

## L'AUTORITÀ DEI TRASPORTI FRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE: TROPPE COMPETENZE O TROPPO POCCHI POTERI ?

Aldo Frignani<sup>1</sup>

**Keywords:** Transport Law, Independent Authorities, Regulation, Antitrust

**Abstract:** *The newly created Transports Authority was imagined with goals that are as ambitious as difficult to be reached. The author starts describing the long and intricate discussion of the bill in the Parliament, and then highlights the tasks and powers of the Authority, its costs and funding, its autonomy and independence. The core issues of the contribution relate to the relationship and interferences with other public administrations and other independent authorities. The author thinks that by the nature of its functions the Transport Authority is on the borderline between competition and regulation in the transport economic sectors.*

### 1 ITER DELLA LEGGE

La nuova ed attesa Autorità di Regolazione dei Trasporti finalmente ha visto la luce, ha una sede, ha i componenti, ha un segretario generale, ha un sito web e presto comincerà a funzionare!<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Lawyer, Professor at the University of Turin

<sup>2</sup> L'Autorità di Regolazione dei Trasporti è stata prevista dall'art. 37 del d.l. n. 201/2011, convertito con l. 214/2011, ha la sede a Torino, ai sensi della

L'istituzione dell'Autorità dei trasporti ha avuto una lunga e travagliata storia. Si comincia nel 1995 con la l. n. 481 del 14.11, che aveva per titolo "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità", ma essa non ebbe un gran seguito<sup>3</sup>. Per descrivere l'iter parlamentare successivo niente di meglio che usare la scheda compilata dal Servizio Studi-Dipartimento Trasporti della Camera dei Deputati aggiornata fino al 4.6.2012.<sup>4</sup>

l. n. 98/2013, ha come componenti Camanzi, Marinali, e Valducci, ai sensi del d.P.R. 9.8.2013, e come Segretario Generale Antonio Scino.

L'Autorità, prima di cominciare a funzionare, ha avuto i suoi membri nelle persone di Sebastiani, Marinali, De Lise, nominati dal Consiglio dei Ministri dell'8.6.2012, seppure non confermati dal Parlamento, che sono rimasti in carica (ma non operativi) fino al 9.8.2013.

<sup>3</sup> Se si eccettua l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

<sup>4</sup> I primi progetti di istituzione di un'Autorità indipendente di regolazione del settore dei trasporti risalgono alla metà degli anni Novanta quando anche in Italia su impulso della Comunità europea ed in parallelo con l'avvio di un significativo processo di privatizzazione si aprì il confronto sulla liberalizzazione delle utilities. Fin d'allora la Comunità aveva adottato un modello di liberalizzazione del settore ferroviario (ad es. con la direttiva 1991/440) a partire dal trasporto internazionale merci, fondato sulla separazione verticale tra gestione dell'infrastruttura (da mantenere in monopolio) e gestione dei servizi (da aprire progressivamente alla concorrenza), il che implicava la presenza di un'autorità di regolazione indipendente. Questo modello fu poi confermato ed esteso ad altri ambiti del trasporto ferroviario, da ultimo con i tre pacchetti ferroviari

elaborati dall'Unione Europea all'inizio del nuovo secolo: i) primo pacchetto ferroviario: direttive 2001/12/CE (accesso alla rete ferroviaria europea alle imprese titolari di licenza per il trasporto internazionale merci); 2001/13/CE (criteri di assegnazione licenze alle imprese ferroviarie); 2001/14/CE (diritti di accesso); 2001/16/CE (interoperabilità sistema ferroviario convenzionale); ii) secondo pacchetto: regolamento 881/2004 (istituzione Agenzia ferroviaria europea); direttive 2004/49/CE (sicurezza ferrovie comunitarie); 2004/50/CE (aggiornamento direttiva interoperabilità); 2004/51/CE (liberalizzazione trasporto nazionale merci); iii) terzo pacchetto: direttive 2007/58/CE (apertura del mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri all'interno della Comunità); 2007/59/CE (certificazione macchinisti); regolamenti 1370/2007 (servizi trasporto passeggeri su strada e su ferrovia); 1371/2007 (diritti e obblighi passeggeri nel trasporto ferroviario). Il progetto di legge originario di quella che poi è divenuta la legge n. 481/1995 prevedeva l'istituzione di un'Agenzia di regolazione indipendente che operasse nei settori dell'energia elettrica e del gas; delle poste e telecomunicazioni; dei trasporti e dei servizi idrici (A.S. n. 359). All'esito dell'esame parlamentare, tuttavia, vennero istituite solo l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'Autorità delle comunicazioni (quest'ultima peraltro fu poi successivamente disciplinata dalla legge n. 249/1997). In luogo dell'Autorità, le funzioni di regolazione del settore [trasporti] sono state attribuite con il d.P.R. n. 184/2004 all'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, struttura che, al fine di garantirne indipendenza e autonomia di carattere organizzativo, giuridico e decisionale, era posta alle dirette dipendenze del Ministro. Su questo assetto della regolazione la Commissione europea ha avviato nel 2008 la procedura di infrazione n. 2008/2097 in cui si rileva la "non corretta trasposizione dell'articolo 30 della direttiva 2001/14/CE in base al quale l'organismo di regolamentazione è indipendente, sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria, dai gestori dell'infrastruttura, dagli organismi preposti alla determinazione dei diritti e da quelli preposti all'assegnazione nonché dai richiedenti.

Nelle ultime due legislature il Parlamento si è in più occasioni occupato del tema. L'elaborazione di un testo di riforma della materia ha impegnato il Governo nel corso della XV legislatura, fino alla presentazione del d.d.l. recante "Disposizioni in materia di regolazione e

Con i governi Monti e Letta si è rimesso in moto il progetto, benché siano occorse ben ulteriori sei tappe per dare all'Autorità una fisionomia definita.<sup>5</sup>

vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi", (A.S. 1366) approvato dal Consiglio dei ministri il 2.2.2007 e finalizzato, pur senza intervenire su tutte le autorità, a una semplificazione e razionalizzazione del sistema e soprattutto all'innovazione del settore dei mercati finanziari. Tra le disposizioni si segnala anche la prevista istituzione di un'Autorità dei trasporti.

La Commissione affari costituzionali del Senato ne ha iniziato la discussione generale, ed è stata altresì deliberata un'indagine conoscitiva ad integrazione dell'istruttoria legislativa, nel corso della quale sono state svolte sette audizioni. Lo scioglimento anticipato delle Camere ne ha, poi, interrotto l'iter.

Si ricorda inoltre che nella precedente legislatura la IX Commissione della Camera, nelle sedute del 31.5.2007, aveva avviato l'esame della proposta di legge AC 1977 "Istituzione dell'Agenzia nazionale dei trasporti terrestri".

Nella XVI legislatura la IX Commissione della Camera è tornata sull'argomento esaminando, a partire già dal 2009, le due proposte di legge CC. 1057 e 4337. Da ultimo, l'istituzione dell'Autorità è stata richiesta dal documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sul settore del trasporto ferroviario di passeggeri e merci approvato dalla IX Commissione trasporti della Camera nella seduta del 24.1.2012".

<sup>5</sup> Esse sono le seguenti. i) L'art.37 del d.l. n. 201/2011 ("Salva Italia") autorizzava il Governo ad adottare dei regolamenti coi quali individuare, tra le autorità indipendenti esistenti, l'autorità dei trasporti stabilendone funzioni e poteri. ii) Nella legge di conversione n. 214/2011 si definiva meglio il principio della regolazione e l'ambito di intervento veniva esteso anche alle infrastrutture della mobilità urbana in quanto collegata a stazioni, aeroporti e porti. iii) Il d.l. "Cresci Italia" n. 1/2012 con l'art. 36 riscriveva in gran parte la precedente norma, assegnando da subito (e provvisoriamente) le relative competenze all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG), disponendo poi che il Governo entro tre mesi presentasse un disegno di legge per l'istituzione di una apposita autorità per i trasporti.

Questa decretazione d'urgenza e le convulse leggi di conversione, sommata a quella del 2011 (Governo Berlusconi), ha portato non solo a risultati insoddisfacenti dal punto di vista della tecnica legislativa, ma ha prodotto un "caos normativo"<sup>6</sup> nel quale l'interprete fatica ad orientarsi e a dare il suo apporto di sistematicità e coerenza col resto del tessuto normativo.

## 2 LE FINALITÀ E LO SCOPO

Le finalità e lo scopo di tale Autorità sono indicati in via generale nei titoli stessi dei decreti legge.

L'aspirazione è la tutela della concorrenza. Innanzitutto nel d.l. n. 201/2011, l'art. 37, collocato sotto al capo "concorrenza", ha per rubrica "Liberalizzazione nel settore dei trasporti". Il secondo (d.l. n. 1/2012) ha per titolo "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

Sotto questo profilo sono rilevanti alcuni riferimenti contenutistici della norma: il comma 2, lett. a) dell'art. 37 sopracitato, fra le competenze dell'Autorità, include quella di

"garantire, secondo metodologie che incentivano la concorrenza l'efficienza produttiva...condizioni di accesso eque e non discriminatorie...". A sua volta la lett. b) dice che i criteri per la fissazione delle tariffe saranno definiti "in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi di trasporti". Altri riferimenti sono nel comma 3: la lett. b) facoltizza l'Autorità ad imporre la separazione contabile e societaria "se necessario per garantire la concorrenza", mentre la lett. f) le conferisce il potere di adottare misure cautelari d'urgenza "al fine di salvaguardare la concorrenza". A sua volta il comma 4 dispone poi che tutte le amministrazioni pubbliche e gli enti strumentali "trasmettono all'Autorità le delibere che possono avere un impatto sulla concorrenza...".

Risulta dunque che il quadro generale costituzionale entro il quale deve muoversi l'Autorità dei trasporti è la promozione della concorrenza. Il tema non è nuovo perché caratterizza gran parte della produzione legislativa dell'emergenza dal 2008 ad oggi.<sup>7</sup>

Purtroppo questi continui riferimenti al raggiungimento di un regime di "concorrenza" sono soltanto delle "declamazioni"<sup>8</sup>, che

---

iv) La legge di conversione n. 27/2012 istituiva direttamente l'Autorità dei trasporti dettando i tempi della sua messa in opera. v) Per quest'ultima fase si è dovuto aspettare fino al d.l. n. 69/2013 (decreto del "Fare") convertito, con modificazioni, dalla legge 9.8. 2013. vi) Infine, si arriva al d.l. n. 101/2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 125/2013 (questi ultimi dedicati quasi esclusivamente a norme organizzative per il funzionamento temporaneo).

<sup>6</sup> Così Argentati, *La storia infinita dei servizi in Italia*, in MCR; 2012, p. 364.

<sup>7</sup> E valga qualche esempio: l'art. 3 del d.l. 138/2011 stabilisce l'obiettivo del "principio fondamentale per lo sviluppo economico (che) attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese". L'art. 34 del d.l. n. 201/2011 il cui comma 1 dispone che "le disposizioni previste dal presente articolo sono adottate ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) e m) della Costituzione, al fine di garantire la libertà di concorrenza...". Ma vedi anche il titolo e l'art.1 della già citata l. n. 481/1995.

<sup>8</sup> Formule quasi declamatorie scrive la Argentati, *op. cit.*, 356, la quale si diffonde su una serie di altre critiche condivisibili all'opera del legislatore.

troppo spesso non hanno forza precettiva non potendosi applicare in via diretta ed immediata. La situazione sopra descritta ha condotto alla “solitudine del giurista”<sup>9</sup> che, di fronte al legislatore che fa proclami e sostituisce le norme una all’altra con grande velocità<sup>10</sup>, non può più utilizzare il metodo e le categorie concettuali consolidate nella grande tradizione classica del nostro ordinamento giuridico.

Se invece guardiamo ai contenuti, il nucleo centrale della legge non è la tutela della concorrenza, per la quale esiste già un’Autorità *ad hoc* con competenze generali e non settoriali, bensì la “regolazione” del settore trasporti.<sup>11</sup> Lo testimonia l’*incipit* del comma 1 dell’art. 37 sopracitato: “*Nell’ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità...*”,<sup>12</sup> ma lo conferma

---

<sup>9</sup>Lamentata da Irti, *La solitudine del giurista*, in *Il Salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007, pp. 20 s. e ripresa ora dalla Argentati, *op. loc. cit.*

<sup>10</sup> Scrive ancora Irti, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)* in *Studi in onore di Frignani*, Jovene, Napoli, 2011, 888 che il rifiuto della tradizione e la rottura di continuità storica trova ragione (anche) “*nell’ossessiva produzione di norme, internazionali europee statali regionali, che, nel mutevole succedersi e intrecciarsi, sembrano segnare sempre un nuovo inizio. Se si comincia ogni giorno da capo; se il diritto è in preda ad un’ininterrotta volontà di riforma; se, approvata una legge, subito i soccombenti pongono mano a modificarla e abrogarla; allora il novizio dei nostri studi perde il sentimento della continuità e scioglie i vincoli della memoria*”. Per una conferma basta por mente a quante volte la l. n. 481/1995 ed il presente art. 37 sono stati modificati. Nel primo caso addirittura certe norme sono state abrogate e successivamente reinserite

<sup>11</sup>Anzi dei “settori” perché ci sono regole specifiche per ognuno: trasporto ferroviario regionale, autostradale, aeroportuale, infrastruttura ferroviaria, servizio taxi, ed altro ancora: art. 37, comma 2, lett. da f) a n).

<sup>12</sup> L’art. 37 costituisce una (parziale) esecuzione della l. n. 481/1995, la quale detta i “principi generali”, cui si

tutto il testo della legge quando parla degli “*atti di regolazione*”(ad es. comma 3, lett. f) e dei “*soggetti sottoposti a regolazione*”(ad es. comma 3, lett. e, f, g).

In sintesi, l’Autorità ha dei compiti relativi alla concorrenza: i) garantire eque condizioni di accesso e di uso delle infrastrutture; ii) evitare discriminazioni tra gli operatori. Ed altri propri del potere di regolazione: criteri per la fissazione delle tariffe, schemi dei bandi di gare, criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; la promozione della qualità dei servizi a beneficio degli utenti. Non si può negare che i compiti di cui sub i) e sub ii) sono propri di una autorità per la messa in opera delle norme sulla concorrenza, ma quelli regolatori sono più specificati ed assistiti da un apparato sanzionatorio (seppure in coabitazione con la autorità di settore).

Il perimetro delle competenze è estremamente ampio e un po’ vago. Infatti il comma 1 dell’art. 37 (ripetuto poi nell’*incipit* del comma 2), dispone che “*L’Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell’accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori*”. Però non viene offerta una definizione dei “trasporti”, né una definizione dei “servizi accessori”, ma solo una lista che comprende il trasporto ferroviario, quello autostradale, quello aeroportuale ed infine quello mediante taxi (non risultano menzionati né il trasporto marittimo, né quello intermodale). Quanto invece ai servizi accessori si tratta di una nozione generica che può

---

deve ispirare anche l’Autorità dei Trasporti (v. art. 2, comma 2).

variare secondo i singoli mercati: i servizi accessori nel trasporto aereo sono diversi da quelli nel trasporto autostradale.<sup>13</sup>

### 3 C'ERA BISOGNO DI UNA NUOVA AUTORITÀ?

Ci si era chiesto se le Autorità indipendenti non fossero già troppe.<sup>14</sup> Infatti nell'ultimo decennio varie voci si erano levate per un loro accorpamento, senza peraltro trovare adeguata attuazione. Ma il settore dei trasporti presenta peculiarità tali per cui era difficile immaginare quale delle Autorità esistenti potesse svolgere i compiti che la specificità del settore imponeva.<sup>15</sup>

Questa esigenza non era sentita per quanto concerne il monitoraggio ai fini della tutela della concorrenza, in quanto i poteri che la legge n. 287/1990 attribuisce all'AGCM sono sufficienti per sanzionare i cartelli e gli abusi di posizione dominante (anche quelli escludenti). A diverse conclusioni si deve giungere per tutta l'attività regolatoria.

---

<sup>13</sup> I servizi per chi vola dovrebbero comprendere non tutti quelli che sono offerti in un aeroporto, ma solo quelli di cui il passeggero non può fare a meno (*handling, catering, ecc.*); allora viene da chiedersi se non fosse stato meglio chiamarli "necessari", più che "accessori".

<sup>14</sup> Ad es. L. Zingales, *Troppe autorità non aprono il mercato*, in *Sole-24 Ore*, 19 aprile 2012.

<sup>15</sup> Il che spiega l'apparente stridore con la *spending review*: mentre si riduceva il numero dei membri di alcune autorità e si incorporava l'ISVAP all'interno del MISE (col nuovo nome di IVASS), si creava una nuova Autorità.

In questa direzione la stessa AGCM ne aveva a più riprese caldeggiato la istituzione. Menzioniamo, per tutte, la segnalazione/parere del 26.2.1998<sup>16</sup> a proposito del d.lgs. n. 422/1997 recante "*Conferimento alle Regioni ed agli enti locali delle funzioni e dei compiti in materia di trasporto pubblico regionale e locale*".

In primo luogo l'AGCM auspica l'abbandono di ogni forma di affidamento diretto in favore di procedure ad evidenza pubblica per la scelta degli operatori più efficienti, se si vogliono perseguire gli obiettivi di massimizzazione della concorrenza e di minimizzazione dei sussidi. In secondo luogo si auspica l'abbandono di attività riservate (tramite il meccanismo concessorio) ed il contestuale incremento di concorrenzialità (tramite il meccanismo autorizzatorio).

Naturalmente non tutti i settori si prestano nella stessa misura ad aperture concorrenziali (si pensi al trasporto pubblico locale dove il soddisfacimento dei bisogni collettivi di mobilità ha dei costi che potrebbero allontanare operatori in condizioni di mercato e dunque i sussidi pubblici sono inevitabili). Situazioni che però vanno verificate con una chiara ricostruzione dei dati e delle informazioni relative ai singoli settori, ciò che può implicare talvolta separazioni contabili o anche societarie tra servizi tra loro non omogenei<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> In *Bollettino* n. 8 del 1998.

<sup>17</sup> Così anche Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999, p. 143.

La segnalazione prosegue poi dicendo che bisogna selezionare quei mercati che potrebbero “reggersi sulle proprie gambe” senza bisogno di sussidi o riserve. Ma anche nei mercati che di tali sussidi hanno bisogno, bisognerebbe mettere a gara l’affidamento, dopo aver stabilito il “livello minimo di servizio”, i “livelli tariffari socialmente accettabili”, e tenendo conto dei costi reali e della ragionevole remunerazione degli investimenti necessari.<sup>18</sup> Tutte funzioni queste ultime che non possono essere esercitate se non da un’autorità regolatoria.

Non ci si può nascondere dunque che era stata l’AGCM stessa ad invocare l’istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti. Una tale esigenza era poi stata ribadita dall’AGCM in tutte le relazioni annuali successive.<sup>19</sup> Gli stessi casi *NTV/RTI* e *Arenaways*, dove l’AGCM era stata tirata per i capelli a svolgere funzioni regolatorie, sono la dimostrazione indiretta della necessità di istituire una autorità *ad hoc*.

D’altra parte la delegificazione centrale a favore dell’autonomia delle Regioni (oggi sancita nell’art.117 Cost.) e, a livello più basso, degli altri enti locali aveva portato, per un verso, ad una giungla irrazionale di norme e, per altro verso e conseguentemente, ad un grado di inefficienza non più tollerabile. Per fare un

esempio, mentre può essere ragionevole lasciare ai singoli Comuni la regolazione del trasporto urbano mediante taxi<sup>20</sup> o mediante scuolabus, ciò si può difficilmente affermare per le Regioni in riferimento ai trasporti aerei o ferroviari (eccetto quelli che uniscono due località all’interno dello stesso territorio regionale) oppure per i trasporti sulla rete autostradale. In sostanza, dal punto di vista dell’ordinamento e regolamentare nel settore dei trasporti che più aveva bisogno di uniformità sul piano nazionale, l’Italia è stata disunita, anziché unita.

### 3.1 Fin dove può arrivare l’AGCM

L’AGCM ha i poteri di applicare le norme antitrust anche al settore dei trasporti ed infatti in numerosi casi e sub-settori è intervenuta per rimuovere intese e abusi di posizione dominante, per non parlare delle concentrazioni.

*Nel trasporto aereo* si vedano ad es. i casi seguenti.

a) *AdR/Tariffe aeroportuali*<sup>21</sup> e *SEA/Tariffe aeroportuali*<sup>22</sup>. L’associazione dei vettori aerei (IBAR) aveva segnalato all’AGCM alcuni comportamenti di AdR (che gestisce il sistema aeroportuale di Fiumicino) e di SEA (che gestisce Malpensa e Linate) concernenti la determinazione dei corrispettivi per l’utilizzo di spazi e infrastrutture strumentali alla fornitura di servizi di *handling* (fra l’altro, le royalties sulla

<sup>18</sup> Ciò che dovrebbe anche includere il giusto profitto (almeno tutte le volte che non si tratta di affidamento *in house*).

<sup>19</sup> Cfr. es. Relazione Annuale relativa al 2012, p. 21; Relazione Annuale relativa al 2011, p. 31 e Relazione Annuale relativa al 2010, p. 26.

<sup>20</sup> Anche se la storia insegna che nessuno di essi ha avuto la forza di imporre regole efficienti al settore.

