



Autorità garante della concorrenza e del mercato  
AGCM

0036728 del: 05/04/2024 09:16

Principale Registro: Arrivo

c.a. Segretario Generale

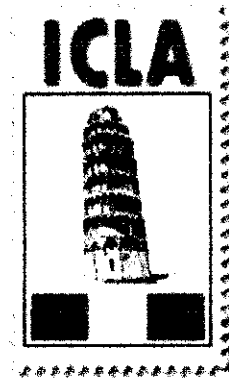
*Dott. Guido Stazi*

Dipartimento analisi economiche e di mercato

*Direttore Dott. Paolo Saba*

Direzione indagini conoscitive e di mercato

*Direttore Dott.ssa Giuseppina Mangione*



5 aprile 2024

ICLA Italia - In House Competition Lawyers' Association<sup>1</sup>

Contributo alla consultazione pubblica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del decreto legge 10.8.2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9.10.2023, n. 136 (c.d. Decreto Asset)

## 1. Premessa

Anche in considerazione della natura e della totale novità nell'ordinamento italiano dei poteri rimediali cui afferisce la *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 ("Comunicazione")*, ICLA Italia desidera in primo luogo esprimere il proprio apprezzamento per la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**") di sottoporre la stessa a consultazione ed auspica che ad esito del processo consultivo possano essere quantomeno mitigati i gravosi oneri previsti in capo alle imprese, pur nella pacifica assenza di violazioni di legge da parte di queste ultime.

Suscita infatti particolare preoccupazione l'estensione a qualsiasi settore dei poteri rimediali in questione ("**Poteri Rimediali**"), che, come pacificamente riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nel suo parere del 29.1.2024, n. 61, il legislatore aveva previsto unicamente con riferimento al settore del trasporto aereo.

---

<sup>1</sup> ICLA è un'associazione informale di legali d'azienda esperti di diritto della concorrenza, nell'ambito della quale si discutono novità normative e giurisprudenziali e condividono *best practices* in materia, nell'ottica di un continuo miglioramento nell'assicurare il rispetto della normativa. L'associazione – che al momento può contare sull'apporto di circa 500 associati – è attiva a livello europeo ed internazionale e opera in Italia attraverso ICLA Italia, di cui fanno parte attualmente circa 100 membri. ICLA si compone di individui che partecipano all'associazione a titolo personale portando l'esperienza acquisita nei più svariati settori di mercato, a beneficio della diversità e complementarietà delle prospettive. Il presente documento di risposta alla consultazione dell'Autorità rappresenta la posizione di ICLA Italia e non necessariamente rappresenta il punto di vista di tutti i suoi membri.

L'afflittività delle misure che potrebbero essere imposte alle imprese – pari o superiore alle sanzioni che potrebbero esser comminate per le ipotesi di violazioni antitrust, cui consolidata giurisprudenza ha già riconosciuto natura penale – avrebbe richiesto invero una chiara e inequivoca base legislativa, per assicurare il rispetto della riserva di legge prevista tanto in ambito penale (art. 25, comma 2 Cost.) quanto per i limiti che possono essere posti alla libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 3, Cost.).

In assenza di una tale base di legge, si propongono di seguito alcune proposte di revisione e integrazione della Comunicazione, nell'ottica di evitare che l'esercizio del potere in questione, anche quando necessario, possa essere vanificato da interventi giudiziari che ne annullino i provvedimenti applicativi, sulla scia di quanto avvenuto nell'ordinamento inglese. Tali proposte sono essenzialmente volte ad assicurare un livello minimo di tutela dei diritti di difesa e il necessario coordinamento con le altre autorità eventualmente coinvolte nella definizione della normativa applicabile, nonché, più in generale, a contenere quanto più possibile gli oneri gravanti in capo alle imprese, il tutto anche al fine di assicurare il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità stabiliti nel Decreto Asset e il buon andamento della pubblica amministrazione.

