

AGGIORNAMENTO DEL TOOLKIT ANTITRUST E NUOVI ORIZZONTI DELLA CONCORRENZA-MEZZO *

Di Enrico Camilleri

| 25

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *Le spinte all'aggiornamento del toolkit antitrust. Frammenti del dibattito europeo.* - 3. *La vicenda del caro voli e il Decreto asset.* - 4. *Il tool tra utilità astratta e vizi concreti. Spunti dai principali modelli continentali.* - 5. *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5 del D.lg. 104/23 convertito.* - 6. *Integrazione del toolkit e riorientamento teleologico dell'antitrust.* - 7. *Verso un nuovo equilibrio?*

ABSTRACT. Il saggio esamina l'aggiornamento del toolkit antitrust italiano introdotto con l'art. 1 del Decreto Asset (d.l. 104/2023), analizzandone la genesi legata alla vicenda del “caro voli” e alle sfide poste dalla collusione tacita algoritmica nei mercati digitali. L'autore sviluppa una serrata critica alla “via italiana” verso il New Competition Tool (NCT), denunciandone innanzitutto un vizio di metodo: l'estensione della portata della norma da settoriale a generale operata in via interpretativa dal Consiglio di Stato, definita un’“operazione manipolativa” che stravolge le scelte del legislatore e mina la certezza del diritto. Sul piano del merito, lo scritto evidenzia la vaghezza dei presupposti d'intervento e l'assenza di parametri certi per l'esercizio della discrezionalità dell'AGCM, criticità che hanno indotto il TAR Lazio a sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 97 Cost..

Oltre il rilievo critico, il contributo offre una prospettiva costruttiva inquadrando il nuovo strumento nel solco della “concorrenza-mezzo”. L'antitrust viene riletto come leva proattiva non più limitata alla sola efficienza economica, ma aperta all'integrazione di obiettivi non economici quali la sostenibilità ambientale, la tutela della privacy e il pluralismo. In tale ottica, l'autore suggerisce la necessità di un nuovo equilibrio che, recependo le sollecitazioni del Rapporto Draghi, sappia conciliare il benessere del consumatore con la competitività globale e l'autonomia strategica dell'Unione Europea. Il saggio conclude con l'invito a definire criteri di bilanciamento rigorosi (ispirati ai modelli tedesco e britannico) per evitare che le autorità di concorrenza cadano nella “tentazione del regolatore”, assicurando che i nuovi poteri siano sempre guidati dai principi di necessità, proporzionalità e sussidiarietà.

The essay examines the update to the Italian antitrust toolkit introduced by Article 1 of the “Asset Decree” (Decree-Law 104/2023), analyzing its origins in the “high airfares” controversy and the challenges posed by algorithmic tacit collusion in digital markets. The author develops a rigorous critique of the “Italian way” towards the New Competition Tool (NCT), first denouncing a methodological flaw: the extension of the rule's scope from sectoral to general, enacted through an “interpretative creation” by the Council of State, which is described as a “manipulative operation” that overrides legislative intent and undermines legal certainty. Regarding the merits, the paper highlights the vagueness of the grounds for intervention and the lack of clear parameters for the AGCM's discretionary powers, issues which prompted the Lazio Regional Administrative Court to raise a question of constitutional legitimacy under Articles 3 and 97 of the Italian Constitution.



Beyond these criticisms, the contribution offers a constructive perspective by framing the new tool within the evolving concept of “competition-as-a-means”. Anti-trust is reinterpreted as a proactive lever, no longer confined to economic efficiency alone but open to integrating non-economic objectives such as environmental sustainability, privacy protection, and pluralism. In this view, the author suggests a “new balance” that incorporates the findings of the Draghi Report to reconcile consumer welfare with global competitiveness and the strategic autonomy of the European Union. The essay concludes by advocating for rigorous balancing criteria—inspired by the British and German models—to prevent competition authorities from falling into the “regulator’s trap,” ensuring that new powers remain bound by the principles of necessity, proportionality, and subsidiarity

1. Premessa

Con l'art. 1 del c.d. Decreto Asset (decreto-legge 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136) anche il nostro legislatore ha provveduto ad integrare lo strumentario antimonopolistico municipale, analogamente a quanto già avvenuto nella più parte degli ordinamenti continentali, incluso quello tedesco, con l'XI emendamento al GWB.

Determinante è stata la vicenda del “caro voli” da e per le due Isole maggiori, epifenomeno - almeno così si sarebbe detto fino al dicembre 2025¹ - della crescente digitalizzazione dei mercati. Di qui l'opzione per un *new competition tool*, come lo si è definito riprendendo un'espressione emersa già in sede unionale², che consentisse di colmare lo scarto tra, da un canto, categorie e arsenale del diritto della concorrenza e, dall'altra, le nuove sfide poste dai mercati digitali per lo più attraverso la trimurti piattaforme-dati-algoritmi³.

Quanto proverò tuttavia ad argomentare è che in sé considerato, astraendo dalle molte criticità che ne segnano l'ordito e su cui è stata ora sollevata questione di legittimità costituzionale dalla I sezione del TAR Lazio (ord. n. 2796/2026 del 13.02.26), lo strumento di nuovo conio costituisca spia ennesima di una rimeditazione in chiave proattiva del ruolo dell'antitrust, leva inedita, insieme ad altre, per assolverlo, nonché potenziale grimaldello per la promozione di istanze non strettamente riconducibili al metro economico, incluse quelle che si suole ricomprendere nella formula di sintesi della “sostenibilità”

Ben al di là della risalente e ciclica disputa sugli scopi del diritto della concorrenza⁴ è del resto opinione sempre più diffusa, a livello europeo, che non alla sola efficienza economica dei mercati debba intendersi vocato l'impianto antimonopolistico, bensì innanzitutto alla tutela di taluni principi del costituzionalismo liberale, quali libertà di impresa (/diritto di accesso al mercato), pluralismo e libertà di informazione, diritto alla *privacy*; e che dunque, a maggior ragione a tale stregua, di quell'impianto occorra allora

*Lo scritto costituisce rielaborazione dell'intervento dal titolo *Toolkit antitrust e digitalizzazione dei mercati: la vicenda del caro voli*, svolto al Convegno *La disciplina di parte generale dei contratti dell'impresa - Digitalizzazione e sostenibilità dell'impresa*, tenutosi a Milano e Brescia nei giorni 23 e 24 ottobre 2025.

¹ Vedi *infra* par. 5.

² Il riferimento è evidentemente all'*Impact Assessment for a New Competition Tool* ((PI_COM_Ares (2020)2877634), lanciato dalla Commissione europea nel 2020.

³ Su cui vedi per tutti già M. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 337 ss.

⁴ Per una esaustiva panoramica cfr. R. WHISH - D. BAILEY, *Competition law*, 11^a ed., Oxford, 2024, 17 ss. Tra i lavori più recenti v. M. STEINBAUM – M.E. STUCKE, *The effective competition standard: a new standard for antitrust*, in *U Chi L Rev.*, 2019, 86, 595; M. IACOVIDES – K. STYLIANOU, *The goals of EU competition law – a comprehensive empirical investigation*, in *Legal Studies*, 2022, 42, 4, 620.



ripensare tecniche e mezzi di attuazione, sempre più aprendo a misure cogenti che investano condotte e/o assetti di mercato⁵.

Che di qui passi o meno l'esordio di una terza generazione del diritto della concorrenza⁶, resta intanto la linea di tendenza da cogliere, di crescente integrazione, entro il telaio interpretativo delle regole concorrenziali, di valori, bisogni e problemi riconducibili ad un perimetro esteso di politiche dell'Unione⁷, incluse quelle di protezione dell'ambiente, promozione del progresso sociale e di un modello di sviluppo economico che concili utilizzo attuale di risorse e con chance di accesso ad esse da parte delle generazioni future⁸.

2. Le spinte all'aggiornamento del toolkit antitrust. Frammenti del dibattito europeo.

Come già anticipato, molti dei sistemi antimonopolistici continentali si sono dotati, in tempi recenti, di nuovi strumenti per esercitare la propria azione di controllo dei e sui mercati, o per meglio dire hanno integrato il proprio toolkit attraverso dispositivi che ricalcano quello da tempo sperimentato nel Regno Unito, con le *market investigations* della Part. IV dell'UK Enterprise Act del 2002, modificato dall' *Enterprise and Regulatory Reform Act* del 2013⁹: indagini conoscitive che, in determinate circostanze e condizioni, possono condurre la *National Competition Authority* procedente all'adozione di misure comportamentali o strutturali nei confronti di una o più imprese.

