



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXVIII - n. 17

**Publicato sul sito www.agcm.it
7 maggio 2018**

I803 - CONDOTTE RESTRITTIVE DEL CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO

Ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018

IL COLLEGIO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 maggio 2018;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87

ha emesso la seguente

ORDINANZA

nel procedimento n. I803 avviato dall'Autorità **Garante della Concorrenza e del Mercato** con delibera n. 26327 dell'11 gennaio 2017, nei confronti del

Consiglio Notarile di Milano, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti A. Barone, F. Cintioli e R. Danovi, elettivamente domiciliato presso lo Studio Legale Cintioli & Associati in Roma, Via Vittoria Colonna 32

e con la partecipazione

in qualità di segnalante, del **notaio Paolo De Martinis**, rappresentato e difeso dagli Avv.ti G. M. Roberti e G. Bellitti, elettivamente domiciliato presso lo Studio Legale EJC Roberti & Associati in Bruxelles, Place du Grand Sablon 36

nonché, in qualità di intervenienti,

del **notaio Riccardo Genghini** rappresentato e difeso dall'Avv. Gustavo Olivieri, elettivamente domiciliato presso lo Studio di quest'ultimo, in Roma, Largo Amilcare Ponchielli, 6

della società **Centro Istruttorie S.p.a.**, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Claudio Tesauro e Francesco Anglani, elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale Bonelli Erede in Roma, Via Vittoria Colonna 39

dell'Associazione **Sindacale dei Notai della Lombardia**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, con sede legale in Milano, Via Locatelli 5

FATTO

In data 11 gennaio 2017, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio, nei confronti del Consiglio Notarile di Milano (CNM), volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, realizzata attraverso: *i*) richiesta a tutti i notai del distretto di dati concorrenzialmente sensibili, al fine di far emergere le posizioni di preminenza economica; *ii*) iniziative disciplinari nei confronti dei notai del distretto maggiormente produttivi ed economicamente performanti, accompagnate da attività segnaletica volta a dare risalto a tali iniziative.

In data 21 febbraio 2018, gli Uffici istruttori dell'Autorità hanno trasmesso la Comunicazione delle Risultante Istruttorie (CRI) alle parti del procedimento, con la quale hanno contestato al CNM di aver posto in essere condotte idonee a inibire ai notai del distretto di Milano, Lodi, Monza, Busto Arsizio e Varese (in particolare, a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate

quantità di lavoro – ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta - con l'intento di riportare le posizioni economiche dei singoli notai in linea con la media del distretto.

La CRI (che costituisce il documento DOC257 del fascicolo istruttorio) ha chiarito che l'attività istruttoria svolta dagli Uffici non ha avuto ad oggetto le iniziative di genuina vigilanza del CNM, non essendo in discussione il potere/dovere del CNM di tutelare l'utenza e la fede pubblica nell'esercizio delle funzioni di controllo dell'operato dei notai.

Sono state, invece, contestate le seguenti condotte, sulla base di numerose ed univoche evidenze:

i) richiesta di dati economici sensibili sotto il profilo *antitrust*. Il CNM ha adottato nel 2014 e nel 2016 un sistema di monitoraggio a tappeto sull'attività dei singoli notai, volto ad acquisire informazioni sempre più dettagliate sul loro comportamento economico (numero di atti stipulati, copia delle fatture, spese di gestione, dettaglio di svariate voci di costo, fatturato complessivo, ecc.);

ii) mappatura dei notai monitorati. I dati acquisiti sono stati elaborati al fine di porre in rilievo aspetti concorrenzialmente sensibili (tra gli altri, *tabelle* che evidenziano i livelli di «sperequazione» tra il numero di atti redatti dai notai del distretto; *tabelle excell* contenenti informazioni sui ricavi, sui costi e sull'organizzazione dell'attività; «*Indice Fatturato/Repertorio*» da cui emerge il rapporto fra i prezzi mediamente praticati dai singoli notai e la tariffa repertoriale; «*Grafico dispersione fatturato*» che rappresenta il fatturato di ogni singolo notaio, evidenziando quelli con fatturati più elevati);

iii) diffuso risalto (relazioni annuali, giornate di studio, audizioni, ecc.) del messaggio che occorre «evitare sperequazioni» nella distribuzione del lavoro, evidenziando le ripercussioni negative per la categoria derivanti dalla concorrenza tra colleghi (condannando i c.d. «*attifici*», le «*concentrazioni anomale del lavoro*», il ricorso a società di servizi, le «*politiche tariffarie molto, molto, molto, aggressive*», giungendo a chiedere «... *ti fai pagare troppo poco?*»).

Nella CRI è stato, altresì, ricostruito l'intento anticompetitivo sotteso a tali condotte del CNM, evidenziando come, tramite le stesse, il Consiglio abbia sistematicamente inteso fronteggiare:

- l'aumento della sperequazione nella distribuzione dei repertori notarili fra i notai del distretto;

- il rischio che i notai utilizzino le nuove leve concorrenziali (prezzo e modalità innovative di fornitura dei servizi) per acquisire quote di mercato a scapito dei concorrenti, a ciò indotti dalle modifiche legislative che hanno rivoluzionato il sistema notarile (riduzione attività riservate, soppressione tariffa, aumento pianta organica) e dalla crisi del settore immobiliare;

- le scelte economiche dei notai risultanti non in linea con la media del distretto in termini di quantità di lavoro svolto e prezzi mediamente praticati, ai quali è stato veicolato il messaggio che bisogna «ambire» alla media.

Una volta descritte le evidenze relative alle condotte contestate, nella CRI, gli Uffici istruttori hanno replicato alla difesa del CNM basata sulla funzionalità di tali condotte all'esercizio dei propri poteri/doveri di vigilanza. In questa prospettiva, nella CRI è stata verificata l'assenza di proporzionalità e necessità delle condotte, avendo riguardo alla natura dei dati richiesti, all'intento sotteso alla raccolta degli stessi e all'utilizzo che ne è stato fatto.

