

SCHEMA DI COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 1, COMMA 5, DECRETO-LEGGE 10 AGOSTO 2023, N. 104, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA LEGGE 9 OTTOBRE 2023, N. 136 – OSSERVAZIONI DEL SETTORE ASSICURATIVO

PREMESSA

Facciamo seguito al Provvedimento n. 31091 del 6 marzo scorso con il quale codesta Autorità ha avviato una pubblica consultazione sullo schema di comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 1, comma 5, decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136 (c.d. decreto Asset), per presentare le seguenti osservazioni del settore assicurativo.

Il documento contiene una parte dedicata alle osservazioni di carattere generale e una parte dedicata alle osservazioni di carattere specifico.

OSSERVAZIONI GENERALI

1. Sulla base di una normativa inserita in un provvedimento di decretazione d'urgenza e immaginata essenzialmente per il settore aereo sono stati notevolmente ampliati i poteri dell'Autorità antitrust in materia di indagini conoscitive settoriali condotte ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 287/1990. In particolare, in caso di problemi di natura concorrenziale e a prescindere dalla individuazione in concreto di una violazione della normativa sulle intese e sugli abusi di posizione dominante (condotta illecita), sono stati attribuiti all'AGCM poteri ispettivi, di richiesta di informazioni con relative sanzioni in caso di inadempienza, di imposizione di misure rimediali di natura comportamentale e/o strutturale, di applicazione della disciplina degli impegni e delle sanzioni in caso di inottemperanza.
È stato quindi considerato legittimo l'ampliamento dei suddetti poteri attraverso un provvedimento che non è intervenuto direttamente sulla normativa di rango primario (la legge n. 287/1990 istitutiva dell'AGCM e che ha introdotto la disciplina della concorrenza nel nostro ordinamento) ma in atto normativo separato e d'urgenza, vale a dire un decreto-legge, con una scelta sistematica che non appare condivisibile.
Oltretutto, a seguito di un parere del Consiglio di Stato richiesto dalla stessa AGCM, la normativa è stata interpretata in maniera estensiva, prevedendone l'applicazione a tutti i settori che potrebbero essere interessati da indagini conoscitive ai sensi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 287/1990. Al riguardo, si ricorda incidentalmente che il potere di interpretazione autentica delle leggi non può che spettare allo stesso Legislatore.
2. L'intervento normativo ha modificato l'attività – come svolta finora – dell'AGCM, i cui poteri erano declinati in maniera puntuale anche dal regolamento attuativo sulle procedure istruttorie (il d. P. R. n. 217/1998), e cioè il controllo ex post sulle condotte restrittive della concorrenza (intese e abusi), il controllo preventivo sulle concentrazioni (attività quasi-regolatoria) nonché l'advocacy, con la segnalazione e formulazione di

pareri in materia di concorrenza.

La normativa del decreto Asset e lo schema di comunicazione in pubblica consultazione evidenziano il fatto che sia stata introdotta una nuova attività di natura “ibrida”, innestando sull’attività delle indagini conoscitive poteri e istituti che appartengono ad altre fattispecie: tale situazione è particolarmente evidente in alcuni passaggi dello schema della comunicazione (si vedano ad esempio i punti 4 e ss.).

I punti 4 e ss. dello schema (v. in particolare i punti 10, lett. b), 16, 18 e 23) sembrano realizzare una commistione tra l’attività di enforcement e quella di regolazione propria delle Autorità di vigilanza di settore che, fino ad ora, non sembrava rientrare nelle competenze dell’AGCM¹.

Anche lo strumento utilizzato dall’AGCM per implementare le rilevanti novità recate dalla normativa in commento non sembrerebbe essere lo strumento più adatto (una comunicazione): forse sarebbe stato opportuno piuttosto prevedere una modifica dell’art. 17 del d. P. R. n. 217/1998, relativo allo svolgimento delle indagini conoscitive di natura generale.

3. Sia l’art. 1 del decreto Asset, nella parte qui esaminata, sia il conseguente schema di comunicazione sembrano innovare sostanzialmente la disciplina antitrust così come finora prevista dal nostro ordinamento, disciplina che limitava l’attività dell’AGCM ad attività di enforcement puntuale “ex post” e non di regolamentazione con effetti generali ed “ex ante” come potrebbero essere le misure adottate dall’AGCM in forza del nuovo potere ad essa assegnato di *“imporre alle imprese... 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”*.

Data la portata innovativa e generale di tale nuova disciplina, che prevede poteri di intervento all’esito del riscontro di generali *“problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori”*, sarebbe opportuno che venissero meglio definiti i criteri e i principi che ne definiscano più esattamente l’ambito di applicazione e il perimetro, come peraltro già previsto in altri ordinamenti quale quello tedesco, come si dirà più diffusamente nelle considerazioni specifiche.

¹ A tal proposito, si veda la giurisprudenza amministrativa, applicabile anche alla procedura in commento, che nel tempo si è pronunciata in merito alla fattispecie degli *“impegni”*, quando questi realizzino una sorta di *“sviamento”* di potere dell’AGCM: a tale riguardo, si può far riferimento, tra le altre, ad una pronuncia del Tar Lazio, I, 8 maggio 2009, n. 4994 che ha escluso che attraverso le decisioni con impegni il ruolo dell’Autorità antitrust possa essere assimilato a quello di un’Autorità di regolazione e che gli impegni possano costituire lo strumento per determinare una mutazione delle regole del mercato eccedente l’ambito delle contestazioni oggetto dell’istruttoria: in merito il TAR nelle sue conclusioni affermava: *“...Omissis... Che all’Autorità sia inibito, attraverso l’adozione di determinazioni diverse da quelle sanzionatorie, pervenire a modifiche strutturali del sistema e/o del mercato oggetto di attenzione, è del resto chiaramente indicato anche nella decisione della Sezione VI n. 423 dell’8 febbraio 2008: la quale, nel confermare la decisione di questa Sezione n. 1736 del 27 febbraio 2007, ha affermato che sia l’art. 15 della legge 287/1990, sia l’art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003 “appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime e non consentono... di aggiungere all’ordine di rimozione della condotta anti-giuridica una modifica strutturale del sistema, ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette” (nostra sottolineatura).*

OSSERVAZIONI SPECIFICHE

Fatte queste osservazioni generali e passando a quelle specifiche, si osserva in via preliminare che:

- Definizione di tempistiche: sarebbe opportuno prevedere tempistiche più precise per l'esaurimento di ciascuna fase del procedimento, la cui fissazione è in alcuni casi rimessa alla piena discrezionalità dell'Autorità. In particolare, dovrebbero essere previsti termini non inferiori a una soglia predeterminata sia ai fini della presentazione delle osservazioni nella fase di pubblica consultazione connessa all'avvio di un'indagine conoscitiva (punto 4) sia ai fini della presentazione di memorie scritte e, soprattutto, di impegni in connessione alla delibera delle risultanze conoscitive-DRC (punto 10, lett. d));
- Tipizzazione dei problemi concorrenziali: si chiede di chiarire e precisare quali possano essere ad avviso dell'Autorità, in via generale e astratta, i *“problemi concorrenziali”* suscettibili di ostacolare o distorcere il corretto funzionamento del mercato e tali da imporre alle imprese interessate *“misure strutturali o comportamentali”* alla luce della giurisprudenza in materia antitrust.
A tale proposito, si evidenzia che secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 2, della legge n. 287/1990, ai fini dell'avvio di una indagine conoscitiva di carattere generale non è sufficiente la presenza di eventuali problemi concorrenziali ma si richiede un *quid pluris* rispetto alla mera *“eventualità”*, ovvero che *“l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata”* nel settore economico preso in considerazione. Occorre quindi indicarne la rilevanza e gli effetti significativi.

In riferimento ai punti dello schema di comunicazione:

II. Poteri di indagine

Con riferimento al punto 4, si propone di prevedere un termine non inferiore a “X” giorni ai fini della presentazione delle osservazioni, in modo da garantire ai soggetti interessati di predisporre secondo una tempistica congrua.

Con riferimento al punto 5, si propone di rendere obbligatoria la pubblicazione di un documento (*“rapporto preliminare”*) che illustri gli esiti degli approfondimenti conoscitivi condotti prima del termine di conclusione del procedimento, in modo da mettere in condizione tutti i soggetti interessati di conoscere gli esiti degli approfondimenti condotti *“medio tempore”*.

Con riferimento al punto 6, si propone di rendere pubbliche le osservazioni dei soggetti interessati in merito al *“rapporto preliminare”*, nonché le eventuali osservazioni pervenute dalle Autorità di regolazione o da altri soggetti pubblici competenti per i mercati o le attività oggetto dell'indagine conoscitiva, in omaggio al generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

III. Conclusione dell'indagine conoscitiva in assenza dei presupposti di cui all'art.1, comma 5, del Decreto Asset

Nel punto 8, lett. a), non appare di immediata evidenza sulla base di quali presupposti l'AGCM possa raccomandare iniziative legislative o regolamentari opportune al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati qualora abbia adottato il provvedimento di chiusura dell'indagine conoscitiva non avendo riscontrato *“problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato”*. Si chiedono chiarimenti al riguardo.

Nel punto 8, lett. b), non appare di immediata evidenza sulla base di quali presupposti l'AGCM possa avviare un'istruttoria ex DPR n. 217/1998 (o anche ex lege n. 192/1998) qualora abbia adottato il provvedimento di chiusura dell'indagine conoscitiva non avendo riscontrato *“problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato”*. Si chiedono chiarimenti al riguardo.

IV. Avvio della fase rimediale e delibera delle risultanze conoscitive

Premesso quanto accennato sub osservazioni generali, nel punto 10, lett. d), si propone di prevedere un termine non inferiore a “X” giorni ai fini della presentazione di memorie scritte e, soprattutto, di impegni in connessione alla delibera delle risultanze conoscitive-DRC, in modo da garantire ai soggetti interessati di predisporre le memorie e definire gli impegni secondo una tempistica congrua.

VI. Definizione delle fasi rimediali e consultazione del mercato

Premesso quanto accennato sub osservazioni generali, nel punto 19 si propone di stabilire che il termine non inferiore a 30 giorni per la presentazione delle osservazioni scritte in merito alle misure strutturali o comportamentali comunicate alle imprese interessate e pubblicate sul sito web dell'AGCM decorra da detta comunicazione alle imprese anziché dalla pubblicazione delle misure su internet.

Nel punto 22, sembra opportuno chiarire chi siano *“gli altri soggetti che sono stati ammessi a partecipare al procedimento”*, in precedenza non nominati.

Roma, 4 aprile 2024