

Riflettori puntati dall'Agcm sui monopoli tecnologici. Ma anche sui rincari dell'energia

Diritto della concorrenza, crescono i poteri dell'Antitrust

PAGINE A CURA
DI ALBERTO GRIFONE

Anche il caro energia è uno dei temi che potrebbe presto entrare nel mirino dell'Antitrust. L'ultima iniziativa, in ordine di tempo, destinata a far discutere in Europa, è il maxi piano tedesco da 200 miliardi di euro per fronteggiare il caro energia nei confronti delle industrie: se da un lato quelle risorse daranno respiro all'economia tedesca (tirandosi dietro quelle di altri paesi, storicamente fornitori), dall'altro però quel piano altererà, e non di poco, il gioco concorrenziale nell'Unione europea.

Quello energetico è solo uno dei temi, sicuramente quello più alla ribalta, in materia di concorrenza, che vedono coinvolte le politiche economiche del Vecchio continente e che sono sempre più spesso al centro delle riflessioni e delle azioni degli studi legali che si occupano del settore. E d'altronde l'ultima relazione del presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, **Roberto Rustichelli**, ne ha messi molti di temi sul tappeto, come per esempio quelli legati alle nuove tecnologie, sui quali l'Ue ha da tempo acceso i riflettori.

Sui nuovi temi emergenti in materia di regolamentazione, e sul ruolo, anche futuro, giocato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, abbiamo parlato, questa settimana, con alcuni degli studi legali che si occupano di concorrenza. «L'ultima relazione annuale conferma che l'Agcm, nella sua attuale composizione, ha l'obiettivo di incidere concretamente sui mercati per favorirne la dinamicità nonostante il grave periodo di crisi, riservando nello stesso tempo un'attenzione particolare al mondo delle imprese. Un focus particolare è stato dedicato all'azione in ambito digitale», sottolinea **Enrico Adriano Raffaelli** dello **Studio Ruccelai&Raffaelli**. «Nella sua relazione l'Autorità, da un lato, si è soffermata sulle iniziative già intraprese nei confronti delle c.d. Big Tech. Dall'altro ha preannunciato che l'attività di contrasto nei confronti delle Big Tech continuerà ad essere vigorosa nonostante l'adozione ormai prossima del Digital Markets Act



Enrico Adriano Raffaelli



Silvia D'Alberti



Lucio D'Amario



Enrico Fabrizi



Alberto Pera



Enzo Cannizzaro

(Dma) a livello europeo. Il Dma, quale nuova forma di regolazione della digitalizzazione, svolgerà un ruolo complementare all'enforcement delle norme antitrust, la cui applicazione è pressapposta fatta salva.

Questa impostazione lascia aperto un aspetto tutt'altro che irrilevante, relativo al rischio di possibili violazioni del fondamentale principio del ne bis in idem, in caso di applicazione «congiunta», alle medesime condotte, del Dma, quale strumento regolatorio applicato ex ante, e della normativa antitrust, che come noto viene applicata ex post. E ciò anche alla luce del fatto che non è stata prevista alcuna regola di «precedenza» tra l'applicazione del Dma e l'applicazione della normativa antitrust».

«Si afferma una visione dell'enforcement antitrust quale strumento utile per ridurre le diseguaglianze e favorire una più solida coesione sociale. Molto forti e chiari i messaggi del presidente Rustichelli alla politica e le sfide aperte: evitare proroghe ulteriori alla liberalizzazione del mercato dell'energia e abbracciare una visione aperta del mercato nella consapevolezza che la concorrenza continui ad essere centrale anche

nell'attuale contesto economico» dice **Silvia D'Alberti** partner di **Gattai, Minoli, Partners Studio Legale**. «In questo contesto assume ancora più centralità il compito dell'Autorità antitrust, deputata a contrastare «eventuali condotte collusive o sfruttamenti abusivi del potere di mercato» che potrebbero amplificare gli effetti negativi dell'inflazione. Visto l'accento posto sulla tutela dell'interazione virtuosa tra innovazione e concorrenza possiamo attenderci un incremento dell'attività di enforcement in materia di intese e l'adozione di decisi interventi nei casi in cui i processi di sviluppo tecnologico siano limitati da condotte anticoncorrenziali poste in essere da soggetti in posizione dominante a detimento dei consumatori. È ipotizzabile un ricorso più frequente allo strumento dell'abuso di dipendenza economica nell'ottica di tutelare il contraente debole nei rapporti economici asimmetrici».

«Gli interventi svolti nel 2021 hanno confermato la grande attenzione dell'Agcm per la promozione della sostenibilità ambientale, dell'innovazione e della digitalizzazione del Paese e per il settore ener-

getico caratterizzato, come noto, da un rilevante aumento dei prezzi innescato dal conflitto in Ucraina e dalla transizione verso il mercato libero», ricorda **Francesco Anglani**, partner di **BonelliErede**. «Come sottolineato dal presidente Rustichelli, tuttavia, la tutela del mercato e dei consumatori non passa necessariamente per l'adozione di azioni repressive e sanzionatorie, ma talvolta anche per l'adozione di soluzioni più «conciliative» come, ad esempio, l'assunzione di impegni da parte delle imprese sottoposte a procedimenti.

Considerato l'inasprimento del rigore sanzionatorio, è verosimile - se non auspicabile - che le imprese intensifichino i propri sforzi volti a garantire una piena compliance alla normativa antitrust e in materia di customer protection, così informando e formando tutto il personale e i dirigenti in merito a quali condotte possono esporre a sanzioni non le imprese e le singole persone che se ne rendono responsabili».

Per **Lucio D'Amario**, partner di **Linklaters** «sotto il profilo repressivo, l'Autorità ha adesso il potere di irrogare sanzioni a persone fisiche, ad esempio nel caso

in cui forniscano informazioni inesatte all'Agcm anche solo per colpa. Sul fronte decisivo appare molto penetrante il potere di imporre rimedi strutturali e comportamentali con la decisione che accerta l'infrazione. Non ho motivo di dubitare che l'Autorità farà buon uso di tali estensivi nuovi poteri».

Sarà ancor più essenziale garantire il pieno rispetto del diritto di difesa, sia nella fase procedimentale che in quella giudiziale. Possiamo aspettarci nel futuro prossimo, superata l'emergenza pandemica, una forte spinta nella repressione di condotte illecite, sia per quanto riguarda condotte unilaterali sia in relazione a pratiche collusive, con una particolare attenzione all'ambiente digitale e ai beni di largo consumo. L'analisi di impatto degli interventi antitrust riportata in Relazione indica che i risparmi recentemente assicurati all'economia nazionale dall'intervento antitrust sono stati pari in media a 1,1 miliardi di euro l'anno. E il trend è destinato a crescere in presenza di un'efficace azione di intervento da parte dell'Autorità».

«L'Autorità ha adottato, ad oggi, un approccio equilibrato, favorendo il ricorso a strumenti negoziali e imponendo sanzioni pecuniarie solo nei casi di illeciti particolarmente gravi. Così, si sono garantiti la cessazione delle condotte illecite e i relativi effetti positivi per i consumatori e imprese danneggiati, minimizzando, al contempo, l'impatto negativo per le imprese sottoposte ad istruttoria».

La sfida per i prossimi anni sarà mantenere questo equilibrio, anche alla luce dei nuovi poteri investigativi dell'Autorità e, in futuro, dell'inasprimento delle sanzioni per le violazioni del Codice del Consumo» ricorda **Enrico Fabrizi**, Head of competition, antitrust & trade di **Osborne Clarke** in Italia.

«L'Autorità si è vista nel tempo affidata non solo il compito di tutelare la concorrenza, sua iniziale esclusiva missione istituzionale, ma anche di tutelare «in via diretta» i consumatori, applicando il diritto dei consumi», dice **Mario Siragusa**, Senior counsel di **Cleary Gottlieb**. «In questa corretta prospettiva, qualche preoccupazione solleva la tesi

È in crescita l'attività di enforcement in materia di intese

– che pure mi sembra trasparire da alcuni passaggi della relazione – secondo cui, nell'attuale contesto economico, andrebbe riconosciuta «la centralità del consumatore» nell'enforcement non solo del diritto dei consumi, ma anche del diritto antitrust, ad esempio facendo uso meno timido di istituti quali gli abusi per prezzi eccessivi, che invece, come ha notato lo stesso Presidente, sono stati notoriamente utilizzati con molta cautela proprio per prevenire il rischio di derive regolatorie, che finirebbero per snaturare il diritto antitrust.

Credo occorra uscire da un'ambiguità concettuale ricorrente, in particolare con riguardo al divieto di sfruttamento abusivo del potere di mercato: poiché l'art. 102 Tfu riguarda la tutela del processo concorrenziale e della struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante -- dunque, almeno in linea di principio, dei rivali ugualmente efficienti del dominante -- l'accertamento di un tale abuso non richiede la sussistenza di un danno per il *consumer welfare*, e quindi parlare di «centralità del consumatore» mi lascia perplesso.

Semmai è vero che l'imprese dominante può giustificare attività suscettibili di incorrere nel divieto proprio dimostrando che l'effetto escludente che la sua condotta ha la capacità di produrre è controbilanciato, o addirittura superato, in concreto da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori. Infatti, i comportamenti che hanno l'effetto di immettere sul mercato nuovi prodotti o aumentare la quantità o la qualità di quelli già offerti – in una parola: di ampliare la scelta dei consumatori – devono essere considerati propri della «concorrenza basata sui meriti», e dunque pienamente legittimi. Questa distinzione concettuale non sembra essere sempre presente».

«L'Autorità ha riportato nella Relazione annuale i benefici diretti della sua azione, in termini di risparmi per la collettività: si tratta di valori importanti, con oltre 5 miliardi di euro di risparmi tra il 2015-2020. Tuttavia l'impatto più rilevante è quello derivante dall'efficacia nella detenzione di condotte restrittive (grazie alle elevate sanzioni) e conseguentemente dall'efficacia dell'attività di compliance interna delle imprese. L'importante è che l'azione sia focalizzata su condotte tipiche, ad esempio i cartelli, a volte attuati attraverso tecniche sofisticate. Da questo punto



Francesca Ferrari



Massimo Tavella



Francesca Sutti



Francesco Carloni

di vista nuovi strumenti come il whistleblowing e l'esenzione da conseguenze penali per gli esponti delle imprese che si autodenunciano possono essere molto utili» spiega **Alberto Pera**, partner del dipartimento Concorrenza e regolamentazione dello studio legale **Gianni & Origoni**. «L'impatto della Direttiva Ecn+ - che ha attribuito nuovi poteri all'Agcm - in Italia è stato relativamente minore, dato l'impianto della normativa italiana e la pratica dell'Autorità.

Alcuni sono molto significativi: da un punto di vista dei poteri di indagine, le ispezioni domiciliari potrebbero avere un notevole impatto, così come le sanzioni per chi non collabora alle indagini. Da un punto di vista sanzionatorio, lo sono le previsioni relative al calcolo delle sanzioni per le associazioni di imprese, che a questo punto sono parametrati sul fatturato delle imprese associate aderenti alle intese. Inoltre, la esplicita previsione di poter imporre rimedi strutturali, rilevanti in tutti i casi caratterizzati da ostacoli strutturali all'accesso, consentirà all'Agcm di eliminare le distorsioni della concorrenza. Nuovi significativi poteri saranno attribuiti all'Autorità dalla legge sulla concorrenza, che consentirà di esaminare anche concentrazioni sottosoglia, al fine di prevenire le *killing acquisitions*.

«La relazione ha confermato che il baricentro del rapporto fra antitrust e tutela dei consumatori si sta gradualmente spostando verso quest'ultimo. Non soltanto per numero di procedure, un dato obiettivamente percepibile, ma anche per la crescente considerazione della tutela consumistica nell'ambito dei procedimenti antitrust», dice **Enzo Cannizzaro**, equity partner dello Studio Lipani Caticalà & Partners. Alcuni casi sintomatici, ad esempio gli interventi sui diritti audiovisivi di eventi sportivi, sembrano mostrare come l'Autorità concepisca le due procedure, la classica procedura antitrust e la procedura sulla tutela

dei consumatori, come due strumenti complementari e sinergici al fine di perseguire il medesimo obiettivo.

Egualmente enfasi il presidente Rustichelli ha posto sugli effetti «sociali» delle politiche di concorrenza. La concorrenza, promuovendo l'efficienza dei processi economici, ha avuto effetti redistributivi, favorendo un trasferimento significativo di ricchezza dalle imprese ai consumatori. L'attenzione alle dinamiche sociali da parte dell'Autorità è certamente una buona notizia che tende a riequilibrare la tensione fra esigenze sociali e logiche di mercato».

«Dove il potere di mercato è forte e il potere d'acquisto si riduce, risulta essenziale contrastare le condotte abusive che derivano da tale ormai radicata disparità. L'obiettivo è che la sovranità economica torni – fisiologicamente – in capo ai cittadini, così riducendosi anche gli effetti negativi delle dinamiche legate all'inflazione. La correzione delle distorsioni in atto che costituisce una priorità per l'Antitrust consentirà ai cittadini di riappropriarsi del proprio ruolo centrale nel mercato» sottolinea **Francesca Ferrari**, of counsel in Eptalex e professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università degli studi dell'Insubria. «La Direttiva Ecn+, recentemente, così come la legge n. 238 del 2021, hanno costituito i mutamenti legislativi fondamentali per la ridefinizione della disciplina in materia di tutela della concorrenza del consumatore.

In ordine all'accertamento e alle sanzioni delle clausole vessatorie, così come a proposito dell'equità dei mercati digitali, l'Autorità avrà ora gli stessi poteri ad essa attribuiti per la repressione delle pratiche commerciali scorrette. Questa scelta, in chiave di autonomia operativa riconosciuta all'Antitrust, potrebbe essere un'opportunità rilevante di sgravare l'autorità giudiziaria ordinaria da funzioni così specialistiche, senza dimenticare peraltro il rilievo che il provvedimento dell'Autorità ha nelle cause follow on».

«Reputo significativo che l'Antitrust continui a preferire l'adozione di misure di tipo negoziale, che consentono un utilizzo più efficiente delle risorse, favoriscono la deflazione del contenzioso e soprattutto promuovono un modello di comportamento virtuoso da parte delle imprese, che migliora la loro reputazione ed il rapporto con i consumatori» dice **Massimo Tavella**, founder di **Tavella Studio di Avvocati** (curatore di un recente lavoro dal titolo *Comunicazione, Marketing e Sostenibilità ambientale* strettamente collegato alle tematiche concorrentiali).

«I maggiori poteri riconosciuti in capo dell'Autorità hanno la potenzialità di rendere più efficace la tutela del corretto funzionamento del mercato a favore di consumatori ed imprese, che potranno dunque fare affidamento su pronte e incisive azioni dell'Autorità in caso di condotte illecite. Da valutare invece gli effetti dell'inasprimento sanzionatorio pensato per le associazioni di categoria. Posto che tali sanzioni sono destinate a ricadere in ultima analisi sulle stesse imprese associate, si pone a mio avviso un rischio di duplicazione sanzionatoria» chiosa.

Per **Francesca Sutti** partner di **WE-Lex** «sono innumerevoli le ricadute per i consumatori dei casi decisi dall'Autorità. In materia di tutela del consumatore si pensi, per esempio, ai diversi interventi volti ad assicurare il comportamento corretto degli operatori digitali verso i consumatori. Quanto alla tutela della concorrenza, invece, basti pensare ai casi di prezzi eccessivi in cui l'Agcm si è pronunciata sulla proporzionalità dei costi sostenuti dall'impresa e i prezzi da questa applicati e sull'opportunità, quindi, di abbassarli. A ciò si aggiunga che il delicato momento congiunturale determina, con l'aumento dell'inflazione, una riduzione del potere d'acquisto dei consumatori i quali hanno, quindi, un interesse ancora più evidente alla presenza di una pressione concorrenziale sul mercato e a una competizio-

ne effettiva sui prezzi.

In merito alle novità sui poteri istruttori, d'indagine e sanzionatori dell'Autorità, segnalo il potere di svolgere ispezioni presso il domicilio dove, con la diffusione dello smart working, è possibile si trovino delle prove. Questo importante ammodernamento è controbilanciato dalla necessità per l'Agcm di ottenere una previa autorizzazione del giudice; questo a tutela dei diritti degli interessati contro il rischio di un'invasione della loro sfera privata. Sul fronte, invece, della tutela del consumatore è da tenere d'occhio il recepimento della cd. Direttiva Omnibus che amplierà i poteri dell'Autorità a protezione dei consumatori».

Infine, guardando ai nuovi poteri, per **Francesco Carloni**, partner Antitrust, Competition, and Trade Regulation di **K&L Gates** «Si tratta di un passo importante soprattutto ai fini della certezza del diritto, alla luce della codificazione di poteri in precedenza privi di un riconoscimento normativo espresso. L'impatto per i consumatori sarà senz'altro positivo, soprattutto alla luce del fatto che l'azione dell'Agcm mira allo sviluppo di una concorrenza basata sui meriti a beneficio ultimo del consumatore».

L'efficacia dell'enforcement sarà verificabile sia a monte, laddove l'effetto deterrente delle sanzioni faciliterà l'adozione di pratiche lecite risultanti in benefici per il consumatore (ad es. prezzi più bassi, prodotti innovativi e maggiore scelta), sia a valle, attraverso le citate misure compensative derivanti da impegni, e soprattutto dalle azioni di risarcimento del danno in sede civilistica. Le imprese riceveranno, una volta di più, il messaggio che le norme in materia di concorrenza esistono e che sono previste sanzioni ingenti in caso di violazione delle medesime».

— Riproduzione riservata