## **2. Diritti di difesa**

Un primo gruppo di osservazioni, ispirate dalla necessità di assicurare un appropriato livello di tutela dei diritti di difesa e rispondenti al principio di tassatività da cui l'adozione di misure rimediali di portata afflittiva non può prescindere, concerne la necessità di chiarire, tanto nella Comunicazione, quanto nei vari atti del procedimento (decisione di avvio, rapporto preliminare e dichiarazione delle risultanze conoscitive ("DRC")), il perimetro dei possibili problemi concorrenziali e degli eventuali rimedi e l'oggetto dell'indagine (punti 2.1-2.3 *infra*). Un secondo gruppo di osservazioni concerne invece specifici diritti di difesa, quali il diritto di accesso, il diritto di essere sentiti e i termini procedurali (punti 2.4-2.8 *infra*).

### **2.1 I possibili problemi concorrenziali**

In primo luogo, si ritiene che la Comunicazione e i suoi provvedimenti attuativi dovrebbero puntualmente individuare i "*problemi concorrenziali*" da cui può derivare l'applicazione dei Poteri Rimediali.

Invero, in analogia a quanto fatto dal legislatore nell'art. 1, comma 5, del Decreto Asset, nel momento in cui ha introdotto i Poteri Rimediali per il settore del trasporto aereo, ancor prima di dettare le regole procedurali, la Comunicazione dovrebbe indicare quali sono gli elementi da prendere in considerazione per l'individuazione dei possibili problemi concorrenziali in tutti gli altri settori. Diversamente operando si verrebbe peraltro a creare una situazione di discriminazione esattamente inversa a quella che il Consiglio di Stato dichiarava di voler scongiurare, nel suo parere del 29 gennaio 2024, n. 61, giacché solo alle imprese operanti nel settore del trasporto aereo sarebbe dato sapere su quali basi verrebbe accertata l'eventuale esistenza di problemi concorrenziali.

L'approccio qui raccomandato è stato recentemente adottato anche dal legislatore tedesco, che, quando ad esito di articolato e dibattuto iter legislativo ha introdotto nella normativa sulla concorrenza uno strumento simile ai Poteri Rimediali, ha avuto cura di indicare gli elementi di cui tenere conto ai fini dell'individuazione dei malfunzionamenti del mercato che possono giustificare l'applicazione di misure rimediali (art. 32f, comma 5, della legge sulla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*))<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Un dettagliato elenco dei possibili elementi da prendere in considerazione per l'accertamento di eventuali problemi concorrenziali è fornito anche nel riassunto predisposto dalla Commissione Europea dei contributi ricevuti dalle autorità nazionali della concorrenza nell'ambito della consultazione pubblica relativa all'ipotesi, poi abbandonata, di dotare la stessa Commissione di un *New Competition Tool* molto simile ai Poteri Rimediali (v. "*Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool*").

Nella stessa disposizione la normativa tedesca ha inoltre indicato in cosa possono consistere i predetti malfunzionamenti del mercato (es. potere unilaterale di fornitura o di acquisto, restrizioni all'ingresso o all'uscita dal mercato, la possibilità di cambiare fornitore o cliente, condotte uniformi o coordinate o limiti all'accesso a input produttivi o clienti attraverso rapporti verticali). Allo stesso modo, si raccomanda che anche la Comunicazione indichi in cosa possano consistere i "problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato" da cui può conseguire l'applicazione dei Poteri Rimediali.

Nell'ottica di concentrare l'azione dell'Autorità sugli effettivi fallimenti del mercato e di non disperdere le sue risorse nella persecuzione di problemi destinati a risolversi proprio per effetto del naturale evolversi della concorrenza o privi di apprezzabile rilevanza, sarebbe inoltre necessario che la Comunicazione qualifichi come problemi concorrenziali solo quelli aventi carattere duraturo e che interessino l'intero mercato nazionale o, quantomeno, una sua parte rilevante. Sul requisito della durezza del malfunzionamento del mercato ancora una volta fornisce utile spunto la normativa tedesca, che concentra la sua attenzione sui malfunzionamenti che durino da almeno tre anni (o si siano ripetuti in tale arco temporale) e che è probabile che non cessino nei due anni successivi (art. 32f, comma 5, della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Quanto invece all'estensione geografica dei problemi concorrenziali, posto che la legge 10.10.1990, n. 287 ("**Legge 287/1990**") vieta unicamente le intese distorsive della concorrenza e gli abusi che riguardino il "*mercato nazionale o una sua parte rilevante*", non si vede per quale motivo l'esercizio dei Poteri Rimediali debba invece trovare applicazione anche a situazioni di portata più limitata.

