

L'applicazione delle regole antitrust durante l'emergenza Covid-19

ABSTRACT

Questo Note e studi ripercorre le principali misure adottate a livello europeo e nazionale per l'applicazione delle regole antitrust nel contesto della crisi causata dalla pandemia di Covid-19. Sono anzitutto illustrate le iniziative assunte dalla Commissione europea e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la valutazione degli accordi di cooperazione tra le imprese nell'attuale situazione. Il Note e studi esamina poi l'impatto della crisi sul controllo delle concentrazioni, con riguardo sia agli aspetti procedurali che a quelli sostanziali, e descrive le disposizioni del decreto Rilancio e del decreto Agosto che hanno introdotto alcune deroghe al regime ordinario di controllo delle concentrazioni a livello nazionale. Infine, vengono illustrate le misure adottate dall'Autorità garante per quanto attiene ai termini di pagamento delle sanzioni e la recente modifica del regolamento di procedura che consente lo svolgimento online delle audizioni finali.

PROVVEDIMENTI ANALIZZATI

European Competition Network (ECN), Joint Statement on application of competition law during the Corona crisis, 23 marzo 2020

International Competition Network (ICN), Steering Group Statement on Competition during and after the COVID-19 Pandemic, 8 aprile 2020

Comunicazione della Commissione europea dell'8 aprile 2020 – Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19, 2020/C 116 I/02

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Comunicazione del 10 aprile 2020 sull'interpretazione dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 37 del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Comunicazione del 24 aprile 2020 sugli accordi di cooperazione e l'emergenza COVID-19

Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (decreto Rilancio), convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, articolo 171, comma 4

Decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (decreto Agosto), convertito con modificazioni dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, articolo 75, commi 1-3

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Comunicazione del 18 dicembre 2020 sui termini di pagamento delle sanzioni

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Modifiche al regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, provvedimento 2849 del 22 dicembre 2020

Indice

Introduzione	p. 5
1 La valutazione degli accordi di cooperazione tra imprese	p. 6
1.1 Il Quadro temporaneo della Commissione europea	p. 7
1.2 La comunicazione dell'AGCM sugli accordi di cooperazione	p.17
2 Controllo delle concentrazioni	p.20
2.1 Aspetti procedurali	p.20
2.2 <i>Failing firm defence</i> e valutazione dello scenario controfattuale	p.21
2.3 Le deroghe al controllo delle concentrazioni introdotte nell'ordinamento Italiano	p.25
3 Misure relative ai termini di pagamento delle sanzioni e revisione del regolamento di procedura	p.28

Introduzione

Poco dopo l'inizio della pandemia, il 23 marzo 2020 la rete europea delle autorità di concorrenza (ECN – European Competition Network), composta dalla Commissione europea e dalle autorità degli Stati membri, ha adottato una dichiarazione congiunta sull'applicazione delle regole di concorrenza durante la crisi legata all'emergenza sanitaria¹. A questa ha fatto seguito, l'8 aprile 2020, un comunicato dai contenuti simili dello Steering Group della rete internazionale delle autorità antitrust (ICN – International Competition Network)².

Entrambe le dichiarazioni, preso atto delle gravi conseguenze della pandemia sotto il profilo sanitario, economico e sociale, poggiavano su due premesse di fondo: la prima è che gli strumenti del diritto antitrust sono dotati della flessibilità necessaria per tener conto degli sviluppi economici e di mercato; la seconda è che l'obiettivo di tutelare la concorrenza tra le imprese resta rilevante anche in situazioni di crisi per assicurare prezzi più contenuti, qualità e innovazione a vantaggio dei consumatori e dell'economia.

Alla luce di queste due premesse, le autorità appartenenti all'ECN e all'ICN hanno voluto delineare, in termini generali, un approccio condiviso all'applicazione delle regole di concorrenza in questo frangente. Nelle due dichiarazioni viene riconosciuto che, nelle circostanze eccezionali della crisi sanitaria, possono essere necessarie forme di cooperazione tra imprese per far fronte a carenze temporanee di offerta ed è dichiarata una disponibilità delle autorità al dialogo con le imprese qualora queste nutrano dubbi sulla compatibilità con il diritto antitrust delle proprie iniziative di cooperazione nel contesto emergenziale. Al contempo, entrambe le dichiarazioni sottolineano l'impegno delle autorità a vigilare attentamente e intervenire con severità nei confronti delle imprese che sfruttino la situazione di emergenza per colludere o abusare della propria posizione dominante, con particolare attenzione per le condotte opportunistiche dirette ad aumentare artificialmente il prezzo di quei prodotti critici la cui domanda ha subito improvvise e significative impennate per effetto della crisi. La dichiarazione dell'ECN ricorda anche che le regole europee sulle intese verticali, benché vietino l'imposizione di prezzi di rivendita fissi o minimi, consentono ai produttori di fissare prezzi massimi per la rivendita dei propri prodotti, e suggerisce l'utilizzo di questo strumento per limitare ingiustificati aumenti di prezzo a livello della

¹ Joint Statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis, https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf

² ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>

distribuzione. L'ICN si sofferma inoltre sul ruolo dell'attività di advocacy da parte delle autorità di concorrenza, chiamate a fornire supporto ai governi in merito alle implicazioni per la concorrenza e agli effetti sui consumatori delle misure economiche e legislative proposte per superare la crisi sanitaria ed economica.

In questa Nota ripercorriamo quali siano state, a valle delle dichiarazioni dell'ECN e dell'ICN, le principali misure adottate a livello europeo e nazionale per l'applicazione delle regole di concorrenza nel contesto della crisi causata dalla pandemia. Il paragrafo 1 illustra le iniziative della Commissione europea e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) per la valutazione degli accordi di cooperazione nell'emergenza Covid-19. Il paragrafo 2 è dedicato al controllo delle concentrazioni e alle disposizioni in deroga alla disciplina ordinaria introdotte in Italia dall'articolo 171 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (decreto Rilancio) e dall'articolo 75 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (decreto Agosto). Il paragrafo 3 riguarda le iniziative assunte dall'AGCM rispetto al pagamento delle sanzioni e le recenti modifiche apportate al regolamento di procedura dell'Autorità per consentire lo svolgimento online delle audizioni finali³.

1. La valutazione degli accordi di cooperazione tra imprese

La crisi legata alla pandemia Covid-19 ha provocato un drastico aumento della domanda di alcuni prodotti e servizi e, soprattutto nelle fasi caratterizzate da stringenti misure di lockdown, perturbazioni delle catene di approvvigionamento che hanno portato a carenze nell'offerta di alcuni prodotti. In tali circostanze è parso subito evidente che alcune forme di cooperazione tra le imprese operanti sul mercato avrebbero potuto rappresentare una soluzione efficace per porre rimedio in tempi rapidi, o almeno mitigare, alcuni dei problemi sollevati dalla crisi. Ad esempio, a fronte del disallineamento tra domanda e offerta e al connesso rischio di carenze di beni e servizi essenziali, possono risultare utili il coordinamento in merito alla logistica e alla distribuzione dei prodotti, lo scambio di alcune informazioni sulle forniture essenziali, nonché forme di acquisto o produzione congiunti di presidi sanitari, dispositivi medici e di protezione individuale. Analogamente, la cooperazione tra imprese può comportare

³ Non rientrano nell'oggetto di questa Nota i numerosi interventi che l'AGCM ha effettuato nel corso dell'anno, in applicazione del Codice del consumo, per impedire pratiche commerciali scorrette volte a sfruttare le particolari condizioni dell'emergenza sanitaria. Sul tema, cfr. Interventi Assonime n.18/2020 e Circolare Assonime n. 20/2020. su "Il Regolamento Consumer Protection Cooperation e la tutela dei consumatori nell'emergenza Covid-19".

effetti positivi in termini di efficienza dei progetti di ricerca e sviluppo nel settore farmaceutico volti a contrastare la pandemia.

