

**OSSERVAZIONI DELL' ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA ALLO SCHEMA
DI COMUNICAZIONE RELATIVA ALLE PROCEDURE IN MATERIA DI
INDAGINI CONOSCITIVE**

INDICE

INTRODUZIONE	2
I. PREMESSA	2
II. QUESTIONI GENERALI	4
1. Necessità di individuare criteri oggettivi e trasparenti riguardo la nozione di “problemi concorrenziali”	4
2. Il carattere sussidiario dei nuovi poteri ex. Art.1(5) del Decreto Asset.....	5
3. I diritti di difesa e il procedimento	7
4. Ruolo delle altre autorità amministrative interessate	8
III. OSSERVAZIONI E PROPOSTE SPECIFICHE IN MERITO ALLO SCHEMA.....	9
1. La fase dell'avvio dell'indagine conoscitiva: maggiore garanzia dei diritti di difesa delle imprese	9
2. La necessità di ristrutturare la “fase rimediale” ipotizzata nelle Sezz. IV e ss. dello Schema	11
3. La durata del procedimento (<i>rectius</i>, dei procedimenti)	13
4. Criteri per la scelta delle Misure	14
5. Norme transitorie.....	16

INTRODUZIONE

In data 5.3.2024, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**”) ha deliberato di procedere a una consultazione pubblica sullo schema di “*Comunicazione relativa all’applicazione dell’articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136*” (lo “**Schema**”)¹.

L’Associazione Antitrust Italiana (“**AAI**”) esprime il proprio apprezzamento in merito alla decisione dell’Autorità di permettere ai soggetti interessati di esprimere, attraverso la presente consultazione pubblica, le proprie valutazioni, così contribuendo allo svolgimento dei compiti istituzionali dell’Autorità.

L’AAI ritiene che il ricorso a una consultazione pubblica sia particolarmente appropriato nel caso di specie, in ragione della portata “sistemica” dei nuovi poteri che – secondo l’interpretazione fornita dal Consiglio di Stato nel proprio parere consultivo n. 61/2024, rilasciato su richiesta dell’Autorità – sono stati conferiti all’Autorità dall’art. 1, comma 5, del d.l. 10.8.2023, n. 104, convertito in l. 9.10.2023, n. 136 (“**Decreto Asset**”), nonché in ragione delle complesse e delicate questioni che la loro introduzione solleva.

Dopo una premessa circa le ragioni per cui si ritiene che sarebbe opportuno che l’Autorità sollecitasse il legislatore affinché provveda a integrare l’art. 1(5) del Decreto Asset con ulteriore normativa volta a disciplinare i poteri ad essa attribuiti, di seguito l’AAI intende in primo luogo esporre alcune questioni più generali che considera di particolare importanza nella definizione del delineando quadro procedimentale per l’esercizio dei poteri ex art. 1(5) del Decreto Asset (**Sez. II**). Nella **Sez. III**, sono esposte alcune specifiche proposte di modifiche/integrazioni allo Schema.

L’AAI auspica che l’Autorità vorrà considerare le presenti osservazioni e proposte, finalizzate a garantire un assetto procedimentale equilibrato e adeguato all’importanza dei nuovi poteri assegnati dalla legge all’Autorità e resta a disposizione per ogni ulteriore confronto.

I. PREMESSA

Un intervento soft law, quale è una “comunicazione”, è lo strumento adatto per disciplinare l’esercizio dei poteri ex art. 1(5) del Decreto Asset?

L’art. 1(5) del Decreto Asset ha conferito all’Autorità un potere di intervento molto penetrante, consentendole – in assenza del previo accertamento di condotte illecite da parte di una o più

¹ AGCM, provv. del 5.3.2024, n. 31091, pubblicato sul sito dell’Autorità in data 6.3.2024.

imprese – di imporre “ogni misura strutturale o comportamentale” (le “**Misure**”), ritenuta necessaria al fine di eliminare eventuali “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*” (i “**Problemi Concorrenziali**”), che siano accertati all’esito di un’indagine conoscitiva ex art. 12(2) della legge 10.10.1990, n. 287 (“**l. 287/90**”), purché, nell’esercizio dei detti poteri: (i) siano rispettati “*i principi dell’ordinamento dell’Unione europea*” e (ii) le misure imposte siano “*necessari[e] e proporzionat[e]*”.

L’art. 1(5) del Decreto Asset ha, in effetti, modificato in modo radicale la natura e l’oggetto dello strumento delle “*indagini conoscitive*” ex art. 12(2) della l. 287/1990, regolato dall’art. 17 del d.P.R. 30.4.1998, n. 217 (“**d.P.R. 217/1998**”), il quale, come noto, nella formulazione originaria consente all’Autorità, se del caso su impulso del Governo, di effettuare analisi settoriali nei mercati per i quali vi sia ragione di ritenere che le dinamiche concorrenziali siano alterate, potendo peraltro, sulla scorta delle conclusioni raggiunte, soltanto attivare i propri poteri di *advocacy* o avviare istruttorie volte all’accertamento di violazioni del diritto della concorrenza e/o del diritto dei consumatori.