Solo indicando in un atto normativo di carattere generale quali possano essere i problemi concorrenziali e gli elementi da prendere in considerazione per accertarli sarà possibile, da un lato, assicurare un'effettiva tutela dei diritti di difesa delle parti che potrebbero trovarsi a subire l'applicazione dei Poteri Rimediali e, dall'altro, consentire all'Autorità di indirizzare il proprio operato verso il superamento di problemi concorrenziali che possano considerarsi pacificamente tali. Una chiara individuazione delle situazioni che potrebbero dare luogo all'applicazione dei Poteri Rimediali avrebbe inoltre un'efficace funzione di *advocacy*, poiché dissuaderebbe le imprese dal creare o mantenere situazioni che, sebbene pienamente lecite, potrebbero dare luogo all'applicazione di misure per loro estremamente onerose.

Oltre ad essere indicati in astratto nella Comunicazione, i problemi concorrenziali dovrebbero essere poi puntualmente indicati anche negli atti procedimentali.

Invero, posto anche che l'art. 12, comma 2, della Legge 287/1990, già richiede per l'avvio di un'indagine conoscitiva la presenza di "*circostanze [che] facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata*", la decisione di avvio dell'indagine di cui al § 1 della Comunicazione dovrebbe espressamente indicare tanto le predette "circostanze" che fanno ritenere sussistente una limitazione della concorrenza, quanto gli specifici e concreti – e non meramente "*eventuali*", come attualmente previsto al § 2.a della Comunicazione – "problemi concorrenziali" che giustificano l'avvio dell'indagine.

L'indicazione dei problemi concorrenziali dovrebbe poi divenire via via più puntuale man mano che l'indagine conoscitiva progredisce, per rifletterne le risultanze e consentire un effettivo contraddittorio alle parti interessate.

In quest'ottica, il § 5 della Comunicazione dovrebbe prevedere anche che, se ad esito delle indagini svolte risultano *prima facie* confermati i problemi concorrenziali ipotizzati in avvio dell'indagine o ne sono emersi altri, il "rapporto preliminare" deve indicarli puntualmente, specificando altresì in che modo "*ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato*" e quale pregiudizio arrecano ai consumatori.

---

disponibile al seguente link [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/45dda176-f23c-4de5-94d0-79e1ad2d5c53\\_en?filename=summary\\_contributions\\_NCAs\\_responses.pdf&prefLang=it](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/45dda176-f23c-4de5-94d0-79e1ad2d5c53_en?filename=summary_contributions_NCAs_responses.pdf&prefLang=it)).

Coerentemente, il § 6 della Comunicazione non dovrebbe fare riferimento ai *“problemi concorrenziali oggetto dell’indagine conoscitiva”*, bensì a quelli eventualmente rilevati nel rapporto preliminare.

Oltre a indicare i problemi concorrenziali, gli atti procedurali dovrebbero altresì puntualmente indicare in cosa consista il *“pregiudizio per i consumatori”*, che pure ai sensi del Decreto Asset costituisce un requisito essenziale per l’esercizio dei Poteri Rimediali. Al riguardo, la Comunicazione dovrebbe anche chiarire che nell’identificazione di tale pregiudizio l’Autorità non deve limitarsi a considerazioni di carattere economico, dovendo dare adeguato spazio anche a elementi diversi, quali ad esempio quelli afferenti la qualità, l’innovazione, la varietà, la sicurezza e/o l’impatto ambientale dell’offerta.

## **2.2 I possibili rimedi**

Un’effettiva tutela dei diritti di difesa delle parti interessate dall’eventuale applicazione dei Poteri Rimediali risulta ugualmente impossibile in assenza di una chiara indicazione di quelle che potrebbero essere le misure che l’Autorità potrebbe imporre per superare i problemi concorrenziali eventualmente riscontrati.