Fin dall'inizio della crisi sanitaria le autorità di concorrenza hanno adottato iniziative per assicurare alle imprese maggiore certezza giuridica circa la compatibilità o meno di questo tipo di intese con il diritto antitrust, in modo da facilitare la conclusione di accordi produttivi di efficienze ed evitare al tempo stesso ingiustificate distorsioni della concorrenza. In particolare, l'8 aprile 2020 la Commissione europea, facendo seguito alle dichiarazioni dell'ECN e dell'ICN, ha adottato un quadro temporaneo per l'applicazione delle regole di concorrenza alla cooperazione tra imprese durante l'emergenza Covid-19. Analogamente, alcune autorità antitrust nazionali, come l'AGCM in Italia e la Competition and Market Authority (CMA) nel Regno Unito, hanno adottato orientamenti di carattere generale, dichiarando in anticipo i criteri che avrebbero seguito nell'applicazione delle regole antitrust nazionali in casi individuali⁴.

Analizziamo qui di seguito il quadro temporaneo introdotto dalla Commissione europea per la valutazione antitrust della cooperazione tra imprese e la comunicazione dell'AGCM sugli accordi di cooperazione, con qualche cenno alla loro applicazione nel corso di questi mesi e ad alcuni temi che restano aperti.

1.1 Il Quadro temporaneo della Commissione europea

Come noto, l'articolo 101 TFUE da un lato vieta le intese restrittive della concorrenza che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri (art. 101, paragrafo 1) e, dall'altro, fissa quattro condizioni cumulative in presenza delle quali un'intesa restrittiva è esentata dal divieto (articolo 101, paragrafo 3)⁵. La normativa non prevede eccezioni per le situazioni di crisi: la disciplina resta dunque applicabile anche durante l'emergenza Covid-19.

⁴ In alcuni Stati sono state introdotte esenzioni ad hoc, di natura temporanea, per particolari settori. Ad esempio, in Norvegia è stata concessa un'esenzione temporanea di tre mesi dall'applicazione delle regole antitrust nel settore del trasporto aereo, per consentire alle compagnie aeree nazionali di cooperare per garantire il trasporto di persone e beni essenziali all'interno del paese. Analoghe esenzioni sono state concesse, con interventi legislativi, nel Regno Unito nei settori della salute, della vendita al dettaglio di beni alimentari e per i collegamenti via mare con l'isola di Wight. Per un'analisi comparativa dell'approccio del Regno Unito rispetto a quello della Commissione, cfr. Giorgio Monti, *Business Cooperation in Times of Emergency: the Role of Competition Law*, in Competition Policy International, 10 maggio 2020, <https://www.competitionpolicyinternational.com/business-cooperation-in-times-of-emergency-the-role-of-competition-law/>.

⁵ Per soddisfare le quattro condizioni indicate nel paragrafo 3 dell'articolo 101 l'accordo a) deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; b) deve riservare ai consumatori una congrua parte dei benefici che ne derivano; c) non deve imporre alle imprese interessate restrizioni non indispensabili per raggiungere tali obiettivi; d) non deve dare alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

In questo contesto, la Commissione europea l'8 aprile 2020 ha adottato una comunicazione in cui delinea un "Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19"⁶.

L'obiettivo del Quadro temporaneo è duplice. Da un lato, la Commissione illustra i criteri principali che seguirà nel valutare i possibili progetti di cooperazione volti a porre rimedio alla carenza di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia di Covid-19 e spiega come definirà le priorità di enforcement durante la crisi. Dall'altro, nel Quadro temporaneo la Commissione delinea una procedura eccezionale per aiutare le imprese nella valutazione degli accordi, che prevede la possibilità di fornire un'assicurazione scritta di conformità ad hoc (c.d. *comfort letter*) in relazione a specifici e ben definiti progetti di cooperazione⁷.

Il Quadro, in vigore dall'8 aprile, ha natura temporanea ma non è indicata una scadenza. È previsto che la comunicazione si applichi sino alla sua revoca da parte della Commissione e che possa essere rivista in funzione dell'evoluzione della crisi, come è già avvenuto per il parallelo Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato⁸. Viene in particolare specificato che il Quadro temporaneo potrebbe essere modificato o integrato per farvi rientrare altre forme di cooperazione oltre a quelle attualmente considerate.

Per gli accordi non coperti dal Quadro temporaneo continuano a valere le regole generali di applicazione dell'articolo 101, inclusi i regolamenti di esenzione per gli accordi di produzione e specializzazione e gli accordi di ricerca e sviluppo, nonché le linee guida della Commissione europea sugli accordi di cooperazione orizzontale: occorre quindi valutare, sulla base del regime permanente, se l'accordo comporti o meno una restrizione della concorrenza e, nel caso, verificare se rientri nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione o siano comunque soddisfatti i quattro requisiti dell'articolo 101, paragrafo 3.

⁶ Comunicazione della Commissione – Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19, 2020/C 116 I/02. Contestualmente la Commissione ha pubblicato linee guida sull'approvvigionamento ottimale e razionale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19 [C(2020)2272 def.].

⁷ Quadro temporaneo, par. 5.

⁸ *Ibidem*, par. 21.

I criteri per la valutazione antitrust dei progetti di cooperazione rientranti nel Quadro temporaneo

Nella comunicazione la Commissione riconosce l'utilità di orientamenti specifici per le "forme di cooperazione tra imprese volte a garantire la fornitura e l'adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali, attualmente insufficienti, durante la pandemia di Covid-19, ponendo così rimedio alla carenza di tali prodotti e servizi essenziali, che deriva in primo luogo dalla crescita esponenzialmente rapida della domanda"⁹. Nel precisare il concetto di beni e servizi essenziali la comunicazione riporta, in particolare, l'esempio dei medicinali e delle apparecchiature mediche utilizzate per testare e trattare i pazienti affetti da Covid-19 o necessarie per circoscrivere o possibilmente sconfiggere la pandemia. Non è tuttavia espressamente esclusa l'applicazione del Quadro temporaneo alla cooperazione relativa ad altri beni e servizi essenziali per i quali si registri una carenza di offerta.

Sul piano soggettivo, è chiarito che la cooperazione può coinvolgere non solo le imprese attive nel settore in cui si registra la carenza di offerta ma anche imprese di altri settori che, ad esempio, hanno deciso di convertire parte delle loro linee di produzione per fornire i prodotti insufficienti (come è avvenuto, ad esempio, per i dispositivi di protezione individuale).

La Commissione evidenzia come le iniziative volte a colmare il divario tra domanda e offerta possano assumere diverse forme. Ad esempio, per aumentare rapidamente la produzione dei prodotti essenziali di cui vi è scarsa disponibilità, in linea di principio si può ricorrere alla riassegnazione o riallocazione degli stock, alla sostituzione di alcune linee di produzione o alla specializzazione dei siti produttivi¹⁰. Vari sono quindi le tipologie e il grado di cooperazione necessari, così come l'entità del potenziale impatto sulla concorrenza¹¹.

Con queste premesse, la Commissione distingue le seguenti tre ipotesi di cooperazione:

a) Cooperazione che non solleva preoccupazioni sotto il profilo antitrust

La Commissione ritiene che in via generale non sollevi riserve sotto il profilo antitrust la cooperazione nel settore sanitario che si limiti ad affidare a un'associazione di categoria, un consulente indipendente, un prestatore indipendente di servizi o un

⁹ Quadro temporaneo, par. 4.

¹⁰ *Ibidem*, par. 10.

¹¹ *Ibidem*, par. 11.

organismo pubblico compiti quali: (i) coordinare il trasporto congiunto delle materie prime; (ii) contribuire a individuare i medicinali essenziali per i quali sussistono rischi di carenze; (iii) fornire informazioni aggregate sulla produzione e sulle capacità produttive, senza che siano scambiati dati sulle singole imprese; (iv) elaborare modelli per prevedere la domanda a livello di Stati membri e individuare le carenze di approvvigionamento; (v) condividere informazioni aggregate sulle carenze di approvvigionamento e chiedere alle imprese partecipanti – su base individuale e senza condividere tali informazioni con i concorrenti – di indicare se sono in grado di ovviare a tale carenza per soddisfare la domanda tramite gli stock esistenti o l'aumento della produzione¹².

In linea con quanto previsto dalle linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale, è precisato che tale cooperazione non solleva preoccupazioni concorrenziali a condizione che sia soggetta a sufficienti garanzie, con particolare riguardo all'assenza di scambi tra i concorrenti di informazioni relative alle singole imprese¹³.

b) Forme di cooperazione di portata più ampia

La Commissione riconosce che, in alcuni casi, potrebbe essere necessario estendere la cooperazione nel settore sanitario ad aspetti ulteriori, ad esempio al coordinamento per riorganizzare la produzione o per la gestione e l'eventuale distribuzione delle scorte. Tali misure possono comportare lo scambio di informazioni sensibili sotto il profilo commerciale e il coordinamento dei siti di produzione, ossia aspetti di regola problematici dal punto di vista antitrust.

È in particolare per queste forme di cooperazione che il Quadro temporaneo introduce un elemento di flessibilità rispetto alla normale applicazione delle regole antitrust¹⁴. La Commissione difatti indica che, nelle circostanze eccezionali della pandemia, tali misure non saranno considerate problematiche sotto il profilo antitrust o comunque, data la situazione di emergenza e il carattere temporaneo, non costituiranno una priorità di enforcement per la Commissione, nella misura in cui soddisfino le seguenti condizioni:

- (i) siano concepite e oggettivamente necessarie per aumentare di fatto la produzione nel modo più efficace possibile per affrontare o evitare la carenza di approvvigionamento di prodotti o servizi essenziali, come quelli utilizzati per curare pazienti affetti da Covid-19;

¹² Quadro temporaneo, par. 12.

¹³ *Ibidem*, par. 13.

¹⁴ *Ibidem*, par. 14.

- (ii) abbiano natura temporanea, vale a dire siano applicabili solo finché sussiste un rischio di carenza o in ogni caso durante la pandemia di Covid-19;
- (iii) siano proporzionate, ossia non vadano oltre quanto strettamente necessario per affrontare o evitare la carenza di approvvigionamento.

La Commissione chiede, in ogni caso, alle imprese di documentare tutti gli scambi e gli accordi intercorsi durante la cooperazione e di mettere a disposizione tale documentazione laddove richiesta.

La circostanza che una cooperazione sia promossa e/o coordinata da un'autorità pubblica (o realizzata nell'ambito di un quadro istituito da quest'ultima) costituisce un ulteriore elemento di cui la Commissione terrà conto per concludere che tale cooperazione non è problematica sotto il profilo antitrust o non rappresenta una priorità di enforcement¹⁵.

c) Cooperazione imposta dall'autorità pubblica

Infine, la comunicazione chiarisce che la cooperazione tra imprese è consentita quando la stessa non sia semplicemente promossa ma si svolga nel contesto di una richiesta imperativa delle autorità pubbliche di collaborare temporaneamente in risposta a situazioni di emergenza connesse alla pandemia (ad esempio per garantire le forniture necessarie a mantenere il servizio sanitario nazionale in funzionamento)¹⁶.

Orientamenti informali e procedura eccezionale per l'adozione di comfort letters

Come noto, con l'adozione del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio (c.d. modernizzazione)¹⁷ vi è stato il passaggio da un sistema di notifica ex ante degli accordi alla Commissione, alla quale spettava in via esclusiva il potere di concedere l'esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3 TFUE, a un sistema di enforcement decentrato basato sull'applicazione diretta dell'articolo 101, paragrafo 3. Nell'attuale sistema le imprese sono chiamate a valutare autonomamente la conformità dei loro accordi con il diritto antitrust europeo. Nel Quadro temporaneo viene sottolineato come tale sistema di autovalutazione, accompagnato dagli Orientamenti forniti dalla Commissione, sia ormai consolidato¹⁸.

¹⁵ Quadro temporaneo, par. 14.

¹⁶ *Ibidem*, par. 16.

¹⁷ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (ora articoli 101 e 102 TFUE).

¹⁸ Quadro temporaneo, par. 6.

Va comunque ricordato che il regolamento n. 1/2003, pur avendo abolito il sistema di notifica preventiva, non ha escluso del tutto la possibilità per la Commissione di fornire in via informale orientamenti alle imprese per facilitare l'esercizio di autovalutazione. In particolare, il considerando 38 del regolamento n. 1/2003 prevede che le imprese possano ottenere dalla Commissione un orientamento informale nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi e non risolti circa l'applicazione delle regole antitrust. Nel 2004 la Commissione ha adottato un'apposita comunicazione in cui illustra i criteri che intende seguire per valutare l'opportunità di emanare le c.d. lettere di orientamento o *guidance letters*¹⁹.

Inoltre, l'articolo 10 del regolamento n.1/2003 attribuisce alla Commissione (e soltanto ad essa nell'ambito dell'ECN) il potere di adottare decisioni positive, ossia decisioni con le quali la Commissione constata l'inapplicabilità dell'articolo 101 ad un accordo o perché le condizioni di cui al paragrafo 1 non sono soddisfatte o perché sono soddisfatte le condizioni di cui al paragrafo 3. Anche con riguardo alle decisioni positive, nei considerando del regolamento n.1/2003, si precisa che lo strumento può essere utile in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico e in relazione a nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti²⁰.

Sia le *guidance letters* che le decisioni positive ex articolo 10 sono quindi strumenti che possono aumentare la certezza giuridica nei casi in cui l'autovalutazione sia complessa. Il valore giuridico dei due strumenti, naturalmente, è differente: le decisioni ex articolo 10 possono essere fatte valere dinanzi alle autorità e ai giudici nazionali, che non possono adottare decisioni in contrasto con esse; le *guidance letters* non sono vincolanti per le autorità antitrust e i giudici nazionali, ma essi possono comunque tenerne conto nella valutazione di un caso specifico, in base al principio di leale collaborazione.

Sinora, dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 la Commissione non ha mai ritenuto opportuno fare utilizzo di questi strumenti, considerandoli strettamente eccezionali. In seguito alla modernizzazione, peraltro, la Commissione ha smesso di adottare le c.d. *comfort letters*, alle quali aveva fatto ampiamente ricorso in vigenza del sistema di notifica preventiva per trattare in via informale gli accordi notificati che presentavano minori preoccupazioni sul piano concorrenziale, secondo una prassi da molti criticata in quanto ritenuta sintomatica dell'inadeguatezza del sistema.

¹⁹ Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), 2004/C 101/06.

²⁰ Regolamento n. 1/2003, considerando 14.

Nel Quadro temporaneo, tuttavia, la Commissione riconosce il carattere eccezionale delle sfide che le imprese si trovano ad affrontare nel contesto dell'emergenza Covid-19 e l'utilità che in questo contesto possono avere orientamenti o rassicurazioni ad hoc sulla legalità delle iniziative di cooperazione volte a porre rimedio alla carenza di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia²¹. Pertanto, la Commissione istituisce una procedura temporanea per fornire sostegno alle imprese e alle associazioni di categoria nel processo di autovalutazione, rendendosi disponibile a fornire orientamenti informali in merito a specifiche iniziative di cooperazione che devono essere attuate rapidamente al fine di contrastare efficacemente la pandemia, in particolare quando sussistano ancora incertezze in merito alla compatibilità di tali iniziative con le regole antitrust²².

A tal fine la Direzione Generale Concorrenza della Commissione ha creato una pagina web dedicata all'applicazione delle regole antitrust durante la pandemia e una casella di posta elettronica ad hoc (COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu), attiva dal 30 marzo 2020. Per consentire un rapido riscontro, la Commissione ha invitato le imprese a fornire in anticipo il maggior numero possibile di dettagli sull'iniziativa di cooperazione, incluse le seguenti informazioni: (i) impresa/e, prodotto/i interessati; (ii) ambito della cooperazione; (iii) aspetti che possono sollevare preoccupazioni concorrenziali; (iv) benefici che la cooperazione intende conseguire, e una spiegazione di come la cooperazione è necessaria e proporzionata per conseguire quei benefici nelle attuali circostanze.

In via eccezionale e a propria discrezione, la Commissione è anche pronta, al fine di aumentare il grado di certezza giuridica, a fornire tali orientamenti per iscritto con un'assicurazione di conformità ("*comfort letter*") ad hoc²³.

La prima *comfort letter* adottata dalla Commissione nel settore farmaceutico

La procedura di *comfort letter* prevista nel quadro temporaneo è stata applicata per la prima volta in relazione ad un progetto di cooperazione nel settore farmaceutico sottoposto alla Commissione da Medicines for Europe (MfE), un'associazione di imprese produttrici di farmaci generici²⁴.

²¹ Quadro temporaneo, par. 7.

²² *Ibidem*, par. 17.

²³ *Ibidem*, par. 18.

²⁴ European Commission, *Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients*, COMP/OG – D(2020/044003).

L'iniziativa riguarda la cooperazione fra i produttori diretta a far fronte al rischio di carenze in tutta Europa dei farmaci necessari per la cura dei pazienti affetti da Covid-19, in particolare aumentando in tempi rapidi la produzione di tali farmaci e migliorando la gestione delle scorte e la distribuzione.

Nella *comfort letter*, adottata l'8 aprile 2020, la Commissione ha riconosciuto che tale cooperazione richiede un coordinamento della capacità produttiva disponibile e, in particolare, può includere la fornitura incrociata di principi attivi, l'individuazione congiunta dei siti produttivi da riconvertire alla produzione di determinati farmaci, per evitare che tutte le imprese si concentrino su uno o pochi medicinali, l'ottimizzazione concordata delle forniture.

La Commissione ha ritenuto il progetto di cooperazione rientrante nell'ambito di applicazione del Quadro temporaneo ed è giunta alla conclusione che, nelle attuali circostanze eccezionali, non sollevi preoccupazioni sotto il profilo antitrust avendo l'obiettivo generale di aumentare in maniera tempestiva ed efficiente la produzione e la fornitura di farmaci di cui vi è urgente bisogno.

La Commissione ha in particolare tenuto conto della circostanza che MfE abbia accettato di porre in essere una serie di misure di salvaguardia, assicurando che:

- (i) la cooperazione sia aperta alla partecipazione di altre imprese farmaceutiche;
- (ii) tutti gli incontri e gli accordi intercorsi tra le parti nell'ambito della cooperazione siano documentati e portati a conoscenza della Commissione;
- (iii) lo scambio di informazioni commercialmente sensibili sia limitato a quanto indispensabile per conseguire in maniera efficace gli obiettivi della cooperazione e si svolga nell'ambito di un forum controllato messo a disposizione dalla Commissione; i dati relativi alle imprese siano raccolti da MfE o da un terzo indipendente e resi disponibili alle imprese partecipanti soltanto in forma aggregata;
- (iv) la cooperazione sia temporanea e duri fino a quando non sia venuto meno il rischio di carenze, anche tenendo conto di eventuali successive ondate dell'epidemia di Covid-19.

Nella sua valutazione la Commissione ha tenuto conto anche della circostanza che il Commissario Kyriakides e la Direzione generale per la salute e la sicurezza alimentare della Commissione (DG SANTE) avevano richiesto alle imprese farmaceutiche di

aumentare la produzione dei farmaci critici, incoraggiandole a cooperare e scambiarsi informazioni per segnalare le carenze.

La Commissione ha, infine, precisato che la *comfort letter* non autorizza le discussioni sui prezzi o il coordinamento su aspetti ulteriori che non siano strettamente necessari per il conseguimento degli obiettivi della cooperazione ed è subordinata alla condizione che le imprese partecipanti non aumentino ingiustificatamente i prezzi al di là di quanto giustificato da eventuali aumenti dei costi.

La cooperazione tra imprese al di fuori dell'ambito di applicazione del quadro temporaneo

Per la cooperazione tra imprese che non rientra nell'ambito di applicazione del quadro temporaneo, come già ricordato, le regole antitrust restano pienamente applicabili anche nelle circostanze eccezionali della pandemia. Nella parte finale della comunicazione la Commissione sottolinea che continuerà a monitorare attentamente e attivamente gli sviluppi del mercato per individuare e perseguire eventuali condotte opportunistiche volte a sfruttare la crisi come copertura per accordi collusivi su aspetti non essenziali, come la fissazione dei prezzi o la limitazione della produzione a danno dei consumatori. La Commissione inoltre invita le imprese e i cittadini a continuare a segnalare eventuali cartelli e altre violazioni delle norme antitrust di cui vengano a conoscenza attraverso i canali abituali per contattare la Commissione e presentare denunce, compreso lo strumento del *whistleblowing*²⁵. Viene fatto anche esplicitamente riferimento agli abusi di posizioni dominanti venutesi a creare in ragione delle particolari circostanze della crisi.

Anche rispetto ai cosiddetti “cartelli di crisi”, ossia accordi in cui le imprese aderenti concordano la risposta a un periodo di crisi economica (del settore o più generale) mediante, ad esempio, la fissazione dei prezzi o la riduzione coordinata della capacità produttiva in eccesso, la Commissione nel quadro temporaneo non dà indicazioni di un mutamento di approccio. Fatta eccezione per alcuni casi risalenti in cui la Commissione ha ritenuto soddisfatte le condizioni di esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3 in relazione ad accordi diretti a coordinare riduzioni della capacità produttiva²⁶, la posizione assunta dalle autorità antitrust in tempi più recenti, anche

²⁵ Quadro temporaneo, par. 20.

²⁶ Cfr, ad esempio, la decisione della Commissione del 4 luglio 1984 nel caso IV/30.810, *Synthetic Fibres*, in cui i principali nove produttori europei di fibre sintetiche si erano accordati al fine di ridurre la capacità produttiva in eccesso. In questo caso, la Commissione ha ritenuto che l'accordo comportasse incrementi di efficienza, in quanto la riduzione della capacità avrebbe consentito alle parti di liberarsi delle capacità inutilizzate e aumentare il grado di utilizzo delle capacità rimanenti. Inoltre, secondo la Commissione, i consumatori avrebbero ricevuto una congrua parte dei vantaggi derivanti dal miglioramento della

durante la crisi finanziaria del 2008, è nel senso di un'applicazione rigorosa dell'articolo 101 TFUE ai cartelli di crisi.

Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, nella pronuncia pregiudiziale nel caso *Irish Beef* del 2009 la Corte di Giustizia ha ritenuto che un accordo concluso fra le dieci principali imprese trasformatrici di carni bovine in Irlanda al fine di ridurre le capacità di trasformazione del 25% fosse restrittivo della concorrenza per oggetto, considerando irrilevante la circostanza che le parti avessero agito allo scopo di razionalizzare il settore per rimediare agli effetti di una crisi²⁷. In questa occasione la Corte di giustizia non ha considerato se l'accordo potesse soddisfare le condizioni per l'esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, non essendo la questione ricompresa fra le questioni pregiudiziali ad essa sottoposte. Il tema è stato però trattato dalla Commissione nel suo intervento come *amicus curiae* nel caso all'esame della Corte. In questo intervento la Commissione ha illustrato la sua visione in merito all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3 ai cartelli di crisi, e in particolare agli accordi di ristrutturazione industriale volti a ridurre la capacità produttiva²⁸. Con riguardo alla prima condizione prevista dall'articolo 101, paragrafo 3 (incrementi di efficienza risultanti dall'accordo), la Commissione ha riconosciuto che, in alcune circostanze, gli accordi di riduzione della capacità possono comportare incrementi di efficienza, in particolare se consentono l'uscita dal mercato di capacità inefficiente e la capacità residua è sufficiente a mantenere inalterati i livelli di produzione. Rispetto alla terza condizione (indispensabilità della restrizione), la Commissione ha sottolineato che, in linea di principio, i cartelli di crisi non possono essere giustificati da crolli della domanda dovuti a recessioni e crisi economiche, in quanto di regola, in questi casi, i problemi di sovracapacità saranno risolti mediante il libero gioco delle forze di mercato e i meccanismi della concorrenza che porteranno all'uscita dal mercato delle imprese meno efficienti, senza necessità di un coordinamento. Soltanto nei casi in cui l'eccesso di capacità sia di natura strutturale (e non il risultato di una crisi congiunturale) e non possa essere risolto in un periodo di tempo ragionevole dalle forze di mercato, forme di coordinamento potrebbero risultare necessarie. Quanto alla seconda condizione (congrua parte dei vantaggi riservata ai consumatori), la Commissione ha osservato che le efficienze di costo che possono derivare dagli accordi di riduzione della capacità generalmente sono legate alla riduzione non dei costi variabili ma dei costi fissi ed è meno probabile che questi risparmi di costo siano trasferiti a valle sul prezzo finale e si

produzione, in quanto nel lungo periodo si sarebbero trovati dinanzi ad un settore risanato, ad un'offerta competitiva e a prodotti migliori.

²⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2008, causa C-209/07, *Beef Industry Development and Barry Brothers*.

²⁸ https://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2010_bids_en.pdf

traducano in un beneficio per i consumatori. Occorre, secondo la Commissione, una valutazione caso per caso che tenga conto anche del livello di pressione concorrenziale sugli operatori di mercato.

1.2 La comunicazione dell'AGCM sugli accordi di cooperazione

Il 24 aprile 2020 anche l'AGCM ha adottato una comunicazione volta ad anticipare i criteri di massima da utilizzare per la valutazione dei progetti di cooperazione diretti a porre rimedio alla scarsità delle forniture durante la crisi e a favorire la produzione e l'adeguata distribuzione di beni e servizi essenziali, nonché a delineare le priorità di intervento dell'Autorità durante la crisi²⁹. Con la stessa comunicazione l'Autorità ha introdotto una procedura temporanea per fornire indicazioni alle imprese in merito a "specifici e chiaramente delineati progetti di cooperazione".

Il contenuto della comunicazione è in linea con quanto disposto dalla Commissione nel Quadro temporaneo e con le dichiarazioni dell'ECN e dell'ICN. L'Autorità riconosce che l'obiettivo della tutela della concorrenza resta importante anche in un contesto emergenziale ma sottolinea, al tempo stesso, che le regole di concorrenza nazionali ed europee sono dotate di meccanismi di flessibilità che "consentono di tener conto, quando appropriato e necessario, del modificarsi delle condizioni economiche e di mercato". In particolare, anche l'AGCM annuncia che non intende intervenire nei confronti di misure necessarie, temporanee e proporzionate, adottate per scongiurare la scarsità delle forniture, in linea con quanto previsto dalla comunicazione dell'8 aprile della Commissione europea. La precisazione è rilevante sia per i casi di dimensione meramente nazionale che per i casi ai quali, in ragione dell'impatto sugli scambi tra Stati membri, si applica l'articolo 101 TFUE: l'annuncio della Commissione che considera alcune fattispecie ambiti non prioritari di intervento sarebbe fortemente depotenziato se non vi fosse un annuncio analogo da parte delle autorità nazionali competenti.

Con riguardo alle diverse forme di cooperazione:

- analogamente a quanto previsto nel Quadro temporaneo della Commissione, l'AGCM ritiene che in linea di massima non sollevi preoccupazioni concorrenziali la cooperazione nel settore sanitario (ed eventualmente nel settore agroalimentare) che si limiti ad attribuire alle associazioni di categoria o

²⁹ Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli accordi di cooperazione e l'emergenza Covid-19, <https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=2b88e620-408b-4444-b8be-a45fa78f78b2&parent=News&parentUrl=/media/news>.

a soggetti terzi indipendenti il compito di (i) coordinare il trasporto e la distribuzione delle materie prime; (ii) individuare per quali farmaci o dispositivi medici (o beni alimentari) possono sorgere problemi di scarsità; (iii) fornire informazioni aggregate sulla produzione e sulla capacità disponibile o su eventuali gap nell'offerta.

- con riguardo alle forme più ampie di cooperazione (ad esempio dirette alla riorganizzazione di un intero settore produttivo per incrementare e ottimizzare la produzione), che comportano uno scambio di informazioni disaggregate e sensibili e che normalmente sarebbero problematiche dal punto di vista della tutela della concorrenza, l'Autorità indica, in linea con la Commissione, la disponibilità a una valutazione improntata a maggiore flessibilità laddove siano necessarie, temporanee e proporzionate rispetto all'obiettivo di "agevolare la produzione di farmaci o dispositivi medici importanti per il contrasto del virus o di beni e servizi ritenuti essenziali".
- infine, con riguardo agli accordi verticali, l'Autorità ricorda che la disciplina europea e nazionale vigente consente la fissazione da parte dei fornitori di prezzi massimi di rivendita, che potrebbe risultare uno strumento utile per limitare ingiustificati aumenti di prezzo a livello della distribuzione.

Anche sotto il profilo degli strumenti scelti per aiutare le imprese nella valutazione preventiva dei progetti di cooperazione, le iniziative dell'AGCM sono in linea con quelle della Commissione. L'Autorità, così come le altre autorità nazionali, si è resa disponibile a fornire indicazioni informali alle imprese e alle associazioni di categoria per facilitare l'autovalutazione di specifici progetti di cooperazione volti a evitare la carenza di beni e servizi essenziali. A tal fine l'Autorità ha predisposto un'apposita casella di posta elettronica (accordi-cooperazione-COVID@agcm.it), e ha previsto la possibilità di adottare, in via eccezionale e a propria discrezione, *comfort letters* su specifiche iniziative, purché sufficientemente definite. Come ricordato nella comunicazione, la procedura di *comfort letter* dell'AGCM riguarda esclusivamente la compatibilità dei progetti di cooperazione con la legge antitrust italiana (legge n. 287/90).

L'AGCM ha applicato per la prima volta la comunicazione nel maggio 2020, previa consultazione della Commissione europea nell'ambito dell'ECN, in relazione a due

accordi di cooperazione riguardanti rispettivamente i dispositivi di protezione individuale e il settore del credito al consumo³⁰.

Nel primo caso, le due principali associazioni italiane di distributori farmaceutici (Federfarma e Associazione Distributori del Farmaco) hanno volontariamente sottoposto all'attenzione dell'Autorità un progetto di cooperazione relativo all'acquisto congiunto di mascherine chirurgiche e alla loro successiva ripartizione pro quota tra i distributori al prezzo di acquisto unitario negoziato con i fornitori, al fine di verificarne la compatibilità con il diritto della concorrenza nazionale e europeo. Il progetto aveva durata limitata (sino al 30 giugno 2020).

L'Autorità ha ritenuto che l'accordo fosse volto ad assicurare un efficace e omogeneo approvvigionamento di mascherine chirurgiche sul territorio nazionale, assicurando un agevole accesso alle stesse da parte dei cittadini tramite farmacie e parafarmacie e quindi, tenendo conto dell'emergenza sanitaria e della durata limitata dell'accordo, ha dichiarato che non vi erano elementi che giustificassero un approfondimento istruttorio.

Il secondo progetto di cooperazione su cui l'Autorità si è pronunciata riguardava uno schema comune di moratoria per il credito al consumo da parte dei propri associati predisposto da ASSOFIN, l'associazione italiana dei principali operatori bancari e finanziari del credito al consumo. In linea con le raccomandazioni di Banca d'Italia, l'obiettivo dell'iniziativa era quello di sostenere tramite la moratoria quelle categorie di soggetti non interessate dalle misure introdotte dal Governo a favore di consumatori e imprese durante l'emergenza Covid-19. L'adesione allo schema di moratoria da parte degli operatori finanziari era su base volontaria, ed era aperta anche ai non associati di Assofin. I beneficiari erano i titolari di credito che si trovavano in situazione di difficoltà finanziaria a seguito di situazioni specifiche verificatesi nel periodo tra il 21 febbraio e il 30 giugno 2020. L'Autorità ha ritenuto di non avviare un procedimento istruttorio, in ragione della situazione di emergenza e della natura temporanea dell'intesa comunicata. Al tempo stesso, ha segnalato l'esigenza che l'iniziativa non comportasse lo scambio diretto o indiretto di informazioni sensibili tra le imprese, invitando Assofin a tenere traccia degli scambi di informazioni oggettivamente necessari e proporzionati alle finalità dell'accordo, in modo da consentire eventuali controlli ex post.

³⁰ COV1-DC9901 - Verificata la compatibilità concorrenziale degli accordi di cooperazione tra imprese per distribuzione mascherine e dello schema di moratoria per credito al consumo predisposto da Assofin – comunicato stampa del 1 giugno 2020; <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/6/COV1-DC9901>.

2. Controllo delle concentrazioni

Con riguardo all'applicazione delle regole sul controllo delle concentrazioni durante l'emergenza Covid-19, analizziamo qui di seguito le sfide che le autorità di concorrenza si sono trovate ad affrontare per gli aspetti procedurali (par. 2.1) e sostanziali (par. 2.2)³¹, nonché gli interventi normativi che hanno introdotto in Italia alcune deroghe rispetto alla disciplina ordinaria del controllo delle concentrazioni (par. 2.3).

2.1 Aspetti procedurali

Nella fase iniziale della pandemia le autorità di concorrenza hanno dovuto adattare le procedure per il controllo delle concentrazioni alle nuove modalità di lavoro da remoto e alle stringenti misure di lockdown che hanno reso più difficile reperire informazioni e, quando necessario, condurre indagini di mercato approfondite nei termini procedurali prescritti dalla legge.

In un primo momento la Commissione e la maggior parte delle autorità di concorrenza nazionali hanno chiesto alle imprese di notificare soltanto operazioni di concentrazioni per le quali vi fossero motivi impellenti per procedere senza ritardo, differendo le notifiche negli altri casi. Inoltre, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza in molti Stati membri vi è stata una sospensione ex lege dei termini dei procedimenti amministrativi³².

Nei mesi successivi la Commissione e le autorità antitrust nazionali hanno ripreso ad esaminare operazioni di concentrazione anche complesse, ma alcune criticità sul piano procedurale persistono. La sfida principale è legata al rispetto dei termini brevi e perentori entro i quali le autorità antitrust sono tenute ad effettuare la propria valutazione. Per ovviare a questi problemi, in alcuni casi la Commissione e le autorità antitrust nazionali hanno stabilito proroghe, su richiesta o con l'accordo delle parti, o hanno esercitato il potere di sospendere in via eccezionale i termini del procedimento (c.d. *stop-the-clock*).

Un altro strumento che si può rivelare utile, nel contesto della crisi, è quello della deroga agli obblighi di stand-still che normalmente incombono sulle parti sino a quando

³¹ Cfr. OECD (2020), *Merger control in the time of Covid-19*, 25 maggio 2020; https://ec.europa.eu/competition/mergers/covid_19.html

³² Nell'ordinamento italiano, in particolare, l'articolo 103 del decreto 'Cura Italia' ha previsto la sospensione dei termini (procedimentali, endo-procedimentali, finali ed esecutivi) di tutti i procedimenti amministrativi - e dunque anche dei termini per l'avvio del procedimento e per le decisioni relative al controllo delle concentrazioni - nel periodo compreso tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020; cfr. art. 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23.

la concentrazione non sia autorizzata. Guardando in particolare al diritto europeo, l'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 139/2004 (Regolamento Concentrazioni) consente alla Commissione, su domanda delle parti, di accordare in qualsiasi momento sia prima della notifica che dopo la transazione una deroga agli obblighi di stand-still. Secondo questa disposizione, nel decidere se accogliere la domanda, la Commissione deve tener conto degli effetti che la sospensione può produrre sulle imprese interessate dalla concentrazione e sui terzi e del pregiudizio che la concentrazione può arrecare alla concorrenza. Per quest'ultimo profilo, la Commissione può anche subordinare la deroga a condizioni e oneri destinati a garantire condizioni di effettiva concorrenza. Ne consegue, pertanto, che una deroga agli obblighi di stand-still potrà essere ritenuta giustificata soltanto se l'operazione non comporta effetti negativi sulla concorrenza e se il ritardo nella sua esecuzione rischia di arrecare un serio pregiudizio alle parti. Questa seconda condizione è ritenuta soddisfatta anche nel caso di operazioni di concentrazione che richiedono immediata attuazione per evitare il fallimento e l'uscita dal mercato di imprese in crisi. In passato, infatti, la Commissione ha già talvolta utilizzato il potere di concedere deroghe agli obblighi di stand-still per consentire *rescue mergers* in periodi di crisi finanziaria o economica³³.

2.2 *Failing firm defence* e valutazione dello scenario controfattuale

Sul piano sostanziale, le questioni vertono principalmente attorno ai limiti entro i quali le parti possano avvalersi, in questo frangente, della c.d. *failing firm defence* per giustificare concentrazioni che potrebbero avere effetti negativi sulla concorrenza e più in generale in che misura le autorità antitrust debbano tener conto dell'impatto dell'attuale situazione di crisi economica nella valutazione dei possibili effetti sulla concorrenza di una concentrazione.

Come indicato nelle Linee guida della Commissione europea sulle concentrazioni orizzontali, nella valutazione degli effetti sulla concorrenza di una concentrazione sono messe a confronto le condizioni di concorrenza che si determinerebbero a seguito della concentrazione notificata con le condizioni che si sarebbero osservate in assenza della concentrazione (c.d. controfattuale)³⁴. Per stabilire l'esistenza di un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva è dunque necessario dimostrare un nesso di causalità tra la concentrazione e il deterioramento dell'assetto concorrenziale del mercato.

³³ Cfr., ad esempio, i casi M.4956, *STX/Aker Yards* (2008), M.5363, *Santander/Breadford & Bingley* (2008).

³⁴ Linee guida Concentrazioni orizzontali, par. 9.

Nella maggior parte dei casi, lo scenario controfattuale pertinente è costituito dalla situazione pre-merger, ossia dalle condizioni di concorrenza esistenti al momento della concentrazione. Tuttavia, in alcune circostanze, è possibile tener conto di futuri mutamenti del mercato che possono essere previsti con ragionevole certezza, in particolare della probabile entrata o uscita di imprese concorrenti se la concentrazione non avesse luogo. Le Linee guida prevedono pertanto espressamente la possibilità di assumere come controfattuale, in alternativa alla situazione pre-merger, lo scenario dell'uscita dal mercato dell'impresa in assenza della concentrazione.

Nel sistema europeo di controllo delle concentrazioni, l'ammissibilità della cosiddetta *failing firm defence*, che consente di considerare compatibile con il mercato comune una concentrazione se una delle imprese partecipanti versa in uno stato di crisi e, senza la concentrazione, uscirebbe dal mercato, è tradizionalmente subordinata a un test stringente, applicato per la prima volta dalla Commissione negli anni '90 nella decisione relativa al caso Kali+Salz³⁵, poi confermato dalla Corte di giustizia³⁶ e successivamente recepito nelle Linee guida sulle concentrazioni orizzontali³⁷.

In particolare, secondo le linee guida, il requisito fondamentale per l'applicabilità della *failing firm defence* è che il deterioramento della struttura concorrenziale che segue alla concentrazione non possa essere attribuito alla concentrazione stessa, ossia manchi un nesso di causalità tra concentrazione ed effetti negativi sulla concorrenza. Ciò si verifica se, in assenza della concentrazione, la struttura della concorrenza nel mercato si deteriorerebbe almeno nella stessa misura³⁸.

Il requisito dell'insussistenza di un rapporto di causalità tra la concentrazione e il pregiudizio alla concorrenza si considera, in particolare, soddisfatto quando ricorrano, in via cumulativa, le tre condizioni seguenti:

- a) l'impresa che si presume sia sul punto di fallire sarebbe, entro breve tempo, costretta ad uscire dal mercato a causa di difficoltà finanziarie, se non venisse rilevata da un'altra impresa;
- b) non vi è un'acquisizione alternativa che avrebbe effetti anticoncorrenziali meno gravi di quelli derivanti dalla concentrazione notificata;

³⁵ Decisione della Commissione del 14 dicembre 1993, caso n. IV/M.308 – *Kali+Salz/MdK/Treuhand*.

³⁶ Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commissione*.

³⁷ Linee guida Concentrazioni orizzontali, parr. 89-91.

³⁸ *Ibidem*, par. 89.

c) in assenza della concentrazione, i beni produttivi dell'impresa in stato di crisi uscirebbero inevitabilmente dal mercato³⁹.

L'onere di dimostrare la sussistenza di queste tre condizioni grava sulle parti notificanti che sono tenute a fornire tempestivamente tutte le informazioni necessarie⁴⁰.

Tradizionalmente, la Commissione ha applicato in maniera rigorosa il test della *failing firm defence* anche nei periodi di crisi economica e finanziaria, ritenendone soddisfatte le condizioni solo in un numero circoscritto di casi. Un esempio recente di accoglimento dell'eccezione della *failing firm* in una fase di crisi finanziaria è il caso *Aegean/Olympic II*⁴¹ del 2013 relativo all'acquisizione della compagnia aerea greca Olympic Air da parte del suo principale concorrente nazionale Aegean Airlines. In questo caso la Commissione, nonostante avesse vietato la stessa operazione nel 2011 in quanto avrebbe portato a un monopolio su diverse rotte aeree nazionali⁴², ha ritenuto che, per effetto dell'aggravamento della crisi greca, Olympic Air sarebbe stata costretta ad abbandonare il mercato a causa delle sue condizioni finanziarie se non fosse stata acquisita da Aegean e che non vi era nessuna credibile alternativa meno anticoncorrenziale all'acquisizione. La Commissione, considerando soddisfatti i criteri della *failing firm defence*, ha concluso che la concentrazione non avrebbe avuto nessun ulteriore effetto negativo sulla concorrenza e, di conseguenza, l'ha autorizzata senza condizioni.

Nello scenario economico conseguente alla crisi sanitaria, in risposta agli appelli a favore di un allentamento del controllo delle concentrazioni e in particolare del rigore delle condizioni di applicazione della *failing firm defence* sia la Commissione che varie autorità antitrust nazionali hanno espressamente ribadito la necessità di mantenere un rigoroso controllo delle concentrazioni, in linea con l'approccio già adottato all'indomani della crisi finanziaria del 2008⁴³. Nel suo discorso alla Fordham Competition Conference dell'ottobre 2020, la Commissaria Vestager ha affrontato il tema nei seguenti termini:

“Per quanto attiene alle concentrazioni, abbiamo assistito a una temporanea riduzione delle notifiche, di dimensioni comunque limitate. Vi sono stati anche

³⁹ Linee guida Concentrazioni orizzontali, par. 90.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 91.

⁴¹ Decisione della Commissione del 9 ottobre 2013, caso COMP/M.6796, *Aegean/Olympic II*.

⁴² Decisione della Commissione del 26 gennaio 2011, caso COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*.

⁴³ Per l'approccio adottato dopo la crisi del 2008, cfr. OCSE (2010), Roundtable – The failing firm defence, DAF/COMP(2009)38. Per le posizioni attuali, cfr., ad esempio, le linee guida adottate nel Regno Unito dalla CMA per illustrare l'approccio alla *failing firm defence* nell'analisi delle operazioni di concentrazione: *Annex A: Summary of CMA's position on mergers involving 'failing firms'* (April 22, 2020).

ritardi nelle risposte alle richieste di informazioni. Ma il controllo delle concentrazioni non si è mai fermato. Nel futuro ci aspettiamo processi di aggregazione tra imprese. Questo succede abitualmente in seguito a una crisi, in quanto l'industria tende a riorganizzarsi in seguito allo shock. La questione principale, dal nostro punto di vista, è evitare un'eccessiva concentrazione che vada a pregiudizio delle imprese e dei consumatori dell'Unione europea. La crisi può portare anche a un maggiore ricorso alla 'failing firm defence' nei casi in cui le imprese acquisiscono concorrenti in difficoltà. Ciò rende i nostri criteri in quest'area più importanti che mai: il futuro dell'impresa in crisi nel mercato; la disponibilità di altre opzioni meno distorsive della concorrenza; la destinazione degli asset dell'impresa se questa dovesse uscire dal mercato. Ogni scostamento da questi criteri significherebbe cadere nella trappola di consentire alla crisi di distoglierci dal perseguimento del nostro obiettivo, che è il mantenimento di mercati aperti e concorrenziali"⁴⁴.

Anche quando non sia configurabile lo scenario dell'*exiting firm* e non siano ravvisabili le condizioni della *failing firm defence*, l'impatto del Covid-19 potrà essere considerato dalle autorità di concorrenza laddove appropriato nella individuazione del controfattuale e nella valutazione degli effetti della concentrazione sulla concorrenza. Tuttavia, se è chiaro che almeno nel breve periodo la pandemia ha comportato in molti settori cambiamenti anche profondi nelle condizioni di mercato (livelli della domanda, offerta, preferenze dei consumatori), vi è ancora notevole incertezza sulla portata e durata di questo impatto sulle dinamiche concorrenziali.

Il rilievo della questione emerge ad esempio dalla vicenda *JD Sports/Footasylum* nel Regno Unito. La CMA ha vietato, in questo caso, l'acquisizione da parte di JD Sports Fashion del concorrente Footasylum, rivenditore al dettaglio di scarpe da ginnastica e abbigliamento sportivo, giungendo alla conclusione che le parti fossero 'close competitors' e la concentrazione avrebbe comportato un ostacolo significativo a una concorrenza effettiva nel mercato interessato. Nella decisione la CMA, pur riconoscendo l'impatto della pandemia sul settore del commercio al dettaglio, vi ha assegnato un rilievo marginale ritenendo che a quello stadio iniziale della crisi non fosse possibile prevedere con certezza la portata e la durata dell'impatto del Covid-19 nel medio-lungo periodo⁴⁵. JD Sports ha quindi impugnato la decisione della CMA

⁴⁴ M. Vestager, Speech at the Fordham Competition Conference, 8 October 2020, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-fordham-competition-conference_en.

⁴⁵ CMA, decisione del 6 maggio 2020 – *Complete merger on the acquisition of Footasylum plc by JD Sports Fashion plc: Final Report*, parr.3-5.

dinanzi al *Competition Appeal Tribunal* (CAT), contestando all'autorità *inter alia* di non aver tenuto in debita considerazione l'impatto del Covid-19 sia nella valutazione del controfattuale che nella valutazione degli effetti sulla concorrenza della concentrazione. Con la sua recente pronuncia del novembre 2020 il CAT ha accolto parzialmente il ricorso, concludendo che la CMA non avrebbe raccolto sufficienti informazioni sugli effetti della pandemia, e ha rinviato il caso alla CMA per il riesame⁴⁶.

A livello europeo, la Commissione ha di recente avviato un'indagine approfondita sul progetto di acquisizione della compagnia aerea canadese Transat da parte della concorrente Air Canada⁴⁷, in un settore, quello del trasporto aereo, pesantemente colpito dalla crisi causata dal Covid-19⁴⁸. Al riguardo la Commissione, pur riconoscendo l'impatto della crisi sul settore, ha ritenuto di non essere in grado sulla base delle informazioni disponibili durante la prima fase del procedimento di stabilirne gli effetti di lungo periodo sull'assetto concorrenziale e ha concluso in via preliminare che l'operazione inciderebbe negativamente sulla concorrenza in quanto Transat e Air Canada restano i principali concorrenti (attuali e potenziali) sulle rotte aeree tra lo Spazio economico europeo e il Canada.

2.3 Le deroghe al controllo delle concentrazioni introdotte nell'ordinamento italiano

Nel contesto della crisi sanitaria, in Italia sono state introdotte a livello normativo due deroghe al sistema ordinario di controllo delle concentrazioni previsto dalla legge n. 287/1990. Entrambe le deroghe si riferiscono espressamente solo alle operazioni di concentrazione che non hanno dimensione comunitaria in base al regolamento (UE) n. 139/2004 e quindi non sono soggette a notifica alla Commissione europea.