Il fatto che l’Autorità possa imporre le Misure, in assenza del previo accertamento di specifiche condotte illecite o al di fuori della verifica di un’operazione di concentrazione, comporta un radicale mutamento dei poteri e delle prerogative che fin qui le sono stati conferiti nell’ambito della sua missione di *public enforcement* volto a garantire il corretto funzionamento del mercato.

Inoltre, l’art. 1(5) del Decreto Asset, prevedendo che “*l’Autorità esercita i poteri di indagine di cui all’articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”, estende i poteri di indagine dell’Autorità nell’ambito delle indagini conoscitive, omologandoli a quelli il cui esercizio era in precedenza previsto solo a seguito dell’apertura di un’istruttoria ex art. 14 della l. 287/90 nei casi di presunta infrazione agli artt. 101 o 102 del TFUE o art. 2 o 3 della l. 287/90 medesima.

Il fatto che l’Autorità possa adesso esercitare penetranti poteri istruttori e *latu senso* sanzionatori (tramite l’imposizione di Misure), in assenza di una previa contestazione di condotte asseritamente restrittive potrebbe generare dubbi circa il rispetto delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa, nonché dei principi dell’ordinamento dell’Unione Europea e dei criteri di necessità e proporzionalità pur esplicitamente indicati nell’art. 1(5) del Decreto Asset.

Di tale circostanza sembra ben consapevole l’Autorità che, infatti, ha previsto nello Schema² l’applicazione di alcuni istituti non contemplati per le tradizionali indagini conoscitive (quali

² V. §§ 24-25.

la partecipazione all'istruttoria e il diritto di accesso agli atti *ex artt.* 7 e 13 del d.P.R. 217/1998, rispettivamente non disciplinata ed escluso per le indagini conoscitive *ex art.* 12(2) l. 287/1999³, sulla cui strutturazione si discute di seguito.

Nel quadro appena richiamato, la straordinaria rilevanza dei poteri *ex art.* 1(5) del Decreto Asset, le differenze radicali tra le indagini conoscitive *ex art.* 12(2) della l. 287/90 e le indagini conoscitive *ex art.* 1(5) del Decreto Asset, le implicazioni sugli equilibri istituzionali derivanti dall'introduzione di questo potente strumento di *enforcement* (basti pensare al rapporto tra l'Autorità e le autorità di settore nei casi di imposizione di Misure in settori regolamentati), la conseguente esigenza di introdurre un articolato impianto di regole sostanziali e procedurali, inducono l'AAI a chiedersi se non sia opportuno che l'Autorità si faccia promotrice quanto prima (come già fatto in passato, ad esempio, con lo strumento della legge annuale per la concorrenza) dell'introduzione di un nuovo quadro regolatorio per l'esercizio poteri *ex art.* 1(5) del Decreto Asset tramite norme di rango primario e/o secondario, anche al fine di evitare possibili (e forse probabili) controversie in sede di applicazione della normativa⁴.

II. QUESTIONI GENERALI

1. Necessità di individuare criteri oggettivi e trasparenti riguardo la nozione di “*problemi concorrenziali*”

Preliminarmente, l'AAI osserva che non è presente né nella Legge, né nello Schema, alcuna indicazione circa i criteri che verranno seguiti ai fini della valutazione dell'esistenza dei Problemi Concorrenziali, in presenza dei quali sarebbe possibile imporre le Misure.

³ V. art. 17 del d.P.R. 217/1998. Nello stesso senso, l'art. 17(3) del d.P.R. 217/1998 prevede che, nel quadro delle indagini conoscitive *ex art.* 12(2) l. 287/1990, non è possibile comminare le sanzioni *ex art.* 14 della l. 287/1990 in caso di rifiuto, omissione o ritardo ingiustificati di fornire le informazioni/documenti richiesti dall'Autorità (anche in corso di ispezione). Di contro, l'art. 1(5) del Decreto Asset ne prevede adesso l'applicazione alle indagini conoscitive condotte ai sensi di tale norma.

⁴ Una tale iniziativa potrebbe, oltre tutto, costituire una preziosa occasione per un'auspicabile più generale rimeditazione su possibili correttivi all'impianto procedurale applicabile alle tradizionali attività di *public enforcement* del diritto *antitrust* e del diritto dei consumatori al fine di assicurarne una modernizzazione già dall'AAI a suo tempo suggerita. Sia consentito richiamare qui il “*Documento di discussione sulle procedure dell'AGCM in materia antitrust e di tutela del consumatore*”, elaborato dall'AAI in data 30.9.2020 e disponibile al seguente [link https://www.associazioneantitrustitaliana.it/contributi/documento-di-discussione-sulle-procedure-dellagcm-in-materia-antitrust-e-di-tutela-del-consumatore/](https://www.associazioneantitrustitaliana.it/contributi/documento-di-discussione-sulle-procedure-dellagcm-in-materia-antitrust-e-di-tutela-del-consumatore/).