Al riguardo è quindi necessario che il rapporto preliminare di cui al § 5 della Comunicazione indichi anche gli eventuali rimedi che l’Autorità preveda di poter applicare per superare i problemi concorrenziali eventualmente riscontrati. In assenza di tale indicazione non avrebbe del resto senso la previsione di cui al successivo § 6 della Comunicazione, ai sensi del quale le parti interessate *“possono presentare, le proprie osservazioni, anche con riferimento a eventuali misure idonee a consentire il superamento dei problemi concorrenziali”* e si finirebbe per richiedere alle imprese potenzialmente soggette a misure rimediali da parte dell’Autorità di auto-limitare la propria attività imprenditoriale anche in assenza del puntuale accertamento di un problema concorrenziale.

Allo stesso modo, per consentire un adeguato contraddittorio, il § 10 della Comunicazione dovrebbe essere emendato prevedendo che la DRC non si limiti a indicare *“le possibili tipologie di misure... che l’Autorità ritiene, prima facie, idonee”*, bensì quelle che specificamente prevede di adottare allo stato degli atti. E ancora, anche il § 18 della Comunicazione dovrebbe chiarire che l’oggetto della comunicazione alle imprese non riguarda solo il fatto che *“l’Autorità ... ritenga di imporre misure strutturali o comportamentali”*, ma anche una puntuale indicazione delle misure che intende imporre, oltre che dei problemi concorrenziali in ultima analisi riscontrati, in relazione ai quali dovrà valutarsi la necessità e proporzionalità delle misure.

Coerentemente la Comunicazione dovrebbe altresì assicurare che i rimedi applicabili siano effettivamente *“necessari e proporzionati”*, come previsto dal Decreto Asset. Il § 10 della Comunicazione dovrebbe quindi chiaramente esplicitare che le misure ipotizzate nella DRC devono essere non solo *“idonee”* ma anche *necessarie e proporzionate* al fine di *“consentire il superamento dei problemi concorrenziali”*.

Nella concreta applicazione del test di necessità e proporzionalità è inoltre necessario che l’Autorità presti particolare attenzione, da un lato, ad accertare che vi sia un chiaro ed inequivocabile nesso di causalità tra le condotte dei soggetti specificamente colpiti dalle misure e i problemi concorrenziali rilevati e, dall’altro, a evitare che le misure individuate producano a loro volta distorsioni della concorrenza, eliminando in capo alle imprese cui tali misure vengono inflitte gli incentivi a competere o a investire, soprattutto quando si tratti di investimenti volti al perseguimento di obiettivi di sostenibilità.

## **2.3 L’oggetto dell’indagine**

Tanto in considerazione dell’afflittività delle misure applicabili nell’esercizio dei Poteri Rimediali, quanto in considerazione dell’ampiezza dei poteri investigativi associati alle indagini conoscitive da cui originano (accompagnati dalle relative sanzioni), si ritiene che al fine di assicurare un’adeguata tutela dei diritti di

difesa “l’oggetto dell’indagine” – che ai sensi del § 2 della Comunicazione deve essere individuato nella decisione di avvio – debba essere il più circostanziato possibile.

In assenza di un ben circostanziato perimetro dell’indagine, sarebbe infatti impossibile assicurare, ad esempio, il rispetto del diritto alla non autoincriminazione nelle risposte alle richieste di informazioni dell’Autorità o l’attinenza della documentazione acquisita in ispezione.

#### **2.4 Il diritto di accesso**

La Comunicazione prevede al § 25 che il diritto di accesso sia riconosciuto alle parti ammesse a partecipare al procedimento solo a decorrere dalla pubblicazione della DRC. Tale momento risulta tuttavia tardivo e dovrebbe essere anticipato quantomeno al momento della pubblicazione del rapporto preliminare, anche al fine di non privare di utilità il diritto delle parti di fornire osservazioni in risposta alla pubblicazione del rapporto.

