

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE
CONFORMATIVA DEI MERCATI: ESPERIENZE A
CONFRONTO

NUMERO MONOGRAFICO

A CURA DI M. CAPPAL, A. DAVOLA, U.
MALVAGNA, S. VACCARI

OTTOBRE / DICEMBRE

2025

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVACNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVACNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

IL PRESENTE FASCICOLO RACCOGLIE GLI ATTI DEL
CONVEGNO «NUOVE FRONTIERE DELLA
REGOLAZIONE CONFORMATIVA DEI MERCATI:
ESPERIENZE A CONFRONTO» TENUTOSI PRESSO
L'UNIVERSITÀ DI TRENTO IL 6 E IL 7 FEBBRAIO
2025

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

The New Italian Competition Tool: il rafforzamento delle indagini conoscitive condotte dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *The New Italian Competition Tool*. – 3. La natura della funzione conoscitiva “rafforzata”. – 4. Il coordinamento con le Autorità di regolazione. – 5. Funzione complementare o sussidiaria?. – 6. Le “nuove” indagini conoscitive in corso.

1. *Premessa*

Fin dalla sua istituzione nel 1990 l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) è intitolata a condurre un’attività conoscitiva di carattere generale in quei settori economici in cui l’evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata.

Ad oggi, l’Autorità ha concluso cinquantasette indagini conoscitive (IC) in vari settori. Si osserva una particolare frequenza di interventi

nell'ambito dell'energia e del gas¹, dei trasporti², delle telecomunicazioni e del digitale³, delle banche e della finanza⁴, dell'agroalimentare⁵, dei carburanti⁶ e della sanità⁷.

* L'A. è funzionaria presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, attualmente in distacco presso la DG-Concorrenza della Commissione europea, già avvocato del libero foro e Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara. Il tema oggetto del presente contributo è anche trattato in E.M. LANZA e C. LO SURDO, *Le indagini conoscitive*, in *Dizionario della concorrenza*, L.F. PACE (a cura di), in corso di pubblicazione, e in E.M. LANZA e C. LO SURDO, *Le indagini conoscitive delle Autorità amministrative indipendenti tra attività e potere*, in *Diritto delle Autorità amministrative indipendenti*, F. DI GIORGI, V. FIORILLO ed E.M. LANZA (a cura di), in corso di pubblicazione. Si ringrazia la Dott.ssa Anna Argentati per l'attenta lettura di una prima versione dello scritto. Le opinioni espresse nel presente contributo sono personali e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

¹ IC8 - Settore dei gas di petrolio liquefatti per riscaldamento; IC9 - settore dell'energia elettrica; IC12 - Settore del gas metano; IC22 - Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale; IC38 - Mercato dello stoccaggio del gas naturale; IC46 - Settore del teleriscaldamento. Tutti i provvedimenti adottati dall'Agcm citati nel presente contributo sono reperibili sul sito istituzionale www.agcm.it.

² IC4 - Settore dei servizi portuali; IC6 - Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile; IC7 - Settore dell'alta velocità; IC10 - Tariffe aeree nazionali; IC24 - Dinamiche tariffarie del trasporto aereo passeggeri; IC29 - Trasporto Pubblico Locale; IC52 - Mercato del gas naturale; IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del Trasporto Pubblico Locale.

³ IC3 - Settore della radiotelefonía mobile cellulare; IC23 - Settore televisivo; IC39 - Servizi sms, servizi mms e servizi dati in mobilità; IC41 - Indagine conoscitiva sul settore audiovisivo; IC48 - Mercati di accesso e reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra larga; IC53 - Big Data.

⁴ IC25 - Ostacoli alla mobilità della clientela nell'ambito dei servizi di intermediazione finanziaria; IC32 - Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari; IC36 - La *corporate governance* di banche e assicurazioni; IC37 - Indagine conoscitiva sulle carte prepagate; IC45 - Indagine conoscitiva sui costi dei servizi bancari.

⁵ IC2 - Settore del latte; IC28 - Indagine sulla distribuzione agroalimentare; IC43 - Settore della Grande Distribuzione Organizzata; IC51 - Indagine conoscitiva sul settore lattiero caseario.

⁶ IC18 - Prezzi dei carburanti per autotrazione; IC21 - Ristrutturazione rete carburanti; IC44 - Impianti di distribuzione carburanti indipendenti.

⁷ IC14 - Settore farmaceutico; IC30 - Settore delle prestazioni sanitarie ospedaliere; IC50 - Mercati dei vaccini per uso umano.

Per lo più, ad esito delle indagini conoscitive sono stati adottati interventi di *advocacy* nei confronti dei decisori politici e/o dei regolatori direttamente nelle conclusioni dell'indagine o attraverso successive segnalazioni *ex artt.* 21 e 22 della legge n. 287/1990. Solo in sporadiche occasioni l'indagine conoscitiva si è rivelata prodromica all'avvio di procedimenti istruttori, come nel caso dell'abuso di posizione dominante contestato ad ENEL S.p.A. e ENEL Produzione S.p.A. nei mercati all'ingrosso dell'energia elettrica (A366 - Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica, concluso il 20 dicembre 2006 con l'accettazione di impegni) derivante dalla chiusura nel 2005 di IC22 - *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*, svolta congiuntamente al regolatore di settore, ovvero l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ora Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera). Più risalente ancora l'avvio di sette istruttorie nei confronti di consorzi tra produttori di calcestruzzo per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza, ad esito della prima indagine conoscitiva conclusa nel 1993 (IC1 - *Settore del calcestruzzo preconfezionato*, IC6 - *Indagine conoscitiva nel settore del materiale rotabile*). Inoltre, alla chiusura nel 1997 di IC14 - *Settore farmaceutico* ha fatto seguito nel 1998 l'avvio di tre istruttorie per condotte di intesa nei mercati dei farmaci etici in classe C.

Tali poteri conoscitivi sono esercitati anche da molte altre Autorità nazionali di concorrenza e dalla Commissione europea, ma una differenza significativa nell'attività delle diverse Autorità riguarda il potere di adottare, a valle dell'indagine, raccomandazioni o misure vincolanti per le imprese. Tale potere è effettivamente previsto solo in pochi ordinamenti, tra cui primeggia quello britannico.

Nell'ottica di un rafforzamento dei poteri conoscitivi a livello eurounitario, nel 2020 la Commissione europea ha avviato l'iniziativa "*Single Market - New Complementary Tool to Strengthen Competition Enforcement*" volta proprio all'adozione di uno specifico regolamento per introdurre un sistema di indagini di mercato di competenza della Commissione europea "*à l'anglaise*" ("*New Competition Tool*" o NCT).

A fronte di un accantonamento dell’iniziativa eurounitaria⁸, a livello nazionale un numero crescente di Stati membri ha dato autonomamente seguito all’impulso di adottare un NCT nazionale, tra cui l’Italia.

Tra gli Stati maggiormente proattivi in tal senso si annoverano la Germania e l’Italia. Altri, quali Svezia, Olanda⁹ e Norvegia, stanno esplorando la possibilità di introdurre un NCT domestico. Prima della consultazione ai fini del NCT europeo, già la Grecia aveva introdotto nel proprio ordinamento la possibilità di adottare delle misure rimediali ad esito delle indagini settoriali¹⁰.

Anche in chiave comparata, come si vedrà meglio di seguito, è di rilievo il richiamo all’esperienza tedesca. Infatti, il *Bundeskartellamt*, a seguito dell’introduzione il 6 luglio 2023 della § 32f del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ha visto rafforzati i propri poteri di indagine settoriale, potendo ora ricorrere ad una procedura bifasica, in virtù della quale – nel caso di fase due – tale Autorità ha anche la facoltà di correggere significativi e continuativi malfunzionamenti della concorrenza attraverso rimedi di natura comportamentale e strutturale.

⁸ Nel 2023 l’iniziativa del NCT è stata abbandonata, mentre sono entrati in vigore il *Digital Services Act* (Regolamento UE n. 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022) e il *Digital Markets Act* (Regolamento UE n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022), che hanno contribuito a ridisegnare i poteri delle autorità di concorrenza (quantomeno settorialmente) e le cui consultazioni pubbliche sono state svolte pressoché parallelamente al NCT. Cfr. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.

⁹ Il 14 ottobre 2024 il Ministro dell’Economia olandese ha formalmente invitato la Camera bassa dell’Assemblea legislativa nazionale ad adottare una riforma dell’Autorità di concorrenza olandese, prevedendo – *inter alia* – anche l’attribuzione di un potere conoscitivo in grado di consentire anche l’imposizione di misure rimediali (cfr. <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-economische-zaken/documenten/kamerstukken/2024/10/14/kamerbrief-toekomstbestendig-mededingingsbeleid>). Da ultimo, nel febbraio 2025 il Presidente dell’Autorità olandese ha ulteriormente perorato la necessità di un NCT nazionale anche per promuovere la crescita della produttività (cfr. <https://www.acm.nl/nl/publicaties/speech-martijn-snoep-de-new-competition-tool-het-waarom-en-het-hoe>).

¹⁰ Si segnala l’indagine conoscitiva sul settore della distribuzione editoriale che ha condotto all’adozione di misure incidenti sugli assetti societari e di *governance* degli operatori di settore (cfr. <https://www.epant.gr/en/enimerosi/investigation-press.html>).

Parallelamente, in Italia è stata introdotta nel 2023 la possibilità di chiudere le indagini conoscitive con il ricorso a misure, sulla scorta del modello inglese.

Nonostante l'abbandono formale da parte della Commissione europea del NCT, il Parlamento europeo, con risoluzione del 16 gennaio 2024, ha accolto con favore le iniziative adottate in proposito da diversi Stati membri, come appunto la Germania e l'Italia, e ha invitato la Commissione a introdurre un analogo strumento di indagine per evitare lacune nell'applicazione delle norme *antitrust*. Il Parlamento europeo, infatti, ha osservato che tali nuovi meccanismi consentono alle Autorità di concorrenza di intervenire in mercati le cui dinamiche concorrenziali risultano pregiudicate non già da condotte unilaterali o concertate aggredibili attraverso i tradizionali strumenti *antitrust*, ma da caratteristiche strutturali suscettibili di determinare prezzi di equilibrio sovra-competitivi. Si tratterebbe, quindi, di un utile strumento di intervento per le ANC, a complemento dei tradizionali poteri di *enforcement*, a cui ricorrere laddove questi ultimi si rivelino inadeguati al ripristino del corretto confronto concorrenziale¹¹.

Ancor più recentemente, il NCT europeo è stato richiamato nell'ambito del c.d. rapporto Draghi, quale strumento ideale per bilanciare i benefici potenziali derivanti dalla risoluzione di problemi strutturali alla concorrenza e i limiti dell'*enforcement* concorrenziale, riconducibili soprattutto alle limitate risorse disponibili¹².

¹¹ *European Parliament resolution of 16 January 2024 on competition policy – annual report 2023 (2023/2077(INI))*, cfr. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0011_EN.pdf.

¹² *The future of European competitiveness*, settembre 2024, 303. Nel rapporto sono altresì indicate le preferibili aree di intervento del NCT, ovvero: collusione tacita; i mercati in cui sono maggiori le esigenze di protezione per i consumatori; i mercati in cui la resilienza economica è debole; azioni di *enforcement* passate in cui le informazioni/dati ricevuti dall'autorità indicano che gli impegni o i rimedi adottati non sono in grado di garantire la concorrenza. Il NCT verrebbe attivato a seguito di indicazioni specifiche di possibili comportamenti anticoncorrenziali o di una valutazione preliminare degli impatti positivi attesi dalla soluzione dei problemi strutturali individuati. Con il NCT la Commissione avrebbe il potere di progettare insieme alle imprese e accettare rimedi efficaci per affrontare le carenze sistematiche della concorrenza e imporne l'applicazione.

2. *The New Italian Competition Tool*

In tale quadro si colloca la novità introdotta nel 2023 dal legislatore italiano con l'art. 1, commi 5¹³ e 6¹⁴, del d.l. 10 agosto 2023, n. 104 recante Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici, convertito dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136 (d.l. Asset).

Il rafforzamento del potere risiede essenzialmente nel fatto che l'Agcm può imporre alle imprese interessate misure strutturali o comportamentali, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza, a condizione che si riscontrino «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori». Inoltre, dalla novella normativa

¹³ Art. 1, comma 5, d.l. Asset: «5. Se 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. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: *a*) la struttura del mercato; *b*) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; *c*) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; *d*) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; *e*) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; *f*) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-*quater* e 2-*septies*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penali di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

¹⁴ Art. 1, comma 6, d.l. Asset: «6. In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penali di mora di cui all'articolo 15, commi 1-*bis* e 2-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati».

discende anche che, al pari dei procedimenti istruttori per l'accertamento degli illeciti *antitrust*, l'Autorità può accettare gli impegni proposti dalle imprese, nonché può imporre le sanzioni e le penalità di mora sia nel caso in cui le imprese frappongano ostacoli all'esercizio dell'attività istruttoria sia nel caso di inottemperanza alle misure imposte. Infine, anziché dar seguito a separati interventi di *advocacy ex art. 21 o 22 l. n. 287/1990*, già con il provvedimento di chiusura dell'indagine conoscitiva l'Autorità può raccomandare le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune.

Per definire le procedure di applicazione della nuova norma, l'Autorità ha adottato nel 2024 una Comunicazione¹⁵, espressamente adottata "a complemento" del d.P.R. n. 217/1998 e sue successive modifiche¹⁶, in cui emerge un *favor* per la più ampia partecipazione degli *stakeholder* (come, ad esempio, la consultazione pubblica, c.d. *call for input*, già in sede di avvio dell'indagine), la previsione di

¹⁵ Delibera del 7 maggio 2024, n. 31190, recante «Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, del decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136», pubblicata il 13 maggio successivo sul sito internet dell'Autorità.

¹⁶ In base alle modifiche apportate dal d.P.R. n. 214/2024 all'art. 17 («Indagini conoscitive di natura generale») del d.P.R. n. 217/1998, l'avvio delle indagini conoscitive di natura generale deve (mentre prima era prevista come mera possibilità) essere pubblicato nel bollettino, indicando il termine di conclusione del procedimento e il responsabile del procedimento. Parimenti anche i risultati dell'indagine devono essere resi noti mediante pubblicazione nel bollettino. La Comunicazione dell'Agcm aggiunge che la pubblicazione debba anche essere effettuata sul sito internet dell'Autorità. Con riferimento all'attività istruttoria che può essere svolta il d.P.R. del 2024 ha aggiunto al comma 2 dell'art. 17 che nel corso delle indagini possono essere formulate richieste di informazioni, di audizione o di esibizione di documenti, nonché disposte ispezioni, perizie, analisi statistiche ed economiche o la consultazione di esperti. Al comma 3 è poi espressamente previsto che con riferimento all'accesso ai documenti e alla riservatezza delle informazioni raccolte si applica la medesima disciplina prevista per le istruttorie antitrust dall'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998. Infine, la novella regolamentare ha espressamente disposto al comma 5 che qualora nel corso dell'indagine conoscitiva emergano elementi di presunzione in merito alla violazione dei divieti di cui agli articoli 2 e 3 della legge, agli articoli 101 e 102 TFUE, all'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge 18 giugno 1998, n. 192, ovvero siano accertate le condizioni di cui all'articolo 4, comma 2, della stessa legge, il collegio dell'Autorità delibera l'avvio delle istruttorie. In sede di Comunicazione (paragrafo 8) l'Agcm ha aggiunto il riferimento alla possibilità di un avvio istruttorio ai sensi del Codice del Consumo.

momenti di coinvolgimento delle Autorità settoriali e l'esercizio del contraddittorio da parte dei soggetti interessati dall'indagine conoscitiva.

La comunicazione rientra tra gli atti di *soft law*¹⁷ adottabili dalle Autorità, ovvero quei provvedimenti privi di autonoma forza normativa, ma pur sempre idonei a generare un qualche effetto giuridico di tipo conformativo in capo ai relativi destinatari¹⁸.

Come precisato nei Principi applicativi illustrati dalla Comunicazione adottata dall'Agcm, le novità derivanti dal d.l. Asset non introducono una nuova tipologia di indagini conoscitive, ma consentono di poter adottare – ad esito di uno specifico procedimento in contraddittorio con le parti – le misure necessarie e proporzionate a eliminare le distorsioni della concorrenza con particolare riguardo a quei settori in cui tali anomalie cagionano un pregiudizio per i consumatori in modo significativo e duraturo. Pertanto, con la novella legislativa è stata consentita l'articolazione di un procedimento bifasico (poi definito dalla Comunicazione), in cui ad una fase conoscitiva (già prevista dall'art. 12, comma 2, l. n. 287/1990) può seguire una fase rimediale, in cui l'Autorità può imporre misure correttive proporzionate per eliminare le distorsioni concorrenziali emerse.

L'art. 1, comma 5, d.l. n. 104/2023, infatti, statuisce che l'esercizio dei nuovi poteri rimaliali si innesta in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'art. 12, comma 2, della l. n. 287/1990 e che essi possano, dunque, essere attivati laddove tale indagine conoscitiva

¹⁷ Thurer definisce gli atti di *soft law* come un insieme di regole «the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding» (D. THURER, *Soft law*, in *Encyclopedia of public international law*, R. BERNHARDT (dir. da), IV, Amsterdam, 2000, 452).

¹⁸ Sul tema degli atti di *soft law* adottati dalle Autorità amministrative indipendenti si vedano: V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, M. D'ALBERTI ed A. PAJNO (a cura di), Bologna, 2010, 80 ss.; M.E. BUCALO, *Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 10, 2022; C.E. CAZZATO, *Le fonti delle Autorità come strumenti di soft law: linee-guida, atti di regolazione e partecipazione nei procedimenti*, in *Diritto delle Autorità amministrative indipendenti*, F. DI GIORGI, V. FIORILLO ed E.M. LANZA (a cura di), in corso di pubblicazione.

classica abbia evidenziato la ricorrenza di problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori.

In risposta alle preoccupazioni emerse nel corso della consultazione pubblica, la Comunicazione poi definitivamente adottata dall'Agcm ha chiarito che i problemi concorrenziali devono essere “significativi e persistenti”.

In estrema sintesi, il procedimento delineato dalla Comunicazione prevede la pubblicazione di un provvedimento di avvio in cui già devono essere circoscritti l'oggetto dell'indagine e le possibili criticità concorrenziali e in cui può essere attivata la c.d. *call for input* al fine di ricevere informazioni dai soggetti interessati, a cui segue un Rapporto Preliminare che illustra gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti fino a quel momento.

Tale Rapporto Preliminare è volto a rendere noti gli esiti degli approfondimenti conoscitivi e ad aprire una fase di consultazione del mercato. Pertanto, esso ha natura di atto endoprocedimentale e, come emerge già dal primo Rapporto pubblicato (v. *infra* Paragrafo 6), non sono individuate le condotte eventualmente assoggettabili alle misure rimediale al momento della successiva delibera delle risultanze conoscitive e poi nel provvedimento finale, ma solo tratteggiate le criticità riscontrate.

Qualora, alla luce degli elementi acquisiti nella fase conoscitiva, non si riscontrino problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori suscettibili di essere risolti mediante l'imposizione di misure rimediale, l'Autorità delibera la chiusura dell'indagine conoscitiva, ferma restando la possibilità di raccomandare – attraverso l'esercizio dei propri poteri di *advocacy* – le iniziative legislative o regolamentari ritenute opportune a far fronte ai riscontrati problemi.

