

AS2035 - PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI DERIVANTI DALL'ABROGAZIONE DEL COMMA 2 QUATER DELL'ARTICOLO 8 DELLA LEGGE 287/1990

Roma, 11 settembre 2024

Presidente del Senato della Repubblica
Presidente della Camera dei Deputati
Presidente del Consiglio dei Ministri
Ministro dell'Economia e delle Finanze

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 10 settembre 2024, ha deliberato, pur nel pieno riconoscimento e rispetto delle prerogative del Parlamento e del Governo, di formulare alcune osservazioni tecniche, ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento all'articolo 10, comma 2, del decreto-legge 9 agosto 2024, n. 113¹, recante *"Misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi ed interventi di carattere economico"*, che abroga il comma 2-quater dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.

Introdotta nel 2001, il comma 2-quater dell'articolo 8, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, prevede un obbligo a contrarre in capo alle imprese pubbliche o private che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (di seguito, anche "SIEG") o operano in regime di monopolio sul mercato (di seguito, anche *"incumbent"*). In virtù di tale obbligo, qualora tali imprese mettano a disposizione di società partecipate o controllate, attive in mercati diversi, determinati beni o servizi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte per la gestione di SIEG, tali beni o servizi devono essere resi accessibili, a condizioni equivalenti, anche alle altre imprese direttamente concorrenti che ne facciano richiesta.

La disposizione è stata introdotta dal legislatore allo specifico scopo di riequilibrare il particolare vantaggio che il titolare di un SIEG o di un monopolio legale può riconoscere alle proprie controllate nei mercati collegati mettendo loro a disposizione gli *asset* utilizzati per la gestione del SIEG/monopolio: in altre parole, la *ratio* della norma è di garantire il *level playing field* tra i concorrenti attivi in tali mercati collegati, che subirebbe, invece, una significativa compressione laddove a un operatore fosse consentito di entrare su un mercato in libera concorrenza potendo contare su *asset* non acquisibili dai terzi, di cui ha la disponibilità esclusiva in quanto gestore di un SIEG. Del resto, già la prima parte della norma identifica la finalità della stessa, ossia quella di garantire *"pari opportunità di iniziativa economica"* tra gli operatori attivi nei mercati interessati.

L'abrogazione del comma 2-quater, dell'articolo 8, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, è idonea a recare un importante *vulnus* al dispiegarsi delle necessarie dinamiche concorrenziali nei mercati in cui sono attive società partecipate o controllate da imprese che gestiscono SIEG o operano in regime di monopolio, in contrasto con il principio di libera concorrenza di cui all'articolo 41 della Costituzione, in quanto impedisce di garantire il principio della parità delle armi, lesa proprio dalla posizione di vantaggio in cui si trovano a operare le suddette società rispetto alle imprese terze. Si tratta dunque di una norma che dà attuazione a principi di rilevanza costituzionale.

La centralità dell'articolo 8, comma 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai fini della tutela della concorrenza è stata evidenziata e confermata anche dal giudice amministrativo. Nella sentenza n. 9965/2016, il Tar Lazio ha rilevato che l'articolo 8, comma 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, *"di fondo [...] si pone a tutela della struttura concorrenziale del mercato intesa in senso lato, vale a dire a garanzia di parità di strumenti concessi alla libera iniziativa imprenditoriale, al fine di stimolare tutti i "competitors" a confrontarsi e concentrarsi sulla qualità del prodotto offerto, intesa come migliore proposta al consumatore, evitando posizioni di "nicchia" o benefici/rendite di posizione derivanti dall'usufruire di risorse riservate"*² (enfasi aggiunta). Nella medesima sentenza, il giudice amministrativo ha confermato che *"la "ratio" della norma sia quella di tutelare un mercato "aperto" a tutte le iniziative imprenditoriali e non di tutelare un (primo) accesso al*

¹ [Pubblicato in GU n. 186 del 9 agosto 2024.]

² [*"In sostanza - prosegue il giudice amministrativo -, la nozione di "mercato" cui tende la norma è quella che vede una concorrenzialità piena, dove il soggetto che si impone è quello che, grazie alla sua capacità imprenditoriale, conquista porzioni dello stesso a discapito degli altri "competitors", e non una concorrenzialità "offuscata", ove il mercato è ripartito e ripartibile in parti, ove una minima di queste è comunque garantita ad imprese con minor fatturato che si accontenta di restare in una nicchia protetta e resa sostanzialmente inaccessibile perché fondata sul collegamento ad un'impresa controllante/partecipante che gestisce un SIEG e che sarebbe libera di escludere le dirette concorrenti dai benefici concessi, sia pure a titolo oneroso, sfruttando oltretutto la propria posizione per acquisire vantaggi di tipo concorrenziale al di fuori dall'ambito di operatività riservata alla gestione del servizio di interesse economico generale", cfr. Tar Lazio, sentenza n. 9965/2016.]*

mercato in quanto tale ovvero di "riequilibrare" situazioni economiche legalmente consolidate nel tempo, così da consentire ad imprese "piccole" di rimanere nell'alveo di una rendita di posizione garantita dall'avvalersi di beni e servizi riconducibili da un'impresa (controllante) esercente un SIEG, con la conseguenza di non ritenerla applicabile ad imprese già operanti sul mercato" (enfasi aggiunta).

