Primi giudizi degli avvocati sulle linee programmatiche illustrate dal nuovo presidente dell'Agcm

Antitrust, via all'era Rustichelli No alle euro-distorsioni dei mercati

Ampio consenso sulla lotta ai paradisi fiscali Ue

Pagine a cura di FEDERICO UNNIA

Concorrenza a rischio in un'Europa in cui iniziano a predominare le economie di mercato «sovraniste». Nella prima relazione da quando è presidente dell'Antitrust italiana, **Roberto Rustichelli** ha tratteggiato le nuove sfide di chi si occupa di regolamentazione e quello che dovrà essere il raggio d'azione dell'Agcm nei prossimi anni per tutelare consumatori, imprese e mercato. I numeri del 2018 parlano di un forte impegno dell'Antitrust nel sanzionare le distorsioni del mercato: 1,19 miliardi euro di sanzioni inflitte nella tutela della concorrenza; 85 milioni le multe per la tutela dei consumatori; 578 le violazioni per comunicazione non corretta.

Affari Legali ha chiesto ad alcuni degli avvocati che si occupano di Antitrust come valutano le linee programmate della nuova consiliatura dell'Agcm. «La relazione ha centrato i problemi oggi sul tappeto perché ha inserito il tema della concorrenza in una visione di respiro internazionale. Senza un'Europa in grado di recuperare lo spirito di solidarietà tra Stati il valore della concorrenza è effettivamente destinato a diventare residuale», commenta **Antonio Catricalà**, socio dello ***studio Lipani Catricalà&Partners*** e già presidente dell'Agcm. «Ma questo non significa la resa dell'Autorità Antitrust che deve tuttavia operare su un terreno più accidentato. È ben delineata la filosofia della sua azione quando ha ricordato che nella sua carriera di magistrato ha sempre cercato di usare la bilancia, assai poco la spada, preannunciando un'azione pragmatica che tenga conto dei valori in gioco ma anche degli effetti complessivi. Mi rassicura il suo richiamo a una visione «mai ideologica o estremizzata. Ho registrato con favore il richiamo alla complementarietà tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza», aggiunge Catricalà: «Non è casuale il suo richiamo all'esigenza, nella tutela del consumatore, di un sistema sanzionatorio più efficace di quello attualmente vigente: ho sempre sostenuto che una sanzione massima di 5 milioni di euro è poco più che un "buffetto" per le grandi aziende. Un sistema sanzionatorio commisurato al fatturato, in linea con quanto previsto per le violazioni delle norme sulla concorrenza, è invece sicuramente più dissuasivo» .

«Si è trattata di una relazione programmatica nella quale Rustichelli ha delineato, per grandi linee, quelle che ritiene potranno essere le future aree di intervento dell'authority», dice **Claudio Tesauro**, partner di ***BonelliErede***. «Se è vero che le domande di leniency sono aumentate, questo è il segno di una crescente cultura di rispetto delle regole antitrust che deve essere valutata positivamente. Nutro dei dubbi sulla rilevanza del tema della tassazione internazionale per quanto riguarda il futuro operato dell'Antitrust».

Parla di ottima impressione grazie all'impronta europeista **Salvatore Lamarca** partner di ***Macchi di Cellere Gangemi***: «Quello della tassazione è un argomento importante perché assume un valore politico, esulando dalle competenze strette di enforcement dell'Agcm. Una politica fiscale armonizzata è importante anche per eliminare un senso di ingiustizia all'interno dell'Ue. Anche sui big data e le tech companies va dato atto che la soluzione delle questioni concorrenziali non può che essere armonizzata a livello europeo. Particolare rilevanza ha assunto il tema degli algoritmi di prezzi e della loro inquadrabilità nelle norme attuali. Il problema principale a mio parere è nell'individuazione e punizione dei meccanismi digitali e informatici con cui si realizza la collusione. I programmi di leniency si sono rivelati, anche nei casi di cartello più recenti un impulso molto forte all'individuazione di pratiche collusive, e saranno a mio avviso sempre più in voga».

«È una relazione in certa misura innovativa, perché in buona parte focalizzata sul rispetto delle regole di concorrenza da parte dei governi nazionali più che dei privati, in particolare in materia di concorrenza fiscale fra Stati», sottolinea **Piero Fattori**, partner del dipartimento Concorrenza e Regolamentazione di ***Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners***. «Sui big data, l'approccio seguito segnala programmaticamente una decisa volontà di intervento, sfruttando al meglio le competenze dell'Autorità in materia di concorrenza e di tutela del consumatore. Noto che la relazione registra con soddisfazione una certa reviviscenza delle istanze di clemenza, strumento che va maneggiato con cura da parte dell'Autorità, per evitare di "premiare" comportamenti meramente opportunistici delle imprese che ricorrono a tali programmi. L'auspicio che le autorità di concorrenza possano esaminare le c.d. killer "acquisitions", cioè le acquisizioni poste in essere da grandi operatori nei mercati digitali con l'obiettivo di eliminare sul nascere un concorrente, ma che sfuggono all'obbligo di notifica per ragioni dimensionali: una notazione specifica che denota estrema attenzione nei confronti delle dinamiche concorrenziali di questi settori».

«Il presidente Rustichelli ha dato una lettura delle dinamiche competitive nazionali nel contesto della scena globale ed europea sottolineando come le

problematiche da affrontare durante il mandato sono in gran parte comuni alle altre autorità», dice **Michele Carpagnano** partner di ***Dentons*** a capo della Practice Competition & Antitrust secondo il quale «è apprezzabile la visione unitaria data dal presidente all'azione dell'Agcm e alla complementarietà tra i diversi strumenti di enforcment. Una visione per cui, a seconda delle situazioni specifiche, l'Autorità può scegliere di applicare la normativa antitrust, quella a tutela del consumatore, in materia di advocacy, in materia di abuso di dipendenza economica o l'art. 62, dl n. 1/12. È una visione matura che dà coerenza al sistema. L'Italia sta pagando a caro prezzo la mancata piena apertura dei propri mercati».

Secondo **Luciano Di Via**, partner e responsabile del team Antitrust di ***Clifford Chance*** in Italia, «è una relazione prospettica e lungimirante, ispirata ai principi di equilibrio e rispetto dei diritti della difesa. Ruolo dei big data e sulla loro applicazione nel prossimo futuro sono temi di fondamentale rilevanza che stanno impattando sempre più i mercati e le aziende. L'Italia rappresenta un caso unico nell'analisi di questi nuovi fenomeni, grazie all'indagine conoscitiva coordinata e comune portata avanti dall'Antitrust, dal Garante della privacy e dal Regolatore delle Comunicazioni. L'intervento sull'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato nel settore bancario è stato un altro passaggio di grande attualità nella relazione del Presidente. Porre l'attenzione su questa tematica dimostra come l'Autorità voglia svolgere un ruolo concreto a sostegno di una applicazione corretta e non discriminatoria di queste regole nei confronti delle banche italiane da parte della Commissione europea», conclude.

Per **Emilio De Giorgi**, responsabile del team Antitrust di ***Allen & Overy*** «la questione dei tax ruling è di grande interesse, ma rimane un tema per sua natura di competenza della Commissione Ue. È meritevole la volontà dell'Agcm di giocare la sua partita sui big data. Sul tema dei programmi di leniency è doveroso garantire un'immunità allorquando l'illecito antitrust può anche costituire un illecito penale (tale necessità è avvertita tipicamente in materia di gare pubbliche). Sul punto continua ad essere trascurato il punto fondamentale, cioè il private enforcement. Sono infatti le azioni di danno il principale elemento che oggi scoraggia potenziali leniency applicant (non soltanto a livello nazionale). Forse occorrerebbe disciplinare con più dettaglio la procedura del programma di clemenza rendendo maggiormente prevedibile la possibilità per l'impresa di accedere all'immunità. Si auspica che in caso di decisioni basate su programmi di clemenza, l'Agcm si limiti a contestare infrazioni "per oggetto", evitando di formulare statuizioni, anche in termini generali, sugli effetti, che possano indebitamente condizionare le successive azioni di danno».

«È emersa una chiara posizione negativa riguardo episodi di dumping fiscale all'interno dell'Ue che hanno un diretto impatto sulla crescita del pil nel nostro Paese; questo fenomeno ha contribuito fortemente a determinare lo spostamento delle sedi di società italiane in altri paesi dell'Ue a fiscalità più agevolata», commenta **Antonella Terranova** partner di ***De Berti Jacchia Franchini Forlani,*** responsabile della sede di Roma. «Inoltre, che le regole di tassazione per le imprese digitali non sono affatto chiare. Queste posizioni sono certamente condivisibili in quanto vedono l'Italia come un paese che subisce la concorrenza di altri paesi e non ha strumenti per contrastare questo fenomeno. Per quanto riguarda le novità introdotte dalla Direttiva Ecn Plus, Rustichelli sembra attendersi una nuova e più attiva stagione di istanze di clemenza, vista anche la possibilità per gli stati membri di adottare opportune tutele, anche sul piano penale, a favore dei dipendenti e degli amministratori delle società collaboranti. Inoltre la Direttiva sul private enforcement e la sostanziale inversione dell'onere della prova in presenza di decisioni dell'Autorità di concorrenza che accertino l'esistenza di una condotta anticoncorrenziale non costituisce un elemento di spinta verso l'adesione a programmi di clemenza» .