⁵ Cfr. da ultimo P. MANZINI, *La nuova anima costituzionale del diritto antitrust europeo*, in *Eurojus*, 2025, 4, 440 ss.; in tale direzione v. altresì già M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato conc. reg.*, 2020, 235 ss.

⁶ Così segnatamente A. KUENZLER, *Third-generation competition law*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, 11, 133-141.

⁷ Cfr. da ultimo J. HAUCAP - A. RÖSNER - R. PODSZUN - T. ROHNER, *Competition and sustainability: economic policy and options for reform in antitrust and competition law*, Cheltenham, 2024; O. PALLOTTA, *Le funzioni dell'antitrust (alla prova di resistenza dell'Unione europea)*, in *Un. europea e diritti*, 2025, 327 ss. ma spec. 348. Analoga impostazione era già stata abbracciata, fra gli altri, da S. MARINO, *La valorizzazione dello sviluppo sostenibile nella politica di concorrenza dell'Unione europea*, in *Dir. Unione eur.*, 2022, 634 ss.

⁸ Giova sin d'ora richiamare le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (Comunicazione 2023/C 259/01) che al § 517 riconducono al paradigma della sostenibilità le *attività a sostegno dello sviluppo economico, ambientale e sociale (compresi i diritti del lavoro e umani)*, aggiungendo come la nozione di obiettivi di sostenibilità comprenda «a titolo esemplificativo ma non esaustivo, il contrasto dei cambiamenti climatici (ad esempio attraverso la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra), la riduzione dell'inquinamento, la limitazione dell'uso delle risorse naturali, la difesa dei diritti umani, la garanzia di un reddito dignitoso, la promozione di infrastrutture resilienti e dell'innovazione, la riduzione dei rifiuti alimentari, l'agevolazione del passaggio ad alimenti sani e nutrienti, la garanzia del benessere degli animali, ecc.».

⁹ Su cui si rinvia per tutti a R. WHISH, *New Competition Tool: Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems with a particular focus on the UK's market investigation tool. Expert study*, disponibile all'indirizzo 2020 New Competition Tool - Competition Policy - European Commission.

Al di là dei tratti di dettaglio che caratterizzano le singole soluzioni nazionali, comune ad esse può ben dirsi la matrice della spinta che ha portato a sperimentarle, costituita dalla presa d'atto della insufficienza dello strumentario tradizionale (antitrust) a raccogliere le sfide e ad affrontare i problemi posti alle dinamiche di mercato soprattutto dal digitale. Una constatazione di inadeguatezza, questa, emersa per vero innanzitutto su scala unionale, come è dato ricostruire attraverso il rinvio ad alcuni documenti che, in fasi e con finalità diverse, hanno scandito altrettante tappe di una più articolata riflessione sul futuro del diritto continentale della concorrenza e sulle aree di suo necessario aggiornamento.

Il punto di partenza dell'itinerario cui si allude non può che individuarsi nell'*Impact Assessment for a New Competition Tool* (PI_COM_Ares (2020)2877634), iniziativa lanciata dalla Commissione europea nel 2020, parallelamente a quella sul *Digital Services Act ('DSA') package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers* (Ref. Ares(2020)7629347)¹⁰.

È noto come si sia poi scelto di accantonare il primo progetto e coltivare invece unicamente il secondo, approdato al varo dei due Regolamenti DMA e DSA¹¹; resta tuttavia la ricca messe di riflessioni raccolte nel quadro della valutazione di impatto sul New Competition Tool e, in particolare, la messa a fuoco di due macro-categorie di problemi: da una parte, quella concernente i rischi strutturali per la concorrenza, derivanti dalle caratteristiche di taluni mercati e da determinate condotte dei *player* che vi operano; dall'altra, quella rappresentata dai rischi connessi alla mancanza strutturale di concorrenza, associabile a fallimenti di mercato quali la presenza di barriere all'ingresso, effetti leganti o elevate concentrazioni, specie in abbinamento a strategie *algorithm-based*.

Di entrambe queste aree critiche si era rintracciato comune epicentro nell'impatto del digitale, o per meglio dire di *algorithm based technological solutions*, scaturigine di assetti spesso oligopolistici e di elevati rischi di collusione tacita, quando non di pratiche distorsive di impedimento/sfruttamento; soprattutto, però, si era evidenziata la necessità di rivedere, ampliandolo, lo strumentario antimonopolistico tradizionale¹².

Chiarissimo, in tale direzione, uno dei pareri accademici acquisiti dalla Commissione, vale a dire quello a firma di Motta e Peitz, intitolato *Intervention triggers and underlying theories of harm. Expert advice for the Im-*

¹⁰ Tutti i documenti indicati nel testo sono reperibili all'indirizzo https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-new-comp-tool_en.

¹¹ Il Regolamento UE 2022/1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, che modifica le Direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE e il Regolamento UE 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la Direttiva 2000/31/CE. Entrambi questi testi rientrano nella c.d. *Digital Agenda*, presentata con la Comunicazione della Commissione europea, COM/2010/0245final, seguita poi dalla Comunicazione «*Shaping Europe's digital future*», COM/2020/67 final.

¹² Particolarmente interessante risultano le osservazioni dell'*Economic Advisory Group on Competition Policy* (EAGCP) nonché al documento riassuntivo *Summary of the contributions of the national competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool*, disponibile sul sito ufficiale della Commissione all'indirizzo https://competitionpolicy.ec.europa.eu/system/files/202103/summary_contributions_NCAs_responses.pdf

*pact Assessment of a New Competition Tool*¹³: “under some circumstances markets do not perform as they should (...) this may be due to features of the market which are not necessarily the making of firms (but that certain firm conduct may exacerbate) – and hence cannot be addressed by traditional competition law tools – or by some practices which are undertaken by the existing firms but for some reasons competition law and practice may not address them, or may do so only partially. In these situations, which may arise in very different industries and not only in digital ones, an NCT may be a possible instrument to remedy the competition problem”.¹⁴

La seconda tappa rilevante da richiamare è senz’altro costituita dal *Commission Staff Working Document*, dedicato alla valutazione sullo stato di applicazione del reg. CE 2003/1 (e del reg. CE 2004/773) e pubblicato nel settembre del 2024, largamente poi ripreso nei contenuti dal più recente rapporto Whelan - Grimaldi Alliance- Nera, intitolato *Ex post evaluation of the implementation and effectiveness of EU antitrust remedies*, commissionato dalla DG Comp e pubblicato nel febbraio 2025¹⁵. Giusto nel *working document* della Commissione viene sottolineato come la digitalizzazione dell’economia sempre più metta in luce i limiti dell’apparato rimediare dell’antitrust e dei tempi delle classiche procedure di indagine: *While competition policy remains crucial in enforcing fair play in the digital economy, the economy’s digitalisation has highlighted a potential and increasing tension between the need for fast intervention on the one hand and the average duration of antitrust proceedings on the other, together with concerns on the effectiveness of the Commission’s investigative tools*¹⁶.

La medesima impostazione è infine rinvenibile – e siamo così alla terza ideale tappa da considerare – nel c.d. Rapporto Draghi, intitolato *Il futuro della competitività europea*, pubblicato nel 2024.

In esso viene, infatti, espresso l’auspicio che l’apparato normativo del diritto europeo della concorrenza sia reso più agile e posto in sintonia con l’evoluzione del pensiero economico nell’era digitale, *integrando nelle valutazioni complessive sul benessere dei consumatori, anche concorrenza potenziale e innovazioni future, insieme a impatto dei prezzi e qualità*¹⁷. Soprattutto però, almeno dal punto di vista che ci occupa, viene sollecitata l’adozione di un *New Competition tool* europeo, scorgendovi il complemento necessario di un arsenale tradizionale in affanno, specie nell’intercettazione di condotte o scenari che le tecnologie digitali invece propiziano, sotto forma di moltiplicazione dei fallimenti di mercato e di manifestazioni di potere privato assai perniciose, stante l’effetto combinato di

¹³ Anch’esso reperibile sul sito istituzionale https://competition-policy.ec.europa.eu/about/reaching-out/online-expert-workshop-antitrust-remedies_en

¹⁴ M. MOTTA e M. PEITZ, *Intervention triggers and underlying theories of harm. Expert advice for the impact assessment of a new competition tool*, nt. 13, 48.

¹⁵ Accessibile al sito istituzionale https://competition-policy.ec.europa.eu/about/reaching-out/online-expert-workshop-antitrust-remedies_en

¹⁶ Cfr. SWD (2024) 216 final, § 3.3.1, 36.

¹⁷ Cfr. Il futuro della competitività europea, Part. B, II, § 4, 327.

economie di scala, effetti di rete, principio del *winner takes all*, *tipping effects* e barriere all'ingresso¹⁸.

