

**Baker
McKenzie.**

I nuovi poteri conferiti dal Decreto Asset

Andrea Cicala, 6 novembre 2024

I nuovi X-Powers di AGCM: la genesi

Decreto-legge **10 agosto 2023** n. 104 (“Decreto Asset”)

“[...] straordinaria necessità e urgenza di adottare misure a tutela degli utenti dei servizi di trasporto aereo, i quali, a causa dell'esponentiale aumento delle tariffe, non riescono, nei periodi di picco della domanda, a fruire dei servizi di continuità territoriale»



Convertito con modifiche Legge **9 ottobre 2023** n. 136

ART. 1 «Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali»

Potere AGCM di intervenire per accertare l'esistenza di condotte collusive in caso – tra l'altro- di coordinamento algoritmico o la fissazione di prezzi eccessivi a seguito di abuso.

«5. Qualora un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'[articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287](#), RICONTRI PROBLEMI CONCORRENZIALI CHE OSTACOLANO O DISTORCONO IL CORRETTO FUNZIONAMENTO DEL MERCATO CON CONSEGUENTE PREGIUDIZIO PER I CONSUMATORI, AGCM può imporre alle imprese interessate **OGNI MISURA STRUTTURALE O COMPORTAMENTALE NECESSARIA E PROPORZIONATA**, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza»

In caso di inottemperanza Sanzioni ai sensi art. 15 1-bis e 2-bis L 287/90

L'art. 1 del Decreto Asset da norma di settore a potere di carattere generale

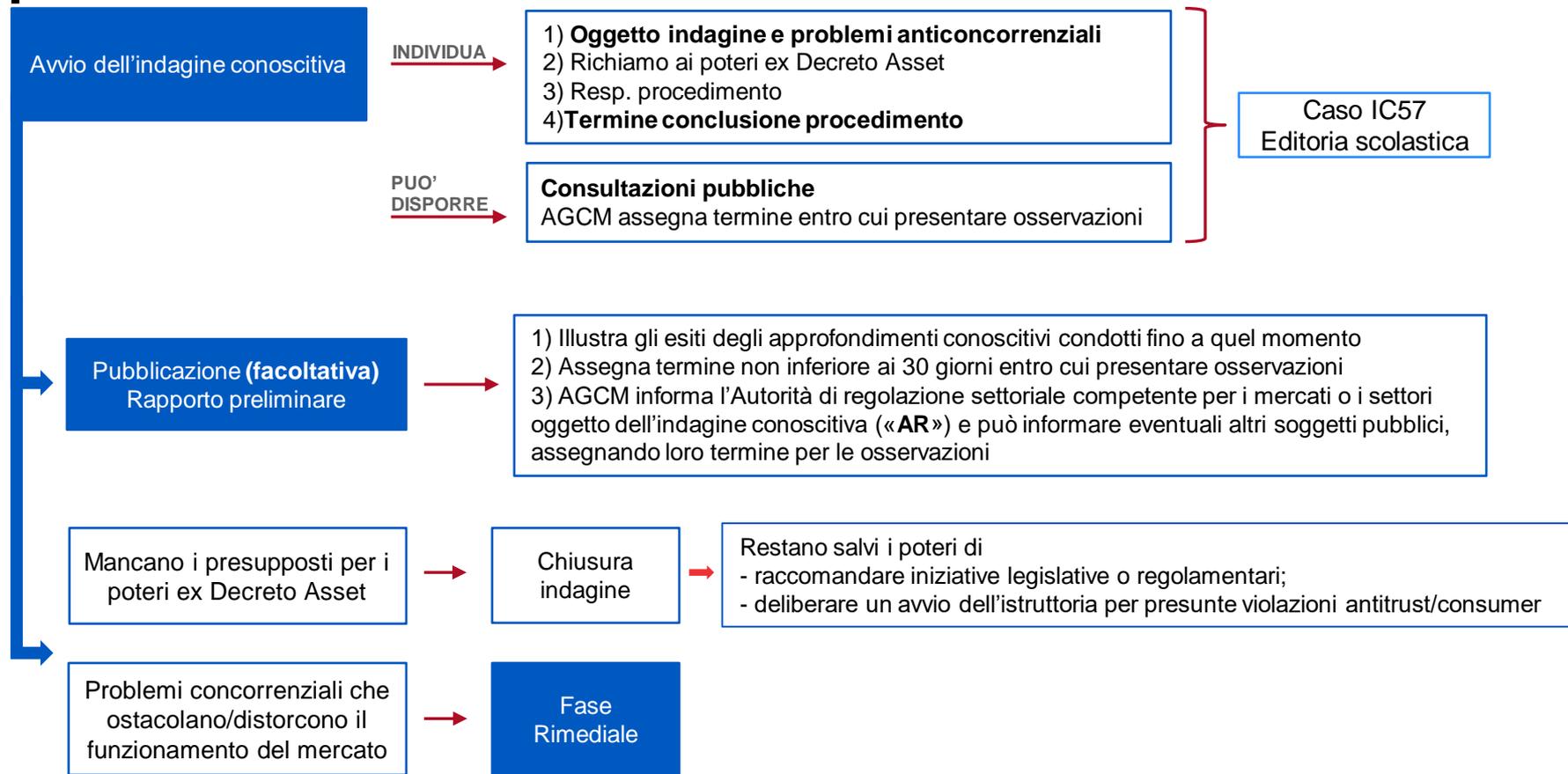
9 gennaio 2024: su istanza di AGCM, il Consiglio di Stato, Sez. I consultiva (parere n. 61) ha affermato che i nuovi poteri previsti dall'art. 1, co. 5 e 6 del Decreto Asset operano:

*“**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”*

7 Maggio 2024: AGCM adotta la comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 1, comma 5 DL 10 agosto 2023 n. 104 convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023 n. 136

Comunicazione AGCM : la procedura per l'esercizio dei poteri

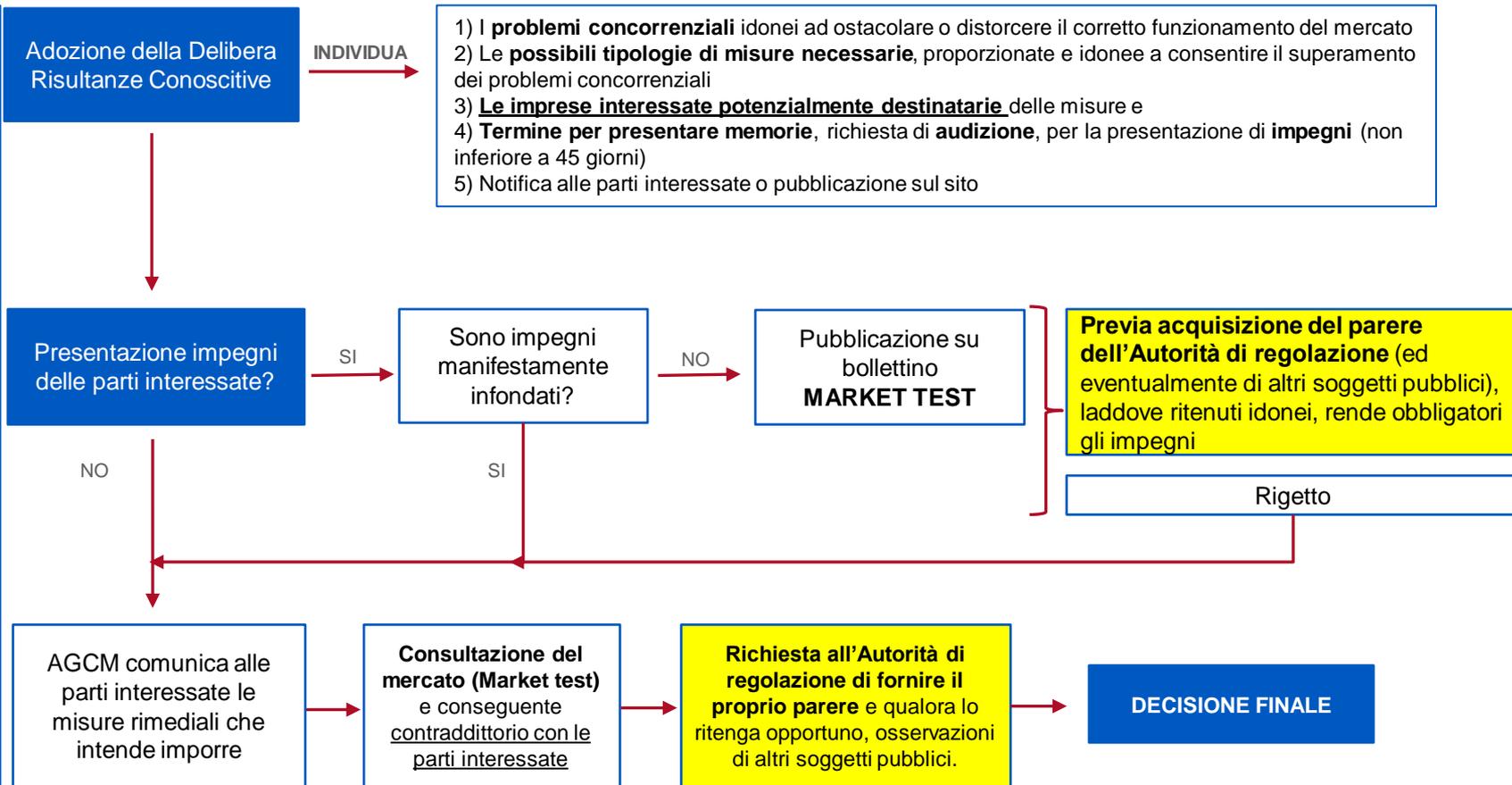
L'AGCM adotta il regolamento (Del. 31190/2024)



Il Regolamento AGCM: la procedura per l'esercizio dei poteri

L'AGCM adotta il regolamento (Del. 31190/2024)

Fase rimediabile



Dubbi

1. **E' conforme al principio di legalità** avere conferito ad AGCM poteri di così ampio respiro sulla base di una **interpretazione del CdS** di una norma di carattere molto generale avente peraltro una genesi settoriale?
2. L'attribuzione ad AGCM di poteri che contemplano l'adozione (ex ante) di misure rimediale, in assenza di illeciti, è coerente con il nostro ordinamento o assistiamo ad uno **sconfinamento delle attribuzioni AGCM verso un ambito regolatorio che dovrebbe essere fondato per il principio di legalità su norme precise e specifiche?**
3. L'attribuzione dei nuovi poteri ad AGCM determina **una indebita compressione e lesione delle prerogative e competenze conferite ad autorità di settore da norme eurounitarie?**
4. Le esperienze in UK e Germania, espressamente richiamate anche dal Consiglio di Stato per sostenere l'interpretazione estensiva del Decreto Asset **danno spunti di riflessione utili per l'esercizio dei nuovi poteri da parte dell'AGCM?**

Tra regolazione e tutela della concorrenza

La terra di confine occupata dai nuovi poteri

La Comunicazione è oggetto di impugnazione da parte di Arera:



BRIGIO DE FILIPO
AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE
08.07.2024 14:44:18 CEST

STEFANO BESEGGINI
AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE
08.07.2024 14:05:37 CEST

**DELIBERAZIONE 8 LUGLIO 2024
276/2024/C**

**RICORSO AVVERSO LA COMUNICAZIONE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA
CONCORRENZA E DEL MERCATO ADOTTATA DALLA MEDESIMA CON PROVVEDIMENTO
N. 31190 DEL 2024**

CONSIDERATO CHE:

- in data 13 maggio 2024 la Comunicazione è stata pubblicata sul Bollettino Ufficiale e sul sito istituzionale di AGCM;
- la predetta Comunicazione si presta ad essere censurata in quanto fondata su un'erronea interpretazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti.

RITENUTO CHE:

- sussistano i presupposti per proporre ricorso giurisdizionale avverso la richiamata Comunicazione;

DELIBERA

1. di proporre ricorso giurisdizionale avverso la Comunicazione adottata da AGCM con provvedimento n. 31190 del 2024 e pubblicata in data 13 maggio 2024 sul Bollettino Ufficiale e sul sito istituzionale di AGCM;

Comparazione con il quadro normativo tedesco

		
<p>Attivazione dei poteri: in quale contesto i nuovi poteri dell'AGCM possono essere utilizzati?</p>	<p><u>Né le disposizioni normative né la Comunicazione AGCM</u> forniscono indicazioni per comprendere meglio quando i nuovi poteri possono essere attivati.</p> <p>Si parla solo di <i>«problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori»</i>.</p> <p>Vengono offerti indici di valutazione per il solo trasporto aereo.</p>	<p><u>Art. 32(f)(5) GWB:</u> la norma parla di «significativo e continuo malfunzionamento della concorrenza»</p> <p>Per essere rilevante il malfunzionamento deve essere esistito «per un periodo di tre anni» verificandosi «in modo permanente» o «ripetutamente».</p> <p>La disciplina offre quindi (A) <u>esemplificazioni</u> tra cui:</p> <ul style="list-style-type: none">(i) l'esistenza di un potere unilaterale in capo a fornitore o acquirente;(ii) restrizioni sull'ingresso/uscita dal mercato e difficoltà nell'individuare alternative(iii) condotte coordinate o uniformi;(iv) preclusioni all'accesso di fattori di produzione o clienti nelle relazioni verticali e <p>(B) un elenco di fattori da considerare per comprendere la struttura e il funzionamento del mercato.</p>

Comparazione con il quadro normativo tedesco

		
Misure rimediale comportamentali	<p><u>Né le disposizioni normative né la Comunicazione AGCM</u> offrono delle linee guida per comprendere il possibile ambito di tali misure</p> <p>Si parla solo di «<i>imporre alle imprese interessate (...) ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza</i>».</p>	<p>Art. 32(f)(3) GWB: anche in questo caso il legislatore parla di misure necessarie e proporzionate. Sulla proporzionalità viene posto un riferimento alla posizione dell'impresa nel/i mercato/i di riferimento. In aggiunta la normativa fornisce alcune esemplificazioni, non tassativa:</p> <ul style="list-style-type: none">• concedere l'accesso a dati, interfacce, reti o altre risorse,• specificare requisiti delle relazioni commerciali tra le imprese nei mercati indagati e a diversi livelli di mercato,• obbligare le imprese a implementare standard trasparenti, non discriminatori e aperti,• richiedere determinate forme o accordi contrattuali, compresi gli accordi contrattuali per la divulgazione di informazioni,• vietare la divulgazione unilaterale di informazioni che potrebbero incoraggiare comportamenti paralleli da parte delle imprese,• separare le divisioni aziendali o commerciali a livello contabile o organizzativo.

Comparazione con il quadro normativo tedesco

		
Misure rimediali strutturali	<p><u>Le disposizioni normative e la Comunicazione AGCM</u> parlano solo di</p> <p><i>«imporre alle imprese interessate (...) ogni misura strutturale o comportamentale <u>necessaria e proporzionata</u>, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza».</i></p>	<p><u>Art. 32(f)(4) GWB</u>: Bundeskartellamt può imporre misure strutturali ma la legge prevede delle misure di salvaguardia.</p> <p>Limiti:</p> <ul style="list-style-type: none">- Il rimedio può essere imposto solo se i rimedi comportamentali elencati non sono possibili, non sono ugualmente efficaci o sarebbero più onerosi per l'impresa- I beni devono essere alienati solo se il ricavato ammonta ad almeno il 50% del valore determinato da un revisore incaricato dal Bundeskartellamt. Prevista una compensazione sulla differenza tra il valore della vendita e quello determinato dal revisore- Non possono essere imposti rimedi a società che ha ottenuto la <i>clearance</i> da Commissione UE o Bundeskartellamt (10 anni tra la decisione sul merger e quella dei rimedi)- Coordinamento in caso di contestuale apertura di procedimenti merger e indagini sullo stesso mercato

Comparazione con il quadro normativo tedesco

		
Coordinamento con i poteri in punto di merger control	La legge italiana non affronta il tema.	Notifiche sotto-soglia La legge tedesca conferisce al <i>Bundeskartellamt</i> il potere di ordinare, mediante una decisione presa alla luce delle risultanze di una indagine conoscitiva, la notifica di tutte le concentrazioni concernenti gli specifici settori economici impattati da tale indagine conoscitiva (tale obbligo di notifica ha una durata di tre anni dal momento della ricezione da parte delle imprese interessate e può essere prorogato fino a un massimo di tre volte, con una validità massima di dodici anni). L'obbligo di notifica delle concentrazioni si applica solo alle concentrazioni in cui il fatturato domestico dell'impresa acquirente è stato superiore a 50 milioni di euro nell'ultimo esercizio mentre quello della target superiore a 1 milione di euro nell'ultimo esercizio.

Comparazione con il quadro normativo tedesco

		
Coordinamento con i poteri delle Autorità nei settori regolati	La Comunicazione AGCM prevede solamente doveri (a) informativi e (b) di acquisizione di pareri non vincolanti dalle Autorità competenti.	Art. 32(f)(8) GWB: nei mercati dei settori regolati dei servizi ferroviari, postali e delle telecomunicazioni così come per le reti di fornitura di energia elettrica e gas, il Bundeskartellamt, prima di adottare le misure rimediali necessita del <u>CONSENSO</u> del <i>Bundesnetzagentur, Agenzia federale per le reti</i> (ulteriori disposizioni specifiche sono poi previste in coordinamento con il Telecommunications Act).

Il sistema UK

L'esperienza britannica è di lungo corso e si basa su un procedimento a due step «market study» e «market investigation».

Se il Board della CMA, a valle di un «*market study*», decide che è necessario effettuare una «*market investigation*» il CMA Chair delega l'indagine a **soggetti che fanno parte di un Panel** che include una rosa di esperti indipendenti (nominati da CMA).

In questa fase non possono essere coinvolti soggetti **che hanno partecipato al gruppo di lavoro che, ad esito del «market study», ha statuito sull'opportunità di avviare una «market investigation».**

**Una salvaguardia importante: chi svolge il «*market study*»
non è coinvolto nella «*market investigation*»**

Obiettivo:

- Individuare le persone più qualificate ed esperte del settore di riferimento al fine di avere la migliore comprensione delle dinamiche di mercato e dei c.d. «*adverse effects on competition*»
- neutralizzare i *bias* che potrebbero inficiare le decisioni di coloro che hanno attivamente partecipato alla fase del *market study* e, in particolare, hanno statuito sulla necessità di avviare la *market investigation*