Qualora, invece, ad esito della fase conoscitiva, siano emersi nel settore indagato problemi concorrenziali idonei a ostacolare o alterare il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio dei consumatori, che, pur non dando luogo ad una specifica ipotesi istruttoria, appaiano suscettibili di essere adeguatamente risolti mediante l'imposizione di misure rimediale, la Comunicazione prevede che l'Autorità dia il via alla fase rimediale dell'indagine mediante

l'adozione della Delibera delle Risultanze Conoscitive¹⁹. Entro il termine indicato dalla Delibera le imprese “interessate” possono presentare gli impegni che ritengano idonei a far venir meno i problemi di cui all'art.1, comma 5, d.l. Asset. In caso di rigetto o di mancata presentazione di impegni da parte delle imprese interessate, l'indagine prosegue verso la definizione delle misure rimediali. In tale ipotesi, l'Autorità dopo aver già indicato, nella Delibera, la «tipologia di misure ipotizzate per far fronte ai problemi concorrenziali riscontrati, delibera le puntuali misure comportamentali e strutturali che in concreto ritenga di imporre nel caso specifico, tenuto conto sia degli esiti dell'indagine raggiunti sia di quanto rappresentato dalle imprese interessate».

L'introduzione di misure rimediali è ovviamente l'aspetto più discusso del “rafforzamento” delle indagini conoscitive, potendo condurre all'imposizione di vincoli e obblighi ad imprese cui tuttavia non è imputabile alcuna condotta illecita ai sensi della l. n. 287/1990.

Nella Comunicazione, a differenza di quanto indicato, ad esempio, nella corrispondente legge tedesca²⁰, non vi è un elenco di tipologie di

¹⁹ Ferma restando la problematicità della individuazione delle imprese interessate, la Delibera delle Risultanze Conoscitive costituisce quindi un documento da portare a conoscenza di queste ultime – cui è specificamente notificata insieme all'avvio dell'indagine conoscitiva – affinché le stesse possano contraddire con l'Autorità prima della sua determinazione conclusiva circa le misure specifiche da imporre a loro carico. All'uopo, nella Delibera devono infatti essere indicati i problemi concorrenziali individuati e le tipologie di misure che – in conformità al dettato di cui all'art.1, comma 5 – l'Autorità ritenga *prima facie* necessarie, proporzionate e idonee a consentire il superamento dei problemi concorrenziali riscontrati. La Delibera indica altresì il termine per la presentazione di memorie scritte documenti, per l'esercizio da parte delle imprese interessate del diritto di essere sentite dinanzi agli Uffici, nonché per la presentazione di eventuali impegni. Il contraddittorio previsto concerne dunque al contempo tanto le risultanze dell'indagine condotta, cioè la sussistenza e la portata (merceologica, geografica, temporale) delle problematiche riscontrate, quanto pure come si possa far fronte a queste ultime, essendo anticipate alle imprese interessate, benché in termini ancora “tipologici, le misure che, ad una prima delibazione, potrebbero essere loro imposte per risolvere le criticità.

²⁰ Una *blacklist* dei malfunzionamenti di mercato a fronte dei quali possono essere adottati dal *Bundeskartellamt* misure rimediali a valle di una indagine settoriale (“*Sektoruntersuchung*”) è contenuta nel § 32f(5) della GWB tedesca, che cita le forniture unilaterali o l'esercizio di *buyer power*, le restrizioni di mercato in ingresso e in uscita, gli ostacoli al passaggio a un altro fornitore o acquirente, i comportamenti coordinati, la preclusione dell'accesso ai fattori di produzione o ai clienti attraverso relazioni verticali.

misure in astratto adottabili, essendo lasciata così maggiore discrezionalità all'Autorità nel congegnarle.

Tuttavia, affinché il contraddittorio previsto conservi un effetto utile sarà necessario delinearne in sede di Delibera delle Risultanze Conoscitive almeno i tratti essenziali, salvo poi declinarne caratteristiche specifiche e tempistiche concrete nella decisione finale.

Il conferimento del relativo potere di imporre le misure alle imprese interessate non costituisce però una assoluta novità nel *toolkit* dell'Autorità, in quanto trova corrispondenza nel potere di diffida previsto per le istruttorie antitrust dall'art. 15, comma 1, l. n. 287/1990 come recentemente modificato in attuazione della Direttiva UE ECN²¹, nonché, in qualche misura, nelle condizioni cui può essere subordinata l'autorizzazione di un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. n. 287/1990²². In comune con tale ultima ipotesi, caratterizzata da un giudizio prognostico sugli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni, anche nelle indagini conoscitive le misure saranno, più che correttive e/o ripristinatorie, proattive e conformative.

Norma istitutiva e Comunicazione dell'Autorità nemmeno pongono un predefinito ordine di priorità tra misure comportamentali e strutturali (tra queste ultime possono immaginarsi, ad es., obblighi di separazione organizzativa di parti di imprese o divisioni aziendali ovvero cessioni di quote di partecipazioni in imprese o dismissione di *asset*): ciò al pari di quanto disposto in materia di diffida ai sensi del novellato art. 15 l. n. 287/1990, laddove è infatti solo prescritto che, al momento di scegliere tra rimedi egualmente efficaci, l'Autorità opti per quello meno oneroso per l'impresa in linea con il principio di proporzionalità²³.

²¹ «A tal fine l'Autorità può imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. Al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità».

²² L'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al comma 1, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

²³ Un'espressa residualità delle misure strutturali rispetto a quelle comportamentali è invece prevista dall'art. 7 Regolamento CE n. 1/2003 per la diffida antitrust impartita dalla Commissione, nella parte in cui si statuisce che «I rimedi

Nell'esperienza di altri Paesi, quale la Germania, vigono precisi limiti all'adozione di misure strutturali particolarmente invasive come ordini di dismissione, che rimangono sussidiari a ordini di separazione contabile o organizzativa; così pure, nel Regno Unito ha prevalso l'imposizione di misure comportamentali²⁴.

3. *La natura della funzione conoscitiva “rafforzata”*

Al di là delle questioni relative all'interpretazione restrittiva (tale per cui le indagini rafforzate sarebbero circoscritte al settore del trasporto aereo passeggeri) o estensiva (tale da ricomprendere tutti i settori investigabili) della norma discendente dal d.l. Asset²⁵, oggetto di un

strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale».

²⁴ A. COSCELLI, *Overview of UK markets regime*, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024).