Ora, ripiegando sulla prospettiva domestica da cui prendono spunto queste note, mette conto sottolineare come sia stata proprio l'articolata riflessione di cui si è detto a generare, nonostante la scelta di non dar più seguito all'Impact Assessment del 2020, degli spill-over nazionali del progetto di New Competition Tool, dando precisamente la stura, in tempi e modalità diverse, alla introduzione del nucleo essenziale di quello stesso progetto nei principali ordinamenti nazionali, incluso quello italiano.

3. La vicenda del caro voli e il Decreto asset.

Invero, l'adozione del *new competition tool* in Italia risulta strettamente legata ad una ben precisa vicenda che, almeno sino alle conclusioni raggiunte dalla recente indagine conoscitiva AGCM (dicembre 2025), si sarebbe detta paradigmatica delle distorsioni degli assetti di mercato imputabili alla digitalizzazione.

Il riferimento è al caso giornalisticamente denominato del “caro voli”, riassumibile in ciò, che sin già dal 2022 il mercato domestico del trasporto aereo passeggeri ha preso a far registrare un periodico allineamento al rialzo delle tariffe nei collegamenti da e per le due Isole maggiori, specie in corrispondenza delle festività natalizie o della stagione estiva. In pratica, gli effetti economici tipici di un'intesa, non accompagnati tuttavia dagli elementi giuridici di questa, ricorrendo semmai semplici condotte unilaterali di *revenue management* o al più, come poi concluso dall'AGCM nell'ambito di apposita istruttoria¹⁹, forme di collusione tacita (algoritmica)²⁰, estranea all'orizzonte applicativo dell'art 101 TFUE (così come dell'art 2, legge 287/1990), alla stregua di una univoca giurisprudenza della Corte di Giustizia, ribadita ancora nel 2023 con la decisione *Super Bock Bebidas*²¹.

Ora, al netto della più chiara comprensione del fenomeno, raggiunta solo con l'indagine conclusasi nel 2025, va detto come la non censurabilità di politiche formalmente riconducibili all'autonomia di ciascuna impresa, quantunque inserite in uno scenario di allineamento dei prezzi in tutto e per tutto sovrapponibile a quello ordinariamente orchestrato mediante cartello, offre

¹⁸ Su tali temi e sulle direttrici di azione che essi suggeriscono, lo stesso Draghi è peraltro tornato ad insistere in occasione della “*High-level conference to review the Commission's progress in implementing the recommendations set out in Draghi's report on the future of European competitiveness*”, tenutasi a Bruxelles il 16 settembre 2025 ad un anno esatto dalla pubblicazione del Rapporto https://commission.europa.eu/topics/competitiveness/draghi-report/one-year-after_en

¹⁹ Cfr. il Provvedimento n. 30408 (Boll. 46/2022) di avvio dell'istruttoria per i prezzi dei biglietti aerei da e per la Sicilia nel periodo natalizio, nei confronti di *EasyJet Airline - Company Limited*, Italia Trasporto Aereo S.p.a. (ITA), *Ryanair DAC*, e *Wizz Air Hungary*. L'istruttoria è stata poi chiusa con il Provvedimento n. 31014 del 19.12.2023 (Boll. 1/2024).

²⁰ Su cui si veda una sintesi riepilogativa del dibattito dottrinale e degli sviluppi giurisprudenziali in C. CARLI, *Collusione algoritmica: ancora science fiction per l'“enforcement” antitrust?*, in *Mercato conc. reg.*, 2025, 541 ss.

²¹ C. giust. UE, 29 giugno 2023, causa C-211/22, *Super Bock Bebidas SA*, §§ 48 e 49.

un chiaro spaccato di cosa debba intendersi per scarto tra categorie antimonopolistiche e trasformazione degli assetti di mercato, dettata dal fattore digitale.

È infatti spesso proprio l'impiego degli algoritmi a consentire il conseguimento di un effetto economico di tipo collusivo, che tuttavia si sottrae al riscontro della *volontà comune di comportarsi sul mercato in un determinato modo*, richiesta invece dalla giurisprudenza europea perché possa invocarsi l'art 101 TFUE²²; ricorre in pratica qualcosa di assai prossimo a quanto verificatosi sul fronte del mercato bancario, in Gran Bretagna prima, e in Germania poi, con la *Retail banking market Investigation*²³, condotta nel 2016 dalla *Competition and Markets Authority* britannica e i casi *Sofort AG* ed *Apple Pay*²⁴, che hanno impegnato invece il *Bundeskartellamt*. Vincendo, infatti, parimenti integranti variazioni sul tema della inadeguatezza dell'apparato antitrust ad intercettare nuove tipologie distorsive della dinamica competitiva originate dalla bisezione della frontiera tecnologica del digitale.

Di qui, appunto, la scelta del nostro legislatore di intervenire con il c.d. decreto Asset (d.l. 104/2023), successivamente convertito nella legge 136/23, contenente un compendio di misure sostanziali e procedurali/rimediali, dettate in risposta specifica al problema prima descritto, ben delimitato sotto il profilo tematico.

Sul versante sostanziale, infatti, l'art. 1, comma 1 del provvedimento varato estende l'applicabilità degli artt. 2 e 3 l. n. 287/90 al «coordinamento algoritmico delle tariffe praticate dalle compagnie nel settore aereo» che facilitino, monitorino o attuino un'intesa restrittiva della concorrenza, ovvero ai casi di fissazione del livello dei prezzi «attraverso un sistema di gestione dei ricavi» che integrino abuso della posizione dominante. L'AGCM potrà tener conto della circostanza che tali condotte riguardino in particolare il mercato delle «rotte nazionali di collegamento con le Isole», durante «un periodo di picco di domanda legata alla stagionalità» o «in concomitanza con uno stato di emergenza nazionale», e che da esse derivi un aumento del prezzo del biglietto superiore al 200% del suo valore medio (comma 2°).

Limitatamente poi alle sole rotte per le Isole maggiori e per i periodi di picco della domanda, è fatto divieto di determinare tariffe di prezzo attraverso «procedure automatizzate», basate «su attività di profilazione web» o «sulla tipologia dei dispositivi elettronici utilizzati per le prenotazioni», rendendo a tal fine applicabile la disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18-27 c.cons., (art. 1, comma 3°, decreto 104/23).

A questa prima parte, appunto sostanziale, ne segue poi una propriamente rimediale, con l'attribuzione all'AGCM della possibilità di avviare indagini conoscitive su un determinato mercato e, una volta riscontrate dinamiche

²² Cfr. causa C-211/22, (n. 17), § 47, ma già C. giust. UE, 18 novembre 2021, causa C-306/20, *Visma Enterprise*, § 94.

²³ Il *Final Report* della indagine condotta dalla CMA è disponibile all'indirizzo <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf>

²⁴ Su cui sia consentito rinviare a E. CAMILLERI, *Settore dei pagamenti, neobanks e frizioni concorrenziali*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 969 ss. ma spec. 977 ss.

anche solo potenzialmente distorsive della concorrenza, precisamente problemi concorrenziali che ostacolino o distorcano il corretto funzionamento del mercato con pregiudizio per i consumatori, del potere di «imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza». Dunque, nessun accertamento di infrazione, nessuna individuazione di impresa/e responsabile/i per dolo o colpa, nessuna irrogazione di sanzioni epperò, appunto, misure comportamentali o strutturali.

Seguono, sempre nel corpo del provvedimento in esame, ulteriori indicazioni di “accompagnamento” alla eventuale somministrazione delle misure previste; parametri di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità, quali la necessità di tenere in considerazione, fra l'altro, la struttura del mercato e le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi.

Così riassunti i contenuti del dispositivo di nuovo conio, deve però subito sottolinearsi che, per quanto tutto nella disposizione che lo ha introdotto rimandi al mercato del trasporto aereo e unicamente ad esso, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi su in sede consultiva, abbia ritenuto che la stessa fosse da intendere come dotata di vocazione generale²⁵, in forza del primato da assegnare a valutazioni di carattere sistematico sul dato letterale, con buona pace dei canoni dettati dall'art 12 preleggi. Centrale, nella valutazione dei giudici amministrativi, è risultata la considerazione secondo cui, essendo determinati connotati “strutturali” – quelli, per intenderci, che sfuggono alla capacità di cattura delle fattispecie antimonopolistiche, a partire dalla collusione tacita - non esclusivi del solo mercato del traffico aereo passeggeri, bensì riscontrabili anche in diversi ambiti merceologici, sarebbe indebito circoscrivere lo strumento delle indagini conoscitive seguite da misure comportamentali/strutturali, unicamente all'uno e non anche agli altri, giacché anzi ne deriverebbe una irragionevole disparità di trattamento.

