

I principali dipartimenti dell'Antitrust analizzano il pacchetto di misure del governo

Pnrr, serve più concorrenza per far decollare l'economia

PAGINE A CURA

DI FEDERICO UNNIA

Serve più concorrenza per far decollare il Pnrr in Italia. E anche Antitrust con poteri d'azione diversi. È quello che pensano i principali dipartimenti di antitrust attivi in Italia, che hanno passato al setaccio la recente relazione al parlamento del presidente dell'Agcm, Roberto Rustichelli, ma anche inserito il testo della legge sulla concorrenza, approvata dal governo il 4 novembre scorso, in cui sono state inserite alcune modifiche previste al potere d'azione dell'Authority. Secondo quanto emerge dalla relazione, nel 2020 l'Agcm ha svolto una decisa attività di controllo delle condotte di impresa e di repressione di comportamenti ritenuti anticoncorrenziali, concludendo 8 istruttorie per intese e abusi di posizione dominante, irrogando sanzioni per oltre 380 milioni di euro, e avviando altri 16 procedimenti.

«La relazione mostra grande sensibilità per temi di straordinaria attualità, quali il contributo della concorrenza allo sviluppo sostenibile e alla ripresa economica. L'Agcm ha dato un importante contributo alla stesura del disegno di legge annuale per la concorrenza, che è parte integrante del Pnrr» commenta **Lucio D'Amario**, responsabile del dipartimento Antitrust di **Linklaters** in Italia. «Il Pnrr individua nella promozione della concorrenza una delle riforme abilitanti, che insieme alla semplificazione normativa è funzionale a garantire l'attuazione del Pnrr e a rimuovere ostacoli di vario genere al gioco competitivo nel nostro Paese. Il Ddl Concorrenza 2021 contiene una specifica sezione dedicata al rafforzamento dei poteri di antitrust enforcement dell'Agcm. «Alcune previsioni erano attese e vanno accolte con favore; penso all'allineamento ai principi europei per il test di valutazione delle operazioni di concentrazione, il calcolo del fatturato degli enti creditizi e degli altri istituti finanziari, e alcuni principi relativi alle joint venture cosiddette *full-function*. Importante l'introduzione di una procedura di transazione (*settlement*) che, sulla scia di quanto accade a livello di Ue, è sostanzialmente volta a determinare una riduzione delle sanzioni imposte dall'Agcm qualora le imprese riconoscano la loro responsabilità per una condotta



Lucio D'Amario



Carlo Edoardo Cazzato



Silvia D'Alberty



Pietro Merlino



Francesco Anglani



Enrico Fabrizi

ta anticoncorrenziale».

Positivo il commento di **Carlo Edoardo Cazzato**, responsabile della practice Antitrust di **Orsingher Ortu - Avvocati Associati**, anche se «c'è ancora molto da fare. Ciò che emerge con riferimento all'enforcement è il netto spostamento degli sforzi dell'Authority, in fase emergenziale, sulla tutela del consumatore. È una dinamica condivisibile, tenuto conto delle peculiari esigenze poste dall'aumento del peso specifico di internet nelle scelte di acquisto dei consumatori, ma anche della doverosa attenzione alle effettive esigenze di intervento. Ciò non ha significato tollerare «illeciti da crisi» ma dare le giuste priorità agli sforzi dell'Authority a effettiva garanzia del consumer welfare. Sarà fondamentale un'attività di enforcement più dinamica e meno statica. In tal senso l'Agcm va certamente nella direzione giusta. Le priorità di intervento dovranno riguardare tutti quei settori caratterizzati da un modello di business altamente variabile e multi-versante, dove si è percepita anche quella sostanziale impotenza delle Autorità antitrust. Oramai un modello di intervento *one size fits all* è anacronistico e inefficace perché eludibile. Ne consegue la necessità di ripensare la concorrenza in chiave dinamica

ed elastica. Quanto alle novità del ddl concorrenza trovo positivo l'intervento in materia di concentrazioni nell'ottica sia di una maggiore uniformità a livello europeo sia di una più adeguata valutazione del mercato e della concorrenza potenziale, di difficile valutazione, in particolare, nei settori ad alto contenuto tecnologico. Finalmente poi è stato introdotto il settlement. Poi c'è il tema abuso di dipendenza economica, ancora una volta relegato alla legge n. 192/1998 con tutti i suoi limiti».