Riguardo alla natura dei dati, è stato posto in rilievo che lo stesso Consiglio ha riconosciuto l'assenza di correlazione tra il numero di atti stipulati e i tempi di trascrizione, così palesando che, diversamente da quanto formalmente asserito, non era il rispetto di tali tempi che si intendeva

verificare; rispetto alla richiesta delle fatture, è stato rilevato che si tratta dell'unico documento dal quale risultano i prezzi effettivamente praticati da ciascun notaio alla propria clientela e che costituisce, pertanto, una tipologia di informazioni estremamente sensibile.

La natura non necessaria e sproporzionata di tali dati è stata poi ricondotta alla circostanza che il CNM non ha più chiesto copia delle fatture con i successivi monitoraggi, il che evidenzerebbe come lo stesso CNM non ritenga essenziale disporre di tale documentazione per condurre la propria attività di vigilanza.

Con riferimento all'intento, oltre al fatto che tali condotte sono state esplicitamente correlate alla difesa della categoria (*"conoscere i numeri, possedere il dato, è fondamentale per la difesa ed il consolidamento del notariato"*), tra l'altro, nelle Relazioni annuali, nella CRI è stato evidenziato anche che, nel 2016, il CNM sarebbe stato pienamente consapevole della pretestuosità delle proprie richieste (al riguardo, viene richiamato uno scambio di email tra i componenti del Consiglio di luglio 2016, in cui sorprendentemente si evidenzia l'incoerenza tra *«deliberare di chiedere i dati di trascrizione e mandare un modulo di monitoraggio con dati economici e chiedendo certificato di regolarità fiscale»*).

In relazione all'utilizzo dei dati raccolti, nella CRI è stato sottolineato che il Consiglio non risulta aver assunto particolari iniziative quando ha riscontrato tempi medi di trascrizione molto lunghi. Diversamente, i dati economici e concorrenzialmente sensibili risultano essere stati ampiamente elaborati e hanno condotto alla mappatura dei singoli notai.

Infine, sempre nell'ottica di dimostrare la non funzionalità delle condotte contestate alla genuina attività di vigilanza, la CRI ha significativamente posto in rilievo che la quasi totalità dei dati utilizzati e utilizzabili ai fini di vigilanza sono reperibili e reperiti dal Consiglio da altre fonti (principalmente Archivio Notarile, Agenzia delle Entrate ed esposti), rispetto alle quali le informazioni raccolte tramite i questionari 2014 e 2016 neanche rispondono a maggiore tempestività nei tempi di acquisizione. Inoltre, la circostanza che nei due questionari 2014 e 2016 non sia stato richiesto lo stesso *set* informativo è stata richiamata quale conferma in sé della non necessità ai fini della genuina attività di vigilanza della quasi totalità dei dati richiesti, unitamente al fatto, di sicuro rilievo, che la stessa associazione di categoria intervenuta nel procedimento a sostegno del CNM (Associazione Sindacale dei Notai della Lombardia) ha riconosciuto che la raccolta di dati di fatturato non è funzionale all'esercizio dei poteri di vigilanza.

Tutto quanto precede ha portato gli Uffici istruttori a concludere che la raccolta di informazioni sensibili e i loro successivi utilizzi non possono che essere stati volti al perseguimento della finalità anticoncorrenziale di inibire i notai vigilati dal discostarsi dalla media del distretto, tramite il ricorso alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta.

A circa un anno dall'avvio dell'istruttoria e a ridosso dell'invio alle Parti della CRI, è entrato in vigore il nuovo articolo l'art. 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n. 89, introdotto con la legge 27 dicembre 2017, n. 205, ai sensi del quale *"Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287"*.

L'articolo 8, comma 2, prevede a sua volta: *"Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati"*.

Rispetto a tale novità normativa, nella CRI è stato rilevato che la norma, in quanto sopravvenuta, non sarebbe applicabile *ratione temporis* alla quasi totalità delle condotte oggetto di accertamento. La CRI ha evidenziato che, in ogni caso, l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. 89 del 1913, nella parte in cui richiama l'art. 8, comma 2, L. n. 287/90, deve essere necessariamente interpretato in senso costituzionalmente e comunitariamente orientato, ovvero in maniera conforme alle norme e ai principi comunitari in materia di concorrenza, per effetto sia dell'art. 1, comma 4, della l. n. 287 del 1990, sia dell'art. 117, comma 1, Cost..

Nella CRI è stato quindi richiamato l'art. 106, par. 2, TFUE, il quale, secondo la costante interpretazione della Corte di giustizia europea, limita l'applicazione delle norme antitrust alle condotte di imprese incaricate dalla legge della gestione di servizi di interesse economico generale solo in via eccezionale e una volta superato il *test* di proporzionalità (Corte di giustizia, causa C-127/73, *BRT/SABAM*, Racc. 1974, pag. 25, e Tribunale, causa T-128/98, *Aéroports de Paris*, Racc. II-2000, pag. 290). Ne viene tratta la conseguenza che, per il tramite della deroga di cui all'art. 8, comma 2 – letto conformemente all'art. 106, par. 2 –, non è possibile sottrarre in via generale e astratta un intero segmento di attività dall'ambito di applicazione delle norme *antitrust*.

Sul punto, nella CRI si conclude che, ove mai fosse seguita una interpretazione e/o applicazione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, che richiama l'art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, difforme da quella costituzionalmente e comunitariamente orientata appena illustrata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sarebbe tenuta alla sua disapplicazione per contrarietà ai principi di cui agli articoli 101 e 106 TFUE letti congiuntamente all'articolo 4 par. 3 TUE e al protocollo n. 27 TUE sul mercato interno e la concorrenza (*ex art. 3 lett. f*) TCE).

A seguito del ricevimento della CRI, il CNM (nella propria memoria finale e nel corso dell'audizione dinanzi al Collegio) non ha condiviso l'interpretazione della norma prospettata dagli Uffici istruttori ed ha, anzi, fatto leva sulla disposizione in esame (come interpretata dalla Corte di Appello di Milano, su cui v. *infra*) per porre la questione preliminare dell'asserita incompetenza dell'Autorità a giudicare le condotte oggetto di istruttoria.

In particolare, il Consiglio ha sottolineato che l'esercizio del potere-dovere di vigilanza disciplinare è funzione pubblicistica sottratta all'applicazione della normativa *antitrust* e al sindacato dell'Autorità, ritenendo che l'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, sia applicabile al caso di specie in virtù del principio *tempus regit actum*, in quanto norma entrata in vigore ad istruttoria in corso. In ogni caso, ad avviso del CNM, la norma in questione non farebbe che codificare un principio immanente nell'ordinamento, affermato in una sentenza della Cassazione (Cass. civ. sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041), secondo cui il Consiglio notarile che assume l'iniziativa del procedimento disciplinare, affidatagli dalla legge notarile, esercita la gestione di servizi di interesse economico generale ed è perciò esente dall'applicabilità delle norme *antitrust*, ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 287 del 1990.

A tal fine, il CNM ha prodotto copia di un'Ordinanza della Corte d'Appello Milano, sez. I, del 6 aprile 2018 (avente ad oggetto uno dei procedimenti disciplinari condotti avverso il notaio segnalante PAOLO DE MARTINIS), la quale, nel riprendere la citata sentenza della Cassazione del 2016, espressamente aggiunge che le norme *antitrust* “*devono ritenersi inapplicabili agli organi del Consiglio notarile, che, quando esercitano la funzione disciplinare, non regolano l'attività economica svolta dai notai nell'offrire servizi sul mercato, ma, con prerogative tipiche dei pubblici poteri, adempiono, in sostanza, a una funzione sociale fondata sul principio di*

solidarietà (...)". Rispetto al nuovo art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, l'Ordinanza prosegue affermando che *"l'esenzione dall'applicazione diretta delle regole antitrust e dal potere di intervento sanzionatorio dell'AGCM concerne proprio gli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare"*, in quanto i Consigli notarili distrettuali, *"limitatamente all'esercizio della vigilanza, (...) non regolano i servizi offerti dai notai sul mercato, ma esercitano prerogative tipiche dei pubblici poteri. A bene vedere, quindi, con la modifica normativa in commento, il legislatore ha inteso emanare una norma di interpretazione autentica di una previsione già vigente"* (cfr. DOC282, all. 2. del fascicolo istruttorio).

L'interpretazione della norma sposata dalla Corte di Appello di Milano è quella già ampiamente diffusa presso la categoria notarile, come risulta ad esempio nella Premessa della Relazione annuale del CNM per il 2017 (cfr. DOC284, all. 12, e DOC286, all. 1, fascicolo istruttorio) e nella giornata di studio del 19 gennaio 2018, organizzata dalla Fondazione Italiana del Notariato in collaborazione con il CNM (cfr. DOC284, all. 7 fascicolo istruttorio).

Il profilo relativo all'interpretazione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, è stato affrontato anche dal notaio RICCARDO GENGHINI ammesso a partecipare al procedimento che, nell'esprimere condivisione dell'interpretazione contenuta nella CRI, ha prodotto un parere *pro veritate* *"sulla portata e sulla legittimità costituzionale ed europea"* della norma in questione.

In tale parere, si evidenzia, tra l'altro, che la citata sentenza della Corte di Cassazione del 2016 si riferirebbe ad una specifica iniziativa disciplinare del Consiglio notarile. Diversamente, la modifica legislativa apportata alla legge notarile verrebbe ad estendere la sfera degli atti esenti non a singole iniziative disciplinari in quanto tali, ma anche ad atti diversi purché ritenuti dai Consigli funzionali al promovimento delle proprie iniziative disciplinari. Secondo quanto riportato nel parere, tale estensione, oltre ad essere ultronea rispetto al principio di diritto affermato dalla Cassazione, rischierebbe di ampliare senza limiti e al di fuori di ogni logica l'ambito delle attività dei Consigli ritenute esenti [*"potendosi facilmente intendere in senso estensivo, senza reali limiti, il concetto di atti 'funzionali' all'instaurazione del procedimento disciplinare"*]. Una siffatta interpretazione estensiva sarebbe in contrasto con le norme del diritto dell'Unione (art. 101 e art. 106 TFUE) e, oltre che suscettibile di essere disapplicata dall'Autorità, presenterebbe profili di illegittimità incostituzionale con particolare riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.

A fronte dell'interpretazione della norma proposta dal CNM, che fa altresì leva, da ultimo, sulla citata Ordinanza della Corte di Appello di Milano del 6 aprile 2018, nel corso dell'audizione dinanzi al Collegio gli Uffici istruttori dell'Autorità hanno rappresentato che: *"a seguire l'impostazione data dal CNM, la norma debba essere disapplicata, ai fini e per gli effetti del caso di specie, per contrarietà alle norme qui citate (cfr. ante), e che essa potrebbe porre profili di incostituzionalità"*.

A conclusione di tale audizione, il Presidente dell'Autorità ha chiesto al CNM *"di precisare se intenda o meno confermare, alla luce di quanto emerso nel corso della presente audizione, la lettura dell'art. 93ter, comma 1bis, della legge notarile, secondo cui tale norma precluderebbe ogni sindacato dell'Autorità nel caso di specie"*. Il CNM ha risposto in senso affermativo, ribadendo di voler invocare *"a copertura della condotta così come individuata nella CRI, la previsione dell'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 193 e il corrispondente orientamento della Corte di cassazione. Tale norma, tale orientamento e il relativo principio proprio della Repubblica"*

Italiana sono infatti pienamente vigenti e sono oltretutto perfettamente compatibili con l'art. 106 TFUE".

DIRITTO

Il Collegio, in via preliminare, si è lungamente interrogato sulla propria legittimazione a sollevare questione di legittimità in via incidentale. E, all'esito della disamina della pertinente giurisprudenza costituzionale, ha concluso in senso positivo; ciò sulla scorta di diverse considerazioni.

Come noto, ai sensi dell'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, i presupposti perché possa essere sollevata questione di legittimità costituzionale sono che la stessa venga formulata da un "giudice" nell'ambito di un "giudizio".

Le suddette condizioni previste dalle citate leggi sono state, sin dalle prime pronunce della Corte (sent. n. 4 del 1956; sent. n. 129/1957 e molte altre dello stesso segno), interpretate in senso estensivo, non limitando, dunque, la figura del "giudice" ai soli titolari degli organi di giurisdizione ordinaria e speciale (Corte cost., sent. n. 114/1970 sul *Consiglio Nazionale Forense*; sent. n. 244 del 1995 – sulla *Corte dei conti in sede di controllo*; sent. n. 52 del 1998 – sul *Consiglio della magistratura militare*; sent. n. 345 del 1995- sul *Consiglio Nazionale dei Chimici*; sent. n. 26 del 1990 – sul *Consiglio Nazionale dei Periti Industriali*; sent. n. 51 del 2001- sul *Console*), né richiedendo che il "giudizio" fosse solo quello svolto davanti ai suddetti organi (Corte cost., sent. n. 12 del 1971- relativa alla *Sezione disciplinare del CSM*; sent. n. 78 del 1961 – relativa al *Commissario liquidatore degli usi civici*; sent. 376 del 2001 – relativa *Collegio arbitrale*).

I presupposti per poter sollevare la questione di legittimità costituzionale sono stati, dunque, individuati nella necessità che il sindacato "non abbia a esplicitarsi in astratto, ma in relazione a concrete situazioni di fatto, alle quali siano da applicare norme di dubbia costituzionalità", da parte di organi che "sebbene estranei alla organizzazione della giurisdizione" siano investiti di "funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge" e "siano all'uopo posti in posizione super partes" (Corte cost., sent. n. 226 del 1976 e sent. n. 83 del 1966).

La *ratio* di fondo che informa l'indirizzo giurisprudenziale appena ricordato, nella medesima decisione appena citata, è stata individuata nella "esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte" (Corte cost., sent. n. 226 del 1976 cit., cui *adde*, tra le altre, sent. n. 406 del 1989 e sent. n. 384 del 1991).

Se queste sono le coordinate rispetto alle quali verificare la legittimazione del Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a sollevare questione di legittimità costituzionale, ne deriva che lo stesso può essere ricondotto nell'alveo degli organi legittimati a sottoporre alla Corte i dubbi di costituzionalità sulle norme che è tenuto ad applicare; e ciò anche a voler ritenere preferibile l'indirizzo secondo il quale l'elemento soggettivo ("il giudice") e l'elemento oggettivo ("il giudizio") devono ricorrere cumulativamente.

Sotto il profilo soggettivo, la composizione dell'Autorità è tale da porla in una posizione di indipendenza e di neutralità, sottraendola a qualsiasi condizionamento "esterno" sia da parte degli organi di indirizzo politico, sia da parte di terzi.

In primo luogo, le procedure di nomina del Presidente e dei Componenti il Collegio dell'Autorità sono tali da sottrarre l'istituzione a qualsiasi condizionamento e controllo, collocandola al di fuori del rapporto di subordinazione gerarchica e della potestà direttiva del potere politico. Sul punto, l'articolo 10 della legge n. 287 del 1990 prevede, infatti, che i componenti dell'Autorità sono nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica tra persone di notoria indipendenza e professionalità. E ciò diversamente rispetto a quanto disposto per altre autorità indipendenti i cui membri sono tutti o in parte di nomina governativa (Consob, Arera e Agcom), sebbene sia prevista la richiesta del parere della commissioni parlamentari competenti.

La durata del mandato (limitata a sette anni e non rinnovabile), l'inaamovibilità e il regime di incompatibilità costituiscono, in secondo luogo, elementi importanti ai fini dell'indipendenza e della terzietà dell'Autorità. La durata limitata e non rinnovabile dell'incarico impedisce eventuali comportamenti opportunistici finalizzati ad ottenere una nuova nomina, operando prevalentemente nei confronti dei condizionamenti esercitabili dal potere politico. Il regime di incompatibilità garantisce che i componenti dell'Autorità, nell'esercizio del proprio mandato, non siano portatori di interessi diversi rispetto a quello che sono chiamati a tutelare.

Sicché la particolare e qualificata indipendenza dell'Autorità depone, senz'altro, per la sua assimilabilità ai soggetti che svolgono funzioni giurisdizionali, e per i quali l'art. 104 Cost., in combinato disposto con l'art. 101 Cost., prevede l'inaamovibilità, assicurando la loro soggezione solo alla legge e l'autonomia dell'organizzazione giurisdizionale nel suo complesso.

Va, ancora, evidenziato che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è un'autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge *antitrust*, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte a partire dalla già citata sentenza n. 226 del 1976, in cui si è ritenuto che la Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità presenta i requisiti previsti dall'articolo 1 della legge n. 1 del 1948 e 23 della legge n. 87 del 1953, nonostante si tratti di un organo estraneo all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibito a compiti di diversa natura. Ciò in quanto la Corte dei conti, in quella veste, svolge una funzione assimilabile a quella giurisdizionale, piuttosto che alla funzione amministrativa (Corte cost., sent. n. 83 del 1966).

In tal senso, si deve osservare che nell'esercizio della funzione di tutela della concorrenza, che rappresenta il nucleo principale della sua attività, l'Autorità non sceglie (pondera) tra una pluralità di interessi concorrenti (a differenza della pubblica amministrazione in senso classico che, pur in modo imparziale, è tenuta a bilanciare contrapposti interessi pubblici e privati), ma si limita, al pari di un giudice, ad applicare la legge al caso concreto. L'agire dell'Autorità non è, infatti, caratterizzato da profili di vera e propria discrezionalità amministrativa, potendosi al più ravvisare una discrezionalità di tipo tecnico, derivante dall'applicazione di regole tecniche di natura economica.

Tale funzione ha, inoltre, rilevanza costituzionale, considerata la centralità della disciplina concorrenziale nel sistema costituzionale, in cui la libera concorrenza e il corretto funzionamento del mercato sono considerati valori riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 della Costituzione (Cons. St., 16 marzo 2006, n. 1397, *Test diagnostici per diabetici*).

Si deve poi rilevare che, a differenza di altre Autorità indipendenti, l'Autorità *antitrust* non regola e controlla uno specifico settore economico né persegue fini ulteriori rispetto a quello generale di tutela della concorrenza. Tant'è che, per evitare possibili commistioni tra interessi diversi, l'articolo 20 della legge n. 287 del 1990 è stato modificato e la funzione di *enforcement* antitrust, che nel settore delle comunicazioni e in quello del credito era stata originariamente attribuita alle Autorità di regolazione (allora, erano il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, cui è poi subentrata l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e la Banca d'Italia), sentito il parere dell'Autorità, è stata affidata a quest'ultima.

Proprio perché svolge una funzione di garanzia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha, dunque, un grado di indipendenza, pari alla terzietà che deve avere un giudice; mentre lo stesso livello di indipendenza non è rinvenibile con riferimento alle autorità di regolazione. A dimostrazione di quanto appena affermato depone la circostanza che le funzioni in materia *antitrust* potrebbero, in linea teorica, essere esercitate anche dal giudice; là dove, invece, i poteri di regolazione non potrebbero mai essere attribuiti ad organismi giurisdizionali.

Un ulteriore elemento a favore del carattere giurisdizionale delle funzioni svolte in materia di concorrenza è costituito dall'ampio spazio che nel corso dei procedimenti davanti all'Autorità viene dato ai principi del contraddittorio e della parità delle armi, di chiara derivazione processuale.

In tali procedimenti, oltre al diritto al contraddittorio documentale, è riconosciuto anche un diritto al contraddittorio orale, che può essere esercitato sia all'inizio dell'istruttoria che immediatamente prima della conclusione della stessa. L'art. 14, l. n. 287 del 1990, in funzione di garanzia del pieno esercizio del diritto di difesa, attribuisce, infatti, alle imprese e agli enti interessati la facoltà di chiedere l'audizione finale dinanzi al Collegio.

Più in particolare, al fine di garantire un contraddittorio ampio e qualificato e di assicurare la piena parità delle armi tra accusa e difesa, nel corso del procedimento volto all'irrogazione della sanzione non solo è previsto un esteso accesso ai documenti e al fascicolo della 'accusa', ma l'autorità inquirente (gli uffici) comunica alla 'difesa' (cioè a colui che è sottoposto a procedura sanzionatoria) tutte le prove a carico e a discarico (attraverso l'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie), sollecitando sulle stesse il contraddittorio in un'audizione davanti all'organo decidente (il Collegio).

La comunicazione alle parti dell'atto in cui vengono cristallizzati gli addebiti mossi nei loro confronti, nonché la possibilità ad essi riconosciuta di difendersi rispetto a tale documento nel corso di un'audizione orale, sono elementi di particolare rilievo poiché, mettendo il Collegio nella condizione di decidere in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte e orali delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo, rendono il procedimento *antitrust* rispettoso dei requisiti prescritti dall'articolo 6 della Cedu.

Sul punto è utile ricordare, *a contrario*, che è proprio la mancanza di tali elementi che ha indotto la Corte Edu a ritenere che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfacesse tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale (cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, causa *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014).

Inoltre, in base all'art. 15 della l. n. 287 del 1990, l'Autorità, analogamente al giudice ordinario, può disporre l'inibitoria di alcuni comportamenti, intimando alle imprese di cessare l'infrazione, e condannare i soggetti al pagamento di sanzioni pecuniarie; il tutto con decisione che, ove non impugnata, è suscettibile di produrre effetti analoghi a quelli del giudicato.

Sussiste altresì un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni e l'organo competente ad assumere le decisioni (il Collegio). Secondo il Regolamento di organizzazione, infatti, gli uffici, cui spetta l'istruttoria dei casi e la formulazione delle ipotesi accusatorie o assolutorie, non dipendono dal Collegio, ma dal Segretario generale che sovrintende al loro funzionamento.

Tale separazione non è solo organizzativa, incidendo anche sulle funzioni esercitate: gli uffici istruttori effettuano le indagini, i cui risultati sono illustrati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, atto degli uffici notificato alle parti del procedimento, sul quale queste ultime possono difendersi sia in forma scritta, attraverso la presentazione di memorie, sia nel corso dell'audizione orale davanti al Collegio, in contraddittorio con gli uffici istruttori stessi. Spetta, invece, unicamente al Collegio il potere di decidere sull'esistenza di un illecito e sull'irrogazione delle eventuali sanzioni; decisione che il Collegio assume senza essere 'vincolato' alla proposta degli uffici, dopo aver sentito le difese delle parti nel corso di apposite audizioni e avendo a disposizione tutti gli elementi documentali agli atti del procedimento. In tal senso, va osservato che sulla Comunicazione delle risultanze istruttorie degli uffici il Collegio esprime unicamente una valutazione di non manifesta infondatezza nella fase di invio alle parti, restando libero di modificare, rigettare ma anche di recepire integralmente le proposte in essa formulate.

L'unico vincolo che l'Autorità incontra, a garanzia del diritto di difesa delle parti, riguarda l'impossibilità di introdurre modifiche rispetto alla comunicazione delle risultanze istruttorie comportanti un *"mutamento della natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, con modifica dell'imputazione"*, e di contestare nuove ed ulteriori infrazioni. Nulla impedisce, invece, che l'Autorità, *"restando all'interno della cornice fattuale degli addebiti mossi alle imprese (...), pervenga ad una definizione giuridica dei fatti contestati diversa da quella iniziale, ovvero ad una diversa ricostruzione giuridico-formale della fattispecie"*, non rivenendosi in tal caso alcuna violazione del principio dell'immodificabilità dei fatti (cfr. Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*; 29 settembre 2009, n. 5864, *Mercato del calcestruzzo*).

Tale separazione si è tradotta, in concreto, nell'adozione di diverse decisioni in cui il Collegio non ha condiviso le proposte formulate dagli uffici nella Comunicazione delle risultanze istruttorie procedendo: a) in alcuni casi, a qualificare come non grave la violazione delle disposizioni *antitrust* (caso I710 Usi in materia di mediazione mobiliare, *Provvedimento n. 26285* del 15 dicembre 2016; caso I794 Abi/SEDA, *Provvedimento n. 26565* del 28 aprile 2017); b) in un altro caso, a ritenere che fossero venuti meno i presupposti di intervento (I791 Mercato del noleggio veicoli a lungo termine, *Provvedimento n. 26519* del 30 marzo 2017); c) in un altro ancora, a sospendere l'audizione finale e a disporre che gli uffici precisassero le contestazioni mosse nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmettendo nuovamente tale atto alle parti (caso A480 Incremento prezzi farmaci Aspen, *Provvedimento n. 25866* del 9 febbraio 2016).

In conclusione, la funzione esercitata dall'Autorità *antitrust* in sede di applicazione della legge n. 287 del 1990 presenta i connotati necessari per essere assimilata ad una funzione giurisdizionale,

traducendosi in un'attività volta esclusivamente a garantire, in una posizione di neutralità e di imparzialità, la riconducibilità delle condotte delle imprese nell'ambito della legge, al solo fine di tutelare un diritto oggettivo (quello della concorrenza) avente rilevanza generale.

Né può valere in senso contrario la circostanza che l'atto di avvio del procedimento istruttorio è deliberato dal Collegio, poiché la legittimazione a sollevare eccezioni di legittimità costituzionale è stata riconosciuta, nell'ordinamento *ante* riforma del 1989, al pretore, che esercita i poteri del pubblico ministero in fase istruttoria e quelli del giudice di cognizione nell'emissione del provvedimento (decreto penale di condanna). Secondo la Corte, infatti, ciò che rileva a tal fine è che la questione di legittimità costituzionale venga pronunciata nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ossia in vista della definizione del giudizio (sent. n. 1 del 1970 e sent. n. 85 del 1969). Situazione quest'ultima che ricorre senz'altro nel caso del Collegio dell'Autorità, che ha pronunciato l'ordinanza di rinvio in sede decisoria, essendo pervenuto alla determinazione che la questione di legittimità costituzionale è rilevante ai fini della definizione del giudizio davanti ad esso pendente.

Vi è, peraltro, un'ulteriore e decisiva considerazione che milita in favore della soluzione sin qui argomentata, vale a dire la circostanza che, ove questo Collegio non dovesse essere ritenuto legittimato a sollevare la questione di costituzionalità, talune leggi, come nella presente ipotesi, verrebbero a essere escluse dal possibile sindacato della Corte.

In effetti, nel caso di specie rilevano una serie di elementi che mostrano come l'accesso al sindacato della Corte sarebbe reso poco agevole, ponendosi la necessità di arricchire i meccanismi di introduzione delle questioni di legittimità costituzionale (cfr. la già citata sent. n. 384 del 1991-sulla *Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità*).

A tal fine è necessario soffermarsi brevemente sull'analisi della condotta oggetto di contestazione e ripercorre le varie fasi del procedimento.

Quanto al primo profilo, nell'ambito del procedimento pendente davanti all'Autorità, la condotta, su cui verte l'accertamento, consiste – come si è già evidenziato – nell'utilizzo strumentale, da parte del Consiglio Notarile di Milano, di atti asseritamente prodromici all'esercizio della funzione di vigilanza, la cui finalità reale sarebbe, invece, quella di impedire ai notai del distretto di Milano, Lodi, Monza, Busto Arsizio e Varese (in particolare, a quelli più performanti) l'acquisizione di elevate quantità di lavoro – ricorrendo alla leva prezzo e/o a modalità innovative di offerta - con l'intento di riportare le posizioni economiche dei singoli notai in linea con la media del distretto, in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287 del 1990.

Dopo l'avvio dell'istruttoria, avvenuto in data 11 gennaio 2017 e nelle more dell'adozione della decisione finale, il legislatore ha adottato l'articolo 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913, introdotto con la l. n. 205 del 2017, ai sensi del quale “*Agli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare si applica l'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”.

Questa norma e l'interpretazione che di essa è stata sostenuta dal Consiglio Notarile di Milano con l'avallo della Corte di appello di Milano (ordinanza del 6 aprile 2018), mettono in dubbio la competenza dell'Autorità ad occuparsi della questione, escludendo *ex ante* e in assenza di qualsiasi valutazione circa la concreta finalità perseguita dal Consiglio Notarile l'applicabilità delle disposizioni in materia di tutela della concorrenza. Sicché in presenza di atti funzionali all'esercizio dell'attività di vigilanza sarebbe impossibile per l'Autorità intervenire a verificare se tali atti esorbitino o meno rispetto alla finalità dichiarata.

L'Autorità sarebbe, dunque, costretta – in virtù della norma in questione e dell'interpretazione che della stessa è stata data dalla Corte d'Appello di Milano e dal Consiglio Notarile di Milano – a chiudere il procedimento dichiarando l'inapplicabilità delle disposizioni della legge n. 287 del 1990 e la propria incompetenza. Tutto ciò avrebbe come effetto quello di rendere estremamente difficile l'accesso al sindacato della Corte: infatti, ove questo Collegio non fosse ritenuto legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale di norme come quella in esame – che, peraltro, in modo del tutto irragionevole (cfr. *infra*), si risolve nel precludere l'intervento da parte dell'Autorità in applicazione della normativa antitrust –, la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento. Il che costituisce ulteriore ragione per ritenere questo Collegio legittimato a sollevare la questione di costituzionalità in considerazione della “*esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che... più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte*” (Corte cost., sentenza n. 181/2015), al fine di evitare l'esistenza di “zone franche” dal controllo di costituzionalità nell'ordinamento.

Di qui la legittimazione dell'Autorità a sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale dovendosi ritenere che tale questione sia sollevata da un organo assimilabile ad un giudice nel corso di un procedimento di carattere giurisdizionale, ai limitati fini dell'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e dell'articolo 3 della legge n. 87 del 1953 (Corte cost., sentenza nn. 181/2015 e 226/1976 cit.).

Così sciolta la questione della legittimazione del Collegio dell'Autorità a porre questioni di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale, occorre trattare i profili della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione in esame ai fini della definizione del caso di specie.

In via preliminare, si rileva che secondo consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria sono soggette al diritto *antitrust* anche le professioni regolamentate. Neppure le prestazioni notarili si sottraggono all'applicazione del diritto della concorrenza; come recentemente sottolineato dalla Corte di Giustizia (Corte giust., Grande Sezione, 24 maggio 2011, causa C-47/08, *Commissione v. Belgio e altri*, Racc. I-2011, pag. 334), il fatto di perseguire obiettivi di interesse generale nell'esercizio della propria attività non è prerogativa della sola professione notarile, ma è propria di numerose attività svolte nell'ambito di diverse professioni regolamentate. Anche la Corte di Cassazione ha chiaramente affermato che “[...] *i notai, 'nei limiti delle loro rispettive competenze territoriali', esercitano la loro professione 'in condizioni di concorrenza'; e la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, non è sufficiente a far considerare quelle attività come una forma di "partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri"*” (Cass. civ., sez. II, 14 febbraio 2013, sent. n. 3715 nonché in senso conforme Cass. civ., Sez. II, 17 aprile 2013, sent. n. 9358; e Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2013, sent. n. 10042).

Altrettanto pacifico risulta che i Consigli notarili, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, costituiscono associazioni di imprese ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990. Più precisamente, i Consigli notarili sono organi di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce un'attività economica e in tale veste sono nelle condizioni di “*regolare e orientare l'attività degli iscritti nell'offerta delle proprie prestazioni professionali incidendo sugli*

aspetti economici della medesima” (Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi/ Autorità garante della concorrenza e del mercato*, nonché TAR Lazio, sent. n. 1757 del 2011).

I fatti sopra descritti evidenziano come a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 93- *ter*, comma 1-*bis*, l. n. 89 del 1913, che richiama l’articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, si sia creato un contesto di incertezza in ordine alla competenza dell’Autorità ad esercitare i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 avverso condotte dei Consigli notarili che, benché adottate nel formale contesto dell’attività di vigilanza, non ne condividono le finalità di tutela di interessi pubblici e che, in quanto incidono sulle attività economiche dei notai, sono suscettibili di rilevare ai sensi di tale legge.

Tale incertezza investe, in particolare, la competenza dell’Autorità a decidere del caso di specie.

Infatti, nel corso dell’audizione davanti al Collegio il CNM, richiamando l’ordinanza della Corte di Appello di Milano già citata, ha sostenuto che, per effetto dell’articolo 93-*ter*, comma 1-*bis*, l. n. 89 del 1913, che richiama l’articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990 le condotte oggetto di istruttoria sarebbero sottratte al controllo *antitrust* non dovendosi procedere ad alcuna valutazione circa la finalità da esse concretamente perseguita.

Nel corso dell’audizione finale dinanzi al Collegio dell’Autorità, sia gli Uffici istruttori che i rappresentanti di una delle parti del procedimento, di fronte all’interpretazione della norma sostenuta dal CNM e dalla citata ordinanza della Corte d’Appello di Milano, hanno invocato l’illegittimità dell’art. 93- *ter*, comma 1-*bis*, l. n. 89 del 1913 per contrarietà ai principi costituzionali.

La questione della legittimità costituzionale della norma di cui trattasi e dell’articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990 in essa richiamata è rilevante ai fini della decisione relativa al procedimento I803, in quanto dalla soluzione della stessa dipende la possibilità che il Collegio dell’Autorità eserciti i propri poteri decisionali sul merito della fattispecie.

In effetti, l’interpretazione del citato articolo 93-*ter* e dell’articolo 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990 della Corte di appello di Milano e fatta propria dal CNM mette in discussione la stessa competenza dell’Autorità in relazione ad un intero segmento di attività. Pertanto, rispetto al caso di specie, il Collegio ritiene che la questione della sussistenza o meno della propria competenza, alla luce dell’articolato quadro normativo e giurisprudenziale coinvolto, debba essere sciolta in via definitiva dal giudice preposto a verificare la costituzionalità delle leggi.

Il dubbio di costituzionalità dell’art. 93-*ter*, comma 1-*bis*, della l. n. 89 del 1913 e dell’articolo 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, - nell’interpretazione estensiva della Corte d’appello di Milano e fatta propria dal CNM - sollevato nel corso dell’audizione finale non appare manifestamente infondato in relazione ai parametri costituzionali di cui agli articoli 3, 41, 117, comma 1, Cost.

In particolare, tali norme - così come interpretate - là dove sottraggono un intero segmento di attività all’applicazione delle disposizioni della legge n. 287 del 1990, in assenza di qualsiasi valutazione circa il carattere necessario e proporzionato di tale deroga, appaiono in contrasto con l’art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, e con l’art. 41 Cost.

Per effetto dell’articolo 93-*ter*, comma 1-*bis*, l. n. 89 del 1913 viene, infatti, sacrificato il nucleo essenziale delle regole in materia di concorrenza e, per tale via, della libertà di iniziativa economica privata di cui all’articolo 41 Cost., senza che sia stato effettuato alcun bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza. Il legislatore

ha, in particolare, predisposto uno strumento assolutamente non proporzionato rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare, con il risultato di creare un contesto in cui non sussiste alcun equilibrio tra interessi diversi, ma solo l'inaccettabile sacrificio della libertà di iniziativa economica privata.

Ciò assume ancor più rilievo là dove si consideri che l'Autorità e la Commissione non hanno mai contestato in sé l'esercizio della funzione disciplinare dei Consigli notarili e degli ordini professionali in genere, ma hanno al contrario sempre applicato le regole in materia di concorrenza verificando, caso per caso, se l'esercizio di tali funzioni non avesse esorbitato le proprie finalità pubblicistiche, risultando non necessario e non proporzionato rispetto al conseguimento delle stesse (cfr. Commissione europea, *"Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali"*, febbraio 2004, (COM(2004) 83 def), in cui viene affermato che la verifica della necessità e della proporzionalità delle limitazioni della concorrenza tra professionisti impone che le restrizioni siano *"oggettivamente necessarie per raggiungere un obiettivo di interesse generale chiaramente articolato e legittimo e devono costituire il meccanismo meno restrittivo della concorrenza atto a raggiungere tale obiettivo"*; si v. *ex multis*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Provvedimento n. 24275* del 13 marzo 2013, caso I747 - Consiglio notarile di Lucca/Controlli sull'applicazione della tariffa; *Provvedimento n. 26625* del 30 maggio 2017- caso I797 - Consiglio notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia/Delibera in tema di distribuzione del lavoro nella dismissione pubblica)

Gli articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, così come letti dal CNM e dalla Corte d'Appello di Milano, sono altresì contrari all'art. 41 Cost., che tutela la libertà di iniziativa economica privata, della quale la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali.

Tali norme, così come interpretate dal CNM e dalla Corte d'Appello di Milano, precludono, infatti, l'esplicitarsi della libertà di iniziativa economica privata, senza che il sacrificio di tale libertà trovi il proprio fondamento in esigenze di utilità sociale, come, invece, prescritto dal comma 2 dell'art. 41 Cost.

Le clausole *"utilità sociale"* e *"fini sociali"* sono state interpretate dalla giurisprudenza di codesta Corte nel senso che esse, pur non dovendo *"necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore"* (Corte cost., sent. n. 46 del 1963), devono tuttavia essere bilanciate con la concorrenza, non dovendo essere *"arbitrarie"* e perseguite mediante misure *"palesamente incongrue"* (Corte cost., sent. 270 del 2010 in cui sono richiamate sent. n. 241 del 1990; sent. n. 548 del 1990; sent. 386 del 1996). Nell'ambito di tale bilanciamento assume rilievo anche *"il carattere temporalmente limitato della disciplina"* (Corte cost., sent. n. 94 del 2009).

A ciò si aggiunga che per garantire la necessaria coerenza con l'ordinamento comunitario e, in particolare, con il principio che *«il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»* (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g, del Trattato CE), qualsiasi misura legislativa che introduca una limitazione a tale principio assume carattere derogatorio ed eccezionale, con la conseguenza che, per essere legittima, deve costituire *"la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi"* (Corte cost., sent. n. 270 del 2010).

Come si è già rilevato con riferimento alla violazione dell'articolo 3 Cost., la misura introdotta con l'articolo 93-ter, comma 1-bis, della l. n. 89 del 1913, non presenta nessuno di questi requisiti, non essendo necessaria né proporzionata rispetto alla finalità pubblica da essa perseguita, la quale può ben essere soddisfatta mediante una valutazione da svolgersi caso per caso circa la rilevanza dell'attività svolta dai consigli notarili ai fini della vigilanza sull'attività dei notai e in merito all'applicabilità delle disposizioni della legge n. 287 del 1990. Diversamente, l'esenzione generale disposta dall'articolo 93-ter, comma 1-bis della l. n. 89 del 1913, nella misura in cui impedisce una tale valutazione, sacrifica ingiustamente ed arbitrariamente la libertà di iniziativa economica privata, risultando in palese violazione dell'articolo 41 Cost.

Infine, i più volte citati articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, contrastano con l'art. 117, comma 1, Cost., secondo cui la competenza legislativa deve essere esercitata *“nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, l'articolo 117, comma 1, Cost. viene applicato come norma costituzionale disciplinante i rapporti fra diritto comunitario e diritto interno; più precisamente, come norma costituzionale contenente un preciso limite alla potestà legislativa statale e regionale, costituito dal rispetto della normativa comunitaria (cfr. *ex multis* Corte cost., sent. n. 406 del 2005). In tale prospettiva, il legislatore interno è vincolato al rispetto delle norme dell'ordinamento comunitario con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione.

Ciò impone che la legittimità costituzionale delle norme interne debba essere vagliata alla luce della loro compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Ebbene tale requisito non è sicuramente rispettato nel caso di specie.

Come è noto, l'art. 106, par. 2, TFUE, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia europea (cfr. Corte di giustizia, causa C-127/73, *BRT/SABAM*, Racc. 1974, pag. 25, e Tribunale, causa T-128/98, *Aéroports de Paris*, Racc. II-2000, pag. 290) ammette deroghe alle disposizioni in materia di concorrenza solo qualora esse risultino necessarie per garantire l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, richiedendo che sia effettuato un test di proporzionalità.

Per cui, a livello comunitario viene esclusa la possibilità di sottrarre in via generale e astratta un intero settore di attività dall'ambito di applicazione delle norme *antitrust*, dovendosi, piuttosto, procedere ad una valutazione caso per caso.

Questo tipo di approccio è stato di recente ribadito, in materia di ordini professionali, anche dal Tribunale dell'Unione europea, secondo cui *“In ogni caso, anche se, in tali circostanze, non è necessario prendere definitivamente posizione sulla questione della misura in cui l'esercizio, da parte dell'Ordine, del suo potere disciplinare, si ricolleggi all'esercizio di una prerogativa dei pubblici poteri, cosicché esso fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, occorre ancora precisare che l'esistenza di una siffatta prerogativa non può offrire una protezione assoluta nei confronti di qualsiasi affermazione di un comportamento restrittivo della concorrenza, in quanto l'esercizio manifestamente improprio di un siffatto potere configurerebbe, in ogni caso, uno sviamento di tale potere”* (Tribunale UE, causa T-90/11, sentenza del 10 dicembre 2014, *ONP*, punto 207).

Poiché, dunque, come si è dimostrato, l'ordinamento comunitario non ammette soluzioni come quella introdotta dall'art. 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 che impedisce di ritenere applicabili le regole in materia di concorrenza ad un intero segmento di attività sulla base di una valutazione effettuata *ex ante*, la norma interna risulta contraria all'articolo 117, comma 1, Cost. Tutto ciò premesso e considerato

PQM

Visto l'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87,

il Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ritenuto che la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 93-ter, comma 1-bis della legge 16 febbraio 1913 n. 89, come introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 e dell'articolo 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, è rilevante e non manifestamente infondata:

- rimette la questione di legittimità costituzionale dei citati articoli 93-ter, comma 1-bis, l. n. 89 del 1913 e 8, comma 2, l. n. 287 del 1990, alla Corte costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 41 e 117, comma 1, della Costituzione;
- dispone la trasmissione degli atti del procedimento alla Corte costituzionale;
- sospende il procedimento sino alla comunicazione della decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale sollevata;
- dispone che la presente ordinanza sia notificata alle Parti, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Senato della Repubblica.

La presente ordinanza verrà pubblicata nel Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