Non ho il tempo naturalmente di soffermarmi qui sulle riserve che da subito questa interpretazione creatrice dei giudici amministrativi ha sollevato; rinviando a quanto già osservato in altra sede²⁶, mi limito a sottolineare la precarietà delle pretese indicazioni sistematiche che militerebbero nella direzione della necessaria vocazione generale della norma. Si dà infatti per acquisito e provato quel che provato non è, vale a dire che la settorialità della disposizione non sia da leggere come scelta politica ben precisa bensì come omissione, non opzione di cui prendere atto bensì lacuna da colmare.

Non coglie poi nel segno neppure l'argomento “comparatistico”, parimenti invocato dai giudici di Palazzo Spada. È sì vero che in altri ordinamenti sono presenti dispositivi sostanzialmente sovrapponibili a quello de-

²⁵ Cfr. C. St., sez. I, 29 gennaio 2024, n. 61, affare consultivo n. 1388/2023, in www.giustizia-amministrativa.it/

²⁶ Cfr. M. LIBERTINI, *L'introduzione in Italia del “New Competition Tool” (all'insaputa del legislatore)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 36 ss., R. PARDOLESI - S. PAGLIANTINI, *Da Twining a Austin: come far cose con regole o con parole? Sui nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro it.*, 2024, III, 75; E. CAMILLERI - A.J. THOM, *La via italiana al New Competition Tool: rilievi critici di merito e metodo*, in *Nuove leggi civili*, 2025, 1 ss.



scritto – da ultimo, come ricordato, quello consegnato ai §§ 32e e 32f del GWB ; tuttavia, non soltanto la loro portata generale rimonta a scelta esplicita dei rispettivi legislatori ma, soprattutto, precisi risultano i paletti assegnati all’azione delle NCAs interessate, chiari i presupposti, le finalità e i contenuti delle misure adottabili e così pure la indicazione di sussidiarietà dei provvedimenti di tipo strutturale rispetto a quelli di tipo comportamentale.

4. Il tool tra utilità astratta e vizi concreti. Spunti dai principali modelli continentali

Nel complesso, la via italiana al *New Competition Tool* credo presenti due vizi di fondo. Il primo, inemendabile, attiene al metodo seguito per pervenirvi, ossia quello di un incongruo intervento pretorio, che ha stravolto le scelte politiche compiute dal legislatore²⁷; il secondo è invece di merito e riguarda – oltre al profilo della portata applicativa, cui ho prima fatto cenno – la fisionomia data al nuovo strumento.

Rimangono infatti oscuri aspetti cruciali quali le condizioni di avvio delle indagini e soprattutto l’orizzonte teleologico alla cui stregua valutarne gli esiti; il criterio di preferenza tra le diverse opzioni rimediali somministrabili (comportamentali o strutturali), la eventuale graduabilità degli effetti delle stesse, la tendenziale (ir)reversibilità delle misure di carattere strutturale, la sussidiarietà o meno del *tool* rispetto alla classica procedura di accertamento di infrazioni, nonché rispetto alla regolazione settoriale. E ancora, il tema di adeguatezza dei presidi a tutela del diritto di difesa, tanto delle imprese destinatarie, quanto delle imprese coinvolte solo di riflesso dalle indagini.

Beninteso, va detto che in astratto l’utilità di una tecnica come quella del NCT, ossia di indagini conoscitive eventualmente seguite poi da misure preventive/correttive, è per molti versi indubbia²⁸.

Lo confermano in fin dei conti proprio gli approfondimenti condotti sul “caro voli” nel mercato domestico di trasporto aereo, seguito del procedimento istruttorio già prima ricordato. L’indagine avviata dall’Agcm nel 2024 – e poi conclusasi nel dicembre 2025 - ha infatti consentito di pervenire ad una migliore comprensione del funzionamento del mercato indagato, evidenziando come i sistemi di *revenue management* utilizzati dalle diverse compagnie aeree siano ancora «fondamentalmente basati su logiche di tipo “tradizionale”, che sostanzialmente consistono nella definizione preventiva, da parte del management aziendale, di una serie di classi tariffarie e nella successiva assegnazione dei biglietti a una di tali classi sulla base dell’andamento della domanda e del load factor», senza viceversa massiccio

²⁷ Vedi le valutazioni già espresse in E. CAMILLERI - A.J. THOM, *La via italiana al New Competition Tool*, cit., 12 e ss.

²⁸ Cfr. M. MOTTA, M. PEITZ, H. SCHWEITZER (Eds.), *Market investigations: a New Competition Tool for Europe?*, Cambridge, 2022. Vedi altresì il paper di A. FLETCHER, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?* (6th August 2020), in ssrn.com, incentrato sulla esperienza britannica ma basato su argomenti (e i caveat sui necessari bilanciamenti) destinati ad essere replicati in relazione ad altri contesti nazionali nonché sulla scala unionale.

impiego di tecniche di Intelligenza Artificiale (IA) e di Machine Learning (ML)²⁹.

In pratica, quanto era stato ritenuto sulle prime malcelare l'ombra lunga e distorsiva della collusione algoritmica tacita si è rivelato non essere tale, bensì il frutto di una convergenza realmente spontanea delle politiche d'impresa, propiziata da certe caratteristiche del mercato considerato³⁰.

Sulle prime si potrebbe aver buon gioco nell'osservare che a conclusioni del genere si sarebbe comunque potuti pervenire agevolmente mediante le indagini conoscitive "semplici", di cui all'art. 12 della legge 287/1990. Per quanto controfattuale possa apparire la replica, credo tuttavia che, laddove le risultanze dell'indagine fossero state tali da confermare i sospetti della prima ora, vale a dire il prodursi di effetti economicamente collusivi, imputabili all'impiego di algoritmi di prezzo, la possibilità di adottare immediatamente contromisure di tipo comportamentale o strutturale avrebbe consentito di conseguire un intervento, correttivo e preventivo insieme, di certo qualitativamente più mirato e temporalmente più tempestivo della consueta reazione repressiva di comportamenti devianti, tanto più considerato che il *proprium* dei mercati digitali è che assai spesso la formazione di posizioni di forza divenga non più scalfibile ed il mercato nel suo complesso non più contendibile.

Non sull'*an* dello strumento varato, mi pare in buona sostanza si possa nutrire riserva, semmai sulla sua fisionomia.

Ed invero, l'assenza di adeguata puntualizzazione normativa circa presupposti e obiettivi dell'azione dell'Autorità vulnera certezza e prevedibilità, corollari ineludibili e coessenziali del principio di legalità. Riecheggia inoltre il monito già espresso dall'AG Pitruzzella nelle conclusioni della causa *Groupo Canal* + (riguardante però le decisioni con impegni), riguardo alla necessità di "evitare che la Commissione e le Autorità nazionali cadano nella tentazione del regolatore", indirizzando la propria azione non già alla correzione di distorsioni concorrenziali, bensì al perseguimento di una determinata forma delle relazioni economiche nel mercato"³¹.

La stessa Autorità garante ha in parte provato a mitigare tali preoccupazioni, attraverso la Comunicazione del maggio 2024, con cui ha dettato uno schema procedimentale relativo «all'applicazione dell'articolo 1, comma 5,

²⁹ Cfr. indagine conoscitiva IC56 *Algoritmi di prezzo nel trasporto aereo passeggeri sulle rotte nazionali da e per la Sicilia e la Sardegna - Rapporto finale 16 dicembre 2025*.

³⁰ È semmai emersa una scarsa trasparenza relativa alla comparazione delle tariffe, risultando infatti particolarmente complesso, per i singoli consumatori, comparare – tra le diverse offerte di mercato – prezzi *bundled* (inclusivi cioè di servizi accessori) e *unbundled*, sottolineando, l'AGCM, l'opportunità di un intervento sulle attuali modalità di presentazione dei prezzi nei siti web dei vettori, ad esempio «valutando la possibilità di anticipare nella prima pagina di esito della ricerca, contestualmente all'indicazione del prezzo del volo, il prezzo (*unbundled*) di uno o più tra i principali servizi accessori al volo (bagaglio in stiva, bagaglio in cappelliera, scelta del posto)», tanto più alla luce del Regolamento (CE) n. 1008/2008 – in fase di revisione – secondo cui il prezzo finale delle tariffe aeree passeggeri e merci disponibili al pubblico deve essere sempre indicato, compresi tutti gli elementi di prezzo inevitabili e prevedibili, *ibid.*, par. 424-432.

³¹ Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. Pitruzzella, causa C-132/19 P, *Groupo Canal*+, § 68.

d.l. 104/23»³². Vi si colgono innegabilmente taluni segnali intesi ad una sorta di *self restraint*, di auto-limitazione circa l'esercizio delle prerogative attribuite dalla norma che ci occupa; si tratta, nondimeno, di elementi non da soli sufficienti a fugare del tutto i dubbi che la norma medesima solleva.

Basti dire che, per quanto l'art. 1 comma 5 decr Asset sia chiaro nel dare centralità al pregiudizio per i consumatori quale tratto distintivo della distorsione concorrenziale da rilevare, perno dunque della *theory of harm* da imbastire (ancorché qui solo prospetticamente), la Comunicazione del maggio 2024 sembra legittimare anche diversi orizzonti teleologici, descrivendo quello stesso pregiudizio quale obiettivo solo prioritario (e non anche esclusivo) dell'esercizio dei nuovi poteri: *l'esercizio dei nuovi poteri di cui al Decreto Asset- si legge nella sezione della Comunicazione dedicata ai Principi applicativi - e segnatamente l'adozione di misure rimediali, nell'ambito della discrezionalità di cui gode l'Autorità sarà prioritariamente orientato ai casi in cui l'Autorità ritenga che i problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori siano significativi e persistenti.*

Come meglio si chiarirà in prosieguo, non si tratta di negare che un più articolato scenario finalistico informi – e da tempo – l'*ubi consistam* del diritto della concorrenza; d'altra parte è fatale che, per le sue caratteristiche, il new competition tool si presti a realizzare anche una specifica torsione dell'antitrust in direzione di obiettivi differenti da quelli di mera efficienza, la si intenda come *consumer welfare* in senso stretto o, più plausibilmente, come *total welfare*. Altro è però che ciò accada in forza di un chiaro avallo legislativo o di quantomeno di una previsione sufficientemente elastica; altro è che avvenga invece nonostante una indicazione normativa specifica, come quella di cui si è detto (*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcano il corretto funzionamento del mercato con pregiudizio per i consumatori*).

Un diverso approdo sarebbe stato certamente conseguibile guardando più attentamente anche solo ai paradigmi inglese e tedesco, nei quali una chiara individuazione – seppur non esaustiva - dei rimedi somministrabili, convive con precise indicazioni sui presupposti della loro somministrazione e sulle finalità in funzione delle quali ricorrervi, all'insegna dei principi guida di necessità, proporzionalità e sussidiarietà.

La disciplina britannica (cfr. par. 2.1 delle Guidance on making references)³³ fa ad esempio palese come la discrezionalità della CMA nell'avviare e condurre le investigazioni resti soggetta alla circostanza che non sia ritenuto più appropriato applicare il Competition Act e dare così corso alla classica sequenza “accertamento dell'infrazione-sanzione” o che non appaia comunque preferibile promuovere l'assunzione di impegni da parte delle imprese coinvolte ovvero adottare una linea attendista. Come bene evidenziato nel parere di Whish, prima richiamato, *investigations in which an ad-*

³² Cfr. Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 1, co. 5, d.lg. 10 agosto 2023, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 9 ottobre 2023, n. 136, adottata con provvedimento n. 31190 del 7 maggio 2024 (Boll. n. 19/2024)

³³ Cfr. *Market investigation references. Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act, OFT*

*verse effect on competition has been identified involved markets where the detriment to competition was attributable to factors such as, for example, the oligopolistic structure of the market, switching inertia by consumers or governmental policy and economic regulation: these are not issues that could be addressed under the antitrust provisions in the Competition Act. The Competition Act seeks to suppress behaviour that violates the Chapter I and II prohibitions; Part 4 of the Enterprise Act takes a holistic view of markets and is intended to identify forward-looking remedies that will deliver better outcomes for consumers.*³⁴

Volgendo invece lo sguardo ai §§ 32e e 32f GWB³⁵, l'adozione delle *Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung* viene legata alla sussistenza di una significativa e persistente perturbazione concorrenziale, per il riscontro della quale occorre evidenza di (i) un potere unilaterale di offerta o domanda (conseguente anche ad elevata concentrazione del mercato), (ii) barriere di accesso al mercato o switching costs, (iii) condotte coordinate degli operatori, ovvero di (iv) accordi verticali con effetti di foreclosure (cfr. art 32f, comma 5, GWB).

Quanto inoltre ai contenuti possibili delle misure adottabili, queste possono consistere, sul fronte comportamentale, in obblighi a contrarre riguardanti ad esempio l'accesso a dati, interfacce, reti o altre strutture, così come in prescrizioni contenutistiche, vincoli di istituzione di norme e standard trasparenti, non discriminatori e aperti, divieto di divulgazione unilaterale di informazioni che incoraggino comportamenti paralleli tra imprese ecc. Sul versante, invece strutturale, stando al § 32f, comma 3°, n. 6, GWB, possono annoverarsi prescrizioni di separazione contabile o organizzativa, nonché l'ulteriore opzione concernente l'obbligo di vendita di azioni o attività, che è possibile imporre a carico di imprese in posizione dominante, sempre nel rispetto dei canoni di adeguatezza e proporzionalità.

In pratica, guardando in particolare all'impianto dell'intervento legislativo tedesco, tutto puntualmente milita nel senso di uno strumento del quale siano chiari presupposti di impiego, delimitato lo spazio di azione e soprattutto prevedibili gli esiti, gli scenari effettuali.

Vi è di più. Ove si volesse completare la disamina di quell'orizzonte slargato di modelli cui il Consiglio di Stato ha fatto mostra di attribuire rilievo, dovrebbe aggiungersi che già il regolamento 1/03, all'articolo 7, conosce le misure comportamentali o strutturali, assumendole tuttavia a mo' di seguito di un'infrazione degli artt. 101 e 102 TFUE già accertata, piuttosto che di una indagine conoscitiva³⁶. Ebbene, in quest'ottica non è secondario notare come per i rimedi strutturali sia lo stesso testo normativo ad esplicitare un'indicazione di sussidiarietà rispetto a quelli comportamentali (ex art

³⁴ Cfr. R. WHISH, *op. ult. cit.*, § 3.11

³⁵ Su cui v. per tutti J.-U. FRANCK - M. PERITZ, *Germany's new competition tool: sector inquiry with remedies*, in *J. Eur. Compet. Law Pra.*, 2024, 15, 515 ss.

³⁶ A mente dell'art 10, Dir. 2019/1/UE (c.d. ECN+), gli Stati nazionali provvedono affinché le singole autorità, una volta riscontrata una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, possano anch'esse imporre ogni rimedio comportamentale o strutturale, proporzionato all'infrazione e necessario per la sua effettiva cessazione.

5. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5 del d.l. 104/23 convertito.

L'eccessiva lassità dei parametri di apprezzamento delle risultanze delle *market investigations* e più in particolare la vaghezza dei “problemi concorrenziali” il cui riscontro possa giustificare misure comportamentali o strutturali, secondo l'art. 1 del d.l. 104/23 convertito, sono stati da subito oggetto di fondate critiche in letteratura. Le obiezioni si sono appuntate sulla minaccia alla prevedibilità di esiti e scenari, sulla eccessiva discrezionalità consegnata all'azione dell'autorità antimonopolistica nonché sulla incerta linea di demarcazione tra compiti dell'AGCM e competenze di altre *Authorities*, resa tanto più labile a misura che del tool si predichi, con il Consiglio di Stato, una vocazione generale³⁷.

Non minori riserve ha però suscitato, come si è già detto, la linea argomentativa lungo la quale il Consiglio di Stato è pervenuto a conferire portata applicativa generale alla norma, proiettando un dispositivo legislativo dettato in funzione della microscala dei problemi di un dato mercato, sulla macroscala di qualsiasi mercato. Non stupisce, così, che proprio su questo snodo nevralgico si sia appuntata la sezione I del TAR Lazio, con l'ordinanza n. 2796 del 13 febbraio 2026. Chiamato a pronunciarsi sul ricorso promosso da ARERA contro AGCM, per l'annullamento della Comunicazione di quest'ultima riguardante l'applicazione del decreto legge 104/23 convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 136³⁸, adottata con deliberazione n. 31190 del 7 maggio 2024, il Tar ha valutato infatti non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale proprio dell'art. 1, comma 5, della citata norma.

I giudici amministrativi del Lazio hanno intanto respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di Arera, sollevata dalla Autorità antimonopolistica, e ciò in forza di due elementi. Da una parte, il tenore della legge 481/95, istitutiva dell'Autorità oggi denominata appunto Arera, che alla stessa attribuisce *piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione* nelle attività di regolazione e controllo dei settori dell'energia elettrica e del gas, *al fine di tutelare i clienti finali e di garantire mercati effettivamen-*

³⁷ Cfr. art. 7, co. 1, Reg. 1/03, secondo cui «I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale». A mente invece del Considerando 12° dello stesso testo regolamentare: «I rimedi strutturali dovrebbero essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale».

³⁸ V. per tutti M. LIBERTINI, *op. cit.*, 369 ss.

te concorrenziali (art. 2, comma 5, l. 481/95). Dall'altra, la previsione della impugnata Comunicazione AGCM, secondo cui *le novità introdotte dal decreto Asset non definiscono una nuova tipologia di indagini conoscitive, ma prevedono la possibilità di impiegare nuovi poteri*, i quali ultimi, tuttavia, fatalmente rischiano di sovrapporsi a quelli poteri già conferiti ad altre Autorità indipendenti.

Ciò premesso, ripercorrendo l'iter argomentativo della pronuncia resa dal Consiglio di Stato sul decreto asset, il Tar Lazio ne rimarca le incongruenze, condividendo (in parte) il delinearsi di plurime censure di legittimità costituzionale, come sostenuto da ARERA con il proprio ricorso³⁹.

Precisamente, in relazione all'art. 1, comma 5, d.l. 104/2023, convertito con modificazioni dalla legge 136/2023, viene prospettata violazione degli artt 3 e 97 della Costituzione, riassumibile in ciò, che attraverso espressioni vaghe e suscettibili di più interpretazioni, si sia potuti pervenire, dalla lettera di una disposizione espressamente riferita al mercato dei traffico aereo domestico, ad una interpretazione tale da estrapolarvi un raggio di applicazione dilatato sino a ricomprendere ogni mercato.

Il più cristallino insegnamento del Giudice delle Leggi – rileva il TAR dopo aver richiamato svariate pronunce della Corte costituzionale – è, del resto, che *la certezza del diritto non costituisce soltanto un principio di buona amministrazione, ma si sublima nell'ottica della difesa dei diritti fondamentali dei cittadini (in questo caso, dei consociati consumatori o clienti vulnerabili: categorie che appartengono alla sfera d'intervento anche di ARERA)*⁴⁰. Di qui la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale che investe l'art. 1, comma 5, della norma richiamata, l'oscurità (/vaghezza) del cui testo presta il fianco ad una *“operazione manipolativa”* che investe i nuovi poteri conferiti all'AGCM: *un'acritica opzione per una tesi (pro applicativa) o l'altra (contro applicativa) che sono state poste e motivate nel presente giudizio da due distinte, autorità indipendenti, finirebbe per minare l'interesse pubblico ad una regolazione (perseguitabile mediante “ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata”) efficiente delle relative discipline e la stessa autonomia d'azione che ne costituisce l'indefettibile connotato.*

6. Integrazione del toolkit e riorientamento teleologico dell'antitrust.

Detto – seppur per grandi linee – dei limiti di metodo e merito accusati dalla nostra regola municipale sul *new competition tool* e in attesa che il Giudice delle leggi si pronunci sulla sua legittimità costituzionale, resta comunque che il meccanismo delle indagini conoscitive (potenzialmente) se-

³⁹ In particolare, il TAR ha ritenuto non sussistenti i presupposti per rimettere al Giudice delle leggi la presunta violazione, ad opera del Decreto asset, dell'art. 77 Cost., in merito ai requisiti necessari di necessità ed urgenza: cfr. TAR Lazio, sez. I, (ord.) 13.02.26, n. 2796, § 9.

⁴⁰ *Ibid.*, sub-9.1.



guita da misure comportamentali o strutturali va inquadrato nel più ampio processo evolutivo che sta investendo l'antitrust europeo.

Un processo che si fa certo più immediatamente visibile sul fronte degli strumenti di enforcement, ma che investe innanzitutto il tema delle finalità del diritto della concorrenza. Descrivendo quasi un nesso di circolarità, può anzi dirsi che un più ricco ventaglio di tecniche meglio si presta al perseguimento anche di scopi altri da quelli di mera repressione dei comportamenti distorsivi e rimozione di barriere o ostacoli al miglior funzionamento del mercato unico, così come finalità diversificate rispetto a quelle classiche di tipo economico, fatalmente sollecitano la sperimentazione di opzioni rimediali inedite.

A venire in rilievo è segnatamente un riorientamento in chiave proattiva dell'azione di presidio della concorrenzialità dei mercati, istituzionalmente demandata alle Authorities; una torsione sempre più spinta verso il polo dei compiti (anche) di *advocacy*, di amministrazione di risultato, oltre che di semplice aggiudicazione e le cui proporzioni ed implicazioni possono appieno apprezzarsi componendo, in quadro d'insieme, elementi più e meno risalenti⁴¹.

Tra questi ultimi è certo scontato dire della trasformazione qualitativa del ricorso alle *commitment decisions*, sempre meno ancorate alle sole ipotesi di violazioni di minore entità⁴².

Guardando invece ai segmenti di più recente emersione, può utilmente farsi riferimento alla dir. 2019/1/UE (c.d. direttiva ECN+) la quale sembra in effetti apprestare le precondizioni della trasformazione in corso, prevedendo, all'art 4, comma 5°, che le autorità antimonopolistiche nazionali abbiano *il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE*⁴³; una previsione, questa, la cui funzionalità all'ampliamento degli spazi di manovra proattiva delle NCAs si fa ancora più chiara se posta in relazione con il considerando n. 23° della medesima direttiva, secondo cui la c.d. *prioritization* – che, giova aggiungere, implica la legittimità anche della opzione speculare, di non intervento⁴⁴ – consente alle Authorities di impiegare efficacemente le proprie risorse e di potersi concentrare sulla *prevenzione*, oltre che sulla cessazione delle condotte anticoncorrenziali che distorcono la concorrenza nel mercato interno.

Tra gli elementi che concorrono a disegnare una diversa traiettoria dell'azione antimonopolistica non può non porsi, infine, riguardo alle Lettere di orientamento; si tratta di uno strumento per vero già tratteggiato dalla

⁴¹ Particolarmente indicativo, nella direzione segnalata, appare il lavoro di K. MAJCHER - V. H.S.E. ROBERTSON, *Strategic Foresight and EU Competition Law*, in *World Competition*, 48, 2, 2025, 219 ss.

⁴² E. CAMILLERI, *Decisioni con impegni e antitrust private enforcement: verso una convergenza possibile*, in A. ARGENTATI (a cura di), *Diritto civile e tutela del mercato*, Roma, 2024, 70 ss. ma spec. 76.

⁴³ Spunti in tal senso erano però già presenti in C. giust. UE, 14 dicembre 2000, C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, § 46, in *CML Rev.*, 2002, 1, 175 ss. con nota di L. KJØLBYE.

⁴⁴ Cfr. B. VAN ROMPUY, *The European Commission's Handling of Non-priority Antitrust Complaints: An Empirical Assessment*, in *World Competition*, 2022, 45, 265 ss.

Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove o irrisolte relative agli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), risalente al 2022⁴⁵, ma rimasto sulla carta almeno fino ai due interventi del luglio 2025, l'uno riguardante i Gruppi di negoziazione dei SEP (*Standard-essential patents*) nel settore automotive⁴⁶, l'altro gli accordi di sostenibilità per l'acquisto congiunto di attrezzature elettriche per infrastrutture portuali⁴⁷. In disparte dal contenuto specifico di quelle appena pubblicate, va rimarcato infatti come la possibilità in sé di emettere *Notices*, fermi i limiti evidenziati dalla stessa Comunicazione del 2022⁴⁸, ridondi in spazio di indirizzo della Commissione europea riguardante condotte e assetti di mercato, tanto più rilevante se riferito a questioni nuove o irrisolte (§ 7a) ovvero di particolare importanza economica (§ 7b)⁴⁹.

Ora, collocato entro un quadro siffatto, il *New Competition Tool* appare molto meno eterodosso di quanto non sembrerebbe sulle prime, giacché si segnala semmai quale dispositivo più avanzato di altri proprio sul terreno dell'interventismo preventivo/conformativo (di NCAs oggi e Commissione domani) in singoli mercati. Un interventismo che sollecita certo un'*actio finium regundorum* rispetto alla vera e propria regolazione, ma che altrettanto innegabilmente mette in esponente la questione delle finalità da perseguire.

