

New Competition Tool

Note sull'art. 1, comma 5, d.l. 104/2023



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO
ED ECONOMIA DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Tutti i diritti relativi al presente materiale didattico ed al suo contenuto sono riservati a Sapienza e ai suoi autori (o docenti che lo hanno prodotto). È consentito l'uso personale dello stesso da parte dello studente a fini di studio. Ne è vietata nel modo più assoluto la diffusione, duplicazione, cessione, trasmissione, distribuzione a terzi o al pubblico pena le sanzioni applicabili per legge

La «storia» della norma

Strumento di enforcement o di regolazione

- L'intervento sul «caro-voli»
- Una fattispecie di illecito, affidata alla repressione di AGCM
- L'incompatibilità con la disciplina UE *sector-specific* e l'intervento della Commissione
- Il *downgrading* della norma e la comparsa di un «potenziale» NCT
- Il parere CdS del 29 gennaio 2024

Natura del NCT

Lex specialis o istituto di sistema

- Non è una *lex specialis*, *ratione personae* e *ratione materiae* come il DMA
- È una norma di **sistema**, nel senso che:
 - persegue la stessa *ratio* degli artt. 101/102: rimedia **distorsioni** di concorrenza pregiudizievoli per il consumatore
 - si affianca al regime delle intese ed abuso di posizione dominante, intervenendo tendenzialmente (ma non necessariamente) in via sussidiaria rispetto ad artt. 101/102
- Mutamento significativo di paradigma normativo:
 - perché prescinde da presupposti tipici del diritto *antitrust*: e.g. intesa, restrizione (per oggetto/effetto), fattispecie di abuso ecc.
 - perché determina la possibile **illiceità** (ancorché *ex ante* e, quindi, con effetti solo *pro futuro*) di comportamenti che altrimenti sarebbero stati pienamente leciti (questo è del resto lo scopo dichiarato dello strumento) : incidendo sulla **libertà di impresa** e sulla **proprietà**

Natura del NCT

Strumento di enforcement o di regolazione

- Non sarebbe un vero strumento di *enforcement*
 - Non accerta *ex post* una «violazione» di norma proibitiva
 - Non irroga sanzioni
- Tuttavia
 - L'applicazione del NCT presuppone necessariamente l'analisi (anche):
 - di un **comportamento** di una o più imprese
 - di una **distorsione competitiva** e di un **pregiudizio per il consumatore** provocati dal «comportamento»
 - Al fine di imporre un **ordine/diffida**, di per sé «afflittivo», in quanto (a) limita la libertà economica della/e impresa/e (rimedi comportamentali) o (b) incide sul patrimonio (rimedi strutturali ablatori)
- L'indagine è analoga a quella dell'*enforcement* antitrust, nella misura in cui può comportare conseguenze afflittive (*pro futuro*) per l'impresa in ragione di un comportamento giudicato distorsivo

Natura del NCT

Strumento di enforcement o di regolazione

- È uno strumento di regolazione?
- Caratteri differenziali
 - Non è *sector-specific*
 - La regolazione di mercato (specie di matrice UE) è tipicamente finalizzata a promuovere la transizione dal «monopolio» al «mercato» in settori determinati (essenzialmente *utilities* e *network industries*), tipicamente caratterizzati da SMP o *market failure*
- La regolazione ha un **fondamento normativo ad hoc**, anche legislativo...
 - Il **legislatore** UE/nazionale definisce i modelli di intervento e tutela: definisce **obiettivi** e **mezzi**, disciplina l'attuazione da parte dell'amministrazione (tipicamente ANR), che interviene all'interno di una cornice legislativa istituzionale, procedurale e sostanziale
- ... perché i modelli sono espressione di **scelte (arbitraggi) tipicamente politiche**

Natura del NCT

Strumento di enforcement o di regolazione

- Qualche esempio
- Il CECE
 - Le **fonti**: a stratificazione normativa
 - Gli **obiettivi** (es. politica industriale: promozione degli investimenti e quali; modelli di mercato: la gestione del rischio e il co-investimento; politica economico-sociale: la coesione territoriale, azioni positive per i «vulnerabili»)
 - Gli **strumenti**: la (articolata) disciplina (istituzionale, procedurale e sostanziale) in materia di *remedies*

Natura del NCT

Strumento di enforcement o di regolazione

- Qualche esempio
- L'esempio del «caro-voli»
 - Disciplinato a livello UE (artt. 16-18, Reg. 1008/2008)
 - La scelta (politica) del modello regolatorio: OSP light → OSP con esclusiva+compensazione
 - La scelta (politica) per la libertà di impresa:
 - Il regime OSP, oltre ad essere subordinata ad analisi di necessità/proporzionalità (sotto controllo della Commissione), è in certa misura «volontario»: imprese aderiscono liberamente agli OSP *light erga omnes*
 - Se non vi è adesione, l'imposizione dell'OSP è:
 - subordinata a una gara
 - compensata da esclusiva+sussidio pubblico
 - Nel modello disciplinato dal legislatore UE, l'interesse generale alla continuità territoriale è in ultima analisi messo a carico della collettività (e non dell'impresa) mediante l'aiuto