Né può valere a escludere la rilevanza concorrenziale dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, la considerazione secondo cui l'obbligo di fornitura da esso previsto sarebbe suscettibile di incidere negativamente sugli incentivi, *ex ante* o *ex post*, a investire e a esplorare soluzioni alternative da parte dei concorrenti nei mercati interessati. Al riguardo, va infatti osservato che i concorrenti non vantano un diritto assoluto e illimitato ad avere accesso ai beni e ai servizi dell'impresa titolare del SIEG o di un monopolio legale, potendo avanzare tale pretesa solo qualora tali beni e servizi siano messi a disposizione delle società controllate dall'incumbent per entrare in mercati diversi, ossia solo quando si verifichi una situazione tale da alterare le normali condizioni competitive nei mercati interessati. Peraltro, gli *asset* oggetto degli obblighi di fornitura di cui all'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sono sovente nella disponibilità delle società controllanti in virtù di investimenti pubblici e trasferimenti, non onerosi, a carico del patrimonio immobiliare statale, e non di investimenti privati. Al contempo, gli obblighi di cui all'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sono necessari per favorire la più ampia partecipazione delle imprese nei mercati interessati, incentivando soprattutto operatori più piccoli e meno strutturati, che non possono contare su *asset* o infrastrutture di proprietà, a entrare nel mercato, con un evidente beneficio per i consumatori finali cui viene messa a disposizione una quantità e varietà più ampia di offerte.

Inoltre, sebbene la norma *de qua* abbia avuto un'applicazione limitata, essa ha svolto un fondamentale ruolo di indirizzo in senso pro-concorrenziale della condotta delle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale o che operano in regime di monopolio, cui è stato imposto un obbligo a contrarre definito *ex ante* nei suoi presupposti e nelle sue condizioni, la cui finalità è di garantire un equo confronto competitivo. Sarebbe, dunque, riduttivo valutare la rilevanza dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, assumendo come parametro di riferimento i soli casi di intervento interdittivo *ex post*, volti a ristabilire l'ordine violato dalle imprese gravate dall'obbligo di accesso, dovendosi piuttosto riconoscere l'importanza in un'ottica di prevenzione *ex ante* delle situazioni "patologiche" di alterazione del principio della parità delle armi.

A ciò si aggiunga che gli effetti dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non sembrano essere interamente assorbiti dalle varie discipline settoriali nazionali. Infatti, se è vero che alcune disposizioni speciali hanno trasposto il contenuto della norma abrogata nelle discipline del settore energetico, del settore ferroviario e in quello delle telecomunicazioni, a garanzia di un accesso equo e non discriminatorio alle diverse infrastrutture, è altresì incontestabile che norme analoghe non sono presenti in altri settori caratterizzati dalla presenza di SIEG erogati in regime di esclusiva, quali, a mero titolo di esempio, i settori del servizio idrico integrato, dell'illuminazione pubblica, dell'igiene urbana, del teleriscaldamento e del servizio universale postale. Pertanto, il riferimento al principio generale contenuto nella norma che si intende abrogare risulta imprescindibile per colmare eventuali lacune delle regolazioni di settore.

Peraltro, il legislatore a tutela degli *incumbent* e dei concorrenti ha disposto che gli *asset* debbano essere resi disponibili a condizioni (considerate in senso ampio, includendo dunque ad esempio condizioni logistiche ed economiche) "equivalenti" a quelle applicate alle imprese partecipate o controllate: ciò implica, ad esempio, che gli *incumbent* da un lato non possano richiedere condizioni economiche diverse rispetto a quelle offerte alla propria partecipata/controlata, ma che i concorrenti dall'altro non possano effettuare richieste di accesso sequenziali e opportunistiche.

Sull'applicazione concreta di condizioni equivalenti, che garantiscano tanto l'impresa tenuta a dare l'accesso quanto quella che lo richiede, si ricorda altresì che il giudice amministrativo svolge un penetrante controllo sulla ragionevolezza delle richieste presentate e delle condizioni imposte, come si evince dalla citata sentenza del Tar Lazio³, risultando in tal modo superato qualsiasi possibile rischio di un uso distorto dello strumento previsto dal comma 2-*quater* a danno del gestore del SIEG o dell'incumbent.

Infine, si rappresenta che l'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, è norma a tutela del mercato e non dei singoli operatori⁴. Come già visto, infatti, la sua corretta applicazione garantisce soprattutto gli operatori più piccoli o meno radicati nel territorio, non comportando di per sé un consolidamento e/o la protezione delle posizioni di mercato raggiunte dagli operatori con maggiori quote di mercato.

In conclusione e alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'Autorità si permette di ribadire l'importanza del mantenimento dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nell'ordinamento *antitrust* nazionale e chiede, pertanto, di valutare la soppressione del comma 2 dell'articolo 10 del decreto-legge 9 agosto 2024, n. 113, recante "Misure urgenti di carattere fiscale, proroghe di termini normativi ed interventi di carattere economico".

³ [Cfr. Tar Lazio, sentenza n. 9965/2016.]

⁴ ["la norma in esame continua ad essere posta a tutela del mercato – nonché del relativo interesse pubblico – e non dei singoli operatori concorrenti", cfr. Tar Lazio, sentenza n. 9965/2016.]

La presente segnalazione sarà pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli