

Roma, 04 aprile 2024

Consultazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**Oggetto: 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****Premessa**

Ringraziamo l'Autorità per aver sottoposto a consultazione pubblica lo schema di comunicazione sulle regole procedurali per l'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del decreto-legge n. 104/2023, convertito con modificazioni dalla legge n. 136/2023.

Tale disposizione modifica profondamente la configurazione dello strumento delle indagini conoscitive di cui all'articolo 12 della legge n. 287/1990, attribuendo all'Autorità, qualora all'esito dell'indagine conoscitiva abbia riscontrato l'esistenza di "problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori", il potere di "imporre alle imprese interessate (...) ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata", volta a eliminare le distorsioni della concorrenza.

In una prospettiva di better regulation un intervento legislativo di simile portata avrebbe dovuto essere accompagnato da un approfondito dibattito parlamentare, che evidenziasse gli obiettivi e l'impatto della riforma e in cui gli stakeholders avessero la possibilità di esprimere il loro punto di vista. La scelta di introdurre le nuove norme in sede di conversione di un decreto-legge, non essendo peraltro chiaro il requisito dell'urgenza rispetto alla loro adozione, si è tradotta in una formulazione che pone numerosi problemi in termini di certezza giuridica e di garanzie per i soggetti coinvolti e potrebbe incorrere, se non adeguatamente circoscritta, in censure di legittimità costituzionale.

L'esigenza di un'attenta riflessione sui presupposti dell'esercizio del nuovo potere dell'Autorità e sui necessari contrappesi risulta accentuata dal fatto che la disposizione normativa di riferimento è collocata in un articolato riguardante uno specifico settore (trasporto aereo) e la sua estensione all'insieme dei settori economici non è frutto di una chiara ed esplicita volontà del legislatore, ma discende piuttosto da una lettura,

non del tutto convincente, da parte del Consiglio di Stato orientata ad escluderne l'irragionevolezza, creando non poca confusione sulla gerarchia delle fonti del diritto.

Auspichiamo pertanto che questa consultazione contribuisca a definire un quadro normativo coerente ed efficace, in grado di assicurare che l'esercizio dei nuovi poteri dell'Autorità in materia di indagini conoscitive sia strettamente necessario, rigorosamente giustificato e accompagnato da un solido apparato di garanzie che comportino una possibilità di ricorso e controllo giurisdizionale pieno ed effettivo.

1. Esigenza di Linee Guida sui presupposti sostanziali dell'intervento

Il potere di imporre misure comportamentali o strutturali alle imprese al di fuori dell'accertamento di un'infrazione antitrust segna un cambiamento significativo dell'azione dell'Autorità, che per questo aspetto diviene assimilabile a un'attività di regolazione. Le imprese possono essere assoggettate a vincoli e obblighi di rilevante impatto, inclusa la cessione di asset o altri limiti ai diritti di proprietà, senza che alcuna condotta illecita sia loro imputabile, per il solo fatto di operare in un settore o mercato che presenta, secondo la valutazione dell'Autorità, disfunzioni sul piano concorrenziale. Ciò mette in crisi la logica del self-assessment che contraddistingue la compliance con il diritto della concorrenza conferendo all'Autorità funzioni non solo di tutela ma di promozione della concorrenza e competenze in materia di politica industriale.

Il presupposto dell'imposizione delle misure previsto dalla disposizione normativa di riferimento (sussistenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il funzionamento del mercato) è ampio ed estremamente generico, privo di qualsiasi aggancio al diritto europeo e quindi suscettibile di risultare in un esercizio arbitrario del potere con grave lesione della libertà d'impresa. Ne deriva un contesto di incertezza e imprevedibilità, che può disincentivare gli investimenti e frenare ingiustificatamente l'attrazione e lo sviluppo delle attività economiche.

È quindi fortemente auspicabile che l'AGCM fornisca, mediante linee guida, indicazioni sul tipo e sulla portata dei problemi concorrenziali che possono dar luogo all'imposizione di misure rimediali, nonché sulle caratteristiche del mercato che saranno prese in considerazione ai fini della valutazione.

Per il primo profilo, le linee guida dovrebbero chiarire che l'intervento ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del decreto-legge n. 104/2023 è considerato opportuno in presenza di distorsioni i) significative e persistenti della concorrenza, ii) che

determinano un grave pregiudizio per i consumatori (in termini di prezzi più alti, riduzione della qualità, della scelta o dell'innovazione) e iii) che l'Autorità esclude di poter affrontare attraverso gli altri strumenti a sua disposizione (i.e. enforcement delle norme antitrust, attività di advocacy). Il ricorso al nuovo potere dovrebbe infatti rispondere a una logica di chiusura del sistema e operare quale *extrema ratio* per la soluzione dei problemi concorrenziali riscontrati. In altri termini i nuovi poteri dovrebbero trovare applicazione in una logica meramente residuale a situazioni di mercato che non possono essere affrontate attraverso le fattispecie classiche dell'intervento antitrust o risolte con l'impiego di strumenti meno invasivi.

Inoltre, qualora l'indagine conoscitiva dovesse rivelare l'esistenza di criticità concorrenziali di portata sovranazionale e presenti in altri Stati membri, l'Autorità dovrebbe astenersi dall'imposizione di misure rimediale, che rischierebbero di produrre una frammentazione del mercato interno, e impegnarsi a segnalare la questione alla Commissione europea per le valutazioni e le iniziative di sua competenza. Andrà naturalmente prestata la massima attenzione all'esigenza di evitare ogni sovrapposizione di competenze fra i nuovi poteri dell'Autorità e quelli spettanti alla Commissione sulla base del Digital Markets Act.

Per il secondo profilo, va osservato che il decreto-legge n.104/2023 ha individuato, sia pure a titolo non esaustivo, gli elementi che l'Autorità può prendere in considerazione nel compimento delle indagini conoscitive sui mercati del trasporto aereo di passeggeri: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Un'esplicitazione degli elementi rilevanti per l'analisi dei problemi concorrenziali dovrebbe essere effettuata in via generale dall'AGCM, sull'esempio dell'attività di *guidance* dell'autorità di concorrenza del Regno Unito.

Infine, tenendo conto del ruolo più incisivo che le indagini conoscitive vengono ad assumere nel sistema, una prassi virtuosa da parte dell'Autorità sarebbe quella di rendere note – per esempio su base annuale – le priorità della propria azione, individuando in particolare i settori su cui intende concentrare attenzione e risorse per verificare l'esistenza di distorsioni concorrenziali.

2. Procedura e garanzie

Lo schema di comunicazione delinea un'indagine conoscitiva organizzata secondo un modello procedurale bifasico.

La prima fase si porrebbe idealmente in continuità con la configurazione tradizionale delle indagini conoscitive, quali strumenti che consentono all'Autorità di comprendere il funzionamento di un settore economico (struttura del mercato, evoluzione della domanda e dell'offerta, meccanismi di formazione e trasmissione dei prezzi lungo una filiera) e analizzarne le dinamiche competitive tenendo conto delle innovazioni tecnologiche e degli sviluppi del quadro normativo e regolamentare, per sfociare tipicamente in un rapporto conclusivo reso pubblico.

Qualora, alla luce degli elementi acquisiti, venisse rilevata la sussistenza di problemi concorrenziali suscettibili di essere adeguatamente risolti con misure rimediale, verrebbe aperta una seconda fase volta a identificare le misure idonee allo scopo; in questa seconda fase le imprese avrebbero la possibilità di presentare impegni, che l'Autorità potrebbe ritenere adeguati e rendere vincolanti.

Vi sono tuttavia alcuni elementi della disciplina che alterano la linearità e la coerenza del modello proposto:

- nella prima fase l'Autorità già disporrebbe nei confronti delle imprese di poteri molto invasivi, assistiti da rilevanti sanzioni pecuniarie: oltre a procedere alla richiesta di informazioni e documenti, potrebbe convocare in audizione i rappresentanti delle imprese e altre persone in possesso di informazioni utili e, soprattutto, svolgere ispezioni nei locali aziendali con il supporto della Guardia di Finanza. Si tratta di poteri persino più estesi di quelli che spettano all'Autorità nella fase pre-istruttoria dei procedimenti volti all'accertamento di infrazioni antitrust (limitati alla richiesta di fornire informazioni ed esibire documenti, v. art. 12, commi 2-bis e 2-ter, della legge n. 287/1990);
- a fronte di questi poteri, durante la prima fase dell'indagine conoscitiva alle imprese non verrebbero riconosciute garanzie. La partecipazione al procedimento sarebbe di tipo meramente consultivo, concretizzandosi nella possibilità di presentare osservazioni, e subordinata alla circostanza che l'Autorità decida (in modo discrezionale) di disporre una call for input e/o di pubblicare, in uno stadio intermedio, un rapporto preliminare che illustri gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti fino a quel punto;

- considerando in particolare le ispezioni, non è chiaro come un'impresa potrebbe contestare la legittimità dell'operato dell'Autorità, sul piano della pertinenza e della proporzionalità dei materiali acquisiti, in presenza di una decisione di avvio dell'indagine (di cui peraltro non è prevista la notifica) che si limiti a prospettare 'eventuali problemi concorrenziali';
- alle imprese potenzialmente destinatarie di misure verrebbero comunicati contestualmente sia l'avvio dell'indagine conoscitiva che la Delibera delle risultanze conoscitive. Le imprese avrebbero quindi consapevolezza dei problemi concorrenziali oggetto di attenzione da parte dell'Autorità soltanto con il passaggio alla fase volta a individuare i possibili rimedi. Ne risulterebbe irragionevolmente compressa la possibilità di far valere il proprio punto di vista circa la sussistenza dei problemi concorrenziali, che costituiscono il presupposto per l'adozione delle misure rimediali.

Alla luce di tali elementi, riteniamo che l'Autorità dovrebbe rivedere il modello proposto ed eliminare le ambiguità e le contraddizioni della disciplina.

Occorre distinguere più nettamente le due fasi dell'indagine, attenuando i poteri utilizzabili dall'Autorità nella prima fase, in particolare escludendo lo svolgimento di ispezioni, e facendo in modo che l'atto introduttivo della seconda fase (DRC) rappresenti l'inizio vero e proprio di una verifica in contraddittorio che investe sia la sussistenza dei problemi concorrenziali, sia la necessità di intervenire con misure rimediali.

Pertanto, è necessario anzitutto che la DRC chiarisca i problemi concorrenziali emersi dallo studio del mercato e le ragioni per cui l'Autorità ritiene che altre soluzioni (ricorso agli strumenti antitrust tradizionali; raccomandazione di iniziative legislative o regolamentari) non siano appropriate per il superamento degli stessi. Inoltre, nella seconda fase dell'indagine, accanto al diritto di presentare memorie scritte e documenti e di accedere al fascicolo, deve essere assicurato alle imprese il diritto di essere sentite oralmente dagli uffici, presentando apposita richiesta entro un termine fissato dalla DRC. Per una maggiore efficacia del procedimento e in vista della formulazione di una eventuale proposta di impegni sarebbe utile altresì prevedere che l'Autorità possa organizzare momenti informali di confronto e dialogo con le imprese, anche accogliendo specifiche sollecitazioni di queste ultime.

Salva l'ipotesi in cui la proposta di impegni delle imprese vada a buon fine, la seconda fase dell'indagine porterebbe alla definitiva enunciazione dei problemi concorrenziali riscontrati e all'individuazione, previa consultazione del mercato, delle misure rimediali

che l'Autorità ritenga necessarie e proporzionate. Il provvedimento finale dovrebbe contenere una rigorosa motivazione su questi profili, per consentire il successivo controllo giurisdizionale.

3. Ruolo delle Autorità di regolazione

Il coinvolgimento tempestivo delle Autorità di regolazione nel procedimento è essenziale, tenuto conto della conoscenza specifica che tali Autorità hanno del mercato e delle relative dinamiche, nonché dell'incidenza che le misure rimediali adottate dall'AGCM potrebbero avere su attività/ambiti interessati da interventi di natura regolatoria. Lo schema di comunicazione prevede un ruolo del tutto marginale ed eventuale delle Autorità di regolazione, che sembrerebbe rimesso a una scelta discrezionale dell'AGCM. Infatti, al par. 6 del documento si fa riferimento alla possibilità che l'AGCM chieda a tali Autorità di fornire eventuali osservazioni sul rapporto preliminare (la cui pubblicazione è a sua volta discrezionale); al par. 16 viene menzionata l'eventuale acquisizione del parere delle Autorità di regolazione sugli impegni proposti dalle imprese; il par. 23 fa riferimento alla eventuale acquisizione del parere delle Autorità di regolazione, che precede l'adozione del provvedimento finale.

La cooperazione tra Autorità va perseguita con convinzione, per evitare sovrapposizione di interventi di natura regolatoria e conflitto tra decisioni. Nei settori in cui operano Autorità di regolazione, le indagini conoscitive dovrebbero essere preferibilmente frutto di iniziative congiunte e coordinate tra l'AGCM e tali Autorità; un esempio virtuoso in questo senso è rappresentato dall'Indagine conoscitiva sui Big Data svolta da AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali tra il 2017 e il 2019 e conclusa con la pubblicazione di un importante e approfondito rapporto. In alternativa, l'AGCM dovrebbe essere tenuta a chiedere il parere dell'Autorità di regolazione di volta in volta competente e, una volta acquisito tale parere, a spiegare nel provvedimento finale impositivo di misure rimediali le ragioni per cui abbia eventualmente deciso di discostarsene. Le modalità di cooperazione andranno disciplinate mediante protocolli tra le autorità.

Il Direttore Generale
Stefano Firpo

