

4 LUGLIO 2018

Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM

di Mario Libertini

Professore emerito di Diritto commerciale
Sapienza – Università di Roma

Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*

di Mario Libertini

Professore emerito di Diritto commerciale
Sapienza – Università di Roma

L'ordinanza di cui si discute mi lascia perplesso, per diversi motivi.

Dico subito che ciò che mi lascia perplesso non è la valutazione delle norme sul potere disciplinare dei notai (ritengo anzi che, su questo punto, il legislatore abbia adottato un testo sbilanciato e che l'Autorità abbia molte buone ragioni dalla sua parte; anche se, a mio avviso, è possibile seguire la strada dell'interpretazione filocostituzionale e filoeuropea).

Ometto poi di considerare la parte della motivazione volta a dimostrare che le regole organizzative e procedurali dell'Autorità attribuiscono a questa le caratteristiche di indipendenza e terzietà che sono proprie della funzione giurisdizionale. Alcuni passaggi del ragionamento possono suscitare dubbi; ma, anche a consentire su questa parte della decisione dell'Autorità, rimangono altre ragioni critiche di fondo. In primo luogo si deve segnalare che il vincolo del diritto europeo, che l'Autorità in qualche modo richiama a sostegno della sua decisione, imponeva di tenere conto anche dei precedenti della Corte di Giustizia riguardanti la “natura” dell'autorità antitrust: la sentenza *Syfait* (Corte Giust., Grande Sez., 31 maggio 2005, C-53/03) ha negato all'Autorità antitrust greca la legittimazione a richiedere una pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* (a quel tempo 234 TCE) in quanto la stessa non è un “organo giurisdizionale”. Tale natura è stata negata non solo perché l'autorità antitrust nazionale greca è soggetta ad un certo controllo da parte di quel Ministero dello Sviluppo economico, ma anche perché l'Autorità greca, come tutte le autorità nazionali, è inserita nella rete di autorità coordinata dalla Commissione (che è un organo amministrativo ed ha il potere di avocare a sé singoli procedimenti).

Quest'ultima ragione vale anche per l'autorità italiana e mi sembra che non possa essere agevolmente superata.

A ciò si aggiunga che, anche sul piano dei rapporti fra AGCM e Governo, neanche l'ordinamento italiano assicura all'Autorità una indipendenza assoluta: ai sensi dell'art. 25 l. 287/1990, il Governo può, in determinati casi, intervenire con un provvedimento a contenuto generale contenente criteri di

* Intervento al Seminario ad inviti organizzato da *federalismi* il 21 giugno 2018 sull'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018, con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi la Corte costituzionale.

autorizzazione di concentrazioni o intervenire anche direttamente a vietare determinate operazioni di concentrazione. Il fatto che questo articolo di legge non sia stato mai applicato, e che il legislatore sia intervenuto, se del caso, con provvedimenti legislativi in deroga (come, soprattutto, con il famoso “decreto Alitalia”), non modifica il quadro normativo complessivo.

A ciò si aggiunga, ancora, che l’art. 21-*bis*, l. 287/1990, attribuisce all’AGCM la legittimazione ad impugnare provvedimenti amministrativi di altre autorità che “violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” (i.e. se e in quanto ritenuti lesivi dell’interesse pubblico allo svolgimento di una concorrenza effettiva nei mercati). La legge dunque riconosce all’AGCM il ruolo di possibile ricorrente in un processo amministrativo. La titolarità di questo ruolo di parte in giudizio non pare compatibile con l’asserita “natura” giurisdizionale dell’AGCM.

Al di là di queste considerazioni di stretto diritto positivo, che pure hanno un peso non trascurabile, le mie perplessità nascono da una considerazione più generale, di carattere sistematico.

In diverse occasioni ho cercato di mettere in discussione il luogo comune secondo cui le autorità antitrust hanno compiti “di garanzia”, nel senso che esse dovrebbero limitarsi ad applicare norme di legge sanzionatorie (i.e. punitive), più o meno alla stessa stregua di un giudice penale.

Questa concezione, mutuata dalle caratteristiche dello *Sherman Act* statunitense e da una ancora più antica tradizione di leggi antimonopolistiche che punivano come reati le manovre fraudolente sui prezzi e il boicottaggio (fattispecie ancora previste dalle norme, praticamente desuete, degli artt. 501-*bis* e 507, c.p.), dimentica che le norme sostanziali antitrust prevedono fattispecie molto “aperte”, lasciando alle autorità competenti la funzione di determinare in concreto i confini delle condotte imprenditoriali lecite.

Basti pensare alle incertezze sostanziali che circondano molte fattispecie di illeciti antitrust: dai prezzi predatori, agli sconti condizionati, alle intese verticali, ecc. E’ noto che le norme sostanziali antitrust si sono costruite come diritto giurisprudenziale, e che le stesse innovazioni normative in materia – sia negli U.S.A. sia in Europa – nascono più spesso da *revirement* giurisprudenziali che da riforme legislative. D’altra parte, le numerose differenze normative in atto rilevabili nel rapporto fra diritto antitrust statunitense e diritto antitrust europeo (cfr. D.J. GIFFORD – R.T. KUDRLE, *The Atlantic Divide in Antitrust*, Univ. Of Chicago Press, 2015) non sono spiegabili, se non in minima parte, facendo capo alle differenze fra i testi normativi pertinenti.

