



Anitec-Assinform

**Risposta alla Consultazione pubblica
dell’Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato sullo
schema di comunicazione relativa
all’applicazione dell’art. 1, co. 5,
decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104
(DL Asset), convertito con
modificazioni dalla legge 9 ottobre
2023, n. 136**

4 aprile 2024



Sommario

Premessa	3
1. Tutele e garanzie all'interno della "nuova indagine conoscitiva"	4
1.1. Le esperienze europee.....	4
1.2. Le nuove indagini conoscitive e il coordinamento con l'art. 12 e l'art. 14 della Legge 297/90	7
2. Ruolo delle Autorità di regolazione – coordinamento	9



PREMESSA

L'art. 1 comma 5 del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104 "Decreto Asset", convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136 ha attribuito nuovi poteri di indagine settoriale all'AGCM.

Nello specifico, la norma prevede:

- “[s]e in esito a un’indagine conoscitiva condotta ai sensi dell’articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza”.
- Nell’ambito di tale procedimento, le imprese interessate “possono presentare impegni tali da far venire meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori”.

L’intervento posto in essere, pertanto, introduce nuovi poteri in capo all’AGCM di fatto creando una terza specie ulteriore rispetto alle più note indagini conoscitive e istruttorie. Nel farlo, tuttavia, il legislatore si è privato di quell’attento e complesso dibattito che portò con la legge istitutiva dell’Autorità, a definire tali strumenti nel dettaglio all’art. 12 e 14 della medesima e, soprattutto, non ha fatto tesoro dell’esperienza acquisita dall’Autorità in primis e dal diritto antitrust europeo negli anni successivi.

Va, peraltro, evidenziato come l’intero art. 1 sia maturato a seguito di un intenso dibattito politico-istituzionale sulla presenza di condotte anti-concorrenziali nel trasporto aereo. Nello specifico, da un esame più esteso dell’intero articolo 1, si definiscono puntualmente gli elementi caratteristici del settore del trasporto aereo che l’Autorità può considerare nella propria attività di indagine, tra cui:

- a) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi;



- b) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti;
- c) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda;
- d) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo.

Ciononostante, con il parere n.61 del 29 gennaio 2024, il Consiglio di Stato ha ritenuto di estendere l'attuazione del comma 5 summenzionato, chiarendo che “i poteri, ivi previsti, operino senza restrizioni di ordine settoriale o merceologico, per tutti i settori per i quali l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia inteso attivare, ricorrendone presupposti e condizioni, i propri poteri di indagine conoscitiva”.

Tale interpretazione estensiva presenta diversi profili critici e, con riferimento alla consultazione in oggetto, pone in capo all'Autorità l'obbligo di dotarsi di adeguate procedure atte a ricondurre i nuovi poteri nel solco dell'esperienza antitrust maturata tanto a livello europeo che nazionale.

Di seguito si offrono alcuni spunti utili di riflessione per definire le nuove Linee guida di attuazione del comma 5, auspicando nel contempo che il Legislatore intenda considerare un chiarimento interpretativo della norma volta a dare maggiore solidità all'impianto attuativo da porre in essere.

1. TUTELE E GARANZIE ALL'INTERNO DELLA “NUOVA INDAGINE CONOSCITIVA”

1.1. Le esperienze europee

Il Consiglio di Stato nel suo parere ha ritenuto che una interpretazione restrittiva della disposizione in esame creerebbe nel corpus degli strumenti di tutela della concorrenza una compressione dei poteri di intervento dell'Autorità che mal si concilierebbe, in assenza di giustificazioni oggettive, con il generale principio di proporzionalità e il divieto di discriminazione tra operatori economici, di derivazione



costituzionale e euro-unitaria. Di fatto, tale interpretazione ritiene che qualsivoglia limitazione a un settore specifico risulterebbe irragionevole e discriminatoria.

Pur eccependo come già fatto in premessa che il legislatore per primo abbia inteso riferirsi prioritariamente (se non esclusivamente) al trasporto aereo, le conclusioni del Consiglio di Stato si spingono oltre indicando come dall'analisi comparativa con i poteri conferiti ad altre Autorità di concorrenza attive nel panorama europeo relativamente ai poteri di indagine settoriale, con particolare riferimento alla Competition and Market Authority e al Bundeskartellamt, l'estensione del comma 5 ad altri settori merceologici impone a maggior ragione forte attenzione nel ricondurre i nuovi poteri in un quadro di più ampie garanzie procedurali.

Sussistono, infatti, profonde differenze rispetto alle altre Autorità prese in esame dal Consiglio di Stato, sia in termini di procedura legislativa, sia in termini di limitazioni all'attività di indagine.

Sotto il profilo procedurale, si rileva che il conferimento di tali poteri alle Autorità nazionali competenti in materia nel Regno Unito e in Germania, come nei Paesi dove ci sono proposte simili in corso, è frutto di un processo legislativo ordinario, che ha consentito agli stakeholders di proporre osservazioni o modifiche alla proposta.

In Italia, invece, i poteri dell'Autorità sarebbero estesi in base unicamente a un parere (facoltativo) del Consiglio di Stato, poggiante su un intervento emergenziale che ha subito una significativa innovazione in sede di conversione.

A livello sostanziale, poi, come precedentemente evidenziato l'Autorità può imporre "ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza."

L'indagine di mercato condotta dall'Autorità come stabilita nell'ordinamento italiano, secondo l'interpretazione estensiva offerta dal Consiglio di Stato, non include alcun requisito, principio limitante, salvaguardia, controllo o bilanciamento all'azione autoritativa, nemmeno di natura temporale.

Questo risultato sarebbe confermato dalla recente comunicazione rilasciata dall'Autorità in merito ai nuovi poteri di cui è stata investita senza però che venissero inclusi salvaguardie procedurali e limiti temporali specifici.



Sul punto, si ricordi che questa attività di indagine può essere intrapresa anche in assenza di posizioni dominanti o di presunte violazioni della concorrenza e pertanto rappresenta di fatto un enorme ampliamento della discrezionalità di intervento dell'Autorità. Uno dei rischi concreti di questa attività è che in potenza tali indagini possano dare vita più che ad azioni di enforcement autoritativo a vere e proprie azioni di politica industriale.

Al contrario, in forza dell'Enterprise Act 2002, così come emendato dall'Enterprise and Regulatory Act 2013, la CMA ha il potere di condurre studi di mercato e indagini di mercato, senza però disporre dei poteri autoritativi per emettere ordini legalmente vincolanti alla conclusione di uno studio di mercato.

Tuttavia, perché la CMA, facendo seguito a uno studio di mercato, possa avviare un'indagine di mercato, devono essere soddisfatti criteri come:

- i. l'esistenza di ragionevoli motivi per sospettare che la concorrenza sia impedita, limitata o distorta in qualche mercato nel Regno Unito;
- ii. l'esistenza di una caratteristica o combinazione di caratteristiche di un mercato che causi un "effetto negativo sulla concorrenza".

Tali requisiti circoscrivono i poteri dell'Autorità inglese e delimitano l'attività di indagine entro un perimetro capace di definire alcune tutele essenziali.

Nella medesima direzione si è mossa di recente la Germania attribuendo, con l'undicesimo emendamento alla legge nazionale sulla concorrenza, nuovi poteri al Bundeskartellamt. Ai sensi del nuovo Articolo 32f GWB, al termine di un'indagine di mercato l'autorità tedesca può imporre rimedi comportamentali o strutturali necessari per eliminare o ridurre un "significativo e continuo malfunzionamento della concorrenza".

A tal fine, coerentemente con l'esperienza britannica, l'Articolo 32f fornisce una definizione del concetto di "significativo e continuo malfunzionamento della concorrenza", nonché chiarimenti sull'ambito di applicazione della disposizione in relazione sia agli strumenti antitrust tradizionali sia alla regolamentazione settoriale. In particolare, la disposizione specifica che tali poteri aggiuntivi possono essere utilizzati



dal Bundeskartellamt solo nella misura in cui appaia improbabile che l'applicazione tradizionale del diritto della concorrenza risulti sufficiente ad eliminare il malfunzionamento della concorrenza in modo efficace e permanente. Inoltre, nel caso dei settori regolamentati, l'autorità antitrust è autorizzata ad imporre misure correttive solo con l'accordo del Bundesnetzagentur.

Infine, come già visto nello scenario britannico, sia l'indagine di mercato che l'attuazione delle misure correttive sono soggette a regole procedurali e a limiti di tempo. Ulteriori e più stringenti limiti vengono inoltre introdotti nel caso di rimedi strutturali.

Quanto sopra evidenzia con chiarezza come anche nel caso della "nuova" indagine conoscitiva andrebbero previsti criteri e condizioni stringenti, anche con limiti temporali all'attività di indagine dell'Autorità, per l'avvio e lo svolgimento di indagini da parte dell'Autorità, ad esempio sul modello della Competition and Markets Authority precedentemente citato.

1.2. Le nuove indagini conoscitive e il coordinamento con l'art. 12 e l'art. 14 della Legge 297/90

Ad avviso della scrivente, al fine di definire le procedure attuative della nuova indagine conoscitiva, occorre assicurare il massimo coordinamento della stessa con i poteri già propri dell'autorità e in particolare con quelli previsti dagli art. 12 e 14 della legge 287/90.

Sotto un primo profilo, va ricordato che attualmente le indagini conoscitive hanno per oggetto l'andamento della concorrenza in termini generali all'interno di un intero settore e che non consentono l'adozione di misure strutturali o comportamentali al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza.

Con i nuovi poteri, invece, l'autorità potrà imporre rimedi comportamentali, in qualunque settore, senza l'onere di provarne condotte abusive e senza la necessità di provare fattispecie di illecito. Il richiamo a "problemi concorrenziali" non è chiaro e coerente con l'esperienza acquisita dall'Autorità, ma, soprattutto, non è coerente con l'ordinamento europeo e nazionale che, viceversa, è assai



puntuale nell'indicare il perimetro e i criteri di attuazione dei poteri delle autorità antitrust.

Sotto un secondo profilo, come è noto, l'Autorità interviene a valle di istruttorie con adeguamenti comportamentali, sanzioni o accettazione di impegni quando ravvisa comportamenti anticoncorrenziali ad opera di un soggetto specifico, avendone verificato le prassi, le strategie, la dimensione del mercato, e così via.

Le nuove indagini, invece, sembrano attribuire un potere "generico" potenzialmente settoriale che tuttavia non può essere esercitato dall'autorità (non essendo essa dotata di potere legislativo).

D'altronde, sono per lo più le istruttorie che già oggi consentono all'autorità di incidere in maniera più cogente tanto nella fase di indagine quanto in quella rimediabile nel mercato, richiedendo in presenza di illeciti comportamenti conseguenti alle imprese.

E quindi, oggi, corre l'obbligo di coordinare questi tre strumenti per evitare che le nuove indagini ex DL Asset – che presentano perimetri più laschi in termini di garanzie, tempi, criteri di attuazione, perimetro di indagine – finiscano per essere "preferiti" rispetto ai due strumenti che l'Autorità già possiede e che sono coerenti con l'impianto europeo in materia di antitrust.

In tal senso, basti considerare che la stessa indagine conoscitiva che ha dato luogo poi al DL Asset, è nata a valle di un'istruttoria che non aveva ravvisato comportamenti illeciti da parte degli operatori del trasporto aereo.

Rispetto alla procedura posta in consultazione, pertanto, riteniamo che tali elementi di criticità di ravvedano tanto al capitolo II – Poteri di indagine, quanto ai capitoli IV e successivi.

Dalle procedure proposte emerge una sorta di *blending* tra azioni/poteri che già sono previsti dalle indagini conoscitive ex art. 12 con quelli previsti dall'art. 14 per le istruttorie ma in assenza di garanzie adeguate alle imprese in termini di:

- partecipazione attiva nella fase di indagine al procedimento;
- presentazione di difese, memorie e ogni altro strumento di contestazione in presenza di una nebulosa definizione delle fattispecie di presunti illeciti (eventuali problemi concorrenziali) nelle fasi ispettive;



- determinazione di tempi congrui per assicurare alle imprese il diritto di difesa.

Prevedere, quindi, criteri specifici che possano stabilire quando è opportuno avviare un'indagine di settore e in quali tempistiche condurla risulta essenziale onde evitare che l'Autorità intervenga sul funzionamento di un particolare mercato anche in assenza di elementi che possono generare possibili effetti negativi sulla concorrenza.

2. RUOLO DELLE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE – COORDINAMENTO

Infine, al punto 23 la consultazione richiama la possibilità per l'Autorità di coordinarsi con altre autorità di regolazione ove l'intervento riguardi specifici mercati regolati. Sul punto, l'interpretazione del Consiglio di Stato estendendo di fatto a tutti i settori e mercati il poter ex art. 1 comma 5 impone all'autorità di assicurare in maniera chiara ed efficace il coordinamento con le autorità di regolazione, come già avviene nella prassi corrente.

In questo senso, va infatti tenuto conto che possibili ostacoli alla concorrenza in un mercato possano derivare non tanto o non solo dalle pratiche poste in essere da uno o più operatori, quanto da impianti di regolazione o norme specifiche che di fatto determinano una compressione della concorrenza.

Non di rado, infatti, nel disegnare i mercati le autorità di regolazione intervengono a monte al fine di garantire la massima contendibilità nel e per il mercato: ciò accade nel mercato digitale con il DMA, DSA, GDPR e anche con il futuro AI ACT, ma accade più in generale nel caso del mercato elettrico, aereo (!), ferroviario e così via.

È quindi necessario che la nuova indagine conoscitiva rafforzi e disciplini in maniera puntuale le modalità con cui intende coordinarsi e collaborare con le autorità di regolazione attive, con duplice obiettivo di assicurare un intervento che sia consapevole del quadro regolatorio specifico in essere e di assicurare che sulle imprese non ricadano effetti che non derivano da pratiche/comportamenti propri e illeciti, quanto dal contesto regolatorio in cui sono chiamate a operare.