

Le garanzie procedimentali

I nuovi poteri dell'Antitrust
tra concorrenza e regolazione

Roma 27 marzo 2024

di Fabio Cintioli

- Poteri nuovi e nuovi dubbi: una strada inedita tracciata da un decreto legge e da un parere del Consiglio di Stato
- L'effettività dell'ordinamento giuridico, l'importanza delle costituzioni e delle «tradizioni costituzionali». Il vocabolario della CGUE ha la sua importanza
- La tradizione conta per assicurare effettività o se preferite ... per assicurare *enforcement*
- La cautela è importante per un settore disciplinare così giovane (in USA) e giovanissimo (in UE). Condotte unilaterali, cartelli e concentrazioni restano i pilastri della disciplina, faticosamente affermatasi in²

- Due i tipi di procedimento in uso presso le autorità indipendenti:
- Il procedimento per *notice and comment* tipico della regolazione: pubblicazione della bozza di decisione, acquisizione larga delle osservazioni di tutti gli interessati, e assunzione della decisione
- ... e il procedimento a contraddittorio bilaterale (ed eventualmente trilaterale), consistente nella sequenza-base contestazione vs difese, tipico della funzione sanzionatoria e comunque di funzioni che vengano a costituire un effetto su uno o più operatori determinati (ad es., le concentrazioni)
- i diritti procedurali degli interessati

- Una domanda: il procedimento secondo lo schema di comunicazione è unico a due fasi? Sembra di sì, perché, tra l'altro, par. 16 prevede che con l'accettazione degli impegni si chiude l'indagine conoscitiva
- Un'altra domanda: il DL Asset contiene un vincolo sull'unicità del procedimento? In verità, se è possibile, come ha ritenuto il Consiglio di Stato, estendere il DL a tutti i mercati ... non sarà impedita una interpretazione che porta a due procedimenti e due funzioni sostanzialmente differenti. L'autonomia di AGCM può farsi sentire
- Nello schema di Comunicazione sembra che, nel procedimento unico (che però scandisce egualmente due fasi successive) i due modelli di procedimento (*notice and comment* e contraddittorio bilaterale) talora si sovrappongano: ad es. tra la DRC e l'audizione finale sembra che resti il contributo di «tutti» gli interessati (v. par. 19) con una apposita ulteriore fase di consultazione sulla decisione⁴ di imporre misure strutturali (par. 18) e poi le imprese

- I Diritti di difesa, dunque.
- Una domanda: difesa da che cosa?
- Dalla misura rimediale ancora indicata per tipologia (par. 10 lett. d), alla misura rimediale definita nei contenuti (par. 19 e 21)
- E sul problema concorrenziale idoneo ad ostacolare o distorcere il mercato? Qual è la contestazione?
- Due problemi: (i) gli impegni «al buio» delle misure concrete. Attenzione a certezza del diritto e prevedibilità. Parte troppo presto sembra troppo «centrale» e ... (ii) non è chiaro lo sviluppo della difesa tra la DRC e la valutazione di imposizione di misure (par. 18): come si fa a persuadere l'Autorità delle ragioni difensive? bastano le memorie ex par. 10, lett. d) ad inserire con

- Procedimento e garanzie difensive alla luce del principio di legalità, tassatività della fattispecie legale, determinatezza della fattispecie individuata dall'Autorità
- Ricordiamo gli insegnamenti di Vezio Crisafulli: legalità non è solo riserva di legge, né solo rispetto della legge e del suo primato da parte dell'amministrazione, ma anche (e soprattutto) garanzia della «raffrontabilità» col parametro legislativo: si deve poter sempre verificare se la scelta della PA sia effettivamente conforme al modello legale al fine di consentirne il sindacato del GA (art. 113 Cost.) e quindi la fattispecie nella legge (o se preferite ... nel *case law* in corso di evoluzione) deve essere sufficientemente⁶

- La natura giuridica della funzione amministrativa esercitata è essenziale per definire e misurare:
 - (i) il tipo di procedimento e (ii) il tipo di garanzie difensive da assicurare
- E dunque interroghiamo:
- Prima ipotesi: è funzione sanzionatoria?
- Non ritroviamo l'illecito come presupposto delle misure. Potremmo anche pensare a situazioni ibride che l'ordinamento UE e nazionale conoscono, ad esempio, sugli obblighi di bonifica di area inquinata, che fanno capo al responsabile dell'inquinamento anche quando avesse inquinato in caso di contaminazione storica «non contra legem». Però se manca l'illecito commesso, esiste una situazione illegale puntuale e accertabile secondo

- Seconda ipotesi: è funzione ablatorio espropriativa?
- Dovremmo prima dimostrare l'esistenza di una pubblica utilità nel rimuovere il problema concorrenziale e dovremmo anche corrispondere l'indennizzo all'impresa che subisce le misure
- Terza ipotesi: è funzione pianificatoria?
- L'art. 41 Cost. (anche in comb. disp. con l'art. 43) prevede «scampoli» di pianificazione, ma non mi sembrano pertinenti al problema concorrenziale esplorato da una autorità indipendente e poi si tratta di limiti che hanno dato luogo a scottanti problemi nella storia dell'ordinamento. E poi attenzione: nella pianificazione urbanistica si programma di volta in volta il futuro, ma non si⁸

- Quarta ipotesi: è funzione di regolazione del mercato?
- La regolazione è (o doveva essere) condizionale e misurata. Questa nuova regolazione che prospettive avrebbe? E poi come la mettiamo con le competenze dei Regolatori che vantano di regola anche una copertura UE?
- Quinta ipotesi: è funzione autorizzativa?
- Ma avremmo una autorizzazione a far cosa? Ad operare in generale nel mercato a condizione che non vi siano distorsioni? Funzione autorizzativa è quella delle concentrazioni: si deve ottenere l'autorizzazione dell'Autorità e, se le imprese intendono ottenerla in situazioni critiche, allora (e solo allora) l'Autorità avrà titolo ad imporre⁹

- Come fare allora a dare una funzione a questo potere, visto che il DL Asset non lo ha fatto? Quali ipotetiche «ancore di salvezza» per evitare un «*Agilulfo effect*»?
- Suggestimenti sparsi in libertà ... e con «beneficio di inventario»:
 - 1. distinzione netta tra due procedimenti e due modelli: il primo *notice and comment* e il secondo a contraddittorio bilaterale;
 - 2. specificazione preventiva e tipologica con apposite Linee guida dei problemi di concorrenza che siano idonei ad ostacolare o distorcere il mercato;

- 3. spostamento in avanti del subprocedimento impegni, dopo che si siano «contestate» le misure specifiche;
- 4. ipotizzare anche misure non vincolanti ma rilevanti in chiave antitrust futura, quasi a rafforzare il legame già preesistente tra indagine conoscitiva e procedimenti antitrust (perché non degli impegni proposti da AGCM?);
- 5. predeterminazione dei criteri di azione relativi allo svolgimento della seconda fase (o secondo procedimento), in modo da lasciare spazi di valutazione effettiva e