Queste incertezze sostanziali sono aumentate in modo impressionante con l’affermarsi della rivoluzione digitale e con l’emergere del *platform capitalism*, che ha dato vita a modelli di impresa e di strategie di mercato impensabili con le tradizionali categorie di analisi economica (cfr. M.S. GAL – D.L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement* [2015], in *S.S.R.N.*; L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, in 126 *The Yale Law Journal*, 710 ss. [2017]). Le autorità antitrust sono

chiamate, sostanzialmente, a colmare un vuoto, e dovrebbero farlo facendo capo a principi generali che, in materia di politica della concorrenza, sono tuttavia meno chiari e condivisi di quanto probabilmente pensano gli osservatori esterni (mi permetto di richiamare, come più recente, M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, in *Politiche antitrust ieri, oggi, domani*, a cura di M.C. Malaguti e aa., Giappichelli, Torino, 2017, 1 ss.).

L'ampia discrezionalità delle autorità antitrust non riguarda solo la determinazione delle regole sostanziali che sanciscono i confini tra condotte di mercato lecite e illecite. Si deve anche ricordare che le sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità antitrust possono essere determinate entro un *range* amplissimo (da 0 al 10% del fatturato dell'impresa interessata): ciò attribuisce alle autorità stesse un enorme potere discrezionale, che è stato in certo senso autolimitato dalla Commissione e dall'Autorità nazionale italiana, mediante proprie comunicazioni sul calcolo delle ammende (esperienza che però conferma e non smentisce l'eccezionale ampiezza del potere discrezionale attribuito alle autorità antitrust in materia di determinazione delle sanzioni applicate ai privati).

Questo modello normativo non è, a mio avviso, compatibile con il principio di legalità che sta a fondamento della normativa penale e, per la verità, anche del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione.

Pertanto, la via d'uscita da questa situazione non può essere quella di una regolazione legale di dettaglio degli illeciti antitrust, che sarebbe immediatamente superata dall'evolversi spontaneo delle condotte imprenditoriali e si presterebbe a facili manovre elusive. E infatti, nessuno propone una soluzione del genere.

Se dunque è inevitabile che autorità e giudici, in materia di antitrust, godano di un'ampia discrezionalità, è ragionevole attribuire alle autorità in materia caratteristiche proprie di autorità amministrative, chiamate non a perseguire reati, ma a raggiungere risultati di pubblico interesse, cioè il buon funzionamento dei mercati; in altri termini, a garantire che il funzionamento dei mercati produca flussi innovativi costanti e incrementi il benessere dei consumatori. Per far ciò, le autorità devono godere (come in effetti godono) di ampia discrezionalità nella scelta dei rimedi (specifici, come le diffide, o sanzionatori) appropriati al fine di correggere le distorsioni che si verificano nel funzionamento dei mercati.

In questa prospettiva non si può neanche dimenticare che le autorità antitrust fanno anche spesso regolazione dei mercati, anche se non svolgono tale compito in modo permanente, come fanno le autorità di regolazione di settore. Carattere "regolatorio" ha certo l'attività delle autorità antitrust quando accettano impegni per chiudere procedimenti sanzionatori o dettano prescrizioni in provvedimenti di autorizzazione di concentrazioni.

I sostenitori della tesi che afferma il carattere “paragiurisdizionale” dell’autorità non negano ciò, ma ritengono che, nello svolgere la propria azione nei confronti delle intese e degli abusi di posizione dominante, l’autorità operi, in sostanza, in modo analogo a come opera il giudice penale. In realtà, anche nei confronti delle intese e delle condotte delle imprese dominanti l’Autorità potrebbe e dovrebbe agire soprattutto come autorità “di risultati”, cioè avendo come obiettivo la “correzione” effettiva del funzionamento dei mercati, più che la “punizione” esemplare (la cui effettiva deterrenza è, poi, inversamente proporzionale al potere di mercato dell’impresa che subisce la sanzione).

A tal fine, l’Autorità deve esercitare in pieno la sua ampia discrezionalità (“tecnica”) nella scelta degli strumenti adatti a raggiungere questi risultati di buon funzionamento dei mercati (e tra gli strumenti adatti non è detto che debbano avere un ruolo centrale le ammende, anziché le diffide).

Ovviamente, il riconoscimento di un’ampia discrezionalità (per quanto la si voglia limitare ad un profilo “tecnico” economico) richiede che vi sia poi anche un sindacato pieno, da parte di un giudice, sulla legittimità degli atti di esercizio del potere amministrativo. In questo senso l’ordinamento italiano ha fatto passi avanti notevoli, rispetto al passato, e oggi difficilmente si potrebbe affermare che il giudice amministrativo italiano mostra “deferenza” rispetto ai provvedimenti dell’Autorità.

Questa linea sistematica è stata frutto di ampie e proficue discussioni, negli anni recenti. Su questa linea si dovrebbe andare avanti. L’idea di “giurisdizionalizzare” il più possibile l’Autorità porterebbe ad irrigidirne le regole di funzionamento, spingendo verso un controllo di pura legalità che mal si adatta alla complessità dell’intervento correttivo dei mercati, che l’Autorità è chiamata a svolgere.

Contro le leggi lesive del principio di tutela della concorrenza l’Autorità può esercitare i suoi poteri di *advocacy*, che non sono privi di peso nel dibattito politico. E può anche sollevare, in vari modi, questioni di legittimità costituzionale dinanzi ai giudici (che non sono insensibili a questi temi). Non credo quindi neanche che vi sia necessità concreta di ricorrere alla facoltà di sollevare direttamente dinanzi alla Corte le questioni di legittimità costituzionale che l’Autorità abbia modo di rilevare nel corso della sua attività.