Secondo **Silvia D'Alberty**, responsabile del Dipartimento Antitrust di **Gattai, Minoli, Partners**, «in assenza di concorrenza, sul mercato restano le imprese meno efficienti, meno innovative e questo deprime gli incentivi delle imprese più virtuose a innovare e ad aumentare la produttività e i posti di lavoro. Senza concorrenza il Paese è destinato ad attrarre meno investimenti e a un sicuro declino. Nei mesi scorsi l'Authority ha presentato a governo e a parlamento una serie articolata di proposte relative a diversi settori economici nell'ottica di promuovere la costruzione di un sistema più concorrenziale. Le difficoltà mi sembra però siano molte e le stiamo mirando in questi giorni. L'impressione è che il Governo sot-

tovaluti l'importanza di promuovere riforme davvero incisive e pro-concorrenziali e lo slittamento dell'adozione del provvedimento da luglio a settembre, e ora da settembre a fine anno non è un segnale positivo».

Si focalizza su alcuni temi specifici **Pietro Merlino**, responsabile del dipartimento italiano di Antitrust & Competition di **Orrick**, ricordando «la questione cruciale della concorrenza fiscale sleale tra Stati membri dell'Ue che impatta su paesi come l'Italia; il contenimento del potere di mercato delle grandi piattaforme digitali, che è ormai chiaro non può essere affrontato con i tradizionali strumenti di enforcement antitrust, ma necessita di appositi interventi regolatori, come il Digital Markets Act della Commissione europea, decisamente migliorabile; e l'attuazione del Pnrr. In Italia c'è quindi ancora molto bisogno di nuova e più concorrenza. I settori potenzialmente interessati sono tanti. Ne menziono due cruciali: la gestione dei rifiuti, fondamentale per un pieno sviluppo dell'economia circolare e il settore, nascente, della mobilità elettrica, essenziale per il raggiungimento degli obiettivi strategici in tema di decarbonizzazione, e che la nostra autorità di concorrenza può ben accompagnare nel suo svi-

luppo attraverso un equilibrato esercizio dei propri poteri. Quanto alle novità del decreto concorrenza, positive nell'insieme, sorprende il mancato allungamento - dagli attuali 45 giorni a 90 - del termine per la c.d. fase 2 di review delle operazioni di concentrazioni, estensione invocata a gran voce dall'Agcm posto che l'attuale termine è concordemente ritenuto troppo breve».

«I settori sottoposti a maggior attenzione da parte dell'Authority sono quelli di cui abbiamo riscoperto l'importanza a causa della pandemia (sanitario e farmaceutico) e quelli verso cui propende maggiormente l'economia (digitale e green-economy). La sfida sarà di definire un insieme di regole che sappiano adeguarsi all'evolversi costante dei mercati (specie digitali) e che non soffochino gli sforzi innovativi degli operatori di mercato» spiega **Francesco Anglani**, partner di **BonelliErede**. «Il Ddl concorrenza ha introdotto una serie di modifiche interessanti ai poteri di enforcement. Sono favorevole all'introduzione, anche in Italia, di una procedura transattiva, grazie alla quale le imprese che si sono rese responsabili di illeciti concorrenziali potranno beneficiare di un trattamento sanzionatorio più favorevole qualora collaborino con l'Authority. Lo stesso dicasi per la scelta del legislatore di estendere la portata della disciplina sull'abuso di dipendenza economica che, del resto, è sicuramente coerente con il recente trend di enforcement dell'Authority in materia. Quanto, infine, all'istituzione della facoltà per l'Agcm di imporre l'onere di notifica anche per le operazioni che non soddisfano entrambe le soglie di fatturato, comprendo e condivido - la volontà di porre rimedio all'annoso problema delle c.d. *killer acquisition* (temute soprattutto per i mercati ad alto tasso innovativo come quelli digitali), ma continuo a rimanere perplesso per la forse eccessiva discrezionalità concessa all'Agcm in merito alle operazioni sotto soglia da scrutinare. Il rischio è di compromettere la stabilità e la prevedibilità dell'attuale quadro giuridico, a danno delle imprese coinvolte in un'operazione di concentrazione».

Per **Veronica Pinotti**, partner di **White&Case** e socia di riferimento del dipartimento di *Eu competition and regulatory law* della sede di Milano, «desta preoccupazione il crescente utilizzo dello strumento procedurale degli

Giudizio positivo dei legali sulla relazione dell'Agcm

impegni (che permette di chiedere un'investigazione dell'Autorità senza sanzioni e senza accertamento di alcuna violazione) per prevedere misure risarcitorie/riparatorie a favore dei consumatori. Spero il trend evidenziato nella relazione non si tramuti nella prassi di subordinare l'accettazione degli impegni alla concessione di misure risarcitorie. Più in generale è di primaria importanza la riforma del Codice dei Contratti Pubblici, troppo complesso, farraginoso e che prevede oneri per le imprese talvolta non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti in altri paesi. Vi è poi la necessità di aggiornare la normativa antitrust in modo da stare al passo con l'evoluzione dell'economia digitale». Quanto ai nuovi poteri dell'Autorità aggiunge «Anche il rafforzamento dei poteri istruttori dell'Autorità previsto dall'art. 31 del Ddl può avere degli effetti negativi sull'attività delle imprese. Il potere attribuito all'Autorità di trasmettere richieste di informazioni e di esibizione di documenti al di fuori di procedimenti istruttori, senza però una precisa disciplina del contesto in cui si può procedere a tale attività, rischia di dare adito ad invii arbitrari e discrezionali, aumentando il rischio di «fishing expedition» da parte dell'Autorità. Infine, l'introduzione della procedura di settlement dovrebbe essere debitamente coordinata con la normativa in materia private enforcement (Dlgs. 3/2017). Le decisioni di settlement potrebbero venire facilmente ed arbitrariamente sfruttate dai potenziali attori per ottenere più facilmente il risarcimento degli asseriti danni, con una potenziale violazione inter alia del principio costituzionale della sottoposizione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e non ad atti delle autorità amministrative indipendenti, quali l'Autorità».

Enrico Fabrizi, responsabile del dipartimento di diritto della concorrenza di **Osborne Clarke** sottolinea come «un settore che avrebbe bisogno di un maggiore grado di concorrenza è sicuramente quello dei servizi pubblici locali, dove, tra l'altro, gran parte degli affidamenti viene attribuita facendo ricorso all'in house providing, anziché tramite procedure ad evidenza pubblica. È un tema sul quale l'Autorità si è più volte espressa e al quale ha anche fatto cenno recentemente il Segretario Generale in occasione del VI convegno nazionale dell'Associazione Antitrust Italiana.

Al riguardo, nella segnalazione «AS1730 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021», l'Autorità ha proposto un intervento legislativo che preveda «che la motivazione



Piero Fattori

del ricorso all'in house sia contenuta nel primo atto con cui l'amministrazione decide di optare per il regime di auto-produzione rispetto a quello di esternalizzazione». Ciò dovrebbe indurre le amministrazioni a effettuare puntuali e tempestive valutazioni in merito alla modalità di affidamento più efficiente ed economica, e a renderle conoscibili ai soggetti interessati per tempo. È ragionevole ritenere che vi saranno comunque molte resistenze da parte degli enti locali e che il percorso verso una reale apertura al mercato sarà lungo e faticoso. Se la direzione fosse quella auspicata, tuttavia, l'esito non potrà che essere il conseguimento di servizi più efficienti e di maggiore qualità, capaci di fornire un ulteriore impulso all'economia nazionale».

Secondo **Matteo Baretta**, partner di **Cleary Gottlieb** «è meritevole la scelta di superare l'ancoraggio della normativa attuale a concetti obsoleti, quale il test di dominanza in materia di concentrazioni (ora allineato al test Ue che consente di vietare concentrazioni che ostacolano una concorrenza effettiva) e l'esclusione dal controllo preventivo delle concentrazioni delle joint venture cooperative (ora finalmente incluse, a patto che si tratti di JV a pieno titolo). Pregevole è anche la scelta di introdurre la procedura di transazione, già prevista a livello Ue, che consente alle imprese di cooperare nella fase di accertamento dei fatti e di beneficiare di sconti sull'ammenda in cambio della rinuncia a taluni diritti procedurali. Mi convince invece molto meno, anche se pure questa novità si inserisce nel solco di un recente sviluppo registratosi a livello Ue, la scelta di ampliare i poteri di intervento dell'Agcm in materia di controllo delle concentrazioni. Le modifiche previste contemplano il potere per l'Agcm di richiedere sino a 6 mesi dall'avvenuto closing la notifica di operazioni che superino solo una delle soglie rilevanti o interessino imprese con un fatturato mondiale superiore a 5 miliardi di euro qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza, come nel caso di acquisizioni di piccole imprese «caratterizzate da strategie innovative» (riferimento chiaro alle cc.dd. ac-



Fabio G. Angelini

quisizioni killer). Ciò espone le imprese a un notevole grado di incertezza giuridica circa la tenuta di tali operazioni, che rischiano di dover essere riviste o addirittura smontate a distanza di mesi dal loro perfezionamento».

«Da quando è stata introdotta la Legge nazionale antitrust, l'Italia ha fatto notevoli progressi. A mio avviso, non si può non considerare la necessità di fronteggiare le continue sfide poste dall'evoluzione della nostra società, quali la globalizzazione, lo sviluppo del digitale, la crisi pandemica ed il suo impatto sull'economia in generale, la sostenibilità. I risultati dell'apertura dei mercati alla concorrenza nel nostro Paese sono sotto gli occhi di tutti» spiega **Enrico Adriano Raffaelli** partner di **Ruccellai&Raffaelli**. «Credo sia opportuno intervenire in quei settori che ancora non sono sufficientemente sensibili al ruolo decisivo della concorrenza per il miglioramento dei servizi e per il contenimento dei costi, come ad esempio, il settore delle forniture pubbliche, che senza dubbio sconta ritardi strutturali, anche per ragioni storiche. La ricostruzione post-pandemica, come ha ricordato lo stesso presidente Rustichelli, è un'occasione irripetibile per superare antiche fragilità e dare al nostro Paese le strutture necessarie a contribuire a garantire un sistema produttivo efficiente ed al passo con i tempi».

Con molto pragmatismo **Piero Fattori**, partner responsabile del dipartimento Concorrenza e regolamentazione dello studio legale **Gianini, & Origoni** sottolinea «l'apertura di nuovi spazi di competizione nel nostro Paese richiederebbe sia di ripensare la larghissima presenza della sfera pubblica nell'economia, che, come l'esperienza insegna, spesso implica per le imprese vari gradi di protezione poco conciliabili con logiche competitive, sia di svecchiare un ordinamento stratificato e ipertrofico che genera incertezza giuridica e disincentiva investimenti e accesso ai mercati. Un settore che necessita di una riforma in senso pro-concorrenziale, per la sua complessiva rilevanza economica e la vicinanza alla vita dei cittadini, è quello dei servizi pubblici locali dove vi è



Davide Cacchioli

un capitalismo pubblico spesso poco adeguato a fornire i necessari livelli di qualità e efficienza dei servizi, per i quali occorrerebbe ripensare organicamente modalità di affidamento e gestione. Vi è poi il nodo storico delle concessioni (si pensi a quelle balneari), il cui regime spesso in Italia non rispetta i principi della concorrenza e della trasparenza e penalizza l'ingresso di nuovi operatori attraverso il ricorso ripetuto a proroghe legislative in sede di riassegnazione. Si tratta ovviamente di temi complessi e molto divisivi. Quanto alle recenti novità si segnala la procedimentalizzazione delle nomine di presidenti e componenti delle autorità indipendenti, affidata a una Commissione tecnica istituita dagli organi incaricati della nomina ai fini della selezione di quattro candidati fra i quali scegliere ciascun membro da nominare. È una soluzione positiva che restringe l'ambito di discrezionalità dei titolari del potere di nomina agevolando un controllo successivo del giudice amministrativo sulle nomine - con riferimento ad autorità che trovano nella competenza tecnica dei vertici e dei funzionari buona parte della loro legittimazione. Un'occasione persa è la mancata revisione dei termini, attualmente troppo brevi, previsti per le istruttorie in materia di operazioni di concentrazione, che avrebbero dovuto essere riallineati a quelli vigenti in sede comunitaria».

Per **Fabio G. Angelini**, partner in **Lipani Catricalà & Partners** merita segnalare «le modalità di intervento adottate dall'Autorità, che sia nell'ambito della tutela della concorrenza che della tutela dei consumatori hanno visto un largo utilizzo di strumenti di moral suasion e degli impegni, senz'altro più efficienti dal punto di vista allocativo rispetto ad approcci meramente repressivi o sanzionatori e più efficaci in quanto mirano alla costruzione di una cultura della concorrenza ancora largamente assente nel nostro Paese. Una rinnovata cultura della concorrenza dovrà necessariamente orientare le scelte degli operatori economici e del settore pubblico alle prese con lo scenario del NextGenerationEU. Il settore degli appalti pubbli-

ci merita una riflessione a parte in ragione della sua centralità nella messa a terra degli investimenti del Pnrr. Qui c'è l'esigenza di semplificare e di seguire nuovi approcci rispetto a un tema complesso che si lega non solo alla concorrenza ma alla tutela degli interessi finanziari della collettività. Il Ddl Concorrenza delinea un significativo rafforzamento dei poteri di antitrust enforcement dell'Autorità delineando una funzione di «polizia economica» particolarmente pervasiva. In questa prospettiva si pongono i nuovi poteri istruttori assegnati all'Autorità. Tutti segnali di un rinnovato protagonismo dell'Agcm, chiamata in questa fase a garantire la conformità dell'intervento pubblico del Pnrr con l'ordine concorrenziale europeo. Allo stesso tempo, nell'ottica di un corretto bilanciamento tra autorità e libertà, preoccupa la crescente discrezionalità di cui gode l'Autorità nella valutazione delle fattispecie rilevanti, che richiederà un approccio più rigoroso da parte del giudice amministrativo, chiamato a esercitare un sindacato pieno e penetrante sulle scelte dell'Agcm, quale presidio delle libertà economiche e del mercato stesso».

Infine **Davide Cacchioli**, responsabile del dipartimento di Diritto della concorrenza di **Pedersoli Studio Legale** evidenzia «lo sforzo messo in campo dall'Autorità durante la pandemia per proteggere gli interessi dei soggetti più vulnerabili e ridurre le disuguaglianze. In questo senso, mi pare emergano chiari elementi di conforto circa l'efficacia dell'azione dell'Autorità in tempi caratterizzati da una radicale trasformazione della domanda e dall'evoluzione digitale delle catene del valore. Con specifico riferimento all'attività di enforcement, ho trovato particolarmente interessante che l'Autorità abbia spesso fatto ricorso a strumenti conciliativi nelle istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, riconoscendo i vantaggi di tale approccio tanto per i consumatori quanto per le imprese. Quanto al rafforzamento dei poteri dell'Agcm previsto dal Ddl concorrenza non mi pare possa parlarsi di una vera e propria riforma, della quale peraltro non si avverte l'esigenza, quanto piuttosto di interventi mirati e volti, da un lato, a rendere il quadro normativo nazionale più omogeneo con quello unionale e, dall'altro, ad adeguare le previsioni sull'abuso di dipendenza economica al crescente ruolo di intermediazione svolto dalle piattaforme digitali».

Supplemento a cura di **Roberto Miliacca** rmiliacca@italiaooggi.it e **Gianni Macheda** gmacheda@italiaooggi.it