<sup>21</sup> Dec A376 del 23.10.2008.

<sup>22</sup> Dec. A377 del 26.11.2008.

fornitura di carburante, i corrispettivi per l'accesso ai beni di uso comune come *free catering*, servizi di sicurezza, nonché corrispettivi per uso di spazi per ufficio). Benché esistesse una delibera del CIPE del 2007 che stabiliva che i corrispettivi per l'utilizzo di spazi e infrastrutture strumentali alla fornitura di servizi di *handling* dovessero essere orientati ai costi e ad una normale remunerazione del capitale investito e seguire una dinamica di tipo *price-cap*, le tariffe continuavano ad essere determinate unilateralmente dai gestori, tanto che l'AGCM constatò che esse configuravano la fattispecie di "prezzi ingiustificatamente gravosi" e condannò le imprese per abuso di posizione dominante.

#### *Nel trasporto marittimo:*

a) *Servizi marittimi nel golfo di Napoli*<sup>23</sup> Le principali compagnie di Navigazione nel golfo di Napoli avevano costituito un consorzio (CLMP) al fine di razionalizzare le attività delle consorziate e la gestione in comune dell'emissione di un unico biglietto. L'AGCM riteneva che in tal modo i concorrenti coordinassero la loro attività. Le imprese presentarono impegni che l'AGCM ritenne idonei a rimuovere le criticità concorrenziali e chiuse il caso.

b) Nel caso *Tariffe Traghetta da/ per la Sardegna* deciso l'11.6.2013 l'AGCM ha individuato un cartello tra diverse società di navigazione che univano il Continente alla Sardegna, le quali avevano praticato un significativo aumento dei

prezzi dei biglietti nel mercato dei trasporti passeggeri su tali rotte, nell'estate del 2011, prezzi che non erano giustificati dall'aumento dei costi carburante o lavoro.<sup>24</sup>

#### *Nel trasporto ferroviario:*<sup>25</sup>

a) Caso *Rail Traction Company/RFI*.<sup>26</sup> Le Ferrovie dello Stato erano state accusate di condotta escludente da alcune compagnie operanti nel trasporto merci, per aver innalzato i costi di accesso alla rete onde rendere loro più onerosa la concorrenza al servizio cargo di Trenitalia. Il caso si concluse con una decisione con impegni, che erano stati ritenuti idonei dalla AGCM.

b) Il caso *Arenaways*<sup>27</sup> costituisce purtroppo una ipotesi di *failure* dell'AGCM in quanto la sua decisione è arrivata quando la sorte della ricorrente era già segnata. *Arenaways*, società costituita per trasporto ferroviario persone con un percorso non servito da RTI,<sup>28</sup> aveva

---

<sup>24</sup> Provvedimento n. 24405 in *Bollettino* n. 25 del 1.7.2013. Pende giudizio davanti al Trib. Genova con la richiesta da parte degli utenti di una *class action* volta al risarcimento dei danni; sul punto v. Afferni G., *Class Action e danno antitrust: il caso Traghetta*, in *Consumatori, diritti mercato*, 2012, 2, 118. Il TAR Lazio con sentenza n. 4731 del 7.5.2014 ha parzialmente annullato la decisione dell'AGCM.

<sup>25</sup> Sulla necessità, ma anche difficoltà, di aprire il trasporto ferroviario alla concorrenza e sull'attività dell'AGCM in questo mercato v. Catricalà, *Il trasporto ferroviario passeggeri e merci alla luce della legge antitrust*, in *Studi in onore di Frignani*, cit., p. 589.

<sup>26</sup> Prov. n. 19116 del 13.11.2008 in *Bollettino* n. 43/2008.

<sup>27</sup> In *Bollettino* n. 30/2012.

<sup>28</sup> Il famoso anello circolare che univa diverse città del Piemonte e della Lombardia di cui al punto 56 della decisione (Pavia, Voghera, Alessandria, Asti, Torino

---

<sup>23</sup> Dec. I689 del 15.10.2009.

chiesto l'accesso alla rete e gli slot per effettuare il servizio. La decisione dell'AGCM del 25.7.2012 che accertava l'abuso di posizione dominante, nella fattispecie della pratica escludente, è giunta quando *Arenaways* era già stata dichiarata fallita in data 1.8.2011, anche a causa del diniego di esercitare l'attività per la quale era stata costituita.<sup>29</sup> La domanda da farsi è: si sarebbe arrivati prima se ci fosse stata la nuova Autorità dei trasporti? Forse sì, considerando l'attuale soppressione dell'URSF (Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari presso il Ministero Infrastrutture e Trasporti) che aveva condotto una lunga istruttoria (viziata) finendo per accogliere l'obiezione (infondata) di RFI secondo la quale la concessione ad *Arenaways* delle "tracce" richieste avrebbe impedito l'adempimento della convenzione tra RFI e la Regione per i trasporti ferroviari locali.

c) Il caso *NTV/RFI-Accesso al nodo di Napoli*<sup>30</sup> nasce dalla segnalazione che la società privata per l'alta velocità aveva fatto all'AGCM lamentando comportamenti contrari alla concorrenza da parte di RFI che si era opposta a due sue richieste: l'accesso e l'utilizzo del centro di manutenzione e delle infrastrutture tecniche dell'impianto polifunzionale di Napoli, nonché l'accesso agli spazi nelle stazioni ferroviarie per offrire servizi di vendita,

informazioni e assistenza alla clientela. RFI presentava impegni atti a soddisfare le esigenze del *new comer*, impegni che venivano ritenuti dall'AGCM idonei a porre fine al comportamento abusivo ed il caso veniva così chiuso.

#### *Nel trasporto su strada*

##### a) Caso "*Costi minimi di esercizio*"

Nella seconda metà del 2011, a seguito di manifestazioni sindacali anche violente,<sup>31</sup> che avevano bloccato i trasporti merci su strada in larga parte del territorio nazionale, il Governo aveva ottenuto dal Parlamento con la l. n. 148/2011 di introdurre modifiche all'art. 83 *bis* commi 1, 2, 4 e 4*bis*, della legge n. 133/2008,<sup>32</sup> in modo che l'Osservatorio potesse determinare mensilmente i "*costi di esercizio dell'impresa di autotrasporto per conto di terzi e dei costi minimi di esercizio che garantiscano il rispetto dei parametri di sicurezza*". Di fronte a questi "costi minimi" molte imprese di trasporto ed associazioni di imprese, avevano eccepito la incompatibilità della norma suddetta con i principi di diritto della UE in materia di concorrenza e di libera circolazione delle imprese perché in tal modo si impediva agli operatori di trarre vantaggio da prezzi di costo inferiori per proporre prezzi più allettanti e dunque si ostacolava l'ingresso sul mercato di

---

Lingotto, Torino Porta Susa, Santhià, Vercelli, Novara, Rho Fiera, Milano Garibaldi, Milano Rogoredo, Pavia).

<sup>29</sup> La (triste) vicenda è narrata da Boitani, Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 97 ss.

<sup>30</sup> Dec. A409 del 22.10.2009.

---

<sup>31</sup> Più o meno della stessa natura di quelle scatenatesi nel dicembre 2013 in occasione delle manifestazioni dei c.d. "forconi".

<sup>32</sup> L'art. 83 *bis*, composto di 30 commi, aveva come rubrica "Tutela della sicurezza stradale e della regolarità del mercato dell'autotrasporto di cose per conto di terzi".



nuovi operatori. L'AGCM con proprio parere del 5.3.2012 (ai sensi dell'art. 21bis l. n. 287/1990), aveva già ritenuto che la determinazione dell'Osservatorio presso la Consulta Generale per l'Autotrasporto e la Logistica (che aveva stabilito i costi minimi), fosse in contrasto con le disposizioni di tutela della concorrenza sia a livello nazionale che comunitario e pertanto invitava le amministrazioni destinatarie a disapplicare la norma.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup>Nella Relazione Annuale relativa al 2011 a p. 172 così si legge: "Nel novembre 2011, l'Autorità ha segnalato al Parlamento e al Governo, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90, le possibili distorsioni concorrenziali derivanti dalle modifiche apportate dalla legge 14.9.2011 n. 148 all'art. 83-bis della legge 6.8.2008 n. 133. L'AGCM ha inteso ribadire, in primo luogo, i contenuti già espressi in una precedente segnalazione concernente la normativa in tema di autotrasporto, laddove si evidenziava che la previsione di accordi volontari di settore conclusi tra le organizzazioni associative di vettori rappresentati nella Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica, volti all'individuazione di 'costi minimi di esercizio', finendo per tradursi nella fissazione di tariffe minime, non costituisce uno strumento idoneo per garantire il soddisfacimento di standard qualitativi e di sicurezza del servizio, risultando, piuttosto, uno strumento per assicurare condizioni di redditività anche a coloro che offrono un servizio inefficiente e di qualità non elevata. L'AGCM ha sottolineato inoltre come le modifiche apportate dalla nuova normativa - secondo cui in particolare detti 'costi minimi di esercizio' devono essere sottoposti al parere preventivo della Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica - apparivano inidonee ad eliminare il rischio che l'individuazione di tali costi si traduca, di fatto, nella fissazione di tariffe minime. Infine, l'Autorità ha evidenziato che subordinare l'efficacia dei costi minimi alla loro pubblicazione con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, così come previsto dalla nuova normativa, appariva suscettibile di avallare la liceità degli stessi, pur in presenza di eventuali violazioni della normativa antitrust. Da ultimo, l'AGCM ha rilevato che l'art. 83-bis citato, così come riformulato, appariva incoerente con l'art. 3, commi 8 e 9, della legge n. 148/2011, disposizione quest'ultima che prevede l'abrogazione di norme suscettibili di creare restrizioni anticoncorrenziali quali, espressamente, l'imposizione di prezzi

Il Tar Lazio, investito della questione, con una ordinanza del 15.3.2013 disponeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendole se le esigenze di salvaguardia dell'interesse pubblico alla sicurezza della circolazione stradale fossero tali da consentire una deroga alle norme sulla concorrenza, quali lo stabilire mensilmente dei costi minimi inderogabili.<sup>34</sup>

#### *Nel trasporto intermodale*

a) Nel caso *Fremura-Assologistica-Ferrovie dello Stato*<sup>35</sup> l'AGCM aveva accertato un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trazione nella fattispecie di discriminazione come pratica escludente, comminando una forte ammenda.

b) Nel caso *Logistica Internazionale* deciso nel 2011<sup>36</sup> l'AGCM accertava, nei confronti di oltre una ventina di operatori e di una loro associazione, un'intesa avente per oggetto l'incremento concertato del prezzo delle spedizioni internazionali di merci su strada da e per l'Italia.

---

*minimi che rappresentano la conclusione del processo di individuazione dei costi minimi di esercizio da parte di associazioni di categoria".*

<sup>34</sup> In verità, la sicurezza della circolazione stradale era una ragione non plausibile perché lo stabilire le tariffe minime non era sicuramente giustificato da tale finalità (più plausibile è che il Governo voleva garantire la pace sociale). È questo un caso classico di misure che sopprimono ogni possibilità per le imprese di adottare un comportamento concorrenziale, come ho più ampiamente illustrato nel cap. V di Frignani, Bariatti, *Disciplina della concorrenza nella U.E.*, Cedam, Padova, 2012, 173-179.

<sup>35</sup> Dec. A277 del 24.2.2000.

<sup>36</sup> Dec. I722 del 15.6.2011.

Come si è visto, in molti dei casi sopra menzionati, l'AGCM, anche per la mancanza di un'autorità regolatrice *ad hoc*, è stata spinta a diventare essa stessa un po' "regolatore",<sup>37</sup> compito per il quale non era stata attrezzata e che non era nel suo armamentario culturale ed organizzativo.

Infine non va dimenticato che fra le varie competenze affidate via via all'AGCM rientra anche la tutela dell'utente, seppure solo sotto il profilo delle pratiche scorrette, mediante promozioni non trasparenti, insufficienti o ingannatorie (d.lgs. n. 146/2007).

Ma ciò che più interessa per i suoi riflessi con questa Autorità è il potere di *advocacy* affidato all'AGCM con gli artt. 21, 21 *bis* e 22<sup>38</sup> della l. 287/1990 di cui la stessa ha fatto finora un ampio uso.<sup>39</sup> Tale potere l'AGCM non l'ha perduto perché la legge in esame non sembra averlo trasferito alla nuova Autorità, come si evince dal comma 4 dell'art. 37.

---

<sup>37</sup> E' questa anche l'opinione di Cintioli, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in Rabitti Bedogni, Barucci (a cura di), *20 Anni di antitrust*, Torino, 2010, 775.

<sup>38</sup> Art. 21 "Poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo"; art. 21 *bis* "Legittimazione dell'AGCM ad impugnare provvedimenti e regolamenti delle P.A. contrari a norme antitrust"; art. 22 "Pareri sulle iniziative legislative o regolamentari".

<sup>39</sup> Le segnalazioni (ai sensi degli artt. 21 e 22) nel campo dei trasporti nel 2010 sono state 13, mentre nel 2011 sono state ben 17 e nel 2012 sono state 23.

### 3.2 Dove dovrebbe arrivare l'Autorità di regolazione

Bisogna partire da un dato di fatto: il settore dei trasporti è un mercato particolare per il *rapporto spazio/tempo* (infrastrutture non clonabili; certe ore del giorno non sono sostituibili con altre: vedi il trasporto aereo di linea) e per il *rapporto quantità/qualità* (le risorse sono scarse; ci sono dei limiti fisici, quali le infrastrutture; criteri minimi a tutela degli utenti). In più non sono servizi a domanda libera (come sarebbe un volo charter oppure un pullman per i tifosi): si tratta molto spesso di servizi di interesse economico generale (SIEG), se non addirittura "a servizio universale" (come le poste o le ferrovie), che lo Stato deve garantire a tutti.

Si potrebbe osservare che nel settore dei trasporti esistono già (e da anni) tante altre autorità, che non hanno però evitato le diseconomie, gli abusi e le inefficienze che tutti lamentano e che sono puntualmente riconfermate nella presente legge e che ci si augura possano essere superate. A questa nuova Autorità è affidata, appunto per questo, una funzione unitaria (assicurare omogeneità sull'intero territorio nazionale: art. 1.1 l. n. 481/1995),<sup>40</sup> di indirizzo, coordinamento e controllo (dell'efficienza degli atti e decisioni) di tutte queste altre autorità con competenze

---

<sup>40</sup> "Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità...nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale...".

settoriali specifiche (su cui tornerò *infra* §§ 7 e 8).

Nei paragrafi che seguono vedremo se il quadro disegnato<sup>41</sup> dal legislatore è tale da configurare un reale potere di regolazione come era *in votis*.

#### 4 COMPITI DELL'AUTORITÀ

I compiti affidati all'Autorità sono indicati nel comma 2 art. 37 del d.l. 201/2011, come modificato dalla l. 27/2012, composto dalle lettere da a) a n). La loro formulazione comprende molte ripetizioni, con riferimenti ai compiti contenuti in altre leggi e ad altre Autorità, con una moltitudine di criteri-guida da seguire e, per di più, divise per alcuni settori particolari: settore ferroviario, autostradale, aeroportuale ed al settore taxi. È ragionevole temere che la materia risulti troppo eterogenea e che ciò renda estremamente difficile ricondurla ad un sistema organico. I principali sono:

a) garantire l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi; condizioni di accesso eque e non discriminatorie (comma 2, lett. a);

---

<sup>41</sup> Anche se si può dubitare che il nostro art. 37 sia riconducibile ad un solo "designer" per gli interventi estemporanei che molti parlamentari hanno esercitato, oltre che per essere stato "eterodesignato" dagli autori della l. 481/1995.

b) definire i criteri per la fissazione delle tariffe, canoni, pedaggi<sup>42</sup> e controllarne la corretta applicazione;

c) stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi;

d) definire il contenuto minimo degli specifici diritti anche di natura risarcitoria degli utenti;<sup>43</sup>

e) definire gli schemi dei bandi di gare ed i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici.

Lo stesso comma 2 prosegue poi specificando i compiti generali nei vari settori di trasporto, e cioè ferroviario regionale, autostradale, aeroportuale; infrastruttura ferroviaria, ed il (campo minato del)<sup>44</sup> servizio taxi. Tale necessaria specificazione è la prova della difficoltà di introdurre i principi della concorrenza nel mercato dei trasporti ed in particolare di quello pubblico locale.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Che spetta ad altri soggetti stabilire: comma 2, lett. b). Alla stessa conclusione giunge la Corte Cost. 15.3.2013, n. 41 (v. *infra* § 7).

<sup>43</sup> È lecito chiedersi se la funzione di stabilire contenuti minimi risarcitori il legislatore possa delegarla ad una autorità indipendente, senza stabilire finalità e limiti (onde evitare l'accusa di eccesso di delega). Noto che tale potere non era menzionato nel lungo elenco dell'art. 2, comma 12, della l. 14.11.1995, n. 481.

<sup>44</sup> Le ragioni di questo giudizio in Visco Comandini, Gori, Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in MCR, 2004, pp. 515 ss.

<sup>45</sup> Su tale problema diffusamente Pezzoli, *L'introduzione della concorrenza in un mercato regolamentato: la riforma del trasporto pubblico locale*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, pp. 331 ss.

## 5 QUALI SONO I “SOGETTI SOTTOPOSTI A REGOLAZIONE”

In diverse parti dell’art. 37 del d.l. 201/2011, convertito in l. 214/2011, si fa riferimento ai “soggetti sottoposti a regolazione” (ad es. comma 3, lett. e), oppure comma 3, lett. f). Altre volte si usa l’espressione “soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione”(comma 3, lett. g): nel primo caso la competenza è individuata in senso soggettivo, nel secondo in senso oggettivo. Però in ambedue i casi non è fornita alcuna indicazione definitoria.

Dalla lett. f) parrebbe che i “soggetti sottoposti a regolazione” siano solo le imprese attive nell’esercizio dell’attività di trasporto, ma ciò va in contrasto con altri punti della legge, in particolare il comma 2, lett. b) e c) dove si dice che la fissazione delle tariffe è opera dei “soggetti competenti”, mentre l’Autorità dei trasporti si limita a determinarne i “criteri”. Tale conclusione è avvalorata dal comma 4 ove si dice che “restano ferme tutte le altre competenze sia delle amministrazioni pubbliche che di altre autorità.<sup>46</sup> Infine se “atti di regolazione “sono anche i “criteri” oppure la “definizione degli schemi dei bandi di gare”(comma 2, lett. f), si deve concludere che fra i “soggetti sottoposti a regolazione” ci sono anche le altre autorità di settore, oltre a soggetti di diritto pubblico, quali Regioni, Province,

Comuni, coi quali l’Autorità deve necessariamente interloquire.<sup>47</sup>

## 6 I POTERI E LE SANZIONI

Al fine di perseguire i compiti di cui all’art. 37, comma 2, del d.l. 201/2011, convertito in l. 214/2011, l’Autorità ha i seguenti poteri (elenco da a) ad m) del comma 3). Essi possono essere divisi in: i) “pareri ed altre iniziative” di *moral suasion* o di *advocacy* della concorrenza (con una coloritura di indirizzo politico); ii) poteri ispettivi e richieste di informazioni; iii) poteri ordinatori; iv) poteri sanzionatori.

i) Quanto ai primi, essa può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti nell’individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli. Determina i criteri per la redazione della contabilità e la separazione contabile e societaria.<sup>48</sup> Propone alle amministrazioni competenti sospensioni, decadenze o revoche degli atti di concessione, convenzioni e contratti di servizio pubblico.<sup>49</sup> Sottotraccia si

<sup>47</sup> Vedi *infra* §7.

<sup>48</sup> Nata negli USA con la *Federal Communication Commission*, e fatta propria nell’UE nelle direttive in materia di telecomunicazioni, questa misura è entrata la prima volta in Italia con la l. n. 481/1995 art. 2, comma 12, lett. f). Ulteriori approfondimenti in Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, pp. 469 ss.

<sup>49</sup> La lett. h) inserisce poi questo potere: “Favorisce l’istituzione di procedure semplici e poco onerose per la

<sup>46</sup> Vedi *infra* §8.

possono rinvenire anche poteri di indirizzo politico. Intendo riferirmi in particolare all'*advocacy*, perseguita attraverso i pareri (comma 3, lett. a); le proposte di sanzioni alle amministrazioni competenti (lett. c); segnalazioni e pareri alle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, quando le trasmettono le delibere che “possono avere un impatto sulla concorrenza, sulle tariffe e sull’accesso alle infrastrutture”(comma 4).

ii) Quanto ai secondi, può richiedere informazioni ed esibizioni di documenti; svolgere ispezioni; controllare libri contabili e quant’altro (seppure nei limiti in cui sospetti “possibili violazioni della regolazione negli ambiti di sua competenza”: comma 3, lett. e).

iii) Quanto ai terzi, ordina la cessazione di condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti alla regolazione. Essa può altresì disporre “le misure opportune di ripristino”. In caso di necessità ed urgenza, in circostanze straordinarie può adottare misure di natura cautelare, al fine di salvaguardare la concorrenza.

iv) Infine può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l’aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi e prezzi amministrati (in questo caso destinatari della sanzione potrebbero

essere anche gli enti o le autorità che tali tariffe hanno fissato senza osservare i criteri indicati dall’Autorità)<sup>50</sup> oppure in caso di inottemperanza agli impegni. Può applicare sanzioni pecuniarie qualora le “imprese interessate” (lett. i) forniscono informazioni inesatte o incomplete.

Ma per applicare qualsiasi sanzione è necessaria un’istruttoria. Inoltre, il combinato disposto del comma 3, lett. i) con il comma 4 - “restano ferme le competenze delle altre autorità” - può condurre ad una duplicazione di sanzioni.<sup>51</sup>

Una menzione speciale meritano gli “impegni” per i quali la lett. f) ripete alcune norme che già trovavamo nel diritto della concorrenza dell’Unione e, in Italia, nella legge n. 287/1990. È mia opinione che nel settore dei trasporti più che altrove essi si presentino come uno strumento decisivo di regolazione.

Come si vede, si tratta di una elencazione poco sistematica e piuttosto compilatoria, dove per altro manca quasi del tutto l’indicazione dei procedimenti, in particolare dei procedimenti istruttori, e soprattutto dei diritti di difesa della impresa inquisita.<sup>52</sup>

---

conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti ed utenti”. Non si capisce cosa c’entri con la regolazione dei trasporti, né come faccia l’Autorità ad esercitare questo potere nell’ambito degli strumenti di conciliazione già esistenti.

---

<sup>50</sup> Ma la lett. i) parrebbe condurre a soluzione opposta, perché sembra che i criteri per la formazione e l’aggiornamento delle tariffe debbano essere osservati direttamente dalle imprese interessate.

<sup>51</sup> Vedi *infra* §8.

<sup>52</sup> Ritornerei sul punto *infra* §11.

## 7 RAPPORTI ED INTERFERENZE CON LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE (IN PARTICOLARE, CON LE REGIONI)

Fra le amministrazioni di cui alla norma<sup>53</sup> primeggiano le Regioni, con le quali il rapporto fin da subito è stato turbolento. Né siamo sicuri che con la sentenza n. 41 del 15 marzo 2013 della Corte Costituzionale la *querelle* sia chiusa per sempre.

In data 29.5.2012 la Regione Veneto impugnava diverse disposizioni del D.L. n. 1/2012 come risultante dalla l. di conversione n. 27/2012. In particolare dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 36, (modificante l'art. 37 qui in esame) con il quale veniva istituita direttamente la nuova Autorità di regolazione dei trasporti, nei punti in cui avrebbe affidato alla stessa una serie di compiti in contrasto con il riparto delle potestà legislative e regolamentari tra lo Stato e le Regioni (art. 117 Cost.), ledendo così la propria competenza sui trasporti pubblici locali.

---

<sup>53</sup> Stabilisce il comma 1 dell'art. 37 del d.l. 201/2011, convertito in l. 214/2011, che "L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione".

A sua volta per il comma 4: "Restano ferme tutte le altre competenze diverse da quella disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti".

Dopo aver rigettato alcune censure come inammissibili, la Corte dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 1, lett. a) "nella parte in cui attribuisce all'Autorità indipendente di regolazione dei trasporti la competenza esclusivamente alle tariffe, i canoni ed i pedaggi, nonché ai bandi di gara nel settore autostradale, in riferimento all'art.118 Cost."<sup>54</sup> Il ragionamento della Corte è il seguente.

Richiamando sue precedenti pronunce (*in primis* quella del 17.11.2010, n. 325)<sup>55</sup> affermandi la prevalenza della competenza dello Stato su quella di Regioni ed enti locali in materia di servizi pubblici locali quando l'oggetto della norma attiene precipuamente alla "promozione della concorrenza", e dopo aver richiamato la l. 481/1995 che istituisce le autorità "nazionali" di regolazione dei servizi di pubblica utilità affinché la "finalità di garantire la promozione della concorrenza" sia raggiunta "in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale", la Corte conclude che l'intervento esclusivo dello Stato (che ha dato vita all'autorità dei trasporti) risulta legittimato "da finalità di promozione della concorrenza" (punto 6) materia che è sottratta alle competenze delle amministrazioni regionali (come si evince dall'art. 117.2 lett. e) della Costituzione)<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Vedila in *Foro it.*, 2013, I, 1398 e in *Gior. dir. amm.* 2013, p. 835, nota Di Seri.

<sup>55</sup> In *Foro it.* 2010, I, p.1332, nota di Menzella

<sup>56</sup> Con la sentenza n. 325/2010 essa aveva già affermato che nella disciplina delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali la competenza esclusiva statale "viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare,

La litigiosità delle Regioni nel difendere le proprie competenze legislative nei confronti dello Stato è fatto notorio (basta scorrere il numero di sentenze della Corte aventi per oggetto tale conflitto), criticato da molti anche perché interpreta a senso unico la “leale collaborazione” che dovrebbe esistere fra le due entità (come afferma la Corte, punto 7). È facile immaginare che questo sarà il terreno di maggior scontro per l’Autorità.

Tra le amministrazioni pubbliche rientrano poi anche le Province ed i Comuni. Le prime, ad es. quando fanno le convenzioni per il trasporto di persone di linea su strada; i secondi per le licenze dei taxi o per la regolazione dell’entrata in città degli autocarri per carico o scarico merci oppure per gli scuolabus.

I Comuni sono i protagonisti assoluti del trasporto locale (la legge usa anche la parola “urbano”). La conseguenza è che non sarà facile per l’Autorità introdurre principi di

---

*su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l’oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza”. Si vedano in proposito le osservazioni di Caranta, *Il diritto dell’UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1175 ss.*

In più, le funzioni “conferite all’Autorità di regolazione dei trasporti...non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale” perché suo compito è quello di “dettare una cornice di regolazione economica all’interno della quale governo regioni ed enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporto ciascuno nel rispettivo ambito” (punto 6).

Quanto alla lamentela della Regione Veneto circa le tariffe, i canoni e i pedaggi, infine, la Corte risponde che la norma attribuisce “all’Autorità il compito di stabilire solo i criteri, mentre resta impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi per i servizi erogati”.

concorrenza in questo mercato, anche solo con riferimento alla libertà di accesso o alla non discriminazione: infatti chi mai potrebbe essere interessato ad entrare in un mercato dove l’Autorità pubblica impone prezzi “politici”, che conducono i gestori a perdite continue?<sup>57</sup> e se nessuno chiede di accedere non si porrà di certo il problema della discriminazione.<sup>58</sup>

La ragione di fondo per la quale non si può lasciare alle autorità Regionali, provinciali o locali la funzione di regolazione dell’intero settore dei trasporti è che essi, per la loro stessa natura, sono “ultra locali” (eccetto, se si vuole, il trasporto urbano o quello mediante taxi che pure è oggetto dei compiti dell’Autorità ai sensi del comma 2, lett. m).

Se lo guardiamo sotto il profilo territoriale si avranno infatti queste diverse categorie:

- a) Trasporti internazionali (o almeno comunitari);
- b) Trasporti nazionali;
- c) Trasporti regionali;
- d) Trasporti locali ed urbani (comma 2, lett. a).

Per ognuna di queste categorie esistono esigenze diverse, diversi interessi in gioco,

---

<sup>57</sup> Basta ricordare le immani perdite accumulate a Roma dall’ACEA; o il fatto che a quanto riferisce *il Sole-24 Ore* del 24.12.2013 secondo il sottosegretario allo Sviluppo, Erasmo D’Angelis, nel solo trasporto pubblico almeno il 40% delle società sono tecnicamente fallite e molte altre vi sono vicine. Sul tema Lanzillotta, *Controliberalizzazioni: il caso del trasporto locale a Roma*, in *MCR*, 2004, p. 549.

<sup>58</sup> Un cenno alla difficoltà per i privati operatori all’ingresso nel settore dei trasporti ed alle sue cause in Corte Cost. sent. n. 41 del 15.3.2013, cit., punto 5.

diverse fonti di finanziamento, diverse autorità competenti e perciò diverse discipline applicabili.<sup>59</sup> È lo stesso comma 2, lett. b) a parlare dei “singoli mercati”, naturalmente in senso economico.

Se poi guardiamo all’oggetto del trasporto, la legge menziona una sola volta il trasporto merci (comma 2, lett. a) essendo quasi tutta rivolta al trasporto persone, in omaggio al diritto inalienabile alla mobilità. Ma è certo che essa comprende anche il trasporto merci, che ha una importanza fondamentale per l’economia.

## 8 NECESSARIO (E PROBLEMatico) COORDINAMENTO CON LE ALTRE AUTORITÀ

Sempre in tema di coordinamento, il comma 4, terzo periodo, dispone che “*Restano altresì ferme e possono essere contestualmente esercitate le competenze dell’AGCM, dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dell’Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali*, cui si dovrà aggiungere l’Autorità di vigilanza nel settore aeroportuale, come previsto dal comma 2, lett. h).

---

<sup>59</sup> Questi diversi settori (o mercati), oltre che per ragioni intrinseche, trovano spesso la loro fonte in provvedimenti di legge. Si veda la l. n. 244/2007, il cui art. 2, comma 289, distingue le infrastrutture di esclusivo interesse regionale (rispetto a quelle nazionali); il codice della navigazione, che fa una distinzione tra aeroporti e sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale e regionale (art. 698); la l. n. 84/1994 che addirittura distingue i porti di rilevanza internazionale, nazionale, interregionale, regionale.

Si tratta probabilmente del punto più critico di tutta la legge istitutiva. Mi sembra evidente che tutti coloro che in precedenza invocavano una autorità regolatoria dei trasporti non pensavano ad un nuovo ente che si sommasse a quelli già esistenti (seppure con competenze nei singoli rami del trasporto), bensì ad un ente che riassumesse ed assorbisse tutti quelli esistenti, molti dei quali non avevano dato prova né di “indipendenza”, né di efficacia di intervento. La superposizione della nuova Autorità a quelle dei singoli settori può creare conflitti di competenza, pluralità di procedimenti contestuali, costi ulteriori per le imprese interessate, possibili duplicazioni di sanzioni per lo stesso comportamento, aumenti di litigiosità davanti ai tribunali con tempi che si dilateranno in modo insopportabile e imprevedibile.

i) *AGCM*. Fra le competenze dell’AGCM rientrano non solo quelle a tutela della libertà di concorrenza, incluse quelle di *advocacy* (legge 287/1990), ma anche il controllo sulle pratiche commerciali scorrette.<sup>60</sup> Non mancano certo terreni di sovrapposizione come per alcune attività di *advocacy*.

Comunque nei rapporti inter-autorità si tende a privilegiare l’AGCM.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Sono molti i casi in tema di trasparenza tariffaria e tutela degli utenti.

<sup>61</sup> Con riferimento all’AGCom. nel caso *Tel2/TIM-Vodafone-Wind* il Consiglio di Stato 20.4.2011, n. 2438 ha ribadito il principio secondo il quale: “*i compiti attribuiti all’Autorità nazionale di regolamentazione (AGCom) in tema di definizione dei mercati rilevanti e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, non hanno fatto venire meno la*



Nell'art. 37 manca, però, l'obbligo a carico dell'Autorità di segnalare all'AGCM la sussistenza di ipotesi di violazioni della l. 287/1990, che invece c'era per tutte le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. 481/1995, art. 2, comma 33).<sup>62</sup>

ii) *Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*. Le competenze dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sono elencate nell'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006 e possono essere così raggruppate: vigilanza sui contratti pubblici; segnalazioni a Governo e Parlamento; sanzioni

---

*generale competenza antitrust spettante all'AGCM: quest'ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l'AGCM può discostarsi con adeguata motivazione*". Con specifico riguardo a tale ultimo obbligo di motivazione, il Collegio ha osservato che "le valutazioni dell'Autorità di settore assumono una valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina e alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attingono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199 e Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1187)".

Con riferimento all'URSF il TAR Lazio con sent. 26.1.2012, n. 864 ha ribadito come "La competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'URSF, in ragione della differente finalità dei due Istituti ... Le due competenze ... hanno finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili, sicché nello svolgimento delle proprie attività, gli operatori del settore devono considerare l'insieme di queste due discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie".

<sup>62</sup> Scrive Napolitano, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in Rabitti Bedogni, Barucci, *op. cit.*, 769 ". L'AGCM... serve il valore della concorrenza anche collaborando con le autorità di regolazione settoriale nell'esercizio delle loro funzioni pro-competitive".

per inosservanza della disciplina legislativa e regolamentare; richieste di documenti e informazioni e sanzioni per rifiuto di fornirle. Quanto agli atti di gara, schemi e convenzioni dei bandi credo che ci sia una sovrapposizione.

iii) *Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali* (art. 36, d.lgs. n. 98/2011). L'Agenzia è presso il relativo Ministero e controllata dallo stesso che ne detiene il potere di indirizzo e vigilanza. Poiché le sue competenze erano già state fatte salve dal comma 2, lett. a), ci si deve chiedere se si tratta di un doppione oppure il legislatore pensava a spicchi di competenze diverse. La risposta mi sembra essere che si tratta di un doppione.

iv) *Autorità di vigilanza aeroportuale* (art. 71.2 d.l. n. 1/2012). Va preliminarmente osservato che l'Autorità di vigilanza aeroportuale non è menzionata dove sarebbe logico che fosse e cioè nell'elenco del comma 4 in esame, ma si trova nel comma 2, lett. h) il quale dispone che l'Autorità dei Trasporti svolga "tutte le funzioni di *Autorità di vigilanza*" aeroportuale. Ci si sarebbe aspettato che questo significasse la soppressione dell'Autorità aeroportuale ma il legislatore non lo dice, cosicché l'Autorità di vigilanza aeroportuale rimane in vita con i suoi compiti (fatte salve le funzioni di vigilanza riservate al Ministro) di regolazione economica, e di vigilanza, approvando sistemi di tariffazione, ammontare dei diritti, metodi di tariffazione pluriennale, modelli di tariffazione, contratti di programma ed altro ancora.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Gli economisti discutono su quale sia il metodo migliore per rendere il trasporto aeroportuale più

v) Nel settore del trasporto ferroviario c'è finalmente una soppressione: a partire dall'entrata in operatività dell'Autorità, l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è soppresso (art. 6bis). Anche questa non era una autorità indipendente: *in primis* era inquadrata nel Ministero; *in secundis* era formata anche da membri dell'impresa *incumbent* controllata.<sup>64</sup>

La norma richiede di essere interpretata alla luce della lett. i) del comma 2 che affida all'Autorità il compito di svolgere “*tutte le funzioni dell'organismo di regolazione*” di cui all'art. 37 d.lgs. n. 188/2003 (modificato dall'art. 2 comma 1, lett. a) del d.l. n. 135/2009), organismo che poi fu denominato URSF dal d.P.R. n. 211/2008. Poiché l'art. 37 della l. n. 188/2003 dispone che tale organismo sia indipendente “*dall'organismo preposto alla determinazione dei canoni di accesso all'infrastruttura, e dall'organismo preposto all'assegnazione della capacità*” la soppressione non dovrebbe estendersi a questi due ultimi organismi<sup>65</sup>. Ciò fa sorgere il quesito

---

efficiente, se basti la privatizzazione e la liberalizzazione oppure sia preferibile misure regolatorie secondo la tipologia di aeroporti. Consiglio la lettura di Bottasso, Conti, *Concorrenza e regolazione nel settore aeroportuale in Europa*, in MCR, 2012, p. 117.

<sup>64</sup> Il che aveva portato a quella disgraziata conclusione del caso *Arenaways* richiamata *supra* §3.1.

<sup>65</sup> Art. 37 cit., rubricato Organismo di regolazione, dispone “1. L'organismo di regolazione indicato all'articolo 30 della direttiva 2001/14/CE è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti o sue articolazioni. Esso vigila sulla concorrenza nei mercati dei servizi ferroviari e agisce in piena indipendenza sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia

dell'ampiezza dei poteri dell'Autorità nel trasporto ferroviario. Per quanto concerne l'infrastruttura ferroviaria all'Autorità rimane affidato il compito di determinare “i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità” (lett. i), mentre per il trasporto ferroviario regionale l'Autorità verifica che nei bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali (lett. f). Il trasporto ferroviario locale comunque rimane il “*ventre molle*” del settore, per cui sono necessari, oltre imposizioni di carattere quantitativo/qualitativo, interventi di *subsidizing*.<sup>66</sup>

## 9 COSTI E FINANZIAMENTO DELL'AUTORITÀ

Come ogni altra autorità indipendente, anche per questa esisteva il problema delle risorse finanziarie per il suo funzionamento. A ciò ha provveduto l'art. 37, comma 6, nella ultima versione dettata dalla legge n. 125/2013. La norma è divisa in due parti: nella prima si prevede una partecipazione dello Stato con suoi

---

*finanziaria, dall'organismo preposto alla determinazione dei canoni di accesso all'infrastruttura, dall'organismo preposto all'assegnazione della capacità e dai richiedenti, conformandosi ai principi di cui al presente articolo. È inoltre funzionalmente indipendente da qualsiasi autorità competente preposta all'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico”.*

<sup>66</sup> Rinvio allo studio economico di Gambini, Catalano, Savoldi, *L'intervento pubblico nel trasporto ferroviario (Prospettive di liberalizzazione ed esigenze di servizio pubblico)*, in MCR, 2009, pp. 249 ss.

stanziamenti presi dal Fondo Speciale di parte corrente fino al 2014. Con il secondo intervento è previsto un contributo che sarà versato dai “gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati” in misura non superiore all’uno per mille del fatturato. Il legislatore riserva poi la facoltà concessa all’Autorità di determinare annualmente tale contributo.

Sul punto il sistema adottato merita qualche osservazione. Innanzi tutto, si tratta di una forma impropria di “tributi” che le imprese regolate devono pagare al loro controllore. Il caso non è unico perché lo stesso meccanismo è previsto dal comma 38 dell’art. 2 l. n. 481/1995 per tutte le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità ed è stato da alcuni anni adottato anche per l’AGCM.<sup>67</sup> Pur comprendendo le necessità di bilancio delle autorità indipendenti, si fa fatica ad accettare la logica di tale “imposizione” posto che i costi del controllo di legalità dovrebbero spettare allo Stato e non invece alle imprese controllate.<sup>68</sup>

In relazione a ciò si pone il problema dei soggetti<sup>69</sup> chiamati a versare il contributo e del

“quando” tale contributo debba essere versato. Sul primo punto osservo che i “gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati” non esauriscono tutto l’universo dei “soggetti sottoposti a regolazione” come abbiamo visto retro § 5.

## 10 AUTONOMIA ED INDIPENDENZA

Tuttavia il sistema di finanziamento sopra illustrato contribuisce a garantire all’Autorità l’autonomia dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, cui continueranno a competere le scelte politiche.

Al problema è dedicato il comma 1 dell’art. 37 del d.l. 201/2011, convertito in l. 214/2011, secondo il quale l’Autorità “*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*”. Questa indipendenza dovrà essere fatta valere soprattutto nei confronti del Governo ed in particolare del Ministero, che tradizionalmente era il regolatore dei trasporti. Essa varrà non solo per i tre membri dell’Autorità ma anche per il personale dipendente selezionato da altre pubbliche amministrazioni il quale dovrà tagliare il cordone ombelicale con l’amministrazione di provenienza, cambiando cultura e mentalità (l’art. 6, lett. b *bis* si limita a richiederli “*massima neutralità ed imparzialità*”, ma secondo me ci vuole qualcosa in più). Ma indipendenza vuol dire anche nei confronti delle autorità locali che sono le più restie ad introdurre

<sup>67</sup> Vedi i commi 7 *bis*, 7 *ter* e 7-*quater* dell’art. 10 della l. n. 287 (questi ultimi due introdotti dal d.l. Cresci Italia n. 1 del 24.1.2012, nel testo integrato dalla legge di conversione 24.3.2012, n. 27).

<sup>68</sup> Se è consentito un paragone sarebbe come l’imposizione di pagare una somma perché gli automobilisti indisciplinati siano multati dalle competenti autorità.

<sup>69</sup> Questione che si pone anche Tonetti, *L’Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 598. Ad esempio, anche i titolari di licenza di taxi devono versarlo?

finalità concorrenziali ed efficientistiche nelle loro decisioni.<sup>70</sup>

Quanto alla qualificazione soggettiva, i componenti devono essere scelti “tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l’Autorità”. Criteri a mio avviso ben rispettati come risulta guardando il *curriculum* degli stessi.

Il perdurare della stessa indipendenza durante il mandato viene poi garantito dal divieto di esercitare “direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi incarichi elettivi o di rappresentanza di partiti politici, né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza” dell’Autorità (comma 1<sup>ter</sup>). Inoltre alla scadenza non è prevista la riconferma.

## 11 LE GARANZIE NEL PROCEDIMENTO

Considerando i poteri e lo strumentario di cui è stata dotata (e in particolare la facoltà di comminare sanzioni anche pesanti),<sup>71</sup> c’è da lamentare nella legge la mancanza delle norme procedurali ed in particolare delle garanzie di difesa delle imprese interessate tutte le volte che si apra un procedimento nei loro confronti.

<sup>70</sup> Vedi le osservazioni di Arnaudo, *I servizi pubblici, l’antitrust e l’art.23 bis (Bandoli da un imbroglio)*, in MCR, 2009, pp. 355 ss.

<sup>71</sup>Fino al 10% del fatturato ai sensi del comma 3, lett. i), dell’art. 37 cit.

