

## Risposta dell'Istituto Bruno Leoni

**Alla Consultazione pubblica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 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**

### Premessa

L'articolo 1, comma 5 del Decreto Asset ha previsto che “[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”. Sebbene tale norma sia stata introdotta a valle di un dibattito politico relativo alle possibili condotte anti-concorrenziali nel mercato del trasporto aereo, con specifico riferimento alle tratte da e per le isole maggiori nei periodi di massima domanda, il Consiglio di Stato ha chiarito che l’Autorità può esercitare tali poteri “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”.

Preliminarmente, si sottolinea che tale norma apre un varco inedito nell’ordinamento, in quanto consente all’Autorità di imporre rimedi comportamentali alle imprese operanti in qualunque settore dell’economia, senza l’onere di provarne condotte abusive e senza neppure dover ipotizzare una specifica fattispecie di illecito. Tutto ciò che, nell’ambito dell’indagine conoscitiva, l’Autorità dovrà dimostrare è l’esistenza di non meglio definiti “problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato”, una formula estremamente vaga e priva di qualunque collegamento con le fattispecie di abuso ben codificate nel diritto nazionale ed europeo. Un’altra anomalia della norma è che essa fa discendere dall’esito di tali indagini conoscitive la facoltà per l’Autorità di imporre rimedi comportamentali o accettare impegni, secondo la prassi ben consolidata nel caso dell’accertamento di abusi.

L’approccio disegnato dalla norma presenta tuttavia due tipologie di problemi, di cui è necessario tenere conto in sede attuativa. In primo luogo, gli adeguamenti comportamentali e l’accettazione di impegni sono prassi pensate all’interno di un contesto in cui l’Autorità ravvisa delle irregolarità nella condotta di uno (o più) specifico soggetto. Di conseguenza, essi hanno come obiettivo la correzione di queste specifiche condotte, che si collocano in un contesto ben preciso, dato dalle caratteristiche

del mercato, le concrete quote di mercato degli operatori, le rispettive strategie commerciali o comunicative, ecc. Viceversa, le indagini conoscitive hanno per oggetto l'andamento della concorrenza in termini generali all'interno di un intero settore (il quale, peraltro, non necessariamente coincide col mercato rilevante per i prodotti). Non è chiaro se e come le due cose possano essere coordinate, non avendo in ogni caso l'Autorità il potere di imporre norme comportamentali *erga omnes*: in che modo, per esempio, i nuovi entranti potrebbero essere vincolanti a tali obblighi? E in che modo essi potrebbero tenere conto delle variazioni nell'andamento dei mercati, anche per effetto dell'innovazione tecnologica?

Secondariamente, le distorsioni nel funzionamento dei mercati, se non sono dovute a condotte illecite da parte degli operatori, possono derivare da una pluralità di ragioni, tra cui l'esistenza di norme di legge che concretamente ostacolano la concorrenza. Questo rischio è ben noto all'Autorità e anche all'ordinamento, che infatti prevede la facoltà di inviare segnalazioni a Governo e Parlamento e addirittura l'obbligo di predisporre una relazione annuale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza. In questi casi, è fisiologico che si possano presentare *“problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato”*, ma l'imposizione di adeguamenti comportamentali – per controbilanciare gli effetti anti-concorrenziali delle norme – potrebbe dar luogo a situazioni ancora più lontane dall'*optimum* concorrenziale.

Da queste considerazioni deriva un forte scetticismo per la natura e gli effetti della norma in parola, la quale richiede certamente delle modifiche migliorative in modo da chiarirne e circoscriverne la portata. Peraltro, la stessa Autorità dovrebbe segnalare tale norma – nell'ambito della propria relazione ai fini della legge annuale per la concorrenza – come fonte di problemi concorrenziali, in quanto essa fornisce all'Autorità poteri che mal si integrano nell'ordinamento e che possono indurre gli operatori a mettere in atto condotte finalizzate proprio a prevenire l'avvio di indagini conoscitive, con potenziale pregiudizio per i consumatori.

Da tali considerazioni derivano anche ulteriori osservazioni specifiche relative al modo in cui l'Autorità intende interpretare questi nuovi poteri, e dunque più strettamente legate all'oggetto della consultazione. In sintesi, stanti le criticità sopra illustrate, l'Autorità dovrebbe adottare delle procedure più restrittive in modo da “legarsi le mani” per garantire che l'esercizio dei nuovi poteri di indagine sia svolto nel modo più responsabile possibile.

## **Subordinare l'esito delle indagini conoscitive all'apertura di procedimenti per illeciti concorrenziali**

Un primo passo è relativo al nesso tra i “problemi concorrenziali” a cui fa riferimento il Decreto Asset e le fattispecie di intese, abusi, ecc. che sono alla base del diritto europeo e italiano della concorrenza. Le stesse vicende che hanno portato all'approvazione della norma – ben evidenti nelle discussioni parlamentari e nel dibattito pubblico – aiutano a mettere a fuoco la questione.

Il 20 dicembre 2022 l'Autorità avviò un procedimento per accertare l'esistenza di intese restrittive della concorrenza tra i principali operatori del trasporto aereo, finalizzate ad aumentare i prezzi delle rotte da e per le isole maggiori nel periodo natalizio. Nel corso dell'estate 2023, mentre il procedimento era ancora in corso, venne approvato il decreto Asset. Il 16 novembre 2023 l'Autorità ha inviato alle parti le risultanze istruttorie del procedimento, da cui non emergeva evidenza sufficiente a corroborare le ipotesi di condotte illecite. Infine, il 19 dicembre 2023 l'Autorità ha formalmente chiuso l'istruttoria. Contestualmente, sempre il 16 novembre 2023, l'Autorità ha avviato un'indagine conoscitiva sull'utilizzo degli algoritmi di prezzo nel trasporto aereo da e per la Sicilia e la

Sardegna. E' evidente che questa indagine conoscitiva si fonda anche sugli elementi acquisiti nel corso della precedente istruttoria, che pure non ha fatto emergere profili di illegittimità nelle condotte degli operatori.

Per evitare che i nuovi poteri di cui al Decreto Asset siano percepiti come una sorta di alternativa ai procedimenti tradizionali, caratterizzata da un minore onere della prova e da requisiti formali e sostanziali meno rilevanti, questa procedura dovrebbe essere consolidata: l'Autorità potrebbe considerare l'ipotesi di subordinare l'avvio di indagini conoscitive finalizzate all'esercizio dei nuovi poteri alla conclusione di un procedimento per intese o abusi (e a prescindere dall'esito).

### **Definire un coordinamento coi regolatori di settore**

Sebbene la norma di cui al Decreto Asset abbia portata trasversale tra i settori, concretamente molti di essi sono caratterizzati dalla presenza di regolatori di settore (è il caso, tra l'altro, dello stesso trasporto aereo). Questo si verifica normalmente nei casi in cui i mercati presentano caratteristiche peculiari che rendono necessaria la regolazione *ex ante*, e che dà luogo non di rado a circostanze in cui possono presentarsi "problemi concorrenziali" legati alla condotta degli operatori o al disegno di mercato. Si pensi, per esempio, alle industrie a rete ma anche ai mercati digitali, peraltro recentemente investiti da complessi regolamenti europei (il DMA, il DSA, il GDPR...) il cui *enforcement* è affidato a soggetti specifici a livello nazionale o europeo. In tutti questi casi, l'esercizio dei nuovi poteri di indagine dovrebbe essere subordinato all'azione congiunta con i regolatori di settore, per esempio nei settori dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua, dei rifiuti, delle telecomunicazioni, dei trasporti, della gestione dei dati, dei mercati digitali, ecc. I regolatori settoriali posseggono informazioni specifiche sui fenomeni o sui comportamenti oggetti di indagine, che spesso sono anche influenzati da specifiche scelte regolatorie. In tutti questi casi, l'Autorità dovrebbe prevedere l'acquisizione della collaborazione o comunque dei pareri da parte dei soggetti deputati e verificare preventivamente che le condotte o il presunto pregiudizio per i consumatori non sia già noto a tali soggetti, e quale sia l'interpretazione che essi ne danno.