Alcuni dubbi

- Strumento **ibrido** – a metà strada fra regolazione e *enforcement*, fra *ex ante* e *ex post*, fra *lex specialis* (tipo DMA) e istituto di sistema (ancorché con funzione di *gap-filler*) – pone dubbi sulla **giustificazione** dello strumento
- Altro è dotarsi – sempre che serva – di strumenti speciali per la (sola) economia digitale e, in pratica, per le (sole) grandi piattaforme globali; altro è prevedere una possibilità di intervento a 360° , a fronte di non meglio precisate situazioni di disfunzione concorrenziale, derivanti dalla struttura di un (qualsiasi) mercato
- Si può dare per assunto che – nei mercati non-digitali – gli strumenti antitrust tradizionali (o anche regolatori) non bastino? E chi lo ha dimostrato, e in base a quali evidenze?
- La differenza con la elaborazione svolta a livello di Commissione e che ha portato a **scartare** lo strumento è molto marcata

Alcuni dubbi

Rapporto fra regolazione e antitrust e rapporto fra *authorities*

- Essendo uno strumento destinato (i) a colmare *deficit* concorrenziali (ii) di mercati oligopolistici o con SMP/PD, l'interferenza con la regolazione *sector-specific* è, verosimilmente, inevitabile. Il regime tedesco e UK dà una certa rilevanza al tema: quello italiano – che ha recepito plausibilmente suggerimenti AGCM – no
- V. Section 32f, subsection (8), GWB
- Si potranno porre questioni interessanti sia di diritto materiale (rapporto fra i plessi normativi e relativa applicazione) sia istituzionali (rapporto fra le *authorities*). Inoltre, dato che la regolazione è, in parte considerevole, UE (o di derivazione UE), potrebbero verificarsi interferenze (e del resto, proprio la storia della norma è il miglior testimone di questa interferenza con il quadro regolatorio UE)

Alcuni dubbi

Profili costituzionali istituzionali

- Alcuni cenni, alla luce di orientamenti UE
- Vi è un rischio di alterazione dell' equilibrio istituzionale e di violazione del principio di legalità?
- Nella sua accezione più «regolatoria» più «spinta», il NCT implicherebbe una sorta di «delega in bianco» di attribuzioni normativo/regolatorie ad una autorità di *enforcement*, senza alcun parametro previamente stabilito dal **legislatore** che valga a circoscriverne la portata
- Come indicato, la **conformazione dei mercati** rispetto ad obiettivi prevalentemente politico-sociali (non è un caso che la norma nasca come strumento anti-inflazionistico) non spetta ad AGCM, ma, essenzialmente, al legislatore e (nel quadro fissato da quest'ultimo) al regolatore (in particolare, ANR, dove previste)

Alcuni dubbi

Profili costituzionali istituzionali

- Almeno sul piano dei principi, giurisprudenza UE e nazionale coincidono nel sottolineare i principi di **certezza** e **prevedibilità**, di **equilibrio istituzionale** e **legalità** (legalità-indirizzo/legalità-garanzia) impongono che la legge circoscriva e precisi (e perciò stesso vincoli) il potere conferito
 - Alcuni cenni, alla luce di orientamenti UE
 - CGUE, sent. del 22 gennaio 2014, C-270/12 (*ESMA*); sent. 14 maggio 1981, *Romano*, causa 98/80; sent. del 13 giugno 1958, *Meroni*, causa 9/56; Conclusioni AG Capeta del 9 novembre 2023, C-551/22 P;
 - Corte Costituzionale, sent. n. 69 del 22 febbraio 2017;
 - Consiglio di Stato, sent. n. 7972 del 14 dicembre 2020; sent. n. 2255 del 7 marzo 2024.
- In presenza di una norma «in bianco» come il comma 5 – come risulta anche dal confronto con la Section 32f della legge tedesca – si pone un tema di alterazione dell' equilibrio istituzionale e di violazione del principio di legalità

Alcuni dubbi

Profili costituzionali sostanziali

- Tenuto conto delle carenze della base legislativa e della mancanza di parametri di riferimento per i prospettati interventi rimediali, non potrebbe esservi un rischio di frizione della norma rispetto ai principi Costituzionali e UE (Carta) che tutelano la libertà di impresa e la proprietà (quest'ultima, specie con riferimento a eventuali rimedi strutturali)?

«ANTITRUST IN A TIME OF POPULISM»

*«To protect and preserve this mission, it is important to recognize that antitrust control cannot be expected to solve the larger political and social problems facing the United States today. In particular, while antitrust enforcement does tend to reduce income inequality, **antitrust cannot and should not be the primary means of addressing income inequality**; tax policies and employment policies need to play that role»*

(C. Shapiro, International Journal of Industrial Organization 61- (2018) 714-718)

Conclusioni

- Strumento «pesante»
- In caso di esercizio «spinto», dubbi di legittimità e rischi in sede di controllo giurisdizionale
- Possibile esercizio «temperato»
 - i. Sussidiarietà
 - Non in ipotesi **astrattamente** rilevanti ex artt. 101/102
 - Non in ipotesi **astrattamente** rilevanti per la regolazione di settore (strumenti alternativi: indagine conoscitiva classica e poteri di *advocacy*)
 - ii. Predeterminazione delle fattispecie di distorsione/pregiudizio e rimedi
- Esito: applicazione in poche ipotesi (pre)determinate: i.e. condotte specifiche, e.g. uso algoritmi che promuovono esiti collusivi taciti
- Sarà così? Probabilmente, no: prevedibile utilizzo in chiave di *warning* per la estrazione di «impegni» dal mercato
- Da strumento di *enforcement* a strumento di *co-regulation*