Tutto ciò che si rinviene è contenuto nella lett. f) del comma 3 a proposito degli impegni. Ugual carenza di tutele si avverte a proposito delle “ispezioni”, di cui la lett. e) del comma 3 si limita a comandare la redazione di “*apposito verbale*”.

Nel silenzio della norma si potrebbe pensare alla applicazione per analogia delle norme processuali previste per l’AGCM o, comunque, in generale al procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990 e successive modificazioni.<sup>72</sup> Alcuni principi sono indicati nella l. 481/1995 (ad es. piena conoscenza degli atti istruttori, garanzia del contraddittorio, verbalizzazione, ecc. cui si può aggiungere l’obbligo di motivazione), ma ci si può chiedere se bastano, soprattutto considerando che l’AGCM ha avuto bisogno di uno specifico regolamento (d.P.R. n. 461/1991 sostituito poi dal n. 217/1998). Qui si tratta di garanzie inalienabili di ogni procedimento<sup>73</sup> instaurato davanti all’Autorità, di cui invece il legislatore si disinteressa.

Tuttavia, non si può non rilevare che a questi dubbi ed incertezze sarebbe stato possibile ovviare mediante una semplice norma di rinvio.

Per finire, nulla si dice circa la *judicial review* nel caso di decisioni di accertamento e/o sanzionatorie prese dall’Autorità, cui

<sup>72</sup> Per una illustrazione Sandulli, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2° ed., 2003, II, pp. 1064 ss.

<sup>73</sup> Che Sandulli, *op. loc. cit.* qualifica come “principi assoluti” (ad es. imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.).

indubbiamente sono affidati poteri “quasi-giudiziali”.<sup>74</sup> A questo proposito rimane enigmatica la lett. n) del comma 2 laddove dispone “con riferimento alla disciplina di cui alla lett. m) l’Autorità può ricorrere al TAR Lazio”. A voler attribuire un significato alla norma bisogna pensare a ricorsi dell’Autorità contro atti e provvedimenti di Comuni e Regioni in materia di servizio taxi, che non siano in conformità con i “principi” (assai generici) indicati nei numeri da 1 a 4 della lett. m). La risposta al quesito dovrebbe essere che tutti i destinatari di decisioni di accertamento o sanzionatorie possono impugnarle davanti al TAR Lazio, come avviene per tutte le autorità indipendenti, regolatorie o meno.<sup>75</sup>

Infine non c’è nemmeno un semplice riferimento all’obbligo di applicare (in procedimenti volti alla sanzione) la l. 689/1981,<sup>76</sup> come correttamente c’era nell’art. 37 del d.lgs. n. 188/2003 a proposito dell’Organismo di regolazione nel settore ferroviario, oppure nell’art. 31 della l. n. 287/1990 in tema di concorrenza.

---

<sup>74</sup> Cfr. Camilli, Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in D’Alberti, Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, pp. 107 ss..

<sup>75</sup> Esula dal presente studio il problema mai risolto dell’ampiezza della *judicial review* sugli atti delle autorità regolatrici, per cui rimando al “coraggioso” (così lo definisce Amato) contributo di Denozza, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in MCR, 2000, pp. 469 ss.

<sup>76</sup> Chiamata anche “legge di depenalizzazione”, essa contiene la disciplina dei diritti dell’indagato nei procedimenti amministrativi.

## 12 TRASPORTI: COME CONCORRENZA E REGOLAZIONE SI INCROCIANO ATTORNO AI SIEG

Le SIEG sono alla confluenza di due sets di norme: quella a tutela della concorrenza e quelle a tutela di interessi generali diversi dalla concorrenza; di ciò è testimonianza l’art.106 TFUE che persegue un difficile equilibrio, enunciando prima la regola generale (sottoposizione alle regole sulla concorrenza), e poi consentendo una eccezione dai contorni non ben definiti.<sup>77</sup> L’art. 106 TFUE dispone infatti :“*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata...*”.

Il grosso problema riguarda dunque le imprese cui gli Stati riconoscono “diritti speciali o esclusivi” che la direttiva n. 94/46/CE del 13.10.1994 definisce come... “*diritti concessi dagli Stati membri ad un numero limitato di imprese mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all’interno di una determinata area geografica, limita, a due o più, il numero di dette imprese, autorizzate a fornire tali servizi, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione*”.

---

<sup>77</sup> Le osservazioni che seguono sono riprese dal più ampio capitolo su *Le imprese pubbliche* di Giuliani, in Frignani, Bariatti, *Disciplina della concorrenza nella U.E., cit.*, pp. 463 ss., cui si rinvia per approfondimenti.

Scorrendo la prassi, diversi sono stati gli abusi perseguiti in base al divieto dell'art. 106.2: da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, manifesta inadeguatezza a soddisfare la domanda (casi *Höfner*,<sup>78</sup> *Merci Porto di Genova*,<sup>79</sup> *Job Centre*,<sup>80</sup> *Carra*<sup>81</sup>); trasferimento di potere di mercato in mercati contigui (casi *ERT*,<sup>82</sup> *RTT*,<sup>83</sup> *Ambulanz Glöckner*,<sup>84</sup> *Silvano Raso*<sup>85</sup>); discriminazioni o addebito di costi sproporzionati (casi *Dusseldorp*,<sup>86</sup> *GT-Link/DSB*,<sup>87</sup> *TNT/Traco*<sup>88</sup>) e da parte della Commissione Europea, *Aeroporti spagnoli*,<sup>89</sup> ed altri.

Per quando concerne l'eccezione dei servizi di interesse economico generale (SIEG) nel "Protocollo di Lisbona sui servizi di interesse [economico] generale"<sup>90</sup> si sottolinea "il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare" tali servizi, come pure "la diversità tra i vari servizi [...] e le differenze [...] che possono

discendere da situazioni geografiche, culturali e sociali diverse" e si conclude poi che bisogna salvaguardare i valori-quadro a livello dell'Unione, quali "un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente".<sup>91</sup> Comunque il criterio guida è quello della "proporzionalità" tra l'ampiezza dell'esenzione dalle regole concorrenziali ed il servizio di pubblica utilità da perseguire.

Per la Commissione i SIEG, per godere della (parziale) sottrazione alle regole della concorrenza, devono essere "efficienti, accessibili, di elevata qualità e a prezzi abbordabili per la qualità della vita dei cittadini europei, l'ambiente e la competitività delle imprese europee";<sup>92</sup> dunque "servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico" con particolare riferimento ad attività di rete quali "i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione".<sup>93</sup> Dunque anche a livello della UE ci si è resi conto che i trasporti sono un settore dell'economia impregnato di SIEG per i problemi sociali che racchiudono, perché incidono su diritti non solo economici.

<sup>78</sup> Corte di Giustizia 23.4.1991, C-41/90.

<sup>79</sup> Corte di Giustizia 19.12.1991, C-179/90.

<sup>80</sup> Corte di Giustizia 11.12.1997, C-55/96.

<sup>81</sup> Corte di Giustizia 8.6.2000, C-258/98.

<sup>82</sup> Corte di Giustizia 18.6.1991, C-260/89.

<sup>83</sup> Corte di Giustizia 13.12.1991, C-18/88.

<sup>84</sup> Corte di Giustizia 25.10.2001, C-475/99.

<sup>85</sup> Corte di Giustizia 12.2.1998, C-163/96.

<sup>86</sup> Corte di Giustizia 25.6.1998 C-203/96.

<sup>87</sup> Corte di Giustizia 17.7.1997, C-242/95.

<sup>88</sup> Corte di Giustizia 17.5.2001, C-340/99.

<sup>89</sup> Dec. 26.7.2000.

<sup>90</sup> Protocollo n. 26 del 13.12.2007.

<sup>91</sup> Come nota Moavero Milanesi, *I servizi di interesse generale*, p. 98, l'equilibrio tra queste due competenze confliggenti (quella dell'UE e quelle nazionali) deve essere trovato "alla luce del generale dovere di cooperare al conseguimento degli obiettivi del Trattato" che incombe agli Stati membri ed alle istituzioni dell'Unione.

<sup>92</sup> Libro bianco sui servizi di interesse economico generale [COM(2004) 374] del 12.5.2004, 3.

<sup>93</sup> Libro bianco, cit., pp. 23 ss.

Per conseguenza studiare i rapporti tra regola generale (sottoposizione alla concorrenza) ed eccezione implica qualche riflessione sui rapporti tra concorrenza e regolazione.

Come è noto l'equivalente italiano dei SIEG sono i "servizi di pubblica utilità" cui si dedica la l. n. 481/1995, che ha per oggetto "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità". Oltre che nel titolo, l'*incipit* dell'art. 1 della medesima legge afferma la intersezione tra concorrenza e regolazione.<sup>94</sup>

Concorrenza e regolazione sono molto diverse. Quanto alle finalità, la prima si preoccupa di creare o mantenere un regime in cui ogni imprenditore non possa sottrarsi alla pressione concorrenziale di tutti gli altri, mentre la seconda si preoccupa non solo di togliere le barriere all'ingresso, ma di determinare la qualità di beni o servizi, i loro prezzi e le modalità di erogazione, cercando di perseguire diversi obiettivi talvolta non facilmente raggiungibili contestualmente: "assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori" (art. 2, lett. b).

Quanto agli strumenti di analisi le autorità di concorrenza si servono di nozioni economiche di base (formulate sull'assunto delle "scelte razionali" degli imprenditori), di modelli econometrici, della "behavioral economics", mentre le autorità di regolazione danno molta più importanza a scelte o condizionamenti di

origine politica, tengono conto di situazioni geografiche, culturali e sociali e dei diritti, talora inalienabili, degli utenti.

Per conseguenza anche i poteri sono diversi: l'attività delle autorità di concorrenza è prevalentemente sanzionatoria (arrivando *ex post*, eccetto che nel controllo delle concentrazioni) di un comportamento lesivo del gioco concorrenziale accertato; invece le autorità di regolazione impongono positivamente ed *ex ante* obblighi e modalità di svolgimento dell'attività (tariffe, tempi, qualità, quantità, procedure ad evidenza pubblica, strumenti contrattuali e così via). Come si vede: diverse anime, diverse finalità, diversi strumenti di analisi, diversi poteri.<sup>95</sup>

Gli studiosi della concorrenza<sup>96</sup> hanno escluso che i profili della concorrenza e quelli della regolazione debbano necessariamente essere in contrapposizione sottolineando l'esigenza di una conciliazione fra gli stessi e, nel caso di divergenza, i criteri secondo i quali stabilire la prevalenza; altri parlano di integrazione fra i due set di norme.<sup>97</sup> Che il rapporto non sia sempre facile è evidente.

<sup>94</sup> "Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità".