Per **Filippo Fioretti**, partner di ***Pavia Ansaldo,*** «è un avvio caratterizzato da buone premesse. L'Authority sembra voler porre particolare attenzione al mercato, riconoscendo come lo stesso si svolga oggi su molteplici livelli e canali, alcuni dei quali sfuggono al diretto controllo dell'Antitrust, minando il *level playing field* quale presupposto di una competizione equa. Sembrano quindi esserci le premesse per un public enforcement particolarmente attivo, in linea con la presidenza precedente, e anzi suscettibile di estensione ed ampliamento. Gli equilibri concorrenziali di un determinato mercato nazionale non soffrono soltanto dell'esistenza o meno di abusi "tipici" del diritto antitrust (intese, abusi di dominanza e fattispecie connesse), ma anche di eventuali squilibri di natura extra-antitrust derivanti, ad esempio, dall'applicazione (pubblica e privata) della normativa fiscale, dall'esistenza di aree, in un medesimo paese, più o meno industrializzate, e altri fenomeni di questo genere. È auspicabile che il public enforcement antitrust rimanga vivo e attivo con la possibilità di un ampliamento degli orizzonti dell'applicazione degli strumenti del diritto antitrust, come suggerito proprio dal neopresidente nella sua relazione».

Interessante la riflessione di **Massimo Tavella** fondatore di ***Tavellaw,*** sul settore dell'adv: numericamente, l'attività dell'Agcm pare infatti simile a quella dello Iap. «Mi pare evidente come le due istituzioni possano e debbano integrare nel modo più efficace possibile le rispettive attività. Sfruttando le differenze in termini di esperienza, poteri, competenze e caratteristiche del procedimento (anche in termini di sanzioni erogabili e tempi di intervento), Iap e Agcm possono garantire un sempre migliore servizio ai consumatori e alle imprese nell'ottenere il rispetto delle regole. Su talune attività è evidente come non si possa prescindere da un intervento dell'Agcm: in molti altri casi (si pensi alla pubblicità ingannevole comparativa e denigratoria, alla imitazione oppure alle discriminazioni di genere) lo Iap ha una autorevolezza tale da garantire il raggiungimento di eccellenti risultati, deflazionando anche i ruoli dell'Agcm, in modo da consentire a quest'ultima di concentrarsi su casi nei quali la sua attività risulta (per i poteri di cui dispone) imprescindibile».

Giudizio largamente positivo anche per **Raffaele Cavani,** socio fondatore di ***Munari Cavani studio legale,*** che vede «particolarmente interessante la trattazione dell'attività di promozione della concorrenza.

In specie nei settori di facilities (acqua, energia, rifiuti) e nel settore delle comunicazioni, con particolare riferimento alle procedure per l'assegnazione dei diritti d'uso di frequenze per favorire la transizione verso la tecnologia 5G. Notevole anche l'attenzione dedicata al tema del c.d. rating di legalità delle imprese. Permangono numerose aree di criticità, peraltro sottolineate dalla stessa Agcm. In specie, in ambito farmaceutico, sanitario e nel settore delle concessioni, ove la Legge di Bilancio 2019 rischia di tradursi in un grave disincentivo per gli operatori al miglioramento della qualità del prodotto e del servizio, con nocumento per gli interessi della stessa Amministrazione».

«Il rafforzamento dell'attività di enforcement del diritto della concorrenza è l'unico davvero efficace strumento per la realizzazione di quel level playing field capace di consentire alle imprese una sana competizione in Europa e migliorare le condizioni del mercato a beneficio dei consumatori», attacca **Silvia D'Alberti**, partner di ***Gattai, Minoli, Agostinelli & Partners*** e responsabile del Dipartimento Antitrust. Che aggiunge: «Il presidente ha in particolare sottolineato il tema della *harmful tax competition* tra gli Stati membri dell'Unione europea. Questo fenomeno pone importanti interrogativi a cui l'Unione europea e i governi nazionali dovranno dare risposta. Sulle sfide poste dall'economia digitale, è condivisibile che non siano necessari stravolgimenti dell'attuale assetto istituzionale. Sarebbe però auspicabile che dei mercati digitali si occupasse una unità istruttoria dedicata all'interno delle direzioni dell'Authority. Condivisibile l'osservazione circa la necessità di propiziare una modifica normativa per la valutazione delle operazioni di concentrazione effettuate dai grandi operatori digitali».