Si tratta ovviamente di un aspetto centrale, in quanto questi rappresentano lo standard in base al quale dovrebbe essere valutato l'uso da parte dell'Autorità dei suoi nuovi poteri e le relative procedure, nonché la necessità e proporzionalità dei rimedi. Al riguardo, si nota che nelle principali giurisdizioni in cui un'analogia normativa è stata introdotta sono esplicitamente indicati i criteri generali per l'identificazione dei Problemi Concorrenziali.

Sembrerebbe allora necessario che l'Autorità provvedesse a declinare i criteri generali per identificare la nozione dei Problemi Concorrenziali *ex art. 1(5) del Decreto Asset*, fornendo esempi dei criteri che legittimano l'imposizione di Misure (quali, casi di parallelismo tacito in mercati oligopolistici, elevate barriere all'entrata, "reti" di contratti verticali con effetti cumulativi, problematiche consumeristiche inerenti l'innovazione tecnologica, casistiche di rapporti verticali molto diffusi in un particolare settore, ecc.). Inoltre, che fosse previsto, anche in relazione alla onerosità della procedura e delle eventuali Misure, che i Problemi Concorrenziali debbano essere:

- *"sostanziali"*, ossia tali da determinare ostacoli *significativi* alla concorrenza idonei a determinare un rilevante pregiudizio per i consumatori, interessando almeno un mercato *nazionale* o più mercati locali, purché nel loro insieme rappresentino una parte *sostanziale* del territorio nazionale;
- *"duraturi"*, perdurando da un periodo sufficientemente lungo e non essendo ragionevole prevedere che si risolveranno spontaneamente in modo prospettico.

Infine, sarebbe altresì utile declinare i criteri generali per l'identificazione delle **"imprese interessate"**, prevedendo che possono essere identificate come tali esclusivamente le imprese che *"contribuiscono in modo significativo a ostacolare o distorcere il corretto funzionamento del mercato"*.

Sotto altro profilo, andrebbe, infine, chiarito che il ricorso ai poteri *ex art. 1(5) del Decreto Asset* è comunque escluso in relazione a problematiche concorrenziali riconducibili all'intervento pubblico (c.d. *"Government failure"*), per le quali l'Autorità potrebbe fare ricorso esclusivamente al potere di segnalazione previsto dall'art. 21 della legge 287/90.

2. Il carattere sussidiario dei nuovi poteri *ex Art.1(5) del Decreto Asset*

I poteri conferiti dall'art. 1(5) del Decreto Asset sono finalizzati a consentire all'Autorità di imporre le Misure, che devono essere necessarie e proporzionate al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza, qualora in esito ad un'indagine conoscitiva essa riscontri Problemi Concorrenziali, che ostacolano o distorcano – è da ritenersi in modo significativo e

non temporaneo – il corretto funzionamento del mercato, con conseguente pregiudizio per i consumatori.

L'esercizio di detti nuovi poteri, che può sfociare nell'imposizione delle Misure, ha una portata decisamente lesiva della libertà di iniziativa economica delle imprese interessate, in quanto non presuppone il previo accertamento di condotte illecite da parte loro, ma soltanto quello dell'esistenza di Problemi Concorrenziali strutturali e, per così dire, endemici al mercato. D'altra parte, qualora nel corso di un'indagine conoscitiva o *aliunde* l'Autorità acquisisse indizi circa l'esistenza di condotte potenzialmente in violazione dei divieti *antitrust* e/o di altre normative il cui *enforcement* è rimesso alla stessa Autorità (normative a tutela dei consumatori, divieto di abuso di dipendenza economica), essa sarebbe tenuta a dare impulso alle istruttorie volte all'accertamento di tali condotte nell'esercizio dei suoi tradizionali poteri di *public enforcement*. Sotto altro profilo, come lo stesso Schema ricorda, i nuovi poteri lasciano impregiudicati quelli di *advocacy* di cui sempre l'Autorità è dotata (v. *id.*, § 8).

Da queste considerazioni consegue che i poteri *ex art. 1(5)* del Decreto Asset dovrebbero essere considerati e applicati solo come strumento *sussidiario* per superare criticità concorrenziali sostanziali, che non è possibile eliminare tramite il ricorso a uno o più tradizionali strumenti di cui l'Autorità è già dotata (di *enforcement* e/o di *advocacy*).

L'AAI ritiene che il suddetto principio di sussidiarietà dovrebbe essere formalizzato, richiamandolo espressamente in relazione ai diversi passaggi tramite i quali si articolerà l'esercizio dei poteri *ex art. 1(5)* del Decreto Asset.

In tal senso, si auspica che lo Schema preveda che tale principio sia: (i) richiamato sin dall'atto di avvio dell'indagine conoscitiva; (ii) articolato e motivato nel rapporto preliminare di cui al § 5 dello Schema (“**Rapporto Preliminare**”), nella Delibera delle risultanze conoscitive di cui al § 9 dello Schema (“**DRC**”) e nel provvedimento finale di accertamento dei Problemi Concorrenziali e di identificazione delle imprese interessate, nonché in quello (successivo e autonomo) di imposizione delle Misure (secondo le proposte formulate nel prosieguo delle presenti osservazioni).

In particolare, la DRC dovrebbe illustrare, sulla scorta delle risultanze istruttorie acquisite, le ragioni per le quali i Problemi Concorrenziali individuati, non possono essere affrontati tramite il ricorso ai tradizionali strumenti di *enforcement* (divieti *antitrust*, controllo delle concentrazioni, divieto di abuso di dipendenza economica, tutela dei consumatori) e/o di *advocacy* (potere di segnalazione *ex art. 21* della l. 287/1990) a disposizione dell'Autorità.

3. I diritti di difesa e il procedimento

Si è già evidenziata l'ampiezza dei nuovi poteri conferiti all'Autorità e la possibile lesione dei diritti di iniziativa economica che l'utilizzo di tali poteri potrebbe comportare. Ne consegue che i diritti di difesa delle imprese dovrebbero essere assistiti da presidi di garanzia (almeno) pari a quelli previsti nei procedimenti *antitrust* tradizionali.

L'AAI ritiene che l'assetto procedimentale delineato nello Schema non sia idoneo a tal fine e debba quindi essere rivisto.

Lo Schema sembra, infatti, delineare un unico procedimento amministrativo, strutturato essenzialmente su due fasi, la fase dell'indagine conoscitiva (Schema, Sezz. I-III) e la fase rimediabile (Schema, Sezz. IV-VII)⁵.

In particolare, lo Schema prevede che, qualora all'esito degli elementi acquisiti nel corso dell'indagine conoscitiva, l'Autorità ritenga che sussistano Problemi Concorrenziali che possono essere risolti mediante l'imposizione di Misure, essa adotti la DRC, con la quale "*indica: a. i problemi concorrenziali...; b. le possibili tipologie di misure...; c. le imprese interessate potenzialmente destinatarie delle misure [...] ("imprese interessate"); d. il termine per la presentazione di memorie scritte e documenti, nonché di eventuali impegni*" (Schema, § 10).

Lo Schema prevede poi che, in caso di mancata presentazione di impegni da parte delle imprese interessate o di loro rigetto, l'indagine proseguia con la fase avente a oggetto la definizione delle Misure (Sez. VI), solo nell'ambito della quale, in tempi alquanto contingentati, è finalmente previsto anche il diritto delle imprese interessate di essere sentite dinanzi al Collegio (Schema, § 21). Al termine di tale fase, "*previa eventuale acquisizione del parere delle Autorità di regolazione, l'Autorità adotta il provvedimento finale*" (Schema, § 23).

L'AAI ritiene che il suddetto disegno procedimentale non sia soddisfacente, in quanto: a) implica che l'Autorità possa esercitare i propri poteri *ex art. 14 della l. 287/1990* e prospetticamente anche *ex art. 1(5) del Decreto Asset*⁶ sin dall'avvio dell'indagine conoscitiva (Schema, §§ 1 e 3), mentre le imprese interessate possano invece esercitare i propri diritti di difesa soltanto in una fase troppo avanzata (ossia, dopo la DRC; v. Schema, §§ 24-25),

⁵ Lo Schema non identifica, inoltre, quali saranno le unità/funzioni interne all'Autorità competenti per le diverse attività svolte nelle diverse fasi di detto procedimento, ma si riferisce sempre genericamente all'*Autorità*.

⁶ Infatti, il § 1 dello Schema prevede che l'atto di avvio dell'indagine conoscitiva debba contenere "*il richiamo all'art. 1, comma 5, del Decreto Asset, ai sensi del quale, ove ne ricorrano i presupposti, l'Autorità può imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali*".

spostando quindi il *pieno* esercizio del contraddittorio soltanto al termine della fase rimediale (Schema, Sez. VII); b) comprime, comunque, il contraddittorio in tempi contingentati e in limitate occasioni di confronto, del tutto incongrue rispetto alla potenziale portata delle Misure, e alla lesione della libertà di iniziativa economica che esse implicano.

Ad avviso dell'AAI, occorre quindi che la DRC venga chiaramente equiparata a un atto di avvio dell'istruttoria, piuttosto che a una comunicazione delle risultanze istruttorie.

Sarebbe, di conseguenza, necessario prevedere:

- un pieno contraddittorio, non solo scritto, ma anche orale, sul merito delle valutazioni preliminari contenute nella DRC, consentendo alle imprese interessate (e a tutte le altre parti del procedimento) di svolgere pienamente le proprie difese, sia depositando memorie scritte e documenti, sia esponendo le proprie ragioni oralmente dinanzi il Collegio);
- a esito di tale contraddittorio, l'acquisizione dei pareri obbligatori da parte di ciascuna delle autorità amministrative indipendenti e degli altri soggetti pubblici che hanno competenza sull'oggetto dell'istruttoria;
- l'adozione di un provvedimento finale avente a oggetto l'accertamento dell'effettiva sussistenza di Problemi Concorrenziali e di identificazione delle imprese interessate.