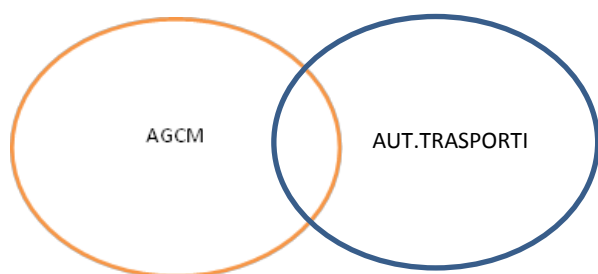
<sup>95</sup> In questo senso anche De Vincenti, *Regolazione e antitrust nelle public utilities, ovvero "il passo a due"*, in Rabitti Bedogni, Barucci (a cura di), *20 Anni di Antitrust*, Giappichelli, Torino, II, 2010, p. 815; Cintioli, *op. loc. cit.*

<sup>96</sup> Fra di essi citiamo Denozza, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*, in Morbidelli, Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, pp. 56 ss.; Pera, *Appunti sulla riforma delle Autorità regolazione e concorrenza*, in MCR, 2002, p. 329.

<sup>97</sup> Così Cintioli, *op. cit.*, pp. 779 ss..

Lo studio comparatistico dei rapporti fra diritto della concorrenza e il diritto della regolazione ha permesso l'emergere di una pluralità di soluzioni: a) esclusione reciproca; b) sequenzialità (la regolazione sarebbe un stato transitorio destinato a scomparire quando il mercato fosse totalmente concorrenziale); c) complementarietà (concorrenza e regolazione perseguono gli stessi obiettivi ma da due angolazioni diverse: *ex post* ed *ex ante*, queste ultime per evitare situazioni irreversibili); d) sequenzialità complementare (l'Autorità di regolazione applicherebbe man mano sempre di più le regole della concorrenza, restringendo lo spazio residuale regolatorio alla tutela di interessi generali dei consumatori od utenti).

Diventa pertanto inevitabile un certo grado di sovrapposizione<sup>98</sup> secondo questo schema:



<sup>98</sup> Come osserva Cintioli, *op. loc. ul. cit.*; ma vedi anche alcuni dei contributi raccolti in Tesauro, D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

### 13 LA LIBERALIZZAZIONE DEI TRASPORTI NELLA UE E L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA

Nella UE “liberalizzazione” ha voluto dire “smantellamento (seppure progressivo) dei monopoli pubblici” e perciò “apertura alla concorrenza”(in relazione alle condizioni effettivamente esistenti nei singoli mercati). Posto che l'art. 37 più volte citato ha per rubrica “Liberalizzazione del settore dei trasporti” non si può ragionevolmente pensare che abbia un significato diverso da quello.

A livello europeo le “reti transeuropee nel settore delle infrastrutture dei trasporti” sono disciplinate dall'art. 170 TFUE e dall'art. 171, che individua le competenze dell'Unione per raggiungere gli obiettivi posti dall'art. 170, imponendo agli Stati membri di coordinarsi fra loro in collegamento con la Commissione.

A prescindere dalle “reti transeuropee”, lo stesso art. 14 TFUE fa salvo l'art. 106 per tutti gli altri trasporti.

Per molti anni si era ritenuto che (e gli Stati membri si sono battuti per) la disciplina dei trasporti fosse di esclusiva competenza degli Stati. Quanto all'applicazione delle norme sulla concorrenza erano stati emanati speciali regolamenti di esenzione dal divieto delle intese (trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, nonché trasporto aereo).

Il punto di svolta si è avuto negli anni 90 con lo sviluppo della politica comune dei trasporti, che ha poi condotto all'ultima (per ora) fase



della liberalizzazione (terzo pacchetto) dove si trovano norme di carattere regolatorio,<sup>99</sup> accanto a norme sulla concorrenza.<sup>100</sup> Queste ultime riguardano in particolare gli accordi che possono essere esentati dal divieto delle intese di cui all'art. 101 TFUE.

Come conseguenza tutti gli atti di regolazione ed i provvedimenti conseguenti dell'Autorità in tema di liberalizzazione dovranno osservare le (ed essere sottoposte alle) norme comunitarie, che godono della *priority*. È quanto ribadito dal comma 1 dell'art. 37 citato per il quale le competenze dell'Autorità devono essere esercitate “*in conformità con la disciplina europea*” (ovviamente per quanto concerne mercati di rilevanza comunitaria).

#### 14 CONCLUSIONI SULLA NATURA IBRIDA DELL'AUTORITÀ

Stretta com'è tra le amministrazioni pubbliche, statali (*in primis* il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) e regionali, che ubbidiscono a direttive di origine politica e le altre autorità (viste *retro* §8) nelle cui competenze non può entrare, come fa l'Autorità a tutelare gli “utenti, le imprese e i consumatori” come gli impone il comma 2, lett. a)? Onde si legittima la domanda

---

<sup>99</sup> Come scrive Napolitano, *op. cit.*, p. 761 “È la disciplina comunitaria a definire così la cornice legale dei singoli servizi: ne stabilisce, infatti, il grado di apertura, i titoli di accesso i meccanismi di funzionamento”.

<sup>100</sup> Reg. 487/2009 per il trasporto aereo; Regg. 246/2009 e 906/2009 per il trasporto marittimo; Reg.169/2009 per il trasporto ferroviario, su strada e per vie navigabili.

se il legislatore abbia assegnato all'Autorità troppe competenze oppure, viceversa, le abbia attribuito troppo pochi poteri.

Il problematico coordinamento di cui sto parlando mi consente di completare, ritornandovi, alcune osservazioni fatte al §12 su concorrenza e regolazione. Infatti le vere autorità di regolazione sono quelle di settore che stabiliscono “tariffe, canoni, pedaggi”, e perciò hanno poteri direttamente impositivi, mentre l'Autorità dei trasporti determina solo i “criteri” per stabilire le stesse, gli schemi di concessione (sette autostradale) ed i sistemi tariffari basati sul metodo del *price cap*.<sup>101</sup> Il che significa che questa Autorità si colloca ad un gradino superiore alle autorità di settore,<sup>102</sup> ma ad un gradino intermedio fra le stesse ed il Ministero e gli enti territoriali quali Regioni e Comuni. In altri termini che esiste una regolazione astratta ed una regolazione concreta. Infatti quelli adottati da questa Autorità sono qualificati come “atti di regolazione” (comma 3, lett. f), ma appartengono alla stessa categoria anche quelli adottati dalle altre autorità. Vista sotto il profilo territoriale, si potrebbe dire che esiste una regolazione nazionale (riservata a questa Autorità) ed una locale.

In sintesi, manca una scala gerarchica, ma invece di indicare la via per uscire dall'eventuale

---

<sup>101</sup> Che lo stesso comma 18 dell'art. 2 della l. n. 481/1995 definisce “come limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale”.

<sup>102</sup> Livello che dovrebbe allontanare il pericolo di una “regolazione intrusiva” che temeva la Bruzzone, *La regolazione intrusiva oggi*, in MCR, 2002, pp. 467 ss.

conflitto di competenze il legislatore dice che “restano ferme tutte le competenze” delle altre autorità ed enti. Inoltre, non si sono chiaramente divise e separate le competenze, lacuna che il legislatore aggrava dicendo che le competenze di ciascuno “possono essere contestualmente esercitate”.<sup>103</sup>

In questo groviglio saranno solo il tempo e la prassi a dirci se l’Autorità dei trasporti avrà avuto la forza per affermare ed imporre le proprie competenze ed il proprio ruolo: ecco perché par giusto parlare anche di “partenza in salita”. L’augurio è che la salita non sia troppo ripida.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Il che ricorda la sentenza del TAR Lazio del 26.1.2012, n. 864 cit., sull’obbligo di osservare ambedue le discipline.

<sup>104</sup> Frignani A., *L’Autorità dei Trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*  
DOI: 10.12870/iar-10197

## BIBLIOGRAFIA

- Argentati, *La storia infinita dei servizi in Italia*, in MCR, 2012
- Irti, *La solitudine del giurista*, in *Il Salvagente della forma*, Laterza, Bari, 2007
- Irti, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)* in *Studi in onore di Frignani*, Jovene, Napoli, 2011, p. 888
- Zingales, *Troppe autorità non aprono il mercato*, in *Sole-24 Ore*, 19 aprile 2012
- Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999, p. 143
- Afferni G., *Class Action e danno antitrust: il caso Tragbetti*, in *Consumatori, diritti mercato*, 2012, 2, p. 118
- Catricalà, *Il trasporto ferroviario passeggeri e merci alla luce della legge antitrust*, in *Studi in onore di Frignani, cit.*, p. 589
- Boitani, Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 97 ss.
- Frignani, Bariatti, *Disciplina della concorrenza nella U.E.*, Cedam, Padova, 2012, pp. 173-179
- Cintioli, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in Rabitti Bedogni, Barucci (a cura di), *20 Anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 775
- Visco Comandini, Gori, Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in MCR, 2004, pp. 515 ss.
- Pezzoli, *L'introduzione della concorrenza in un mercato regolamentato: la riforma del trasporto pubblico locale*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, pp. 331 ss.
- Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in MCR, 2001, pp. 469 ss.
- Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, pp. 1175 ss.
- Lanzillotta, *Controliberalizzazioni: il caso del trasporto locale a Roma*, in MCR, 2004, p. 549
- Napolitano, *Servizi pubblici, diritto della concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in Rabitti Bedogni, Barucci, *op.cit.*, p. 769
- Bottasso, Conti, *Concorrenza e regolazione nel settore aeroportuale in Europa*, in MCR, 2012, pp. 117 ss.
- Gambini, Catalano, Savoldi, *L'intervento pubblico nel trasporto ferroviario (Prospettive di liberalizzazione ed esigenze di servizio pubblico)*, in MCR, 2009, pp. 249 ss.
- Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 598
- Arnaudo, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'art.23 bis (Bandoli da un imbroglio)*, in MCR, 2009, pp. 355 ss.
- Sandulli, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2° ed., 2003, II, pp. 1064 ss.
- Camilli, Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti*, in D'Alberti, Pajno (a cura

di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, pp. 107 ss.

Denozza, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in MCR, 2000, pp. 469 ss.

Giuliani, *Le imprese pubbliche* in Frignani, Bariatti, *Disciplina della concorrenza nella U.E., cit.*, pp. 463 ss.

Moavero Milanese, *I servizi di interesse generale*, p. 98

De Vincenti, *Regolazione e antitrust nelle public utilities, ovvero "il passo a due"*, in Rabitti Bedogni, Barucci (a cura di), *20 Anni di Antitrust*, Giappichelli, Torino, II, 2010, pp. 815 ss.

Denozza, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*, in Morbidelli, Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, pp. 56 ss.

Pera, *Appunti sulla riforma delle Autorità regolazione e concorrenza*, in MCR, 2002, pp. 329 ss.

Tesauro, D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000

Bruzzo, *La regolazione intrusiva oggi*, in MCR, 2002, pp. 467 ss.