Più che mai nel segno della concorrenza-mezzo, prospettiva già del resto abbracciata dal Trattato di Lisbona⁵⁰, verrebbe da dire che il più ricco scenario di scopi che all'azione antimonopolistica si addicono, rispetto a quelli unicamente economici⁵¹, trova giocoforza nel *tool* uno strumento di potenziale valorizzazione, senz'altro più diretto ed efficace di altri; uno strumento fungibile in chiave promozionale (*as a sword*), nel senso cioè di interdire o correggere pratiche/assetto confliggenti con i *non economic goals*, ed altresì versatile in chiave difensiva (*as a shield*), a salvaguardia di comportamenti che viceversa questi ultimi valorizzino.

Il problema diventa semmai quello dell'amministrazione del potenziale conflitto tra istanze divergenti: come orientare cioè l'azione antimonopoli-

⁴⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 2022/C 381/07.

⁴⁶ *Commission Press Release*, 'Commission provides guidance on the creation of a licensing negotiation group in the automotive sector for the licensing of standard essential patents', 9th July 2025, in ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1768.

⁴⁷ *Commission Press Release*, 'Commission provides guidance on sustainability agreement to reduce CO2 emissions in European ports', 9th July 2025, in ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1769.

⁴⁸ *Ibid.*, §§ 8-9: La Commissione non prederà in esame richieste di chiarimento quando i problemi sollevati siano identici o simili a quelli sollevati in una causa pendente dinanzi alla Corte di giustizia, laddove l'accordo o la pratica unilaterale cui si riferisce la richiesta siano oggetto di un procedimento pendente dinanzi alla Commissione, a una giurisdizione nazionale o all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, ovvero su questioni ipotetiche.

⁴⁹ In argomento v. E. FAZIO, *The Commission's Institutional Transparency: Informal Guidance Letters in EU Competition Law*, in *Un. Europea e diritti*, 2025, 1 ss.

⁵⁰ V. per tutti M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Milano, 2014, 18 ss.

⁵¹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni cost.*, 2019, 597 ss.

stica nei casi di divergenza tra la traiettoria che le deriverebbe dal solo metro efficientistico a base della *competition on the merits* e quella dettata da scopi altri, ad esempio di sostenibilità; e, soprattutto, secondo quale gerarchia orientare la composizione tra istanza tutte “politiche” che minaccino di collidere.

Interrogativi, questi, di certo critici a fronte di una trama di regole sul *new tool* che, come quella municipale di cui si è detto, risulti eccessivamente lasca⁵²; ma che tali risultano, a ben vedere, già *in apicibus*, a misura che riflettono l’urgenza di un criterio di bilanciamento (oggi mancante) tra istanze diverse.

7. Verso un nuovo equilibrio?

In effetti, i piani lungo i quali si colgono i maggiori segnali di arricchimento dell’orizzonte teleologico della concorrenza-mezzo sono sostanzialmente due: l’uno, tutto interno al perimetro UE e al suo telaio valoriale, l’altro esterno a quello spazio e legato alla dimensione geopolitica. Per poco però che si superi una generica individuazione, nella politica economica e industriale, del minimo comun denominatore e di essa si provi a fissare contenuti ed obiettivi, ci si confronta con, da una parte, la spinta propulsiva verso target anche sociali e di sostenibilità; dall’altra, con la contropinta (oggi ben più robusta che in passato) in direzione della competitività, declinata peraltro in una inedita chiave eurocentrica.

Il nucleo trainante di una curvatura dell’antitrust anche verso obiettivi altri da quelli esclusivamente economici può, come noto, ricostruirsi attraverso alcune disposizioni dei Trattati istitutivi, dall’art 3 TUE, con il rimando alla *highly competitive social market economy*, agli artt 9 e 21, par. 2 lett f, TEU con richiamo le istanze di sviluppo sostenibile, progresso sociale e protezione ambientale, fino poi alle previsioni degli art 11 TFUE e 37 CDFUE⁵³.

Intorno all’asse di rotazione che tali norme apprestano vanno non soltanto collocate decisioni assai significative della Corte di Giustizia ma altresì un *corpus* sempre più articolato di testi programmatici che sull’antitrust incidono, direttamente o indirettamente, talora giungendone a prefigurare la deviazione dalla traiettoria che si direbbe attesa.

Sul fronte giurisprudenziale, benché svariati possano essere i riscontri utili ai fini del nostro discorso, ci pare sufficientemente rappresentativa la recente decisione *Orlen S.A.*⁵⁴ con cui la Corte di Giustizia ha chiarito come le valutazioni che la Commissione deve compiere in tema accettazione di

⁵² A poco vale constatare che ad oggi l’AGCM si sia avvalsa del nuovo strumento in due soli casi, quello appunto del mercato domestico del trasporto aereo passeggeri e quello dell’editoria scolastica. A questo ultimo riguardo, l’indagine conoscitiva (IC57 Editoria Scolastica in Italia Rapporto Finale) è stata seguita da una segnalazione - ai sensi dell’art. 22 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 – indirizzata da AGCM al Ministero dell’Istruzione (e ad altri interlocutori istituzionali) sulle criticità riscontrate.

⁵³ Disposizioni, quelle richiamate nel testo, cui sono in buona sostanza simmetrici i testi rinnovati degli artt. 9 (segnatamente, al co. 3) e 41, co. 1, Cost.

⁵⁴ Cfr. C. giust. UE, 26 settembre 2024, causa C-255/22 P, *Orlen c. Commissione*.

impegni non possano basarsi esclusivamente sul diritto della concorrenza, ma devono altresì tenere conto anche di altri principi come quello di solidarietà energetica, portato dall'art 194 TFUE.

Sul fronte invece della definizione delle linee *policy*, vanno messi in evidenza due documenti della Commissione europea: il *Competition Policy Brief* 1/21, intitolato *Policy in Support of Europe's Green Ambition*⁵⁵ e le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*⁵⁶.

Il *Policy Brief*, dando conto delle sollecitazioni crescenti ad una maggiore chiarezza del raccordo tra conseguimento di scopi di sostenibilità e traiettoria antimonopolistica, anticipa l'intenzione della Commissione – poi appunto attuata con le Linee direttrici del 2023 – di chiarire anche sotto tale aspetto la portata degli accordi di cooperazione orizzontale e verticale e fissa, a tale scopo, alcuni principi cardine poi ripresi e sviluppati in seno al secondo documento citato. Su tutti, quello per cui gli accordi di sostenibilità non godono di per sé di una esenzione generalizzata dal divieto di cartelli, non implicando la sostenibilità un un incondizionato *safe harbour*⁵⁷.

Le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101, ossia il secondo documento cui si è fatto riferimento, contengono in effetti un'ampia sezione dedicata agli "Accordi di sostenibilità" (sez. 9), indicando nello sviluppo sostenibile un principio fondamentale del Trattato e un obiettivo prioritario delle politiche dell'Unione, ma appunto circostanziando le condizioni in presenza delle quali soltanto la funzionalità di un determinato accordo agli obiettivi appena indicati può dirsi compatibile con le regole antimonopolistiche del Trattato (§§ 527-531), ovvero giustificare circostanziati spazi di esenzione dai divieti, secondo una scala di elasticità decrescente.

Più ampi margini di legittimità sono infatti riconosciuti agli accordi c.d. di normazione in tema di sostenibilità (*soft safe harbour*), per lo meno quante volte siano verificate alcune condizioni meglio dettate alla sezione 9.3.2.4. (§549) delle Linee direttrici, tra cui trasparenza, mancata imposizione di obblighi diretti o indiretti alle imprese che non desiderano partecipare all'accordo ecc. Maggiore rigore emerge invece in relazione agli accordi che, non rientrando nel *soft safe harbour*, quantunque inerenti alla sostenibilità integrino, per effetti o oggetto, gli estremi della violazione cartellistica; la possibilità che essi non siano attinti dal divieto dell'art 101, comma 1, TFUE e fulminati dalla sanzione di nullità passa in tal caso per il riscontro delle ordinarie condizioni esimenti di cui al comma terzo dello stesso art 101 TFUE e precisamente per il fatto che essi generino un'efficienza qualitativa che possa controbilanciare gli effetti potenzialmente negativi per i

⁵⁵ Disponibile all'indirizzo https://competition-policy.ec.europa.eu/about/news/competition-policy-brief-12021-policy-support-europes-green-ambition-2021-09-10_en

⁵⁶ Cfr. Comunicazione 2023/C 259/01, *supra* nt. 8.

⁵⁷ Per un'ampia analisi delle Linee direttrici sotto il profilo degli Accordi di sostenibilità, cfr. M. COLANGELO, *Le linee direttrici della Commissione europea sugli accordi di cooperazione orizzontale e l'applicazione dell'art 101 TFUE agli accordi di sostenibilità*, in AA.VV., *Il diritto antitrust in crisi?*, *La tutela della concorrenza tra nuovi obiettivi, modalità di enforcement, regole procedurali*, a cura di F.C. GHEZZI, Milano, 2025, 107 e ss.



consumatori, prodotti dalla restrizione concorrenziali cui pure mettono capo⁵⁸.

Sembrerebbe potersi concludere per un'apertura a deviazioni della traiettoria dell'azione antitrust, sull'altare degli scopi di sostenibilità, ma un'apertura assai cauta e ben circostanziata, il che – se non altro nel nome di preminenti esigenze di certezza del diritto e prevedibilità – induce ad ancora maggiore cautela nell'ipotizzare analogo spazio di manovra nell'apprezzamento di fattispecie riconducibili all'art 102 TFUE⁵⁹.

Almeno limitatamente agli accordi di sostenibilità non può, tuttavia, trascurarsi di considerare come la stessa Commissione, con una delle due Lettere di Orientamento del Luglio 2025, sia parsa concedere ulteriori spazi di apertura derogatoria. La vicenda affrontata ha riguardato, infatti, un accordo per l'acquisto congiunto di attrezzature elettriche per le infrastrutture portuali, definibile di sostenibilità siccome volto a promuovere la transizione dall'uso di mezzi diesel a mezzi elettrici per la movimentazione dei *container* nei porti europei.

APM Terminals (società del gruppo *Maersk*) e altri operatori portuali hanno così richiesto un orientamento in merito all'accordo, sottolineando come esso miri a ridurre i costi di acquisto di strumenti elettrici di trasporto *container* attraverso la concentrazione di una parte della domanda futura; offrire ai fornitori una maggiore prevedibilità sulla domanda futura; e promuovere l'interoperabilità, in particolare tra le attrezzature di ricarica fornite da produttori diversi, oggi non standardizzate.

La Commissione non ha rilevato la presenza di problemi concorrenziali ai sensi dell'articolo 101 TFUE, ma a condizione che siano assicurate le seguenti condizioni: che ogni operatore possa continuare ad acquistare i beni in questione autonomamente; che il volume di domanda congiunta sia soggetto a un tetto massimo d'acquisto; che lo scambio di informazioni sensibili sia limitato a quanto strettamente necessario. Quanto dire, almeno nelle more che si conosca il testo integrale della *Notice*, di una dilatazione dei canoni di impiego dell'art 101, comma 3, TFUE, che le Linee direttrici pure hanno ribadito dovere restare ancorati al ricorrere cumulativo delle quattro condizioni prescritte: non solo incrementi di efficienza ma altresì mancata imposizione di restrizioni non indispensabili, trasferimento ai consumatori di buona parte dei benefici conseguibili e permanenza di un grado di con-

⁵⁸ Sui non pochi nodi critici in argomento, v. ancora M. COLANGELO, *op.ult. cit.*, 119 ss.

⁵⁹ Condivisibili appaiono molte delle cautele e riserve espresse da M.T. MAGGIOLINO - E. VISENTIN, *Verso una maggiore sostenibilità: occorre sfruttare una finzione per governare le imprese dominanti?*, in *Il diritto antitrust in crisi?*, cit., 63 ss. Non può però trascurarsi di considerare come l'articolo 102 TFUE sia stato significativamente riorientato in chiave, se non già di sostenibilità in senso proprio, di politica industriale, ad opera della Corte di giustizia, che con la decisione C. giust. UE, Grande Sezione, 25 febbraio 2025, *Alphabet Inc. e a. contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)* ha di fatto riscritto la giurisprudenza Bronner (Corte di giustizia CEE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*; si veda altresì Corte di giustizia CEE, 4 aprile 1991, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill/IMS Health*) e abbracciato una lettura estensiva della *essential facility doctrine* (cfr. A.J. THOM, *Ripensando la essential facility doctrine nei mercati digitali: spunti dal caso Android Auto*, in *Nuove leggi civili*, 2025, 852 ss.)

correnza residua sul mercato o sui mercati rilevanti, indipendentemente dall'entità dei benefici.

Recuperando la visione d'insieme, le coordinate affinché la traiettoria dell'azione antimonopolistica viri verso mete diverse da quelle che sarebbero dettate dal solo metro dell'efficienza sono dunque già ben visibili; resta da capire come recepirle nella impostazione della rotta da seguire. Fuor di metafora, è imprescindibile definire con maggiore chiarezza i criteri mediante i quali attuare il bilanciamento tra *economic* e *non economic goals* e minimizzare medio tempore i rischi che l'attuazione dei secondi venga con disinvoltura affidata a strumenti di advocacy o comunque di amministrazione di risultato - quali decisioni con impegni e soprattutto il new tool. Al (consueto) mancato chiarimento della regola antitrust⁶⁰ si finirebbe con l'aggiungere la creazione del fatto compiuto, precedenti che sarebbe poi difficile riassorbire entro il sistema senza minarne la coerenza.

A complicare un quadro già così denso di incognite, fino forse a minacciare di sovvertirlo radicalmente, vi è però la parabola ascendente della competitività.

Sebbene rimandi in sé ad una prospettiva finalistica che è già interna ai Trattati (art. 173 TFUE), essa si colora oggi in modo affatto peculiare, assume un preciso significato “difensivo” del sistema Europa e dei player continentali ed in tale guisa si candida a fungere da perno, da principio guida della politica industriale comune dei prossimi anni, ponendo in posizione recessiva non soltanto finalità eterodosse per il diritto della concorrenza (sostenibilità in testa) ma in fin dei conti lo stesso modo di concepire l'antitrust e i suoi capisaldi.

Scontato ancora una volta il rinvio al rapporto Draghi. Nette e insistenti sono in esso le sollecitazioni alla promozione di un nucleo credibile di una politica industriale, vocata al sostegno della competitività del sistema europeo, ma soprattutto viene sottolineato, con Schumpeter, che una competizione troppo agguerrita minaccia di erodere le rendite di profitto derivanti dall'innovazione, disincentivando così la R&S. Non meno indicative sono tuttavia anche le linee programmatiche dell'attuale Commissione Von Der Leyen 2, con l'annacquamento della competenza sulla concorrenza, ricompresa nella più generale delega su *Clean - Just and Competitive Transition*, ed un mandato esplicito, rivolto al Commissario al ramo, di definire un nuovo approccio volto a sostenere la presenza delle imprese europee sui mercati globali⁶¹.

⁶⁰ Cfr. WAGNER-VON PAPP, *Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: the dangers of abandoning the “struggle for competition Law*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2012, 929, ma spec. 930-931, in cui si parla di circolo vizioso scaturito dalla fuga dalla *adjudication*, in quanto l'incertezza sugli esiti delle procedure sanzionatorie renderebbe i rimedi alternativi più attraenti per le imprese come per gli *enforcers*, con conseguente diminuzione del numero di decisioni sanzionatorie funzionali proprio alla costruzione di quella certezza, e correlativo aumento del discrezionalità della Commissione

⁶¹ La lettera di conferimento d'incarico al nuovo commissario è consultabile sul sito www.commission.europa.eu/document/download/5b1aace5-681f-470b-9fd5-. In ordine al significato politico della nuova denominazione del “Portfolio” che un tempo si sarebbe detto unicamente dedicato alla concorrenza si vedano l'editoriale *Competition policy in the von der Leyen 2 Commission: Diluted or integrated?*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2025, 1

A questa stregua, in effetti, l'idea della sostenibilità appare ancora più lontana dal farsi rivoluzione; non solo o non tanto, perché non ha ancora trovato nell'arsenale antitrust le baionette di cui necessita, ma perché un'altra rivoluzione sembra prendere il sopravvento e relegarla ad un ruolo gregario: quella della competitività elevata a competenza autonoma dell'Unione⁶² e declinata in chiave di autonomia strategica del sistema Europa o, per dirla con le parole del presidente francese Macron al forum di Davos del gennaio scorso, di sua "protezione", altra cosa dal protezionismo⁶³.

ss., nonché A. P. KOMNINOS, A. PALACIOS, *The 'end of competition law'?*, in *Compet. Law Int.*, 2024, 147 ss.

⁶² Questa la suggestiva posizione espressa da O. PALLOTTA, op. cit., 352 ss., per superare la "base giuridica debole" apprestata dall'art 173 TFUE, la quale *assegna all'Unione europea unicamente competenze "parallele" nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, escludendo un'azione di politica industriale propria da parte dell'UE* (ibid. nt. 73).

⁶³ Cfr. *Davos 2026: Special address by Emmanuel Macron, President of France*, accessibile all'indirizzo https://www.astrid-online.it/static/upload/davo/davos-2026_special-address-macron.pdf