#### **2.5 Il diritto di essere sentiti**

La Comunicazione cita espressamente il diritto delle parti di essere sentite soltanto con riferimento all’audizione dinanzi al Collegio, che può avvenire a conclusione della fase rimediale delle indagini conoscitive. Al fine di assicurare un tempestivo contraddittorio, tanto a tutela dei diritti di difesa, quanto al fine di assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione, sarebbe opportuno che la Comunicazione chiarisse che l’applicazione dell’articolo 7 del D.P.R. n. 217/1998 – richiamata al § 24 – implica che, come nelle procedure istruttorie, le parti interessate hanno il diritto di essere sentite, ripetutamente, anche dagli Uffici dell’Autorità e ben prima della fase conclusiva del procedimento.

#### **2.6 I termini a difesa**

Tanto in considerazione del fatto che non si tratta di procedimenti concernenti condotte illecite delle parti – di cui le stesse potrebbero avere preventiva consapevolezza – quanto in considerazione della tardività con cui è fornita alle parti una minima cognizione dell’oggetto del contendere e della complessità delle analisi che possono essere necessarie per prendere posizione, i termini concessi alle parti per l’esercizio del contraddittorio dovrebbero essere adeguatamente estesi.

Ad esempio, il termine di 30 giorni previsto per replicare al rapporto preliminare (§ 6 della Comunicazione), per giunta in assenza di un diritto di accesso al fascicolo, è decisamente troppo breve. Anche per la replica alla DRC e per l’esercizio della facoltà di presentare impegni dovrebbe essere garantito un termine non inferiore a quello di tre mesi previsto nell’ambito delle istruttorie *ex art. 14* della Legge 287/1990. Sempre con riferimento agli impegni, il termine per la replica al *market test* non può decorrere “dalla scadenza del termine per la presentazione delle osservazioni” (§ 15 della Comunicazione), ma dovrebbe semmai decorrere dalla data in cui l’Autorità ha comunicato l’esito del *market test* e ha reso accessibili alle parti le osservazioni dei terzi. Anche il termine minimo per replicare alla delibera con cui l’Autorità comunica l’intenzione di applicare misure strutturali o comportamentali dovrebbe essere più lungo dei 30 giorni previsti al § 19 della Comunicazione, tanto più che la Comunicazione non prevede che l’Autorità fornisca contestualmente alcuna puntuale informazione, tanto con riferimento ai problemi concorrenziali riscontrati quanto con riferimento alle specifiche misure che intende adottare.

#### **2.7 Necessità della notifica della DRC e del provvedimento finale**

Stante l’onerosità delle conseguenze che possono derivare dalla DRC, il § 11 della Comunicazione dovrebbe prevedere che la DRC sia in ogni caso notificata a tutte le imprese suscettibili di divenire destinatarie di misure rimediale. Allo stesso modo – e a maggior ragione – il § 23 della Comunicazione dovrebbe prevedere che anche il provvedimento finale sia sempre notificato alle imprese soggette a misure rimediale.

L'eventuale gravosità del processo di notifica non può giustificare infatti una simile compressione dei diritti di difesa di tali imprese. Del resto, correttamente, con riferimento a diverso atto endoprocedimentale, il § 18 della Comunicazione non consente all'Autorità di esimersi dalla comunicazione diretta alle imprese interessate.

### **2.8 La durata dell'indagine**

In considerazione della totale aleatorietà e particolare onerosità delle misure cui le imprese possono essere sottoposte, l'esercizio dei Poteri Rimediali non dovrebbe essere consentito oltre un certo termine perentorio, che dovrebbe essere chiaramente indicato nella decisione di avvio dell'indagine.

In assenza di un tale termine, le imprese operanti nel settore oggetto di indagine sarebbero esposte *sine die* alla totale incertezza del quadro normativo di riferimento, con grave pregiudizio nei rapporti con i propri *stakeholder*. Al riguardo giova anche segnalare che la necessità di prevedere un termine perentorio per l'esercizio di poteri simili ai Poteri Rimediali era stata segnalata anche dalle stesse autorità di concorrenza europee nell'ambito della consultazione pubblica della Commissione Europea sul *New Competition Tool*<sup>3</sup>.