Solo nel caso in cui il suddetto procedimento, avente a oggetto l'accertamento della sussistenza dei Problemi Concorrenziali e l'identificazione delle imprese interessate, ne confermi l'esistenza, l'Autorità potrebbe proseguire nell'esercizio dei propri poteri *ex art. 1(5)* del Decreto Asset, dando impulso al successivo, distinto, procedimento per la definizione e imposizione delle Misure.

Anche nel quadro di tale successivo procedimento andrebbe, ovviamente, garantito il pieno contraddittorio con le imprese interessate e il necessario coinvolgimento dei soggetti pubblici competenti, secondo modalità analoghe a quelle delineate in precedenza.

4. Ruolo delle altre autorità amministrative interessate

L'AAI considera che le complesse valutazioni oggetto delle indagini conoscitive *ex art. 1(5)* del Decreto Asset non possano essere condotte senza il coinvolgimento delle Autorità di regolazione settoriale (Banca d'Italia, Consob, IVASS, ARERA, AGCom) che per missione

istituzionale supervisionano il funzionamento dei rispettivi settori e mercati e quindi hanno particolare competenza a identificare e valutare eventuali Problemi Concorrenziali.⁷

Lo Schema contempla invece solo come *facoltativa ed eventuale* la richiesta di parere delle Autorità di regolazione e altri soggetti pubblici competenti (Schema, §§ 16 e 23).

Secondo l'AAI, l'obbligatorietà della previa richiesta di parere (quanto meno) consultivo a tutti i soggetti pubblici competenti andrebbe prevista per i seguenti provvedimenti:

- provvedimento di accertamento dei Problemi Concorrenziali e di identificazione delle imprese interessate;
- provvedimento di accettazione degli impegni;
- provvedimento di imposizione delle Misure.

III. OSSERVAZIONI E PROPOSTE SPECIFICHE IN MERITO ALLO SCHEMA

Ferme le osservazioni sviluppate nella precedente sezione, alcune più specifiche modifiche e integrazioni allo Schema appaiono opportune.

1. La fase dell'avvio dell'indagine conoscitiva: maggiore garanzia dei diritti di difesa delle imprese

Nelle Sezz. I e II dello Schema si prevede che: l'Autorità dispone, sin dall'avvio dell'indagine conoscitiva, dei poteri di cui all'art. 14, commi da 2 a 2-*quater* e 2-*septies*, e che si applichino le sanzioni di cui all'art. 14(5) e (6) della l. 287/1990 (*id.* § 3)⁸; l'Autorità *possa* disporre, con delibera, la pubblicazione nel Sito di un documento che illustra gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti fino a quel momento (*i.e.*, il Rapporto Preliminare), con successivo termine di 30 giorni per i soggetti che vi abbiano interesse per presentare osservazioni, anche in merito

⁷ In realtà il coinvolgimento dovrebbe riguardare tutti soggetti pubblici competenti rispetto all'oggetto dell'indagine conoscitiva e quindi oltre alle autorità di settore l'Autorità nazionale anticorruzione; le autorità amministrative a vocazione orizzontale (ad esempio, il Garante per la protezione dei dati personali e l'ISTAT); organi a rilevanza costituzionale, quali il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro; Ministeri competenti. V. nel senso qui auspicato anche la sentenza del Consiglio di Stato del 15.1.2024, n. 497.

⁸ Questa previsione replica il contenuto dell'art. 1(5) del Decreto Asset.

a eventuali misure idonee a superare i Problemi Concorrenziali oggetto dell'indagine conoscitiva (*id.* § 5-6).

In tale contesto, lo Schema prevede che “*con riferimento alla partecipazione al procedimento si applica l’articolo 7 del D.P.R. n. 217/1998*” (*id.* § 24) e, al successivo § 25, che l’accesso agli atti è consentito alle imprese interessate e ai soggetti ammessi a partecipare al procedimento solo “*a decorrere dalla pubblicazione della DRC*”, che, a sua volta, costituirebbe, secondo lo Schema, il primo momento nel quale verranno preliminarmente identificate le imprese interessate (*id.* § 10).

L’AAI rileva, preliminarmente, che non risulta del tutto chiaro a partire da quando verrebbe consentita la partecipazione al procedimento.

Per un verso, la lettura congiunta dei §§ 2 e 24 dello Schema sembrerebbe deporre nel senso che essa sia consentita dall’atto di avvio dell’indagine conoscitiva, con conseguente riconoscimento delle facoltà *ex art.* 7(2) del d.P.R. 217/1998, ivi incluso quello di accedere ai documenti *ex art.* 13 del d.P.R. 217/1998. In tal senso, depone il fatto che, in base al § 2 dello Schema, l’atto di avvio dell’indagine conoscitiva dà impulso al procedimento e, infatti, ne indica anche il termine (“*[l]a decisione di avvio.... riporta i seguenti elementi:... d. il termine di conclusione del procedimento*”).

Per altro verso, il § 25 dello Schema stabilisce che le imprese interessate e gli altri soggetti ammessi a partecipare al procedimento hanno diritto di accesso agli atti solo “*a decorrere dalla pubblicazione della DRC*”, il che sembrerebbe contrastare con il riconoscimento delle facoltà connesse alla partecipazione procedimentale e deporre nel senso che, soltanto a partire dalla notifica della DRC, la partecipazione al procedimento sia possibile.

Fermo quanto precede, secondo l’AAI, lo Schema non garantisce comunque un adeguato equilibrio tra le prerogative investigative (degli Uffici) dell’Autorità e i diritti di difesa e partecipazione delle imprese.

Lo Schema andrebbe, dunque, modificato come di seguito proposto.

Proposta dell’AAI

Lo Schema dovrebbe:

- prevedere che la delibera di adozione del Rapporto Preliminare sia *necessaria* e che quest’ultimo debba essere, non soltanto pubblicato sul sito dell’Autorità, ma anche *notificato* alle eventuali imprese in esso identificate come potenzialmente interessate;
- delineare il contenuto essenziale del Rapporto Preliminare, prevedendo che esso debba identificare, alla luce dagli approfondimenti svolti nell’indagine conoscitiva, non solo i possibili Problemi Concorrenziali, ma anche, ove sussistano, le eventuali imprese

interessate preliminarmente identificate (impregiudicate le successive valutazioni da parte dell’Autorità);

- chiarire che:
 - fino alla pubblicazione del Rapporto Preliminare, l’indagine conoscitiva sarà regolata esclusivamente ai sensi degli artt. 12(2) della l. 287/1990 e 17 del d.P.R. 217/1998;
 - i poteri di indagine contemplati dall’art. 1(5) del Decreto Asset si applicano soltanto a valle della pubblicazione del Rapporto Preliminare ed esclusivamente laddove quest’ultimo ipotizzi l’esistenza dei Problemi Concorrenziali *ex art.* 1(5) del Decreto Asset⁹;
 - chiarire che, a partire dalla pubblicazione del Rapporto Preliminare, si applica l’art. 7 del d.P.R. 217/1998 (con conseguente facoltà delle imprese potenzialmente interessate di accedere al fascicolo, presentare memorie ed essere sentite in audizione dinanzi agli Uffici).
- prevedere che, quanto meno a valle del Rapporto Preliminare, si applichino le norme di cui all’art. 14(3) e (4) della l. 287/1990 sul segreto di ufficio e, di contro, chiarire che non si applica in ogni caso l’art. 14-*bis* della l. 287/1990, in ragione della manifesta inidoneità strutturale del ricorso allo strumento cautelare nel quadro delle indagini conoscitive, oltre che in ossequio al principio di legalità (non essendo detta norma richiamata dall’art. 1(5) del Decreto Asset);
- estendere il termine di 30 giorni per il deposito di eventuali osservazioni di cui al § 6 dello Schema, quanto meno, a 45 giorni lavorativi.

2. La necessità di ristrutturare la “fase rimediale” ipotizzata nelle Sezz. IV e ss. Dello Schema

Lo Schema stabilisce che qualora l’Autorità ritenga che sussistono Problemi Concorrenziali suscettibili di essere adeguatamente risolti mediante l’imposizione di Misure, essa adotti la DRC, notificandola alle imprese interessate ivi preliminarmente identificate, congiuntamente

⁹ La soluzione qui proposta appare coerente con il tenore letterale dell’art. 1(5) del Decreto Asset, proponendone persino un’interpretazione estensiva. Si rammenta infatti che, ai sensi dell’art. 1(5) del Decreto Asset, il potere dell’Autorità di imporre le Misure, cui i poteri *ex art.* 14 della l. n. 287/1990 sono funzionali, sussiste soltanto nei casi di rilevamento dei Problemi Concorrenziali “*in esito a un’indagine conoscitiva condotta ai sensi dell’art. 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”.

all’atto di avvio dell’indagine conoscitiva, concedendo loro un “*termine per la presentazione di memorie scritte e documenti, nonché di eventuali impegni*” (Schema, §§ 9-11).

Lo Schema non indica la durata minima del termine per le difese e non contempla alcuna possibilità per le imprese interessate di essere sentite dinanzi al Collegio dell’Autorità rispetto alle valutazioni formulate nella DRC.

In caso di rigetto o di mancata presentazione di impegni da parte delle imprese interessate, l’istruttoria prosegue – senza soluzione di continuità, ai fini della definizione e imposizione delle Misure.

Il suddetto disegno procedimentale non è soddisfacente per tutte le ragioni che si sono già illustrate *supra* nella Sez. II.3 e andrebbe dunque radicalmente ripensato.

Proposta dell’AAI

Lo Schema dovrebbe prevedere due procedimenti autonomi e successivi, aventi rispettivamente a oggetto:

- (i) l’accertamento dei Problemi Concorrenziali e l’identificazione delle imprese interessate;
- (ii) la definizione e imposizione delle Misure.

A tal fine, lo Schema dovrebbe qualificare la DRC come atto di avvio di un procedimento autonomo avente a oggetto l’accertamento dei Problemi Concorrenziali e l’identificazione delle imprese interessate. L’imposizione delle Misure, previa loro precisa definizione nel contraddittorio con le parti, dovrebbe invece costituire oggetto di un successivo, autonomo e solo eventuale procedimento.

Il procedimento per l’accertamento dei Problemi Concorrenziali e l’identificazione delle imprese interessate potrebbe essere strutturato nei seguenti termini:

- dopo la notifica della DRC, le imprese interessate devono disporre di un termine minimo di almeno 45 giorni lavorativi, entro il quale esse possono presentare una proposta di impegni;
- il *sub*-procedimento sugli impegni verrebbe regolato secondo quanto previsto nell’attuale Sez. V dello Schema, che andrebbe tuttavia modificato al fine di:
 - chiarire che la valutazione di non manifesta infondatezza della proposta di impegni, sia la decisione finale sugli stessi, rientrano nella competenza del Collegio dell’Autorità, in linea con quanto già previsto per il *sub*-procedimento sugli impegni ai sensi dell’art. 14-*ter* della l. n. 287/1990;

- prevedere che il termine per la presentazione di eventuali osservazioni in caso di pubblicazione della proposta di impegni sia di 45 giorni lavorativi (e non di 30 giorni);
- prevedere l'obbligo dell'Autorità di chiedere il parere preventivo di tutti i soggetti pubblici che abbiano competenza rispetto all'oggetto dall'indagine conoscitiva, assegnando per il rilascio di detti pareri un termine minimo di 45 giorni lavorativi, decorso il quale l'Autorità potrà comunque procedere ad adottare la propria decisione finale.
- in caso di rigetto della proposta di impegni o di sua mancata presentazione:
 - le imprese interessate (e le altre parti del procedimento) devono avere un termine minimo di almeno 45 giorni lavorativi, decorrente dalla scadenza del termine per la presentazione della proposta di impegni o dalla notifica della decisione di suo rigetto, entro il quale poter presentare memorie scritte e documenti;
 - le imprese interessate (e le altre parti del procedimento) devono poter chiedere di essere ascoltate dinanzi al Collegio dell'Autorità;
 - chiusa la fase di pieno contraddittorio rispetto alla DRC, il Collegio dell'Autorità chiede il parere obbligatorio di tutti i soggetti pubblici che abbiano competenza rispetto all'oggetto dall'indagine conoscitiva;
 - acquisiti i pareri di cui al punto precedente, o decorso inutilmente il termine entro il quale gli stessi dovranno essere rilasciati, l'Autorità adotta un provvedimento finale avente ad oggetto l'accertamento dell'effettiva sussistenza dei Problemi Concorrenziali e di identificazione delle imprese interessate da tali problemi.

A valle di un provvedimento di accertamento dell'esistenza di Problemi Concorrenziali e di identificazione di imprese interessate, l'Autorità dovrebbe avviare un successivo, autonomo, procedimento avente a oggetto la definizione e l'imposizione delle Misure, che dovrebbe essere strutturato in modo analogo a quanto sopra esposto, quanto meno per ciò che attiene ai diritti di difesa e al necessario previo coinvolgimento di tutti soggetti pubblici competenti.

3. La durata del procedimento (*rectius*, dei procedimenti)

Lo Schema non prevede una durata minima del procedimento, limitandosi a stabilire che l'atto di avvio dell'indagine conoscitiva *ex art. 12(2) della legge 287/1990* riporti, tra l'altro, "*il termine di conclusione del procedimento*" (v. § 2).

Sulla scorta di una lettura sistematica del contenuto dello Schema, parrebbe di comprendere che il suddetto termine si riferisca a tutte le attività che potrebbero rivelarsi necessarie per addivenire a un provvedimento di imposizione di Misure alle imprese interessate¹⁰.

Proposta dell'AAI

Come sopra proposto, sarebbe necessario che lo Schema preveda, in modo chiaro, lo svolgimento, dopo il procedimento di indagine conoscitiva cui l'Autorità da originariamente impulso, di due successivi autonomi procedimenti, rispettivamente aventi a oggetto l'accertamento dei Problemi Concorrenziali e l'identificazione delle imprese interessate (primo procedimento) e l'imposizione, previa loro puntuale definizione, delle Misure (secondo procedimento).

Per ciascuno di questi autonomi procedimenti dovrebbe essere prevista una durata minima, congrua alla complessità delle questioni trattate¹¹.

4. Criteri per la scelta delle Misure

L'art. 1(5) del Decreto Asset prevede che le Misure debbano essere “*necessari[e] e proporzionat[e]*” a eliminare i Problemi Concorrenziali accertati dall'Autorità e possano essere imposte solo “*nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea*”.

¹⁰ In tal senso, sembrerebbe deporre il fatto che lo Schema appare delineare un unico procedimento il quale, attraverso le successive fasi relative all'indagine conoscitiva (Sezz. I-III) e rimediabile (sez. IV-VII) – al cui interno si colloca il *sub*-procedimento impegni (Sez. V) – potrebbe pervenire, senza soluzione di continuità, al provvedimento finale di imposizione delle Misure di cui al § 23 dello Schema.

¹¹ Ad esempio, in Germania, sono previsti due successivi termini, ciascuno di 18 mesi, rispettivamente per la pubblicazione degli esiti dell'indagine conoscitiva e per la decisione di eventuali criticità concorrenziali, con accettazione degli impegni proposti dalle imprese interessate o imposizione alle stesse di misure rimediali. Nel Regno Unito, la *Competition and Markets Authority* deve decidere entro 6 mesi dall'apertura di una fase di *Market Study* se intende avviare la fase di *Market Investigation*, la quale ha una durata prestabilita di 18 mesi, eventualmente estesa a 24 mesi. Successivamente, la CMA deve formalizzare – in un termine di un termine di 6 mesi, che può essere esteso fino a 10 mesi – quali misure ritiene necessarie per risolvere le criticità concorrenziali accertate, accettando eventuali impegni proposti dalle imprese (“*undertakings*”) o emettendo un “*order*”.

Sotto altro profilo, l'imposizione di Misure ai sensi dell'art. 1(5) del Decreto Asset potrebbe dar luogo a sovrapposizioni e conflitti con altre normative nazionali ed europee, che andrebbero evitati¹².

Lo Schema non fornisce alcuna ulteriore indicazione sulle suddette questioni.

L'AAI ritiene che tali lacune andrebbero colmate e suggerisce che l'Autorità individui nello Schema almeno i criteri generali che seguirà nella scelta delle Misure che potrà imporre alle imprese interessate.

Proposta dell'AAI

Lo Schema dovrebbe richiamare espressamente i criteri codificati nell'Art. 1(5) del Decreto Asset, declinandoli ulteriormente come segue.

- Rapporto tra le Misure. In coerenza con i principi di *necessità e proporzionalità*, lo Schema dovrebbe chiarire che le Misure *comportamentali* verranno preferite rispetto a quelle *strutturali*, cui si farà ricorso solo laddove l'Autorità abbia dimostrato che le Misure comportamentali non sono idonee o possibili¹³;
- Residualità del ricorso alle Misure strutturali. L'imposizione di Misure consistenti in obblighi di dismissioni di asset/partecipazioni azionarie/obbligazioni: (i) dovrebbe essere consentita solo nei casi in cui nessun'altra Misura meno invasiva è idonea (*criterio oggettivo*) e (ii) solo nei confronti delle imprese interessate con un significativo potere di mercato (*criterio soggettivo*); (iii) in ogni caso, non potrebbe riguardare *asset/partecipazioni* la cui acquisizione è stata *recentemente* autorizzata dalla Commissione europea o da un'autorità della concorrenza dell'UE; (iv) potrebbe avvenire a condizione che sia rispettato il diritto dell'impresa a *ottenere un corrispettivo adeguato* dalla vendita o, in alternativa, un *congruo indennizzo*¹⁴.

¹² Ai sensi dell'art. 1(5) del Decreto Asset prevede che l'imposizione delle Misure deve avvenire "*nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea*".

¹³ La preferenza per le Misure comportamentali si giustifica tra l'altro in quanto la loro imposizione, meno lesiva della libertà di iniziativa economica delle imprese, non costituisce una risposta sanzionatoria a condotte illecite poste in essere dalle imprese interessate. Rileva, inoltre, la differenza di *ratio* rispetto allo strumento del controllo delle concentrazioni, nel quale, all'opposto, la preferenza accordata ai rimedi strutturali è giustificata dal carattere artificiale - e volontario - della modifica della struttura del mercato idonea a determinare una significativa restrizione della concorrenza, conseguente alla concentrazione.

¹⁴ Ad esempio, in Germania è previsto che il prezzo di vendita degli *asset* o delle partecipazioni da cedere deve essere pari ad almeno la metà del valore determinato da un esperto indipendente ed è, inoltre, previsto

11 aprile 2024

5. Norme transitorie

Lo Schema non fornisce indicazioni in merito alla possibilità di esercizio *ratione temporis* dei poteri *ex art. 1(5)* del Decreto Asset.

Proposta dell'AAI

Lo Schema dovrebbe prevedere che l'Autorità eserciterà i poteri *ex art. 1(5)* del Decreto Asset soltanto in relazione a indagini conoscitive avviate dopo la sua pubblicazione.

un corrispettivo aggiuntivo pari alla metà della differenza tra il valore stabilito dall'esperto indipendente e il corrispettivo effettivamente pagato, a carico del bilancio federale tedesco.