mercato, lo orientino al perseguimento di interessi generali. L'economia di mercato, per funzionare al meglio e per produrre i benefici collettivi che da essa ci si aspetta, e cioè prezzi bassi, prodotti nuovi e migliori, sviluppo economico, ha bisogno di controlli di natura essenzialmente tecnica, imparziali, che garantiscano il rispetto delle regole da parte degli operatori.

Il potere pubblico, dunque, mantiene un ruolo fondamentale che non è più quello dell'indirizzo, ma del controllo a tutela di interessi generali quali la concorrenza, la correttezza e la trasparenza delle relazioni, la sicurezza dei traffici, la stabilità degli operatori finanziari. Questi controlli si realizzano attraverso l'applicazione di criteri tecnici e sono tanto più credibili ed efficaci, quanto più sono ritenuti dagli stessi operatori del mercato estranei a decisioni politiche, per loro natura parziali.

L'esigenza dell'indipendenza deriva dalle caratteristiche profonde del sistema di mercato, incentrato sulle autonome decisioni degli operatori, che non devono essere artificialmente influenzati, nel funzionamento fisiologico degli scambi, dagli interventi esterni e parziali della politica.

Solo un soggetto indipendente è in grado di garantire la non discriminatorietà delle decisioni di controllo. Questa ragione, immanente al regime dei mercati aperti, inteso come sistema di scambi non incondizionatamente libero, ma congruamente regolato, spiega perché gli ordinamenti di natura internazionale sorti nel secondo dopoguerra per disciplinare le relazioni economiche a livello internazionale, dall'OMC alla UE, contemplino l'indipendenza dai governi e dai soggetti controllati come requisito essenziale delle istituzioni di controllo: le regole del mercato, uguali per tutti gli operatori a prescindere dalla loro nazionalità, devono anche essere uniformemente applicate.

Il tema della regolazione economica indipendente è poi particolarmente avvertito nell'ordinamento comunitario, nel quale la disciplina di liberalizzazione dei mercati ha elaborato, nei diversi settori, veri e propri *status* di indipendenza dei regolatori pubblici. A volte ci si limita a richiedere che il regolatore nazionale sia indipendente dagli interessi regolati e dal governo, specialmente se deve disciplinare mercati nei quali operano imprese pubbliche. Si pensi al settore postale o dei trasporti in Italia. Altre volte, come per esempio nei settori dell'energia elettrica e del gas o delle comunicazioni elettroniche, le fonti comunitarie richiedono più puntualmente che gli Stati membri assicurino ai regolatori, che restano istituzioni nazionali, oltre alle caratteristiche di formale indipendenza, anche adeguate risorse finanziarie, umane e un insieme di poteri sufficiente a esercitare con efficacia i propri compiti, limitando così

l'autonomia degli ordinamenti nazionali sia nell'aspetto funzionale, sia in quello organizzativo.

In certi settori, l'Unione europea non solo fissa regole per l'indipendenza dei regolatori nazionali, ma li inserisce in reti di amministrazioni, nell'ambito delle quali viene posto un soggetto istituzionale di livello comunitario. Si pensi alla Banca centrale europea e al Sistema europeo di banche centrali; al nuovo sistema della vigilanza finanziaria europea, con la prevista istituzione di tre autorità indipendenti di livello europeo, poste al vertice di sistemi composti dalle autorità nazionali omologhe. E' significativo che il Parlamento europeo, chiamato a decidere sulla riforma secondo la procedura di codecisione, in questi giorni stia sottolineando l'importanza di avere un sistema di controllori indipendenti di livello europeo anche più solido di quello prefigurato nelle proposte della Commissione e del Consiglio: l'indipendenza ed i poteri tecnici sono considerati dal Parlamento europeo come la risposta più idonea al difetto di vigilanza *cross border*. Si pensi, ancora, alla rete europea delle autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche.

In questo quadro, si staglia il controllo di concorrenza, fin dalle origini fondamentale e costitutivo dell'ordinamento comunitario. Anche dopo il Trattato di Lisbona, il principio di concorrenza resta comunque al vertice del sistema delle fonti comunitarie. Tra le disposizioni comuni si afferma che l'Unione si adopera per "lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente" e poi si chiarisce, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, che a quei fini, "l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" (art.3, §3, del Trattato sull'Unione e art.119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

La concorrenza resta connotato essenziale della costituzione economica comunitaria. Per la stessa ragione, è centrale anche il controllo sull'applicazione delle regole di concorrenza che è rimesso alla Commissione nella sua veste però non di organo politico, ma di supremo organo tecnico, espressione dell'interesse comunitario, competente a vigilare sull'applicazione del Trattato da parte degli Stati membri. A fianco alla Commissione europea, con pienezza di poteri autonomi, vi sono le autorità nazionali di concorrenza e i singoli giudici nazionali, anch'essi raccordati in una rete istituzionale nell'ambito della quale si presta reciproca collaborazione nell'attività istruttoria, si scambiano informazioni, si alimenta un continuo dibattito sulle tematiche rilevanti.

Il paradigma dell'indipendenza in questo caso è espresso al massimo grado proprio nel momento in cui si ribadisce che competenti all'applicazione di queste

regole, in regime di attribuzioni parallele, sono i giudici e le amministrazioni: queste ultime devono condividere i tratti essenziali di indipendenza dei primi.

La prospettiva storica e l'esame comparato confermano che l'indipendenza, da sempre e ovunque, è tratto essenziale per le Autorità di concorrenza, proprio perché chiamate ad applicare le regole fondamentali e generali dell'economia di mercato, valide tendenzialmente in tutti i settori. A cominciare dalla *Federal Trade Commission*, modello di agenzia indipendente, istituita nel 1914 negli Stati Uniti proprio per affiancare il giudice, originariamente il solo competente, nell'applicazione dello *Sherman Act*. Nel panorama dei Paesi europei si conferma il modello che tende ad essere uniforme in tutti gli Stati membri dell'Unione. Significativa in questo senso la recente trasformazione del *Conseil de la concurrence* francese in vera e propria *Autorité de la concurrence*, pienamente indipendente, in un ordinamento nel quale la tradizione amministrativa di tipo ministeriale gode tutt'ora di elevata reputazione.

Il controllo pubblico indipendente è, dunque, un elemento essenziale delle tecniche istituzionali più moderne e condivise a livello globale per disciplinare l'economia di mercato: non siamo di fronte a fenomeni transeunti, legati a contesti locali, eventualmente da ritenere frutto del disvalore che può aver colpito in particolari frangenti i tradizionali apparati amministrativi espressione più diretta della politica, come pure a volte si è sostenuto specialmente nel dibattito interno.

In un regime di mercati aperti, le autorità indipendenti di controllo e di regolazione traggono la loro giustificazione dalla necessità di disciplinare i meccanismi dell'economia allo scopo di evitarne le degenerazioni e per realizzare la tutela degli interessi generali, senza tuttavia comprimere quell'autonomia degli operatori che resta il tratto essenziale del sistema e la fonte insostituibile di stimolo del processo economico.

Il ruolo della decisione politica e i rapporti con l'amministrazione tecnica

In questo quadro, la decisione di natura politica non ha perso definitivamente diritto di cittadinanza. Essa però deve rispettare i confini del proprio ambito di azione. Se, infatti, non è più giustificata, e anzi può essere pregiudizievole, quando si esercita su puntuali interventi di amministrazione sul mercato, resta nondimeno essenziale per stabilire in linea generale il punto di equilibrio tra le ragioni di tipo strettamente economico e gli altri interessi generali che, nell'ordinario funzionamento del sistema, potrebbero non trovare realizzazione ai livelli ritenuti socialmente accettabili.

In altri termini, spetta alla decisione di natura politica stabilire il livello di tutela di interessi generali, come l'ambiente, la sicurezza, la salute, l'integrità dei mercati in caso di *choc* sistemici e i vari interessi connessi alla prestazione dei servizi pubblici.

L'individuazione del punto di equilibrio tra esigenze di stretta efficienza economica e altre esigenze di interesse generale non può essere appannaggio di una decisione tecnica indipendente, ma deve essere ricondotto alle scelte dei soggetti investiti di legittimazione democratica. Le modalità concrete attraverso cui realizzare queste esigenze devono poi essere definite con l'ausilio di decisori tecnici, cui dovrebbero essere rimessi gli interventi conseguenti nelle concrete situazioni.

In termini essenziali, è questo il modello di regolazione che dovrebbe presiedere alla corretta disciplina del mercato. Decisore politico e regolatore tecnico indipendente devono convivere nella distinzione dei rispettivi ruoli: l'ordinamento deve predisporre idonei meccanismi istituzionali per evitare la confusione tra essi e il loro snaturamento.

C'è da osservare che quel punto di equilibrio tra ragioni di efficienza e altri interessi generali - che è storicamente e geograficamente mutevole - per i Paesi aderenti all'Unione europea, molto spesso risulta stabilito a livello comunitario, non residuando così per il decisore politico nazionali margini apprezzabili di intervento e di differenziazione.

E' in questi termini, a esempio, il rapporto tra i vari interessi implicati nell'applicazione delle regole di concorrenza. Nell'analisi delle varie fattispecie di intesa restrittiva, di abuso di posizione dominante e di concentrazione che altera la concorrenza, la giurisprudenza comunitaria ha già da tempo delineato i limiti in cui può essere dato rilievo esimente a certe circostanze in presenza di comportamenti, *prima facie*, in contrasto con quelle regole.

Nei settori nei quali, invece, al livello comunitario non è stata definita in modo uniforme la soglia di equilibrio, i decisori politici nazionali godono di una maggiore autonomia, che però dovrebbe limitarsi a fissare gli obiettivi e a decidere il rapporto tra i vari interessi generali, lasciando alla valutazione del regolatore tecnico l'individuazione del modo come realizzarli, senza alterare ingiustificatamente il funzionamento del mercato. E' ciò che dovrebbe accadere con riferimento a molti servizi pubblici il cui contenuto e le cui modalità di svolgimento sono rimesse alle valutazioni politiche dei singoli Stati.

Gli interventi diretti dei governi dovrebbero restare confinati nella contingenza emergenziale e, in ogni caso, non sembrano costituire l'indice di un'inversione degli equilibri di fondo. La decisione politica dovrebbe garantire gli interessi generali ritenuti rilevanti nella società a prescindere dai risultati spontanei del mercato. Non dovrebbe però mai sostituirsi alle concrete decisioni di controllo, che devono seguire i criteri esclusivamente tecnici.

Nel rispetto di questa logica di fondo, l'assetto concreto dei rapporti tra istituzioni tecniche e politiche nel governo dell'economia deve essere modulato in relazione alla specificità dei singoli ordinamenti.

Occorre valutare, caso per caso, i settori interessati e gli interessi generali implicati e adattare conseguentemente le procedure.

Vi sono controlli, tipico quello volto ad accertare la violazione delle regole di concorrenza, che non tollerano ingerenze di natura politica perché si tratta di far valere regole che per loro natura devono essere uguali in tutti i settori e che poggiano su canoni interpretativi di natura essenzialmente tecnica. Vi sono, invece, attività di regolazione che comportano più naturalmente scelte di *policy* in senso pregnante, come nei servizi pubblici o nella garanzia dell'integrità dei mercati finanziari. Mentre nel primo caso, interventi di organi politici non si giustificano, nel secondo caso possono essere opportuni, se confinati nei limiti indicati.

La questione della costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti e l'inopportunità di una riforma generale.

Quanto detto vale a supportare la giustificazione teorica e pratica all'esistenza di simili istituzioni e consente anche di affrontare alcuni problemi di rilievo generale che si sono posti nel nostro ordinamento.

Da parte di alcuni è stato posto il problema della compatibilità costituzionale di simili figure, difficilmente ricollocabili nello schema classico dei poteri dello Stato: se non rientrano nel quadro dell'amministrazione tradizionale, allora rischiano di essere considerati giudici, ma in tal caso si scontrano con il divieto di istituzione di giudici speciali. Inoltre, si osserva che molte di esse sono spesso dotate di rilevanti poteri normativi, cioè poteri di adottare regole giuridiche vincolanti, innovative dell'ordinamento giuridico, senza essere espressione, neanche mediata, di rappresentanza democratica e molto spesso in virtù di una mera attribuzione di competenza legislativa, senza definizione puntuale dei principi. D'altro canto, si aggiunge ancora, sottrarre alla responsabilità ministeriale e, dunque, in ultima analisi al controllo del Parlamento, il governo di rilevanti settori, contrasta con il modello di amministrazione prevalente previsto in Costituzione, incentrato appunto sul ministero.

Di qui l'esigenza, da molti avvertita, di formalizzare nel testo della Carta costituzionale la presenza di queste peculiari istituzioni. Da un lato, ciò varrebbe a supportarne l'esistenza, dall'altro, potrebbe essere utile per evitare una loro eccessiva proliferazione, con il conseguente svuotamento delle competenze ministeriali. Questi orientamenti di pensiero hanno trovato un loro culmine nell'approvazione da parte delle Camere del testo di riforma della Costituzione nel 2005, testo che però è stato bocciato dal *referendum* popolare e non è perciò mai entrato in vigore. In quel progetto, riprendendosi una formula che proveniva dal disegno di riforma della Commissione bicamerale del 1997, si stabiliva che la legge, per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione e su materie di competenza dello Stato, avrebbe potuto istituire apposite autorità indipendenti, stabilendone la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Si stabiliva inoltre che le Autorità avrebbero riferito alle Camere sui risultati delle attività svolte.

Senza entrare nel merito della disputa tecnica sull'opportunità della costituzionalizzazione delle Autorità indipendenti, che peraltro è assente nella maggior parte degli ordinamenti che pure le riconoscono, si può osservare che le stesse si sono ormai consolidate nell'ordinamento, soprattutto grazie alle decisioni dei giudici che hanno ricostruito discipline coerenti: non c'è più alcun dubbio che si tratti di soggetti che, pur essendo dotati di un elevato grado di imparzialità, restano espressione della funzione amministrativa e i loro atti siano quindi pienamente scrutinabili dal giudice. In tal modo, le maggiori perplessità che pure le nuove figure avevano sollevato in ordine alla tutela delle situazioni giuridiche coinvolte sono definitivamente superate dal diritto vivente.

Molte Autorità, come già rilevato, godono di un diretto sostegno nel diritto comunitario, come noto prevalente in caso di conflitto con il diritto interno e ciò di per

sé costituisce una garanzia contro la loro soppressione o il loro depotenziamento. Inoltre, la definizione di una sorta di modellistica a livello costituzionale, mentre, da un lato, potrebbe forzosamente ridurre a uniformità enti tra loro assai diversi, dall'altro, non sarebbe comunque mai sufficiente a frenare le fughe dalla responsabilità ministeriale paventate.

Alla luce di queste considerazioni, non pare che un intervento sul testo costituzionale sia allo stato una priorità.

Il dibattito sulle Autorità indipendenti nel nostro Paese si è poi sviluppato a più riprese attorno all'idea, sostenuta da diverse istanze politiche e anche da parte di molti accreditati esponenti dell'opinione pubblica, di promuovere una riforma generale. Si avverte a volte un'ansia di sistemazione generale che tradisce un perdurante sentimento di sfiducia nei confronti di queste istituzioni. Non si può negare, infatti, che, al di là di quanto pubblicamente affermato, le proposte di riforma generali finora avanzate siano state caratterizzate da un malcelato intento di riaffermazione del ruolo degli organi di indirizzo politico e di contenimento dell'autonomia delle Autorità.

La circostanza che questi tentativi non abbiano raggiunto il compimento, testimonia della difficoltà di ricondurre in un quadro unico una materia tanto variegata e intrisa di problematiche ontologicamente diverse, anche se connesse.

Di converso, hanno avuto successo interventi normativi più circoscritti volti a definire, in relazione ai diversi contesti, specifiche situazioni. Si è trattato a volte di interventi anche di grande rilievo istituzionale come quelli stabiliti dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262 che ha ridefinito le competenze in materia *antitrust* sulle banche e ha affinato la vigilanza sui mercati finanziari.

E' a questa metodologia che si dovrebbe pensare per incidere sugli aspetti ritenuti bisognevoli di modifica. Prima di qualunque ulteriore intervento legislativo è opportuno verificarne l'effettiva necessità.

Allo stato attuale il quadro normativo, anche per l'assestamento dovuto all'intervento di una giurisprudenza amministrativa molto attenta ai riflessi istituzionali delle proprie decisioni, appare nel complesso soddisfacente. E' così per quanto riguarda la disciplina dell'organizzazione e soprattutto dei procedimenti seguiti nell'esercizio delle diverse competenze, sia di natura provvedimentale, sia di quelle che consistono nell'adozione di atti a contenuto normativo.

Per questi profili, quindi, non si avvertono pressanti esigenze di novelle normative a carattere generale, che nel merito non farebbero altro che ribadire quanto già la giurisprudenza ha chiarito in modo inequivocabile.

Un dibattito parlamentare sulle nomine e un sistema di finanziamento comune

Chiarite le ragioni che sconsigliano approcci normativi totalizzanti in merito all'organizzazione, ai procedimenti e ai rapporti con gli organi di indirizzo politico, si rileva che una disciplina comune potrebbe avere ad oggetto esclusivamente le nomine e il sistema di finanziamento.

Si tratta di due elementi che, con tutta evidenza, condizionano in modo determinante la reale indipendenza delle Autorità.

Quanto al primo profilo, va premesso che i criteri che dovrebbero sempre presiedere alla scelta delle persone chiamate a questi uffici sono la professionalità tecnica e l'indipendenza di giudizio. Non esistono norme o procedure che riescano di per sé a garantire il rispetto di simili criteri, in mancanza di una sentita cultura dell'autonomia tecnica e del valore delle istituzioni di garanzia. E, dunque, sembra ozioso indugiare sulle alchimie procedurali delle nomine e, tutto sommato, sarebbe improprio stabilire un unico procedimento per le diverse Autorità. Ciascun procedimento, infatti, è espressione della specificità della singola Autorità.

Sarebbe, invece, auspicabile che costituisse una costante l'attivazione di una discussione parlamentare pubblica sui nominati, volta a saggiare l'adeguatezza delle persone all'incarico e a rendere edotta l'opinione pubblica. La semplice esistenza di questo passaggio parlamentare, al di là del valore formale che a esso si ritenesse di ascrivere, avrebbe comunque l'effetto di indurre i titolari del potere di nomina a operare scelte in linea con i requisiti indicati.

Per quanto concerne il finanziamento, si tratta di superare i problemi che gli attuali meccanismi incontrano, allo scopo di garantire effettivamente, in un'ottica di sano pragmatismo, l'indipendenza delle istituzioni.

Attualmente, l'ordinamento contempla in genere le seguenti modalità di finanziamento: a carico dei soggetti vigilati, mediante l'imposizione di un contributo la cui definizione concreta è rimessa, in base a criteri di legge, alle rispettive autorità; a valere sulle sanzioni inflitte in materia di tutela del consumatore, nel limite del minimo edittale; a carico dell'erario, con decisioni rimodulate annualmente nella legge finanziaria.

La contribuzione dei soggetti vigilati può essere influenzata dalla ciclicità degli andamenti economici, come è accaduto nel 2009. La finanziaria per il 2010 ha dovuto stabilire un meccanismo di mutualità per sopperire, per quanto concerne l'Autorità *antitrust*, al crollo, non prevedibile nella misura in cui si è verificato (oltre il 50% in meno rispetto a quanto incassato nel 2008), delle entrate derivanti dalle contribuzioni corrisposte in occasione della comunicazione delle operazioni di concentrazioni.

Inoltre, questi meccanismi, e ancor più quelli che prevedono un diretto potere impositivo delle Autorità nei confronti dei soggetti vigilati, per il sol fatto di esistere come imprese nel settore, espongono le Autorità interessate a possibili conflitti di ruolo, nel momento in cui si trovano ad adottare regolazioni che possono avere incidenza sul patrimonio delle imprese vigilate e, allo stesso tempo, devono stabilire il livello dell'imposizione, come fonte per il proprio sostentamento. D'altro canto, l'affidamento all'erario dell'intero onere, mentre non consentirebbe di sostenere l'intero finanziamento di queste Istituzioni, le esporrebbe ai variabili orientamenti delle decisioni annuali di bilancio.

Di qui l'idea di istituire un fondo unico di finanziamento delle Autorità indipendenti di controllo dei mercati, a cui affluirebbero tutte le risorse provenienti dalle fonti attualmente previste per le singole Autorità. Si tratta, giova ricordarlo, di

risorse comunque pubbliche e che solo in senso atecnico possono essere definite proprie, sia perché in parte provenienti direttamente dall'erario, sia perché in parte captate direttamente dalle imprese, sulla base di un potere impositivo che la legge assegna alle singole Autorità nell'interesse generale.

Con il fondo, si escluderebbe in radice qualunque possibilità di condizionamento sulle Autorità; si potrebbero controbilanciare gli eventuali effetti negativi di avverse congiunture settoriali; si porrebbe un argine a interventi discriminatori in sede di decisione annuale di bilancio.

La gestione del fondo, a tutela dell'indipendenza delle Autorità, andrebbe affidata ad un comitato espressione delle stesse Autorità. Il comitato dovrebbe decidere la ripartizione delle entrate in base a una programmazione annuale della spesa e secondo un procedimento nel quale dovrebbero essere quantificate in modo trasparente le rispettive esigenze di funzionalità. La Corte dei conti eserciterebbe il controllo della gestione. In una simile procedura sarebbe garantita la visibilità delle decisioni pubbliche di spesa che sarebbero assunte tenendo conto degli equilibri più generali. Inoltre, un meccanismo simile implicherebbe una forma di controllo reciproco che determinerebbe di per sé una maggiore razionalizzazione della spesa delle singole Autorità e un loro implicito contenimento.

La questione dell' *accountability*.

Infine, tra le questioni generali, va affrontata quella della c.d. *accountability*.

E' un tema delicato che deve essere considerato sotto vari aspetti.

Del rapporto con gli organi di indirizzo politico si è già detto. Vi possono essere settori nei quali una decisione politica è opportuna a monte del processo di regolazione, proprio per le scelte di valore che questo implica. In assenza di ciò, però non si giustifica. E' questo per esempio, come detto, il caso in genere dell'Antitrust. Solo con riferimento al controllo sulle operazioni di concentrazione, di rilievo esclusivamente nazionale, può esserci l'emersione di interessi pubblici da tutelare eventualmente in contrasto con la concorrenza. In questo caso la legge (art.25 della legge n.287/90) ha previsto la possibilità che il governo adotti una direttiva di carattere generale che dovrà, però, nei casi concreti essere applicata dall'Autorità. L'equilibrio prefigurato tra i poteri di indirizzo politico e di decisione tecnica indipendente è condivisibile. Si osserva tuttavia che la disposizione non è stata mai attuata, avendo il legislatore preferito intervenire direttamente nella disciplina delle imprese in crisi con una norma puntuale, il cui termine di applicazione è peraltro ormai spirato.

In ogni caso, è in netto contrasto con la ragione di esistenza di queste Istituzioni una stabile attività di indirizzo da parte degli organi politici. Ciò snaturerebbe l'istituto e nei fatti screditerebbe la stessa attività di regolazione o di controllo, con danno per il buon andamento dei mercati.

Piena e approfondita dovrebbe essere l'attività di sindacato informativo svolta dal Parlamento, per la realizzazione della quale, ci sembra, non c'è bisogno di una legge nuova. Già adesso il Parlamento ha tutti gli strumenti per sottoporre ad attento

scrutinio l'attività complessiva, i risultati e le eventuali disfunzioni delle Autorità indipendenti.

Si tratta di una fondamentale forma di controllo democratico che non lede l'autonomia delle Istituzioni, ma piuttosto contribuisce a rafforzarne la legittimazione come organi dello Stato-ordinamento.

Per rendere più incisiva questa attività, le Camere potrebbero promuovere nella loro autonomia specifiche modifiche dei regolamenti parlamentari.

Validi e appropriati contrappesi alla naturale assenza della responsabilità politica in senso stretto sono da rintracciare: nella trasparenza dei processi decisionali, assicurata dalla partecipazione e dal contraddittorio; nella responsabilità civile esplicitamente sancita; e nel pieno controllo del giudice, che nella prassi si è esteso a tutte le attività, senza lasciare zone d'ombra.

Proprio in occasione del giudizio sugli atti dell'Autorità *antitrust*, la giurisprudenza amministrativa ha affinato il proprio sindacato sulla discrezionalità tecnica. Il Consiglio di Stato¹ ha chiaramente statuito che i provvedimenti dell'Autorità sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito. Il sindacato di legittimità non si limita a un controllo estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione. Il giudice amministrativo ha oggi il potere di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall'Amministrazione che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica, a tale scopo potendosi avvalere di tutte le conoscenze tecnico specialistiche, grazie anche alla consulenza tecnica d'ufficio. Tuttavia, in presenza di concetti giuridici indeterminati, che non distinguano il momento della valutazione tecnica da quello dell'opportunità amministrativa e che attribuiscono una competenza ad una particolare articolazione della pubblica amministrazione, caratterizzata da una peculiare qualificazione tecnica e da una posizione di elevata indipendenza, emerge un ambito di valutazione riservata, in relazione al quale il giudice può certamente esercitare un controllo di logicità e ragionevolezza, eventualmente condotto alla luce della conoscenza tecnica, senza però mai sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Autorità. E' ciò che accade per l'Antitrust nell'applicazione di concetti quali: il mercato rilevante, la posizione dominante, il suo abuso, la restrizione della concorrenza. Il giudice non può sostituirsi all'Autorità. Con riferimento alle sanzioni pecuniarie, il giudice amministrativo, applicando l'art.23 della legge 689 del 1981, se riscontra vizi di legittimità, può annullarle o modificarle.

Tale assetto del sindacato giurisdizionale appare in grado di offrire una tutela piena alle situazioni giuridiche soggettive private.

Non sembrano, quindi, opportune le proposte di attribuire genericamente al giudice amministrativo una giurisdizione di merito sulle sanzioni dell'Autorità. Da un

¹ Cfr., tra le più significative, CdS, 23 aprile, 2002, n.2199; VI, 1 ottobre 2002, n.5156; VI, 2 marzo 2004, n.926.

lato, simili interventi sono inutili, posto che già oggi il giudice può incidere sulla sanzione. Dall'altro, possono alimentare letture estensive e introdurre una dannosa incertezza, ora assente, rischiando di snaturare il sindacato giurisdizionale che, da istanza di controllo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive, tenderebbe a divenire esercizio di amministrazione attiva.

Infine, ma assai rilevante, una tipica forma di responsabilità di queste Istituzioni, proprio in quanto indipendenti, esiste nei confronti in generale dell'opinione pubblica. Ciò non solo le onera di comunicare e spiegare pubblicamente il senso dei propri interventi, ma soprattutto impone loro di valutare i risultati della propria attività in termini di miglioramenti delle condizioni di vita di cittadini e imprese. Sono questi ultimi i diretti beneficiari dell'azione amministrativa e, dunque, coloro che devono poter facilmente accedere alle istituzioni per interloquire, per invocarne l'intervento ed eventualmente per criticarle.

La più recente stagione dell'Antitrust

Con ciò veniamo alle questioni di specifica pertinenza dell'Antitrust.

Dando per scontato, a più di vent'anni dalla nascita, l'assetto organizzativo e funzionale dell'Istituzione, si ritiene più utile fornire alla Commissione un quadro sulle novità dell'ultimo periodo.

Negli ultimi cinque anni, l'Istituto è stato interessato da importanti innovazioni relative ai poteri, alle competenze e agli orientamenti decisionali.

La più recente stagione dell'attività dell'*Antitrust* si apre in un quadro di rallentamento del ciclo economico positivo. La crescita economica era diminuita nel nostro Paese già prima della crisi dei mercati finanziari della fine del 2008. Nel complesso il nostro sistema di mercato è debole sia nelle infrastrutture di contesto, sia nella stessa tradizione imprenditoriale.

Per tali ragioni, l'attività dell'Autorità *antitrust* deve essere orientata a sollecitare, a spronare all'efficienza, senza però mortificare le forze vitali del mercato. E' emersa con sempre maggiore nettezza l'opportunità di contrastare la regolazione restrittiva e protezionistica che abbonda nel nostro ordinamento e che determina di per sé gravi ostacoli al buon funzionamento dei mercati. Al perseguimento di questi obiettivi è stata protesa la missione di questa Autorità.

Sul piano del metodo, si è seguito un approccio volto a convincere, più che imporre; a promuovere il cambiamento effettivo dei comportamenti sul mercato piuttosto che a sanzionare semplicemente.

Esempio di questo approccio è la recente decisione assunta nell'ambito della procedura di valutazione dell'ottemperanza alle misure imposte in occasione della concentrazione tra Banca Intesa e San Paolo IMI. L'Autorità aveva contestato a Intesa San Paolo alcuni fatti come possibili inottemperanze. Avendo però le parti offerto di assumere alcuni impegni che, se rispettati puntualmente, comporteranno la realizzazione dello scopo di quelle misure, l'Autorità ha deciso al momento di non sanzionare, lasciando aperto il procedimento, per sottoporre a stretto controllo l'esecuzione degli impegni. La sanzione pecuniaria resta come ultima *ratio*.

Nel contempo, si è cercato di tenere in adeguata considerazione i tempi del mercato e si è quindi intervenuto con tempestività e senza imporre ritardi ingiustificati all'attività di impresa. Si pensi, a tal proposito, alle concentrazioni bancarie esaminate grazie alla legge 28 dicembre 2005, n.262 che ha attribuito all'Antitrust la piena vigilanza sulla concorrenza nel settore bancario: si è trattato di alcune aggregazioni tra le più consistenti che il nostro sistema abbia storicamente conosciuto. Sono tutte state valutate e autorizzate in termini inferiori rispetto a quelli già brevi previsti dalla legge. In media, cinquanta giorni dalla comunicazione dell'operazione, esclusi i termini per il parere di altre Autorità. Si consideri che a livello comunitario la Commissione può impiegare anche cinque mesi per valutare le operazioni più problematiche.

Strumento essenziale per realizzare l'approccio indicato sono state le decisioni con impegni.

Fin dalla prima relazione al Parlamento del 2005, avevo segnalato l'opportunità di inaugurare una politica del dialogo con le imprese, che si è potuta concretizzare solo a seguito della disciplina del nuovo istituto avvenuta nel nostro ordinamento nel 2006.

In realtà, è un istituto originariamente disciplinato per la Commissione europea, (Regolamento n.1/2003). Ma, in principio, neanche a livello comunitario ne vengono intuite le potenzialità applicative che, invece, questa Autorità ha visto e attuato fin da subito, in un clima di diffidenza del mondo degli esperti.

L'Autorità italiana si è posta all'avanguardia in Europa nell'utilizzo di questa nuova procedura, alla luce dei vantaggi che essa garantisce in termini di raggiungimento di risultati concreti.

A circa cinque anni da quelle dichiarazioni di intenti coerentemente attuate, si registra un uso ormai diffuso dello strumento anche da parte di molte Autorità europee di concorrenza e della stessa Commissione europea. La prassi si è incaricata di fugare le perplessità pur autorevolmente sollevate.

Né questa prassi può essere considerata il sintomo di una deriva regolatoria che snaturerebbe il ruolo dell'Autorità *antitrust*. La legge e la giurisprudenza hanno compiutamente delimitato gli ambiti applicativi di questo tipo di decisioni e le hanno configurate come rimedi puntuali alle specifiche alterazioni concorrenziali ipotizzate nell'atto di avvio dell'istruttoria; rimedi che devono comunque rispettare uno stretto criterio di proporzionalità. Nella valutazione in merito all'idoneità dell'impegno proposto per risolvere il problema concorrenziale, l'Autorità di concorrenza non esercita una discrezionalità in senso proprio, non soppesa i diversi interessi pubblici e privati al fine di definire un concreto assetto, ma si limita a emettere un giudizio tecnico, comunque soggetto a sindacato giurisdizionale. Ecco anche perché non si condivide l'impostazione secondo cui la diffusione di questo istituto comporterebbe l'opportunità di accentuare il controllo politico sull'Autorità.

Oltre alle decisioni con impegni, nel 2006, sono stati compiutamente disciplinate anche le misure cautelari. Grazie agli impegni e alle misure cautelari la durata media dei procedimenti si è ridotta, passando da una media di 463 giorni nel periodo precedente l'agosto 2006 ai 364 del periodo successivo. L'accorciamento dei tempi delle procedure ha consentito poi, a sostanziale parità di organico, di aumentare

il numero di istruttorie aperte per l'accertamento di intese ed abusi in un anno, passando da una media di circa 8 nel periodo 2001-2005, a circa 16 nel periodo 2006-2009.

Un nuovo importante strumento per la scoperta degli accordi di cartello segreti disciplinato nel 2006 è rappresentato dai programmi di clemenza (*leniency programme*). La stessa Commissione europea, come del resto le autorità *antitrust* statunitensi e di molti altri Paesi nel mondo, lo utilizzano. L'istituto si basa sulla logica premiale: viene garantita l'immunità totale o parziale dalla sanzione amministrativa pecuniaria alla sola impresa che si autodenuncia e fornisce indicazioni per il reperimento di prove del cartello, consentendo di scoprirne l'esistenza e di farlo cessare. Il beneficio della non irrogazione o della diminuzione della sanzione per l'impresa che collabora si giustifica in relazione al vantaggio per l'interesse pubblico di far cessare accordi difficilmente individuabili perché segreti. La non irrogazione della sanzione viene garantita nel caso in cui l'impresa informi l'Autorità dell'esistenza di un cartello ad essa sconosciuto e fornisca la relativa documentazione, mentre la riduzione della sanzione è concessa quando l'impresa fornisce materiale rilevante per la prova di un'intesa che però l'Autorità ha già scoperto. Per il buon funzionamento dell'istituto è necessario, tra l'altro, garantire riservatezza al rapporto tra l'impresa che chiede di essere ammessa al beneficio e l'Autorità. Le informazioni date in questa sede non dovrebbero poter essere considerate accessibili da parte dei terzi, se non per la parte in cui siano utilizzate dall'Autorità per l'elaborazione delle risultanze istruttorie e solo per i soggetti incolpati di far parte del medesimo cartello. Consentire un accesso indiscriminato sarebbe contrario alle regole europee, rischierebbe di minare l'efficacia dell'istituto stesso che comincia a dare risultati importanti.

Infine, si segnala che per venir incontro alle esigenze delle imprese tenute all'obbligo di comunicazione delle operazioni di concentrazione, è stata sviluppata l'attività di assistenza gratuita da parte degli uffici che forniscono le delucidazioni necessarie per la compilazione dei formulari.

La tutela del consumatore

Lo stato delle cose, tuttavia, imponeva non solo un arricchimento degli strumenti di applicazione della disciplina della concorrenza, ma anche una positiva focalizzazione dell'attività di vigilanza sull'obiettivo della tutela del consumatore.

La civiltà del *consumerism*, altra faccia della cultura della concorrenza, era pressoché assente nel nostro ordinamento: un'assenza grave che per decenni ha impedito la riforma di normative vistosamente squilibrate a favore delle imprese e l'applicazione delle specifiche discipline di tutela, pur emanate su impulso dell'ordinamento comunitario.

Il ritardo culturale non era più tollerabile e, perciò, questa Autorità ha posto al centro della propria attività di vigilanza sulla concorrenza quell'obiettivo e ha sollecitato il legislatore ad arricchire le proprie competenze con i poteri che la

normativa comunitaria aveva nel frattempo delineato per la tutela diretta dei consumatori.

Nel 2007 sono state attribuite le competenze in materia di pratiche commerciali scorrette, che hanno esteso il raggio di intervento dell'Autorità ben oltre la repressione della pubblicità ingannevole. La disciplina comunitaria esprime un quadro di valori e di principi volti a riequilibrare sostanzialmente le posizioni sul mercato tra consumatori e imprese professioniste. La tecnica legislativa per clausole generali conferisce all'Autorità una grande responsabilità nel delineare il contenuto dei doveri di diligenza e degli obblighi di buona fede che incombono sul professionista, che è tenuto non solo a garantire gli interessi del consumatore alla realizzazione della prestazione promessa, ma a intrattenere un rapporto effettivamente corretto con il consumatore stesso prima, durante e dopo il contratto e a prescindere da esso.

Si tratta di una nuova dimensione del diritto dei privati, che l'Autorità ha il compito di promuovere con la sua prassi decisionale e nel dibattito culturale. La strada anche qui è ancora lunga, ma intanto si può registrare con soddisfazione il riconoscimento da parte della Comunità europea del lavoro svolto fino a ora. L'esperienza dell'Autorità in tema di repressione di scorrettezze perpetrate nei servizi di telefonia cellulare è stata considerata esemplare.

L'operato dell'Autorità risulta supportato con sempre maggior convinzione dalle associazioni dei consumatori.

Sul piano organizzativo, l'Autorità, innovando anche rispetto ad altre autorità di controllo dei mercati, ha istituito un apposito centro d'ascolto e di prima assistenza del consumatore (Contact Center), accessibile tramite un numero telefonico gratuito. E' un canale agevole per gli interessati e costituisce un punto di vista privilegiato da cui percepire le disfunzioni della realtà italiana. Riceviamo migliaia di segnalazioni (9.148 contatti nel 2008 e 8.565 nel 2009) che testimoniano una forte esigenza di tutela non soddisfatta che spesso eccede l'ambito pur ampio delle nostre competenze. I consumatori possono poi effettivamente e semplicemente interloquire con gli uffici istruttori, in quanto a ogni denuncia, anche inviata via *e-mail*, viene dato riscontro scritto. In caso di avvio del procedimento, gli uffici lo comunicano al domicilio del consumatore segnalante. Dal ricevimento della comunicazione, è possibile partecipare al procedimento inviando osservazioni e documenti senza alcuna formalità, né oneri di sorta.

A oggi, nel quadro delle finalità istituzionali e della stessa organizzazione dell'Autorità, la tutela del consumatore, originariamente confinata nel controllo sulla pubblicità, ha acquisito una dimensione del tutto pari rispetto alla tutela della concorrenza. La decisione di finalizzare la propria attività alla tutela del consumatore ha poi ricevuto implicito, ma significativo apprezzamento dalla più recente prassi decisionale della Commissione europea e delle altre Istituzioni nazionali di regolazione dei mercati, nel cui linguaggio la figura del consumatore è venuta ad assumere finalmente un rilievo primario.

In termini quantitativi, con un organico che si attesta sulle 60 unità di media, ripartito tra dirigenti, funzionari e impiegati, sono stati trattati, nel 2008, 1863 casi nel 2009, 2526.

Il rapporto dell'Antitrust con il Parlamento

Il rapporto con il Parlamento in questi ultimi anni si è fatto più proficuo anche per gli assetti più generali della regolazione economica.

L'Autorità ha avuto frequentemente l'occasione di esporre il proprio punto di vista presso le Commissioni di settore.

Una rilevante parte di alcune importanti riforme normative è stata originata da suggerimenti dell'Autorità. Penso alla radicale modifica della disciplina dello *ius variandi* nei rapporti bancari, alla disciplina della portabilità del mutuo, alla liberalizzazione di importanti settori produttivi della vita economica nazionale come il commercio, la distribuzione dei carburanti, l'autotrasporto, alcune professioni, e, da ultimo, ma di estrema rilevanza, ai servizi pubblici locali. Più recentemente, specialmente nel settore professionale, si assiste a episodi di reazione corporativa. Sarebbe un grave errore cedere a queste pressioni.

La definitiva piena legittimazione dell'Autorità come istituzione competente non solo a indicare gli aspetti della regolazione che appaiono ingiustificatamente restrittivi, ma anche a proporre in positivo eventuali interventi allo scopo di migliorare il funzionamento dei mercati è avvenuta con l'istituzione nel 2009 della legge annuale di concorrenza. Legge a iniziativa vincolata, nella quale il Governo potrà tradurre in proposte normative concrete i suggerimenti dell'Autorità e dovrà indicare gli ambiti nei quali, invece, non ritenga opportuno aderire alle sue indicazioni. Al Parlamento spetterà la compiuta definizione degli equilibri, in un dibattito nel quale il punto di vista della concorrenza diverrà centrale. Quest'anno l'Autorità ha attirato l'attenzione in particolare sulla necessità di liberalizzazione delle poste, dei trasporti e sulla necessità di garantire il rispetto delle regole negli affidamenti pubblici; ha inoltre sollecitato l'individuazione di un regolatore indipendente per le poste e per i trasporti.

Per quanto poi concerne le competenze dell'Autorità sarebbero auspicabili i seguenti interventi volti a completare il quadro dei poteri:

- concentrare sull'Autorità le competenze di tutela diretta dei consumatori, tra cui in particolare quella volta a reprimere in via amministrativa le clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati;

- riguardo la vigilanza sulla pubblicità televisiva, allo scopo di meglio temperare la libertà d'impresa con le legittime esigenze del controllo e per evitare o limitare più prontamente il pregiudizio al consumatore, si auspica l'adozione di una normativa che consenta al professionista responsabile dei messaggi, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio; l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e la loro completa esecuzione nel termine, definirebbe il procedimento senza accertare l'illecito;

- nell'ambito dell'attività di valutazione della regolazione ingiustificatamente distorsiva, sarebbe opportuno integrare le prerogative dell'Autorità. In particolare, sarebbe importante dotare l'Autorità della legittimazione a adire il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni in violazione della normativa sulla concorrenza;

- sarebbe, infine, auspicabile che l'Autorità fosse dotata della legittimazione a sollevare, nell'ambito dei procedimenti volti all'accertamento degli illeciti, questioni di legittimità costituzionale della normativa in contrasto con il principio di concorrenza, e della facoltà di proporre al Governo l'impugnativa in via diretta della legislazione regionale in violazione del medesimo principio.

Con ciò naturalmente non si intende proporre una stagione di pangiustizialismo di mercato. Si tratta però di avere a disposizione strumenti che consentano di agire per le questioni di massima contro le distorsioni più macroscopiche determinate in sede amministrativa e normativa.

Sul piano organizzativo, non sembra vi sia la necessità di interventi, se non con riferimento ad un limitato ampliamento dell'organico, rimasto sostanzialmente invariato, nonostante l'aumento delle competenze, a circa 217 unità di ruolo tra direttivi, operativi ed esecutivi, e alla garanzia di forme più stabili di finanziamento.