Allo scopo di pubblicizzare la cessazione di tale stato di incertezza, si richiede peraltro che, come previsto per la decisione di avvio dell'indagine e per la DRC, la Comunicazione preveda la pubblicazione "nel Bollettino e nel Sito" anche per il provvedimento di chiusura indagine in assenza di problemi concorrenziali (di cui al § 7 della Comunicazione) e per il "provvedimento finale" (di cui al § 23 della Comunicazione).

### **3. Rapporti con le autorità di regolazione**

Stante la natura regolatoria dei poteri che l'Autorità finirebbe per esercitare, imponendo misure di carattere strutturale o comportamentale alle imprese pur in assenza di qualsiasi condotta illecita da parte di queste ultime, il coordinamento previsto in più parti della Comunicazione con le "Autorità di regolazione" e gli "altri soggetti pubblici competenti" assume rilevanza fondamentale.

In quest'ottica, la Comunicazione dovrebbe chiarire che, ogniquale volta l'indagine verta su mercati o attività regolati da specifiche autorità di regolazione o da altri soggetti pubblici competenti, il coinvolgimento degli stessi è doveroso e non rappresenta una mera facoltà per l'Autorità (come invece oggi previsto ai §§ 6, 16 e 23 della Comunicazione).

La Comunicazione dovrebbe peraltro prevedere che tale coinvolgimento avvenga sin dall'avvio dell'indagine conoscitiva e non sia confinato alla fase successiva alla pubblicazione del rapporto preliminare.

Le imprese interessate dall'indagine conoscitiva dovrebbero inoltre essere in condizione di realizzare un pieno contraddittorio con tali soggetti pubblici. La Comunicazione dovrebbe pertanto chiarire che gli atti relativi al rapporto tra questi soggetti e l'Autorità dovrebbero essere sempre pienamente accessibili, in ogni fase del procedimento.

Infine, anche allo scopo di evitare conflitti di competenza, la Comunicazione dovrebbe prevedere che, in tutti i casi in cui i predetti soggetti pubblici escludano la presenza di problemi concorrenziali tali da giustificare l'esercizio dei Poteri Rimediali o ritengano che le misure ipotizzate non siano idonee, necessarie

---

<sup>3</sup> "NCAs with relevant experience tend to consider that the new competition tool should be subject to binding legal deadlines" (v. p. 10 del "Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool").

o proporzionali rispetto ai problemi concorrenziali identificati, il parere di tali soggetti abbia valenza vincolante nei confronti dell'Autorità.

#### 4. Contenimento oneri

Al fine di contenere quanto più possibile i gravosi oneri previsti in capo alle imprese, in un contesto in cui alle stesse non viene contestata alcuna violazione di legge, si auspica in primo luogo che l'Autorità faccia ricorso ai Poteri Rimediali soltanto nel settore del trasporto aereo, in coerenza con quanto previsto dal legislatore.

In via subordinata, si ritiene che la Comunicazione dovrebbe confinare l'applicazione dei Poteri Rimediali ai soli settori per i quali non sia prevista una facoltà di intervento in capo ad "Autorità di regolazione" o ad "altri soggetti pubblici competenti". In tali casi, infatti, appare per definizione improbabile che le misure eventualmente imposte dall'Autorità possano superare il test di necessità e proporzionalità previsto dal Decreto Asset.

Non può tacersi peraltro che il rischio sotteso alla previsione di interventi generalizzati sul mercato, seppur guidati dall'intenzione virtuosa di correggere distorsioni pregiudizievoli per i consumatori, è quello di creare un inevitabile attrito sulla libera concorrenza. La tendenza verso un maggiore intervento, infatti, ha il sicuro effetto di ridurre la certezza del diritto e di dissuadere le imprese dall'effettuare investimenti che pure potrebbero beneficiare i consumatori, il tutto a scapito dell'applicazione della tradizionale normativa a tutela della concorrenza, di cui l'Autorità ha sempre fatto un'applicazione caratterizzata da trasparenza, prevedibilità e giusto processo.

