

Michele Ainis

Approfitto di quest'occasione per rivolgere un saluto alla comunità degli avvocati Antitrust. Probabilmente è l'ultima volta che daneggio i vostri convegni. Adesso, a chiusura del mandato, recupero per intero la mia libertà di cittadino. Non che me ne sia privato: in questi anni in Antitrust ho scritto sette libri e qualche centinaio di editoriali. Ma usando questa mia nuova condizione vorrei affrontare con la massima franchezza il massimo problema che l'Antitrust ha di fronte qui e oggi, sul fronte delle garanzie difensive: la tardività dell'avvio, che ha incenerito alcune fra le nostre istruttorie più significative, dai Tondini per cemento armato ai Servizi di vigilanza privata o ai Finanziamenti auto (che da sola valeva 678 milioni).

Da costituzionalista, conosco bene il valore del diritto di difesa, che l'art. 24 Cost. proclama «inviolabile». Ma la difesa non è l'unico valore costituzionale; anche la concorrenza è un valore, e un valore che tende a proteggere i più deboli, garantendo l'eguaglianza sostanziale promessa dall'art. 3, Il co., Cost. Se invece il diritto di difesa viene declinato in solitudine, s'apre la strada alla «tirannia dei valori» paventata da Carl Schmitt, quindi a una deriva autoritaria del sistema. Un solo esempio: la fedeltà coniugale, resa obbligatoria dall'art. 143 del codice civile. Ma se in nome della fedeltà venisse tagliata la mano dell'adultera, come accade in qualche lontana contrada, quel valore finirebbe per svuotare tutti gli altri, a partire dalle libertà civili.

Ecco, io ho l'impressione che stia succedendo questo, per effetto della giurisprudenza amministrativa più recente. L'approccio tradizionale, seguito per quasi 30 anni, escludeva l'applicabilità del termine di 90 gg. (previsto dall'art. 14 della l. 689/1981) alla fase preistruttoria dei procedimenti dell'Autorità. Secondo questo orientamento, nello svolgimento dell'attività preistruttoria l'aspetto centrale non era affatto la celerità, ma piuttosto il dovuto approfondimento dei fatti prima di sottoporre i soggetti interessati all'onere del procedimento istruttorio.

A partire dal 2020, l'orientamento della giustizia amministrativa si è modificato in distinte declinazioni che, pur nella diversità delle sfumature delle diverse sentenze pronunciate, possono essere individuate nei seguenti filoni interpretativi:

- la non applicabilità di termini decadenziali all'apertura dei procedimenti dell'Autorità – orientamento, questo, in linea di continuità col passato, ma ormai minoritario;
- l'applicazione dell'art. 14 della legge n. 689/81 ai procedimenti dell'Autorità – orientamento in base al quale l'Autorità è tenuta ad avviare l'istruttoria entro 90 giorni, restando poi da verificare se tale termine decorra:
 - o dalla prima denuncia;
 - o dalla effettiva conoscenza dell'illecito;
- l'applicazione di vincoli temporali ai procedimenti dell'Autorità desumibili dalla legge 241/90, dall'art. 97 Cost e dell'art. 6 dalla CEDU in base ai quali l'avvio dei procedimenti istruttori, pur non dovendo rispettare il termine di 90 giorni di cui all'art. 14 l. 689/81, deve avvenire entro un

termine “congruo”, di “vari mesi” ma non “di vari anni”, a pena di annullamento della decisione finale;

- in materia di tutela del consumatore, l’esistenza di una disciplina specifica dell’avvio del procedimento, in base alla quale l’apertura dell’istruttoria deve, in linea di principio, avvenire entro 180 giorni dalla richiesta di intervento.

L’orientamento ormai prevalente sembra dunque rivolto a sostenere l’applicabilità dei termini perentori previsti dall’art. 14 della l. n. 689/81, orientamento che sembra argomentato dalla motivazione per cui, diversamente, «si verrebbe a consentire una sorta di istruttoria permanente su di un settore, priva di specifici parametri procedurali, svolta in attesa di acquisire elementi allo stato assenti ovvero insufficienti» (cfr. CdS, sez. VI, sentenza n. 512, 21 gennaio 2020). Secondo questa giurisprudenza, tale ricostruzione sarebbe pienamente conforme ai principi generali di cui all’art. 6 CEDU e all’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

In realtà, come più volte chiarito dalla Corte di giustizia, la c.d. tardività nella decisione di apertura di un’indagine è una circostanza che, in sé e per sé, non può legittimare la caducazione del provvedimento antitrust: quest’eventualità ricorre solo nel caso in cui i soggetti destinatari della decisione dimostrino che la tardività si è tradotta in una compressione dei loro diritti di difesa. Al contempo, la Corte ha invitato gli Stati membri a non ostacolare l’efficace applicazione del diritto della concorrenza comprimendo in modo eccessivo i tempi di intervento delle Autorità nazionali di concorrenza.

Fa riflettere e sorridere che un contenzioso relativo alla stessa violazione del diritto della concorrenza, il cartello dei tondini, accertato sia dall’autorità italiana che dalla Commissione europea (con mercati e periodi parzialmente diversi, ma con le stesse imprese italiane), abbia avuto un esito opposto a seconda del giudice: in Italia la violazione del termine ragionevole (come inteso alle nostre latitudini) ha determinato l’annullamento del provvedimento; a Lussemburgo la stessa censura è stata rigettata (e si trattava di una decisione sanzionatoria adottata a distanza di quasi trent’anni dall’inizio dell’infrazione, periodo nel quale si sono succeduti ben quattro Commissari diversi)

In secondo luogo, l’applicazione di un termine breve e rigido di 90 giorni è assolutamente incompatibile con la complessità delle valutazioni economiche e giuridiche che conducono all’avvio; si stabilisce pertanto in capo all’Autorità un onere sproporzionato, col rischio di lasciare impunte le violazioni antitrust anche quando la condotta illecita sia ancora in corso.

In terzo luogo, un obbligo di analizzare le segnalazioni nell’ordine in cui siano state ricevute contrasta con l’articolo 4.5 della Direttiva ECN+ (1/2019), a norma del quale «Le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza hanno il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti ai fini dell’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE».

In conclusione: occorre raggiungere un bilanciamento, un equilibrio tra i valori in gioco. Ha scritto la Corte costituzionale (sent. 58/2018): «Per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Un solo esempio, a proposito della dignità. Caso RBM (PS11828), concluso con una sanzione (complessivamente pari a 6 milioni di euro) inflitta a Intesa Sanpaolo RBM Salute S.p.A e a Previmedical. L'istruttoria era stata avviata sulla base di oltre 2.000 reclami giunti in Autorità. In quell'occasione, l'Antitrust ha accertato che le due società coinvolte avevano reso onerosa e difficile per i consumatori, con particolare riferimento a quelli colpiti da gravi malattie, la fruizione delle prestazioni sanitarie previste dal contratto. Dopo di che il Tar ha accolto l'eccezione di tardività dell'avvio istruttorio. Ma la salute è l'unico diritto che la Costituzione (art. 32) proclama «fondamentale»; e fondamentale significa che la salute prevale rispetto al diritto di difesa, rispetto alla stessa concorrenza. Sacrificare il diritto alla salute sull'altare delle formalità procedurali è una visione miope, oltre che errata in punto di diritto.

E dunque, come ne veniamo fuori? Usando i rimedi previsti dall'ordinamento generale. C'è un contrasto, quantomeno potenziale, con i Trattati, della giurisprudenza del Consiglio di Stato sul regime di decadenza; sicché quest'ultimo, nella sua veste di giudice di ultima istanza, dovrebbe disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, in modo da coinvolgere nel dibattito anche le istituzioni unionali, in un esercizio di democrazia. Aggiungo che per il Consiglio di Stato si tratta di un obbligo, a norma dell'art. 267, par. 3, TFUE; che l'obbligo di rinvio risulta rafforzato, ai sensi della giurisprudenza UE, nel caso di specie, perché c'è un contrasto evidente tra il TAR e il CDS, e tra gli stessi giudici della sesta sezione del CDS; e aggiungo infine che la violazione di quest'obbligo rafforzato potrebbe determinare una procedura d'infrazione. Nessuno, spero, se lo augura.