La deroga introdotta dal Decreto Rilancio

Il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (decreto Rilancio), convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 ha introdotto nell'ordinamento un regime di sostegno pubblico 'per l'ordinato svolgimento delle procedure di liquidazione coatta amministrativa di banche di ridotte dimensioni'. La disciplina, contenuta negli articoli da 168 a 175 del decreto, si applica alle banche diverse da quelle di credito cooperativo con attività totali pari o inferiori a 5 miliardi di euro sottoposte a liquidazione coatta

⁴⁶ Cfr. Competition Appeal Tribunal, 13 novembre 2020, causa N:1354/4/12/20, *JD Sports Fashion plc v. CMA*, par. 186.

⁴⁷ Caso M.9489, *Air Canada/Transat*

⁴⁸ Cfr. press release IP/20/934.

amministrativa ai sensi dell'articolo 80 del Testo unico bancario dopo l'entrata in vigore dello stesso decreto Rilancio.

In particolare, le disposizioni del decreto Rilancio consentono al Ministero dell'economia e delle finanze di concedere il sostegno pubblico ad operazioni di trasferimento a una banca acquirente di attività e passività, di azienda o rami d'azienda nonché di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco (c.d. compendio ceduto) di una banca in liquidazione coatta amministrativa.

In questo contesto, l'articolo 171, comma 4, dispone che la concentrazione derivante dall'acquisizione del compendio ceduto da parte della banca acquirente, purché non sia di dimensione comunitaria, "si intende autorizzata in deroga alle procedure previste dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale".

Ciò comporta che queste operazioni non sono soggette a notifica preventiva all'Autorità garante, anche qualora rientrassero nelle soglie di cui all'articolo 16 della legge n. 287/1990. Inoltre, non è previsto che l'Autorità valuti l'impatto di queste operazioni sulla concorrenza e possa indicare eventuali misure correttive.

In una segnalazione al Parlamento e al Governo su alcune criticità del Decreto Rilancio l'Autorità garante ha auspicato che questa disciplina, che ha natura permanente, venga rivista in modo più conforme a quanto previsto dall'articolo 25 della legge n. 287/1990, prevedendo che le operazioni rientranti nell'ambito di applicazione del controllo nazionale delle concentrazioni vadano comunque comunicate e che, nel disporre la relativa autorizzazione anche "in deroga", in virtù di rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, l'Autorità possa prescrivere eventuali misure correttive volte a ristabilire le condizioni di concorrenza⁴⁹.

Ricordiamo che l'articolo 25 della legge n. 287/1990 prevede che il Governo possa determinare in via generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'autorità può eccezionalmente autorizzare operazioni di concentrazione altrimenti vietate ai sensi dell'articolo 6 della medesima legge, purché le stesse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni della concorrenza non giustificate dagli interessi generali predetti. In questi casi, ai sensi della norma, l'autorità può comunque prescrivere le misure necessarie per ristabilire le condizioni di concorrenza entro un termine prefissato.

⁴⁹ AGCM, AS1684 – Osservazioni in merito alle disposizioni contenute nel decreto Rilancio, 7 luglio 2020.

La deroga introdotta dal Decreto Agosto

Un'ulteriore deroga, di natura temporanea, al regime ordinario di controllo delle concentrazioni è stata introdotta dall'articolo 75, commi 1-3 del decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 13 ottobre 2020 (c.d. decreto Agosto), con l'obiettivo di salvaguardare la continuità d'impresa in alcuni settori. La disciplina si applica alle concentrazioni non di dimensione comunitaria notificate all'Autorità garante entro il 31 dicembre 2020 e prevede che, ferme restando le disposizioni della legge n. 287/1990 che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso dominante, si intendono autorizzate in deroga alle procedure previste dalla legge n. 287/1990, in quanto "rispondono a rilevanti interessi generali dell'economia nazionale" le operazioni di concentrazione che riguardano imprese:

- operanti in mercati caratterizzati dalla presenza di: (i) servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici (ossia servizi nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto) ovvero (ii) servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 TFUE;
- che abbiano registrato perdite di bilancio negli ultimi tre esercizi e che, anche a causa degli effetti derivanti dall'emergenza sanitaria, potrebbero cessare le loro attività.

La formulazione della disciplina, rispetto a quella del decreto Rilancio, è maggiormente ispirata al modello tracciato dall'articolo 25 della legge n. 287/1990. Per beneficiare dell'autorizzazione in deroga è richiesto che le imprese interessate comunichino preventivamente le operazioni di concentrazione all'AGCM, unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali gravose per gli utenti in conseguenza dell'operazione. È previsto che l'Autorità, con propria deliberazione adottata entro 30 giorni dalla comunicazione, sentito il parere del MISE e dell'Autorità di regolamentazione del settore, prescriva tali misure con le modifiche e integrazioni ritenute necessarie a tutela della concorrenza e dell'utenza, tenuto conto anche della sostenibilità complessiva dell'operazione. In caso di inottemperanza, si applicano le sanzioni previste dall'art. 19 della legge n. 287/90.

3. Misure relative ai termini di pagamento delle sanzioni e revisione del regolamento di procedura

Già a inizio aprile 2020 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha adottato una comunicazione sull'interpretazione dell'articolo 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia) in relazione ai termini dei procedimenti e ai termini di pagamento delle sanzioni negli ambiti di propria competenza⁵⁰.

In particolare, in materia di concorrenza i termini per il pagamento delle sanzioni che scadevano nel periodo dal 23 febbraio al 15 maggio 2020 sono stati prorogati al 1° ottobre 2020. Per le sanzioni in materia di tutela del consumatore, il cui pagamento ai sensi dell'articolo 27, comma 13 del Codice del consumo deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica all'impresa del provvedimento, l'Autorità ha chiarito che il termine esecutivo era sospeso e avrebbe ricominciato a decorrere al termine della sospensione. Inoltre, per le sanzioni sia in materia di concorrenza che in materia di tutela del consumatore, per le quali è stata concessa la rateazione del pagamento, i termini delle rate che scadevano tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020 sono stati sospesi.

Nell'adunanza del 15 dicembre, riconosciuta la contrazione di entità eccezionale del prodotto interno lordo e il profondo impatto dell'emergenza sanitaria sul sistema produttivo italiano l'Autorità ha ritenuto necessario intervenire sui termini di versamento delle sanzioni la cui fissazione rientra nella sua discrezionalità, in linea con la ratio di provvedimenti legislativi a sostegno dei lavoratori e dei settori produttivi. Pertanto, l'Autorità ha deliberato che su istanza delle imprese i termini di pagamento delle sanzioni in materia di concorrenza sono prorogati al 30 aprile 2021, fatto salvo il pagamento degli interessi legali. Inoltre, per le sanzioni tanto di concorrenza quanto di tutela del consumatore per le quali è stata concessa la rateazione del pagamento, su istanza delle imprese interessate può essere ottenuta la sospensione di quattro mesi del piano di rateizzazione, fatta salva alla ripresa dei versamenti delle rate, la corresponsione degli interessi legali maturati sulle rate sospese⁵¹.

Da ultimo, nell'adunanza dell'AGCM del 22 dicembre 2020 è stato modificato il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità⁵² per quanto riguarda le modalità di svolgimento dell'audizione finale, in modo da consentirne il regolare funzionamento anche quando vi sono ostacoli all'organizzazione di incontri in

⁵⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/200401_new.pdf

⁵¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/comunicazione_proroga_sanzioni_18_dicembre.pdf.

⁵² Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, adottato con delibera del 24 maggio 2017, n. 26614.

presenza. Il nuovo comma 1-bis dell'articolo 19 del regolamento sancisce infatti che "in caso di impossibilità del Presidente o di uno dei componenti a partecipare fisicamente all'audizione finale o per ragioni eccezionali di tutela della salute pubblica l'audizione può svolgersi in modalità da remoto"⁵³.

⁵³ Provvedimento n. 28491, pubblicato nel Bollettino n. 51/2020.