In ogni caso, il ricorso all'esercizio dei Poteri Rimediali dovrebbe avvenire esclusivamente in via residuale, rispetto alle altre facoltà di intervento di cui dispone l'Autorità. Anche al fine di dimostrare l'effettiva necessità e proporzionalità delle misure, ai sensi di quanto previsto dal Decreto Asset, occorre pertanto emendare la Comunicazione prevedendo che:

- l'Autorità possa adottare la DRC unicamente quando ritenga che i problemi concorrenziali riscontrati possano "essere adeguatamente risolti solo mediante l'imposizione delle misure di cui all'articolo 1, comma 5, del Decreto Asset" (§ 9 della Comunicazione). Lo stesso paragrafo della Comunicazione dovrebbe inoltre essere emendato prevedendo che la DRC possa essere adottata solo in presenza di problemi concorrenziali che effettivamente ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato e non anche in presenza di problemi concorrenziali che siano meramente "idonei" (anche solo in via potenziale e senza che venga verificato che vi sia un concreto ed attuale impatto sul mercato in tal senso) a ostacolare o distorcere il corretto funzionamento del mercato, come invece attualmente previsto;
- oltre a indicare i problemi concorrenziali che effettivamente "ostacolano o distorcono" il corretto funzionamento del mercato, la DRC debba altresì indicare le ragioni per cui l'Autorità ritiene che i problemi concorrenziali riscontrati non possano essere risolti esercitando gli altri poteri di cui dispone (§ 10.a della Comunicazione).

Sempre nell'ottica di assicurare il rispetto del requisito di legge di necessità e proporzionalità delle misure rimediali e di individuare le soluzioni meno gravose per le imprese, laddove le imprese presentino impegni, il loro accoglimento dovrebbe rappresentare la via principale per la soluzione dei problemi concorrenziali rilevati. A questo scopo, si raccomanda di modificare il § 14 della Comunicazione prevedendo che l'Autorità avvii sempre il *market test* ogniqualvolta gli impegni proposti non risultino manifestamente inidonei a far venire meno i problemi concorrenziali riscontrati. Diversamente da quanto accade nel contesto di procedimenti istruttori avviati per l'accertamento di eventuali violazioni della normativa antitrust, in questo caso non sussistono infatti altre ragioni meritevoli di giustificare una diversa conclusione del

procedimento, sicché gli impegni non idonei al superamento dei problemi concorrenziali riscontrati dovrebbero essere in ogni caso accolti.

Per consentire di mitigare la gravosità delle misure e – quantomeno nei casi in cui si faccia ricorso a misure strutturali – assicurare al tempo stesso il rispetto dell'art. 43 Cost., sarebbe inoltre opportuno prevedere nella Comunicazione che nella definizione delle misure rimediali l'Autorità includa anche meccanismi volti ad indennizzare le imprese gravate dalle misure.

Da ultimo, allo scopo di assicurare che il principio di necessità e proporzionalità sia rispettato non solo nel momento dell'adozione delle misure ma anche durante la loro applicazione, la Comunicazione dovrebbe prevedere un termine massimo di durata per le misure comportamentali. In aggiunta, la Comunicazione dovrebbe altresì prevedere che ogniqualvolta l'Autorità indichi le misure rimediali che sta prendendo in considerazione o intende disporre (§§ 10.b, 18 e 23 della Comunicazione) ne debba indicare anche la durata. Allo stesso scopo, la Comunicazione dovrebbe altresì prevedere che qualora le parti gravate dalle misure imposte in applicazione della Comunicazione ne chiedano una revisione motivata da ragioni di sopraggiunta non necessità o proporzionalità, l'Autorità sia tenuta ad aggiornare la propria valutazione al riguardo e, se del caso, emendare le misure imposte o revocarle<sup>4</sup>.

\* \* \*

---

<sup>4</sup> La necessità di rivedere periodicamente le misure adottate era stata rappresentata anche dalle autorità di concorrenza europee nell'ambito della consultazione pubblica della Commissione Europea sul *New Competition Tool*: "As some NCAs pointed out, the Commission should be able to revise the remedies adopted after a fixed period" (v. p. 9 del "Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool").