

Antitrust, la pandemia riscrive le regole della concorrenza

PAGINE A CURA DI ALBERTO GRIFONE

Molti gli interventi emergenziali di Ue e Stato che cercano di aiutare l' economia in crisi. L' emergenza Covid, e la grave crisi economica che ne è conseguita, sta incidendo anche sui capisaldi del diritto antitrust, modificando le regole in tema di aiuti di stato, di cartelli e di difesa dei campioni nazionali da scalate ostili. Il recente intervento sul golden power per limitare le scalate di imprese italiane, oppure, in sede Ue, l' allentamento dei limiti alla concessione di aiuti di Stato, sono tutti interventi vanno nella direzione di una revisione delle norme antitrust per aiutare i singoli Stati membri a gestire la crisi. «Sembra poterci essere un contrasto tra golden power e antitrust: ma così non è. Il

legislatore antitrust infatti vuole proteggere la concorrenza tra operatori che si contendono le quote di mercato attraverso sane dinamiche concorrenziali», spiega Enrico Adriano Raffaelli, fondatore di Rucellai & Raffaelli e presidente d' onore dell' Unione degli avvocati europei (Uae). «Tant' è vero che ha istituito il controllo delle concentrazioni considerando queste uno strumento artificiale per conquistare quote di mercato causando una riduzione della concorrenza». La Commissione Europea e l' Agcm si sono espresse a favore del golden power proprio perché hanno capito che un' alterazione dei mercati mediante lo sfruttamento degli effetti della Pandemia in atto non porterebbe niente di buono in termini di sana concorrenza. «In effetti le misure di golden power introdotte con il Decreto liquidità sono molto significative perché estendono il golden power in precedenza limitato ai settori della difesa, della



sicurezza nazionale, dei trasporti, dell' energia, delle comunicazioni, delle reti di telecomunicazione elettronica anche a settori di natura completamente diversa quali quelli della **sicurezza alimentare**, della finanza, dell' intelligenza artificiale, dei semiconduttori, delle biotecnologie, ecc», aggiunge Raffaelli. «Si tratta di misure temporanee che - a mio avviso - dovrebbero invece diventare definitive. L' emergenza sanitaria che stiamo vivendo ha reso evidenti i limiti del mercato unico quando vi è in gioco la sicurezza e la sopravvivenza stessa degli Stati membri; il nostro paese quindi dovrebbe preoccuparsi di difendere tutte quelle produzioni nazionali che abbiamo visto avere natura strategica e vanno ben al di là del settore difesa e di quello della sicurezza. È tempo che anche l' Italia, come altri stati membri a cominciare dalla Francia, difenda i suoi «campioni nazionali» nei più svariati settori». «Per far fronte all' emergenza economica scatenata dalla pandemia, l' Italia, al pari di quasi tutti gli altri Stati europei, ha fatto largo ricorso agli aiuti di Stato alle imprese, ordinariamente preclusi dall' articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell' Unione europea. L' intervento statale nell' economia è, infatti, in genere «nemico» della libera concorrenza, dal momento che le imprese sono chiamate ad operare sul mercato potendo contare unicamente sulle proprie risorse. Tuttavia, tenuto conto della situazione emergenziale, gli aiuti concessi sono stati sinora approvati dalla Commissione europea, in quanto destinati a porre rimedio a un «grave turbamento dell' economia di uno Stato membro», dice Sabrina Borocci, responsabile del dipartimento italiano Antitrust, competition and economic regulation di Hogan Lovells. «In tutti questi casi la Commissione ha fatto applicazione del c.d. Temporary Framework, da essa stessa adottato ad hoc, per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell' economia nell' attuale emergenza del Covid-19. Ciò che sarà importante monitorare, in una fase successiva, è l' uso che di tali aiuti sarà fatto dalle imprese; ciò al fine di verificare che gli aiuti siano effettivamente utilizzati per far fronte alle perdite economiche generate dalla pandemia e non invece per attuare forme di concorrenza sleale sul mercato». Per ciò che concerne gli aiuti di Stato, l' articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell' Unione europea offre diverse basi giuridiche per legittimarne la concessione. Di conseguenza, la Commissione europea sarà chiamata a valutare con attenzione presupposti, proporzionalità e durata delle misure statali, in modo tale da evitarne un uso generalizzato e quindi illegittimo. «Con riferimento agli accordi anticompetitivi e agli abusi di posizione dominante, l' odierna crisi richiede una necessaria attenuazione dell' applicazione delle rilevanti norme di diritto della concorrenza. La proporzionalità di tale attenuazione, così come la diretta

discendenza di questa dalla crisi Covid-19, potrà essere valutata dalle autorità competenti solamente tramite un approccio casistico, al momento difficilmente individuabile a priori. L' Agcm, ha almeno ad oggi mantenuto ferma la propria posizione rispetto ai c.d. «cartelli di crisi», quelle forme di coordinamento messe in atto dalle imprese per far fronte comune rispetto a fenomeni eccezionali che mettono a repentaglio la loro sopravvivenza e permanenza stessa sul mercato. Queste sono normalmente vietate ai sensi dell' art. 101 del Trattato sul funzionamento dell' Unione europea, come ogni altra condotta collusiva. C' è da attendersi che l' Autorità non rimarrà insensibile rispetto all' eccezionalità della situazione attuale e alle conseguenze che ne derivano, in ragione dell' appartenenza dell' Autorità italiana a organizzazioni sovranazionali» conclude Borocci. Secondo Filippo Fioretti responsabile del Dipartimento di Antitrust di Pavia e Ansaldo «ci saranno sicuramente numerose differenze tra i vari settori dell' economia, non essendo tutti stati coinvolti allo stesso modo dagli effetti diretti e indiretti delle misure di lockdown. Sicuramente, si porranno nuove sfide per quasi tutte le imprese. Nell' attuale stato di incertezza circa l' effettivo impatto economico e le prospettive di ripresa, è facile pensare ad uno scenario in cui le imprese possano essere portate (e, perché no, incentivate) a collaborare per agevolare il processo di ripresa, con un probabile parziale ripensamento di concetti giuridici ed economici propri del diritto antitrust, come quello dei c.d. cartelli di crisi, dell' incentivo pubblico alla cooperazione e delle possibilità di riconversione produttiva delle aziende». «La sospensione dei procedimenti amministrativi e giudiziari in molti paesi dell' Ue (valevole sia per procedimenti di merger, che per procedimenti su intese restrittive e abusi di dominanza) hanno senz' altro inciso sul timing delle operazioni societarie e delle pratiche relative agli accertamenti di illeciti anticoncorrenziali», prosegue Fioretti. «Al di là di questi effetti di tipo "operativo", sicuramente è possibile già descrivere o prevedere alcuni effetti diretti sull' economia che coinvolgono le problematiche di diritto antitrust, come l' accennato scenario di incremento della cooperazione tra aziende (concorrenti e non). Proprio in tal senso lo scorso 23 marzo l' Ecn (European Competition Network) ha chiarito che, se, da un lato, non è messa in dubbio l' applicazione della normativa a tutela della concorrenza dell' Ue, la crisi generata dalla diffusione del Covid-19 potrebbe innescare la necessità per le aziende di cooperare. Tuttavia è ancora presto per valutare l' effettiva portata di tale aspetto che sarà osservabile più nel medio termine». Più prudente Michele Carpagnano, responsabile del dipartimento Antitrust di Dentons: «la concorrenza, come fenomeno economico, non ha subito restrizioni significative dai provvedimenti del governo che,

come noto, hanno riguardato il tessuto economico nel suo complesso. Anzi il diritto della concorrenza ha mostrato a livello nazionale e Ue di avere gli strumenti e la flessibilità tali per contribuire a garantire un assetto di norme stabile ma non insensibile alle nuove esigenze temporanee di flessibilità (ad esempio: in materia di aiuti di Stato o di cooperazione tra concorrenti) per consentire interventi a protezione dell' occupazione, del credito e delle attività economiche più duramente colpite dalle conseguenze del Covid-19. Tutti abbiamo notato, tra le misure adottate per contrastare il Covid-19, la nazionalizzazione di una compagnia aerea italiana proprio durante la procedura di vendita competitiva nel mercato. Non sarebbe un buon segnale per le imprese che operano in Italia e, soprattutto, per i consumatori italiani se la fase di riapertura delle attività economiche non fosse accompagnata da una grande attenzione all' importanza dell' assetto competitivo del mercato». «In una prospettiva più strutturale, è presumibile che l' emergenza determini profonde modificazioni dei mercati, con la fuoriuscita dell' imprese più deboli finanziariamente e/o l' incremento del livello di concentrazione dei settori più colpiti», dice Stefano Grassani, responsabile del dipartimento antitrust di Gatti Pavesi Bianchi. «Questo potrebbe avere conseguenze sulle dinamiche concorrenziali di molti mercati. Nel breve periodo, la repentina crescita della domanda di alcune tipologie di beni potrebbe sollecitare comportamenti collusivi tra le imprese. Un esempio? I recenti dati Nielsen di marzo 2020 dimostrano un sensibile calo della quantità di prodotti in promozione rispetto al totale del venduto nei punti vendita della Gdol, in particolare nella quarta e nella quinta settimana dell' emergenza. Per Pietro Merlino, head del dipartimento italiano di Antitrust & Competition di Orrick, «il fermo di buona parte delle filiere produttive del nostro paese ha messo purtroppo seriamente a rischio la continuità aziendale di tutta una serie di imprese, in particolare di quelle medio-piccole. Ove questo rischio dovesse poi in parte materializzarsi determinando l' uscita dal mercato di alcune di queste realtà, vi sarebbe evidentemente un affievolimento delle pressioni concorrenziali nei mercati interessati dal fenomeno con corrispondente aumento del potere di mercato in capo alle aziende di maggiori dimensioni. L' attuale emergenza determina evidentemente un ulteriore rafforzamento delle grandi piattaforme digitali e, più in generale, delle Big Tech, già da tempo nel mirino delle autorità di concorrenza a livello globale e al centro di un intenso dibattito circa l' adeguatezza degli attuali strumenti di enforcement antitrust nell' ambito dei nuovi ecosistemi creati da questi operatori. Il lockdown infatti non incide sul loro giro di affari, ma semmai lo accresce, esaltandone al contempo i modelli di business. In ambito antitrust, l' emergenza sanitaria in corso sta già

avendo un impatto nel senso di ridefinire le priorità di enforcement dell' Agcm e della Commissione europea e di modificare l' approccio nei confronti di alcune fattispecie «tipiche» del diritto della concorrenza. Nel medio periodo sarà interessante vedere che atteggiamento avranno le autorità di concorrenza nei confronti di alcune condotte a rilevanza antitrust che le imprese potrebbero essere indotte ad adottare per far fronte alle gravi conseguenze economiche dell'emergenza. Penso ai c.d. cartelli di crisi, ovvero a quelli accordi con cui imprese concorrenti potrebbero tentare di controbilanciare lo squilibrio tra domanda e offerta determinato dall'emergenza coordinando capacità produttiva o prezzi. Nella valutazione di una fattispecie di questo tipo nel nuovo mondo post-Covid-19 le autorità di concorrenza potranno essere maggiormente disposte a prendere in considerazione i possibili effetti benefici di tali condotte in termini, ad es., di mantenimento dei livelli occupazionali ovvero di recupero di efficienza e produttività del settore?». «Mi pare necessario distinguere fra le disposizioni assunte con «decreti-leggi» (ad es. il Curaltalia) dalle «ordinanze del presidente del Consiglio» nonché dalle «ordinanze della Protezione civile», commenta Andrea Stefanelli co fondatore di Stefanelli & Stefanelli Studio legale. «Sono provvedimenti rivolti a platee diverse e aventi scopi differenti; le ordinanze del PdC e della P.C., infatti, mirano a risolvere problemi eccezionali e contingenti di salute pubblica (la cui tutela, quindi, risulta principio sovraordinato a qualsiasi altro), mentre i decreti legge sono interventi normativi «di sistema» e avendo, nel caso specifico, il Governo chiuso tutte le attività produttive in ogni regione, nonché esteso la Cig in deroga a tutte le categorie, mi pare abbia salvaguardata in tutti i modi la concorrenza «interna». Per quello che concerne invece quella con l' estero, la mancanza di un accordo - quantomeno a livello comunitario - su «cosa chiudere» e «quando riaprire» ritengo che, certamente, inciderà sul principio di concorrenza intracomunitario. In studio mi occupo d' appalti pubblici e il decreto «Curaltalia» ha espressamente esteso - durante il periodo emergenziale - la possibilità d' affidare un' opera, una fornitura o un servizio pubblico tramite procedure «negoziato senza previa pubblicazione del bando» (per intenderci, la cd. 'trattativa privata'), ma conservando tuttavia l' obbligo, in capo alla Pa, d' invitare almeno 5 concorrenti (sminuendone la celerità). L' Ue, con la sua comunicazione del 1/4/20, ha invece consigliato agli Stati membri, vista la situazione eccezionale, d' affidare «in via diretta»: in altri termini la Ue è risultata, ancora una volta, molto più «coraggiosa» dell' Italia in questo settore». Per Massimo Tavella, fondatore di Tavella Studio di Avvocati «l' Agcm ha dato prova di notevole reattività intervenendo su numerose pratiche commerciali scorrette

finalizzare ad insidiare il consumatore in un momento in cui le difese fisiologiche sono messe a dura prova dalle paure e ansie generate dalla pandemia. Dalla promozione di medicinali anti-Covid al tentativo di lucrare sulle donazioni in favore dei presidi sanitari, non sono mancati anche gli avvocati - fortunatamente pochi - che hanno provato a cavalcare l' onda per accaparrarsi clientela per azioni di responsabilità medica. L' emergenza che stiamo vivendo è un evento dirimpente ed eccezionale, che dovrà essere gestito con grandissima attenzione da chi erogherà le tutele, in modo da non alterare - oltremisura - il corretto gioco concorrenziale». «Nel settore farmaceutico gli effetti si sono certamente sentiti in quanto, al fine di fronteggiare l' emergenza sanitaria, si è consentita l' attuazione di forme di cooperazione tra concorrenti in deroga alla disciplina vigente in tempi ordinari», dice Francesca Sutti di WLex. «L' Antitrust ha indirizzato i suoi sforzi in interventi tempestivi e puntuali a protezione del consumatore, scongiurando alcuni pericolosi abusi che venivano perpetrati. Segnalo la delibera del 21 aprile con cui l' Agcm ha invitato tutti i principali gestori di motori di ricerca a rimuovere e a non indicizzare alcuni siti che millantavano la vendita di farmaci contro il Covid-19». © Riproduzione riservata.