«Una relazione di equilibrata aggressività. Tocca temi solitamente estranei al dibattito antitrust, come la concorrenza sleale tra Stati all'interno della Ue», commenta **Stefano Grassani,** responsabile dipartimento Antitrust di ***Gatti Pavesi Bianchi***. «Formula affermazioni estremamente importanti come la necessità di una applicazione ragionata della normativa, che miri a un benessere di sistema del consumatore e delle imprese. Professa equilibrio e necessità di contraddittorio. Non poco per un Presidente insediatosi solo poche settimane prima. «Un giudizio potrà essere dato solo sui casi e sulle iniziative. Sui big data c'è la consapevolezza della necessità di azioni coordinate con la Commissione. Sulle istanze di clemenza della opportunità di interventi regolatori. Un atteggiamento molto pragmatico. «Sicuramente l'accenno iniziale all'utilizzo della bilancia piuttosto che della spada. Potenzialmente il profilo programmatico più interessante, che potrebbe avere ricadute anche sulla disciplina degli impegni».

Per **Enrico Fabrizi**, responsabile del dipartimento di diritto della concorrenza di ***Osborne Clarke,*** «in materia di tassazione, considerato lo spazio riservato nella relazione al tema della c.d. "concorrenza fiscale sleale", sarà interessante vedere se l'Autorità vorrà svolgere un ruolo attivo (e, nel caso, con quali strumenti) per supportare quel «deciso e qualificato impulso politico» che il presidente ritiene essenziale per superare, in sede europea, le asimmetrie e le distorsioni segnalate. Su big data e digital companies, è evidente la volontà di mantenere molto alta la soglia di attenzione. Con riferimento all'istituto della leniency, il presidente ha riferito di una crescita recente delle istanze di clemenza, osservando come, a suo giudizio, la riscoperta di tale istituto possa dipendere anche dal particolare rigore sanzionatorio seguito dall'Agcm. È quindi ragionevole attendersi, in futuro, che l'Autorità, da un lato, continui a guardare con favore ai programmi di clemenza e, dall'altro lato, prosegua nell'applicazione rigorosa delle proprie linee guida sulle sanzioni».

«La mia impressione è che avremo un settennato molto caratterizzato», sottolinea **Enrico Adriano Raffaelli,** founding partner di ***Rucellai & Raffaelli***. «Si è chiaramente capito che non ci si vuole limitare a tutelare la concorrenza esistente, ma di volerla anche promuovere con un'incisiva attività di advocacy. Significativo l'ampio spazio che la relazione ha riservato agli squilibri derivanti dal dumping fiscale. Tutelare la concorrenza in mercati nei quali alcune imprese pagano l'imposta sugli utili allo Stato italiano nella misura del 24%, mentre altre imprese versano solo il 12,5% allo Stato irlandese per gli utili prodotti in Italia, ha il sapore di un esercizio beffardo e quanto mai astratto. Le decisioni dell'Agcm dovranno essere ben contestualizzate, tenendo conto non solo dell'esigenza di tutelare la concorrenza, ma anche della necessità di salvaguardare la rilevanza sociale dell'impresa e dell'impatto che la sanzione potrà avere nei confronti dell'impresa. Questo approccio è assolutamente condivisibile, specie ora che sull'onda della direttiva Danni stanno proliferando le azioni risarcitorie follow-on favorite da imprese finanziarie straniere che fanno del commercio e relativi diritti un vero e proprio business per poi azionarli davanti alle Corti del nord Europa che ritengono più attente alle loro posizioni».

© Riproduzione riservata

Antonio Catricalà

Claudio Tesauro

MAILANDER
Progetti di Comunicazione

Roberto Rustichelli

Salvatore Lamarca

Piero Fattori

Michele Carpagnano

Luciano Di Via

Emilio De Giorgi

Antonella Terranova

Filippo Fioretti

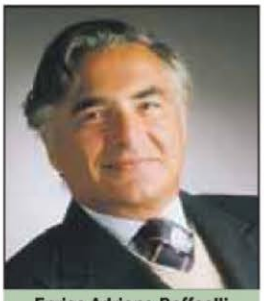
Massimo Tavella

Raffaele Cavani

Silvia D'Alberti

Stefano Grassani

Enrico Fabrizi


Enrico Adriano Raffaelli