²⁵ A favore di un approccio interpretativo restrittivo si colloca anche la posizione di alcune Autorità Nazionali di Regolazione (ANR). In particolare, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) nel luglio 2024 (Arera, Deliberazione dell'8 luglio 2024, 276/2024/C) ha proposto ricorso giurisdizionale avverso la Comunicazione dell'Agem, mentre nell'ottobre 2024 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) ha segnalato al Governo le criticità discendenti dall'applicazione estensiva della novella normativa dettata dal D.L. Asset (Agcom, Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 Luglio 1997, n. 249, 2 ottobre 2024). L'Agcom contesta espressamente l'interpretazione estensiva adottata dal Consiglio di Stato e applicata dall'Agcom, osservando che siffatto approccio determina un capovolgimento dell'ordinario rapporto tra norma eccezione e norma generale. Tale applicazione estensiva è idonea a consentire all'Agem di «incidere con non meglio definite “misure strutturali” e/o “comportamentali”, adottate, sul tessuto regolamentare disciplinante i vari settori di volta in volta considerati, in tal modo interferendo con le scelte tecniche che le ANR di riferimento effettuano in base alle proprie espresse (ed esclusive) competenze di derivazione euro-unitaria nei vari ambiti vigilati dalle ANR». Pertanto, l'Agcom auspica che il Governo fornisca un chiarimento dell'ambito applicativo della norma «idoneo a restituire alle ANR di settore il ruolo che è loro affidato dal legislatore europeo e nazionale a garanzia del consumatore-utente e del corretto sviluppo concorrenziale dei settori di mercato di rispettiva competenza, in conformità con il quadro dei principi costituzionali ed eurounitari di riferimento».

importante parere del Consiglio di Stato²⁶, e della relativa compatibilità costituzionale e/o eurounitaria²⁷, rispetto al rafforzamento dei poteri conoscitivi dell'Agcm in dottrina sono stati posti due temi costitutivi rilevanti: la natura della funzione conoscitiva rafforzata e il carattere

²⁶ La stessa Agcm nel novembre 2023 ha formulato una richiesta di parere al Consiglio di Stato in ordine all'ambito di applicazione di tale disposizione, chiedendo di chiarire «se – alla luce della genesi del decreto-legge, della formulazione della rubrica dell'articolo richiamato e della modulazione delle relative disposizioni, così come operata in sede di conversione – l'ambito dei poteri introdotti (con l'articolo 1, commi 5 e 6) debba ritenersi circoscritto, *ratione materiae*, al settore del trasporto aereo di passeggeri ovvero possa assumersi esteso, in termini generali, a tutte le indagini conoscitive». Il Consiglio di Stato, Sez. I consultiva, ha reso il parere del 29 gennaio 2024, n. 61 ritenendo che i nuovi poteri previsti dall'art. 1, commi 5 e 6, d.l. Asset «operino, 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». Infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario adottare un approccio ermeneutico di ordine teleologico e sistematico, anche a fronte di un'interpretazione eccessivamente restrittiva discendente dal testo complessivo dell'articolo che, alla luce dei lavori preparatori e della relazione governativa illustrativa, sembrerebbe, *prima facie*, militare per la limitazione dei poteri di cui ai commi 5 e 6 all'ambito oggettivo del trasporto aereo.

²⁷ Sono stati rilevati dubbi in tal senso da S. PAGLIANTINI e R. PARDOLESI, *Da Twining ad Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro it.*, 2024, III, 76 ss.; G.M. ROBERTI, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024). In senso contrario ai dubbi di legittimità costituzionale vi è chi autorevolmente osserva che tutto il diritto della concorrenza europeo è costruito su nozioni giuridiche indeterminate (come gli artt. 101 e 102 TFUE e i corrispondenti artt. 2 e 3 l. n. 287/1990). Conseguentemente la norma introdotta dal d.l. Asset può essere letta come un “completamento” della disciplina di tutela della concorrenza. Inoltre, un vincolo finalistico ai poteri dell'Agcm può essere ricostruito alla luce delle finalità generali della disciplina *antitrust*, ricostruite alla stregua del diritto vivente. Ciò posto, secondo una parte degli osservatori, la circostanza che il NCT italiano non abbia (allo stato) un omologo eurounitario e un corrispondente sindacato diretto della C. Giust. UE determina che l'applicazione della norma in esame è rimessa esclusivamente al sindacato di legittimità del giudice nazionale, ma senza il supporto di indicazioni di diritto europeo, così prospetticamente da richiedere un rafforzamento del sindacato stesso sull'esercizio di tale potere discrezionale (M. LIBERTINI, *L'introduzione in Italia del “New Competition Tool” (all'insaputa del legislatore)*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2024, 366; R. CHIEPPA, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024).

complementare o sussidiario della stessa rispetto alle altre funzioni intestate ad Agcm.

Il primo concerne la qualificazione della funzione sottostante al novellato potere conoscitivo. Sicuramente si esclude che si tratti di uno strumento di *enforcement* (a cui tipicamente corrisponde anche un potere sanzionatorio)²⁸.

A riguardo è stato ipotizzato che potesse configurarsi una funzione ablatorio-espropriativa²⁹, ma – se così fosse – andrebbe dimostrata la pubblica utilità che giustifica l'esercizio di una funzione così invasiva.

Un'altra ipotesi ricostruttiva richiama la funzione pianificatoria³⁰, che tuttavia non è applicabile al modello delle Autorità indipendenti (per la quale sarebbe comunque necessaria una precisazione normativa, considerata la riserva di legge contenuta nel comma 3 dell'art. 41 Cost., per cui la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali). E ancora, è stata richiamata la

²⁸ Come è stato acutamente osservato, il NCT italiano è una norma attributiva di competenza regolatoria, ma non una norma punitiva (M. LIBERTINI, *op. cit.*, 368). Si richiama più precisamente C. Dir. Uomo, *Engel ed altri contro Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, secondo cui per determinare se esista o meno un'«accusa penale», occorre tenere conto di tre criteri alternativi e non cumulativi: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della «sanzione». Sul tema la C. Dir. Uomo, nel caso *Menarini Diagnostic c. Italia*, deciso con sentenza del 27 settembre 2011, ha evidenziato che la qualificazione formalmente amministrativa di una misura sanzionatoria come quella comminata dall'Autorità non preclude che alla stessa venga attribuito carattere sostanzialmente penale, qualora, per carattere afflittivo e deterrente, essa sia in grado di incidere in maniera apprezzabile sulla sfera giuridica del destinatario. Pertanto, sia la sanzione penale sia quella amministrativa perseguirebbero un interesse pubblico corrispondente alla volontà di impedire la reiterazione di condotte illecite mediante l'applicazione di un provvedimento punitivo. Di conseguenza, le procedure di irrogazione di tali sanzioni devono assicurare il livello di tutela previsto dall'art. 6 CEDU al fine di garantire il diritto ad un equo processo. A tale scopo, però, non è necessario che tali garanzie vengano perseguite nel procedimento amministrativo, potendo essere poi recuperate nella fase giurisdizionale davanti ad un giudice di *full jurisdiction*, in grado di esercitare un sindacato pieno e sostitutivo dell'Amministrazione.

²⁹ F. CINTIOLI, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), 8 e 9.

³⁰ F. CINTIOLI, *op. cit.*

funzione autorizzatoria, assimilabile a quella delle operazioni di concentrazioni.

Invero, appare difficile escludere che l'applicazione delle misure non implichi una funzione di carattere regolatorio, ancorché sempre orientata a garantire le condizioni di concorrenza nel settore interessato, considerato il carattere *ex ante* dell'intervento e l'impatto pressoché generale rispetto agli attuali operatori economici coinvolti.

In tale ottica, le novità apportate *sub specie* di misure rimediale imponibili dall'Autorità sono dotate di una natura in parte regolatoria. Ciò appare anche supportato dalla stessa struttura del procedimento, che – sulla falsariga dei meccanismi di “*notice and comment*” adottati dalle stesse Autorità Nazionali di Regolazione – si fonda anche sull'apporto degli operatori di settore e sulle garanzie procedurali improntate all'esercizio del diritto al contraddittorio³¹.

Pertanto, la funzione più adeguata agli esiti che potrebbero discendere dall'adozione delle misure è riconducibile all'esercizio del potere conformativo di regolazione correttiva di mercati inefficienti, anche quando in questi mercati non siano state accertate intese anticoncorrenziali o abusi di posizione dominante. Infatti, l'imposizione di misure comportamentali o strutturali alle imprese al di fuori dell'accertamento di un'infrazione *antitrust* o al di fuori della verifica di un'operazione di concentrazione assimila tale funzione conoscitiva, nella sua declinazione (eventuale) finale, ad un'attività di regolazione economica, sempre però orientata essenzialmente a rimuovere i «problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori».

4. *Il coordinamento con le Autorità di regolazione*

In tale prospettiva, si pone il tema del coordinamento fra il NCT italiano e i poteri di regolazione che le normative speciali attribuiscono alle Autorità Nazionali di Regolazione di settore o – in misura più

³¹ G. STAZI, Intervento al Convegno “I nuovi poteri dell'Antitrust – Tra Concorrenza e Regolazione” organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana (Roma, 27 Marzo 2024), 10.

limitata – a qualsiasi altro soggetto pubblicato incaricato a dettare una specifica disciplina in un dato ambito.

A riguardo la Comunicazione prevede momenti di coinvolgimento e di interlocuzione con le Autorità di regolazione settoriale.

In particolare, tali Autorità vengono informate e/o coinvolte nella partecipazione procedimentale:

- al momento della pubblicazione del rapporto preliminare con un'informativa (§ 6);
- nel caso in cui vengano proposti degli impegni tramite una richiesta di parere obbligatorio non vincolante (§ 16);
- prima dell'adozione del provvedimento finale e delle eventuali misure rimediali tramite una richiesta di parere obbligatorio non vincolante (§ 23).

Occorre dare atto che, nonostante la Comunicazione abbia scandito dei precisi momenti di interlocuzione con le Autorità settoriali eventualmente interessate, è stato comunque osservato che il carattere non vincolante del parere richiesto dall'Agcm (comunque) in una fase avanzata del procedimento non sarebbe sufficiente nell'ottica della leale collaborazione tra Autorità³².

Sul punto, appare doveroso richiamare la sentenza della Corte di giustizia UE del 4 luglio 2023, resa nel caso *Meta Platforms* (causa C-252/21, in specie paragrafi 52-59) e la successiva sentenza del Consiglio di Stato del 15 gennaio 2024, n. 497, che appunto – in applicazione del principio di leale collaborazione istituzionale – richiedono la consultazione da parte dell'Autorità *antitrust* dell'Autorità di controllo della protezione dei dati personale ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) le cui competenze istituzionali siano in qualche misura intersecate dall'intervento dell'Autorità, anche qualora un raccordo formale non sia richiesto dal legislatore, come nel caso del rafforzamento delle indagini conoscitive.

I momenti scanditi dalla procedura delineata dalla Comunicazione, che comunque prevede una fase di revisione a due anni dalla sua applicazione alla luce della sua prima esperienza applicativa, sono esplicazione del principio di collaborazione informativa.

³² Agcom, Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 1 della Legge 31 Luglio 1997, n. 249, 2 ottobre 2024.

A riguardo, si richiama testualmente il § 6 della Comunicazione, che – nell’ottica di consentire la possibilità di esprimere osservazioni sul rapporto preliminare – dispone che l’Agcm informa specificamente l’Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto dell’indagine: «L’Autorità informa l’Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati o i settori oggetto dell’indagine conoscitiva e può informare eventuali altri soggetti pubblici rilevanti della possibilità di fornire osservazioni sul RP entro il medesimo termine di cui al punto precedente».

Pertanto, escluso un coinvolgimento delle Autorità di settore sin dall’avvio dell’indagine conoscitiva, considerato che tali soggetti potrebbero in tale stadio non essere stati ancora individuati, è invece previsto un coinvolgimento ad esito della pubblicazione del rapporto preliminare. Da notare che il riferimento della Comunicazione è alle «Autorità di regolazione settoriale» come quelle preposte ai settori delle telecomunicazioni (Agcom), energia (Arera), servizi assicurativi (Ivass), servizi bancari (Banca d’Italia), trasporti (Art). Invece, è da ritenersi escluso un coinvolgimento sistematico dei soggetti pubblici non regolatori di specifici ambiti merceologici. Questi ultimi, rientrando tra gli altri soggetti pubblici rilevanti che l’Autorità può comunque informare, possono essere utilmente contattate quando effettivamente ritenuto opportuno a seconda dell’oggetto dell’indagine (si pensi, ad esempio, all’Autorità Nazionale Anticorruzione, ai Ministeri o alle Agenzie).

La previsione di cui al § 6 della Comunicazione differisce nella sua formulazione da quella utilizzata per disciplinare il parere obbligatorio (che l’Agcm deve infatti «chiedere indicando all’Autorità interpellata un termine per la risposta») invece previsto per l’adozione del provvedimento di chiusura dell’indagine, sia esso di accoglimento degli

impegni o di imposizione di misure rimediali (§§ 16³³ e 23³⁴ della Comunicazione).

Sul punto, non sembra tuttavia che la formulazione di cui al § 6 – maggiormente informale delle previsioni relative al parere obbligatorio, come del resto è la fase conoscitiva in cui essa si inserisce – dia luogo a differenze sostanziali, dal momento che l'uso del modo indicativo (“l’Autorità informa”) sembra indicare comunque un dovere dell’Autorità di rivolgersi all’Autorità settoriale, mentre la facoltà di quest’ultima di presentare osservazioni finisce col tradursi nella produzione di un parere consultivo.

Ad ogni modo, il carattere innovativo del nuovo *toolkit* di cui è stata dotata l’Agcm rende fisiologico che, in una fase di prima applicazione, possa essere più impervia la ricerca di un coordinamento istituzionale che, auspicabilmente, al momento di un più maturo *enforcement* della disciplina, troverà un punto di equilibrio collaborativo.

5. Funzione complementare o sussidiaria?

Il secondo tema oggetto di dibattito verte sul carattere complementare o sussidiario rispetto alle altre funzioni esercitate da Agcm, per cui è stato avanzato il dubbio se il (rinnovato) potere conoscitivo debba ritenersi complementare/aggiuntivo o sussidiario a tutti i tradizionali poteri di accertamento e sanzione e di *advocacy*, nella

³³ Con riferimento all’ipotesi delle valutazioni degli impegni, concluso il *market test*, l’Autorità è chiamata a deliberare sugli impegni nella loro versione definitiva: pertanto, ove li valuti idonei a eliminare le distorsioni o gli ostacoli alla concorrenza indicati nella Delibera delle Risultanze Conoscitive, li rende obbligatori per le imprese con il provvedimento di chiusura dell’indagine. In tal caso la Comunicazione prevede che sia acquisito il parere dell’Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati/settori oggetto dell’indagine. Il parere è dunque obbligatorio ma non vincolante, potendosi l’Autorità motivatamente discostare, come previsto anche per i pareri prescritti nell’ambito dei procedimenti istruttori in materia di concorrenza (l. n. 287/1990) e tutela del consumatore (art. 27, commi 1-*bis* e 6, Codice del Consumo).

³⁴ Qualora si stia valutando l’adozione di misure rimediali, l’Autorità, svolto il contraddittorio attraverso l’acquisizione memorie e lo svolgimento di un’audizione dinanzi al Collegio, chiede all’Autorità di regolazione settoriale competente per i mercati o i settori oggetto dell’indagine conoscitiva di fornire il proprio parere, indicando alla medesima un termine per la risposta. Qualora lo ritenga opportuno, l’Autorità può acquisire le osservazioni di altri soggetti pubblici.

misura in cui l'Autorità dovrebbe ricorrere a tale strumento conoscitivo in una logica meramente eccezionale e residuale rispetto a situazioni di mercato che non possono essere affrontate attraverso l'*antitrust enforcement*³⁵.

A sostegno di tale funzione sussidiaria, secondo taluni, militerebbe anche la stessa Comunicazione, nella parte in cui prevede la facoltà dell'Autorità, laddove chiuda l'indagine conoscitiva senza avviare la fase rimediale, di indirizzare atti di *advocacy* o deliberare un avvio dell'istruttoria per l'accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione dominante (§ 8 della Comunicazione)³⁶.

La previsione, nell'ambito del § 8 della Comunicazione (riguardante la fase conoscitiva), della possibilità di esercitare i poteri di cui l'Autorità è già dotata in ragione delle sue competenze istituzionali ha indotto parte della dottrina a ritenere che la percorribilità della via rimediale risponda a una logica di chiusura del sistema, quale *extrema ratio* per la soluzione dei problemi concorrenziali riscontrati, in assenza della possibilità di ricorrere agli altri più consolidati strumenti.

La sussidiarietà del NCT, anche in sede di consultazione pubblica da molti invocata sulla falsariga del modello tedesco³⁷, non è tuttavia esplicitata nella Comunicazione e non richiede l'assolvimento da parte dell'Autorità di alcuna dimostrazione di insufficienza o inapplicabilità dei classici strumenti di cui la stessa è dotata.

Tuttavia, occorre precisare che, rispetto ai tradizionali poteri di *enforcement* usati dall'Autorità, il potere conoscitivo differisce per il presupposto posto a base del suo esercizio, i possibili soggetti destinatari delle misure e la natura stessa delle misure.

In primo luogo, il presupposto che legittima l'intervento rimediale («problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto

³⁵ Sul tema si richiamano i contributi di L. ARNAUDO, *New competition regulatory tools: Towards a structure-behavior-performance framework*, in *Concurrences*, 2024, 61, e M. CAPPAL, *Dalle tariffe dei voli insulari durante le festività all'intera economia. La rocambolesca genesi della market investigation all'italiana*, in *Merc. conc. reg.*, 2023, 391 ss.

³⁶ M. CAPPAL, *op. cit.*, 418.

³⁷ Cfr. § 32f(3) GWB: il ricorso alle misure rimediale è condizionato all'insufficienza degli altri poteri del *Bundeskartellamt* a eliminare effettivamente e definitivamente i malfunzionamenti della concorrenza.

funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori») sembrerebbe evidenziare un espresso orientamento verso il perseguimento del *consumer welfare* (*id est*, la correzione di fattori che comportano una riduzione dell'offerta disponibile per i consumatori in senso quantitativo o qualitativo, sotto il profilo della limitazione della libertà di scelta), mentre gli interventi di *enforcement* possono avere approccio più ampio rispetto alla restrizione della concorrenza da rimuovere. Tuttavia, tale presupposto solo "formalmente" appare diverso rispetto a quelli alla base degli interventi volti alla repressione delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizione dominante, in quanto l'Autorità invero interviene costantemente a reprimere le condotte distorsive che possono incrinare il corretto funzionamento del gioco competitivo e consentire lo sfruttamento di un potere di mercato a danno dei consumatori.

In secondo luogo, mentre gli interventi di *enforcement* si dirigono esclusivamente verso le imprese punite e assicurano l'effettiva cessazione della condotta illecita, le «misure» imponibili a conclusione di una *market investigation* introducono obblighi di comportamento per tutte le imprese interessate e sono proiettate al futuro, mirando a migliorare le condizioni di funzionamento del mercato.

In terzo luogo, le misure rimediali non sono dotate dello stesso grado di afflittività delle sanzioni amministrative pecuniarie, di talché le misure difficilmente possono essere ascritte al c.d. diritto amministrativo "punitivo", alla luce dei criteri dettati dalla storica sentenza *Engel* della Corte EDU.

Sul punto si osserva anche che le misure rappresentano l'esito di un confronto ampio e approfondito con tutti gli *stakeholder* interessati e, pertanto, assolvono ad una funzione di miglioramento dell'intero settore economico interessato, in grado di apportare benefici nel complesso del settore.

Sulla base delle descritte assunzioni, più che una funzione meramente sussidiaria dello strumento conoscitivo rispetto a quello di *enforcement*, potrebbe essere apprezzata come una funzione complementare, adottando un approccio sinergico tra i poteri a disposizione dell'Autorità nel rimediare alle distorsioni di concorrenza pregiudizievoli per il consumatore, pur nella considerazione della peculiarità e della delicatezza del potere che consente di introdurre misure ad operatori che non hanno di per sé posto in essere condotte

illecite. In tale ottica si potrebbe parlare di un *new “complementary” competition tool*. D'altra parte, l'iniziativa eurounitaria del 2020 si intitolava proprio “*Single Market - New Complementary Tool to Strengthen Competition Enforcement*”.

6. Le “nuove” indagini conoscitive in corso

Per i temi sollevati in relazione alla possibilità di adottare misure rimediale al di fuori dell'accertamento di un'infrazione *antitrust* e per il carattere complementare rispetto al classico *enforcement antitrust* il rafforzamento del potere conoscitivo dell'Agcm può rappresentare, per certi aspetti, una nuova frontiera della regolazione conformativa dei mercati nell'ottica di garantire che le imprese adottino un comportamento che sia conforme a determinati principi e obiettivi di interesse pubblico, come appunto la concorrenza, la trasparenza e la protezione dei consumatori.

In sede conclusiva di questa disamina del rafforzamento dello strumento a disposizione dell'Agcm, occorre dare atto del corrente stato dell'arte. Infatti, dall'adozione della Comunicazione da parte dell'Autorità sono state concluse con il Rapporto finale due indagini conoscitive: una in tema di algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri sulle rotte nazionali da e per la Sicilia e la Sardegna (IC56)³⁸ e l'altra sull'editoria scolastica (IC57)³⁹. Inoltre, è attualmente in corso un'indagine relativa ai rapporti tra la Grande Distribuzione Organizzata (GDO) e la filiera agroalimentare (IC58)⁴⁰.

Il 26 novembre 2024 è stato pubblicato il primo Rapporto Preliminare nell'ambito dell'indagine sugli algoritmi di prezzo nel trasporto aereo⁴¹, che – appunto – illustra gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti finora, che – nello specifico – si sono estesi anche ad attività di *web scraping* e di analisi statistiche, economiche e tecniche (come la tecnica di c.d. *sock-puppet auditing*). L'indagine è stata poi conclusa a dicembre 2025 individuando una serie di iniziative volte a migliorare la comparabilità delle tariffe aeree. L'altra indagine conoscitiva conclusa riguarda l'editoria scolastica, un settore in cui

³⁸ Agcm, provvedimento n. 31789 del 16 dicembre 2025, in *Boll.* n. 1/2026.

³⁹ Agcm, provvedimento n. 31808 del 22 dicembre 2025, in *Boll.* n. 2/2026.

⁴⁰ Agcm, provvedimento n. 31773 del 16 dicembre 2025, in *Boll.* n. 49/2025.

⁴¹ Agcm, provvedimento n. 31376 del 26 novembre 2024, in *Boll.* n. 46/2024.

convergono una pluralità di interessi pubblici e privati. *Inter alia*, l'indagine si occupa di una serie di criticità del settore, come l'andamento dei prezzi, le modifiche frequenti delle edizioni, le difficoltà di approvvigionamento e delle modalità di distribuzione, le possibili rigidità nelle modalità di adozione scolastica, (soprattutto per quanto riguarda la combinazione dei formati cartaceo-digitale) e la circolazione dei diritti di proprietà delle edizioni digitali.

L'indagine è stata avviata il 10 settembre 2024⁴² e si è immediatamente aperta con una consultazione pubblica (“*call for input*”), per cui ogni soggetto interessato ha potuto inviare contributi. A dicembre 2025 l'indagine è stata conclusa evidenziando le criticità relative allo scarso utilizzo di risorse digitali e la necessità di un'efficace modularità di componenti di libri scolastici. Già a valle della consultazione pubblica sul Rapporto preliminare, l'Agcm ha accertato la disponibilità delle parti del procedimento ad adottare autonomamente interventi volti a risolvere le principali criticità emerse nell'IC. Inoltre, considerando necessario anche l'intervento con atti di indirizzo istituzionali, contestualmente alla chiusura dell'IC l'Autorità ha inviato, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 287/1990, una segnalazione formale al Ministero e alle altre massime istituzioni competenti con indicazioni puntuali di intervento e supervisione in materia editoria scolastica.

Allo stesso tempo è stata avviata l'IC relativa ai rapporti tra GDO e filiera agroalimentare (anch'essa comprensiva di contestuale *call for input*), volta ad approfondire le modalità di esercizio del potere di acquisto da parte degli operatori della GDO nei settori dei prodotti freschi, alla luce del forte squilibrio di potere contrattuale lamentato dagli agricoltori rispetto alle grandi catene della GDO. Si tratta, invero, di un tema affrontato dall'Agcm in plurime occasioni, in quanto già affrontato non solo nella prima IC sulla GDO del 2013 (IC28), ma anche oggetto del potere attribuito all'Agcm dall'art. 62 del d.l. n. 1/2012 (ora abrogato) in materia di relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari⁴³.

⁴² Agcm, provvedimento n. 31319 del 10 settembre 2024, in *Boll.* n. 36/2024, reperibile sul sito istituzionale www.agcm.it.

⁴³ Si ricordano i casi AL12 *Eurospin/modifica condizioni contrattuali con fornitori*, AL14 *Coop Italia-Centrale*

In questa prima fase applicativa del rafforzamento delle IC non sono state ancora adottate le discusse misure rimediale, per cui allo stato non è ancora possibile valutare se in concreto le critiche sopra descritte trovino sostanza. Ciò che è invece già osservabile è che l'aver scandito il procedimento conoscitivo in fasi definite favorisce un maggiore dialogo con tutti gli *stakeholder* dei settori interessati, stimola il ricorso ad ulteriori strumenti di acquisizione delle informazioni e rende quindi l'IC dotata di una maggiore oggettività utile non solo per sollevare rilievi sullo *status quo*, ma anche per contribuire costruttivamente all'attività normativa, come prospettato ad esito dell'IC sul settore aereo, in cui l'Agcm si è impegnata a condividere gli esiti dell'indagine con la Commissione europea nell'ambito del processo di revisione del Regolamento (CE) n. 1008/2008 in materia di servizi di trasporto aereo.

Adriatica/Condizioni contrattuali con fornitori e i sei casi paralleli AL15 relativi alla fornitura del pane alla GDO, poi annullati dal Tar per il Lazio nel 2021.