

# L'approccio “pandemico” alla politica di concorrenza

LUCA CALZOLARI\*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il sostegno pubblico all'economia per fronteggiare gli effetti economici della pandemia: il “rilassamento” del controllo sugli aiuti di Stato. – 3. Gli art. 101 e 102 TFUE ai tempi del COVID-19: la comunicazione dell'8 aprile 2020 e il “ritorno” delle c.d. *comfort letters*. – 4. Pandemia e concentrazioni: dalle difficoltà di *enforcement* alla “prima volta” del COVID-19 nell'analisi antitrust.

ABSTRACT: Il contributo esamina le prime misure adottate, fra marzo e aprile 2020, dalla Commissione e da talune Autorità nazionali della concorrenza per cercare di “adattare” con tempestività la politica di concorrenza dell'Unione europea al nuovo scenario delineato dalle prime fasi della crisi pandemica globale. Particolare attenzione è dedicata ai c.d. Quadri temporanei adottati dalla Commissione per guidare l'applicazione ai tempi del COVID-19 tanto degli art. 101 e 102 TFUE quanto degli art. 107 e 108 TFUE. Sotto il profilo degli aiuti di Stato, la Commissione ha ritenuto fin da subito opportuno ammorbidire i vincoli che l'appartenenza all'Unione europea normalmente comporta per l'intervento pubblico in economia in modo da non ritardare e possibilmente favorire la spesa pubblica degli Stati membri per fronteggiare gli effetti economici della crisi pandemica. Con riguardo ai divieti di condotte collusive e abusive unilaterali, la Commissione ha invece cercato di bilanciare due interessi divergenti: la prosecuzione delle attività di *enforcement* degli art. 101 e 102 TFUE cosicché non ne fosse compromessa l'efficacia deterrente e la consapevolezza che le eccezionali condizioni di mercato determinate dalla crisi pandemica avrebbero potuto rendere necessario un maggiore grado di cooperazione fra le imprese specie in taluni settori economici. Riconoscendo dunque che la pandemia non avrebbe che potuto dare corso a un'applicazione derogatoria ed emergenziale delle regole antitrust, la Commissione ha altresì ritenuto opportuno “rispolverare” uno strumento del passato e cioè le c.d. “*comfort letters*” mediante cui guidare, in modo informale, la condotta delle imprese in questo scenario eccezionale.

PAROLE CHIAVE: Concorrenza – aiuti di stato – antitrust – pandemia – COVID-19 – quadro temporaneo.

## 1. Premesse

La pandemia di c.d. COVID-19 non poteva che influenzare anche la politica di concorrenza. A partire da marzo 2020, molteplici Autorità della concorrenza hanno in effetti fornito linee guida sulle modalità e priorità di *enforcement* in questo frangente. Data la portata globale della pandemia, si tratta di un fenomeno ovviamente non limitato all'ordinamento UE ma che interessa

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino, [luca.calzolari@unito.it](mailto:luca.calzolari@unito.it).

le autorità di molteplici Paesi: dalle autorità statunitensi<sup>1</sup>, a quelle di Hong Kong, Sud Africa, Messico, Brasile e Islanda<sup>2</sup>, per citarne alcune.

Anche la letteratura ha iniziato fin da subito a evidenziare la necessità che le regole di concorrenza siano adattate alla pandemia per sostenere economia e occupazione e che l'*enforcement* sia ricalibrato verso gli illeciti anti-trust (collusivi o unilaterali) finalizzati ad approfittare della crisi<sup>3</sup>.

L'approccio "pandemico" interessa tutti gli ambiti della politica di concorrenza (latamente intesa), e quindi aiuti di Stato, antitrust e concentrazioni.

## **2. Il sostegno pubblico all'economia per fronteggiare gli effetti economici della pandemia: il "rilassamento" del controllo sugli aiuti di Stato**

Secondo le prime stime del Fondo Monetario Internazionale, già ad aprile 2020 era chiaro che alla pandemia sarebbe seguita una recessione con contrazione del PIL su base annua pari almeno al 3 per cento a livello globale, al 7.5 per cento nell'Eurozona, e al 9 per cento in Italia<sup>4</sup>.

In attesa di misure unionali più incisive rispetto a quelle già adottate o

<sup>1</sup> Cfr. Department of Justice, Federal Trade Commission, *Joint antitrust statement regarding COVID-19*, policy statement del marzo 2020.

<sup>2</sup> Cfr., rispettivamente, Hong Kong Competition Commission, *Statement by the Competition Commission regarding the COVID-19 outbreak*, policy statement del 27 marzo 2020; South Africa Competition Commission, *COVID-19: measures during state of national disaster and nationwide lockdown*, comunicato stampa del 24 marzo 2020; Comisión Federal de Competencia Económica, *COFECE's position for enforcing the Federal Economic Competition Law in light of the current health emergency*, policy statement n. COFECE-012-2020; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Cade approves resolution authorizing virtual judgment session*, comunicato stampa del 2 aprile 2020; Samkeppniseftirlitið, *COVID-19: Application of competition rules and competition enforcement in crisis*, comunicato stampa 22 marzo 2020.

<sup>3</sup> Fra i primi contributi in argomento v. P. MANZINI, *Emergenza e concorrenza*, in *I post di AISDUE*, 2020, p. 32 ss.; F. COSTA-CABRAL, L. HANCHER, G. MONTI, A. RUIZ FEASES, *EU Competition Law and COVID-19*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-007; E. LATORRE, *COVID-19 e regole di concorrenza. Rilievi nelle risposte della Commissione europea ad una pandemia globale*, in *Eurojus*, 2020, p. 128 ss. In aggiunta, v. anche i contributi di cui al numero speciale *Competition law in times of crisis – tackling the COVID-19 challenge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020.

<sup>4</sup> Fondo Monetario Internazionale, *World Economic Outlook: The Great Lockdown*, Washington, aprile 2020. Come noto, tali stime si sono poi rivelate fin troppo prudenziali e, ad ottobre 2020, lo stesso Fondo Monetario Internazionale ha previsto una recessione del 4.4 per cento a livello globale, dell'8.3 per cento nell'Eurozona e del 10.6 per cento in Italia (Fondo Monetario Internazionale, *World Economic Outlook: A Long and Difficult Ascent*, Washington, ottobre 2020).

in discussione durante le primissime fasi della crisi pandemica<sup>5</sup>, tali dati rendono evidente che l'Unione europea doveva, quantomeno, astenersi dall'ostacolare misure unilaterali di supporto all'economia e all'occupazione da parte dei singoli Stati membri. In altri termini, la necessità di fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia ha reso immediatamente evidente la necessità di "ammorbire" il controllo sugli aiuti di Stato.

Dopo una breve consultazione con gli Stati membri<sup>6</sup>, il 19 marzo 2020 la Commissione ha adottato una comunicazione recante il "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19"<sup>7</sup> (il "Quadro temporaneo"), modificato per la prima volta il 3 aprile 2020<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Il riferimento è a misure quali lo strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (c.d. SURE) e, soprattutto, il c.d. *Next Generation EU*, poi adottate solo successivamente rispetto al momento in cui è stato inizialmente scritto il presente contributo (v. rispettivamente regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19 e Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, sul piano per la ripresa e sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027). Per un primo commento alle proposte, v. F. COSTAMAGNA, "La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta", *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; R. BARATTA, in questo Volume. Per ulteriori riferimenti alle misure definitive v. L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, A. VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Torino, 2021, p. 169 ss.

<sup>6</sup> V. la dichiarazione della Vicepresidente esecutiva Margrethe Vestager sul progetto di proposta di un quadro di riferimento temporaneo in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'epidemia di COVID-19, 17 marzo 2020.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM (2020) 1863 final. In argomento v. anche M. MEROLA, A. COGONI, *Emergenza COVID-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni esfide*, in *Eurojus*, 2021, p. 49 ss.; N. ROBINS, L. PUGLISI, L. YANG, *State Aid Tools to Tackle the Impact of COVID-19: What Is the Role of Economic and Financial Analysis?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 137 ss.; V. AHLQVIST, A. CLAICI, S. TZIJK, *How to Estimate the COVID-19 Damages? Economic Considerations for State Aid During a Time of Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 150 ss.

<sup>8</sup> Cfr. comunicazione della Commissione del 3 aprile 2020, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM (2020) 2215 final. Invero, il quadro temporaneo è stato in seguito più volte modificato in data 8 maggio, 29 giugno e 13 ottobre 2020, nonché il 21 gennaio 2021 (comunicazione della Commissione dell'8 maggio 2020, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19*, COM (2020) 3156 final; comunicazione della Commissione del 29 giugno 2020, *Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19*, COM (2020) 4509 final; comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2020, *Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia*

Premesso che il TFUE già permette di per sé agli Stati membri di fronteggiare (anche) gli effetti economici del COVID-19, in virtù tanto della deroga *de iure* di cui all'art. 107, par. 2, lett. b, TFUE per gli aiuti in caso di calamità o eventi eccezionali, quanto della deroga discrezionale *ex art.* 107, par. 3, lett. b, TFUE per gli aiuti che rimediano a gravi turbamenti dell'economia, con l'adozione del Quadro temporaneo la Commissione intende "autolimitare" la propria discrezionalità e predeterminare le misure compatibili con l'art. 107, par. 3, lett. b, TFUE. Come chiarito dallo stesso Quadro temporaneo<sup>9</sup>, l'emergenza COVID-19 non ha pertanto portato la Commissione a rinunciare al controllo preventivo che le spetta in base ai Trattati: l'obiettivo è piuttosto quello di "standardizzare" la risposta degli Stati membri così da accelerare l'approvazione degli aiuti in seguito alla notifica *ex art.* 108, par. 3, TFUE.

La comunicazione relativa al Quadro temporaneo individuava inizialmente cinque categorie di misure ammesse all'esenzione temporanea. Il *trait d'union* è la loro funzionalizzazione all'esigenza di garantire liquidità alle imprese durante la pandemia: si tratta di aiuti concessi mediante (i) sovvenzioni dirette, anticipi o agevolazioni fiscali, (ii) garanzie sui prestiti, (iii) prestiti agevolati, (iv) garanzie e prestiti veicolati, nonché (v) crediti all'esportazione. Con la prima revisione del Quadro temporaneo si aggiungono le misure di (vi) supporto all'attività di R&D e volta ad aumentare la produzione di beni necessari per fronteggiare la pandemia, nonché di (vii) salvaguardia dell'occupazione<sup>10</sup>.

Il numero di aiuti dichiarati compatibili certifica il buon funzionamento e l'immediato effetto pratico del Quadro temporaneo. Nel primo mese di funzionamento del meccanismo, infatti, sono stati autorizzati (o ri-autorizzati in seguito a estensioni) 59 regimi di aiuto; di questi, soltanto 8 in base ai soli art. 107, par. 2, lett. b, e 107, par. 3, lett. b, TFUE, mentre i restanti –

*nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine*, COM (2020) 7127 final; comunicazione della Commissione del 21 gennaio 2021, *Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine*, COM (2021) 564 final.

<sup>9</sup> Cfr. COM (2020) 1863 final, cit., punto 16.

<sup>10</sup> Cfr. COM (2020) 2215 final, cit., punti 16 e ss.

anche o solo – in base al regime speciale di cui al Quadro temporaneo<sup>11</sup>.

Sotto il profilo geografico, a fine aprile 2020 tutti gli Stati membri hanno già predisposto e sottoposto alla Commissione regimi di aiuto legati alla pandemia<sup>12</sup>; con ciò confermando che il supporto pubblico all'economia ai tempi del COVID-19 è un interesse comune di (quasi) tutti gli Stati membri o *ex tali*<sup>13</sup>.

Anche l'Italia ha beneficiato fin da subito del Quadro temporaneo. In aggiunta a una misura di supporto alla produzione di materiale sanitario<sup>14</sup>, la Commissione ha approvato le principali misure economiche adottate nei primi mesi del 2020 e che hanno trovato ampio spazio anche sui media: dalle “Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19” di cui all'art. 56 del c.d. decreto “cura Italia”<sup>15</sup>, ai meccanismi di garanzia e sostegno del c.d. “decreto liquidità” in favore di lavoratori autonomi, PMI e società a media capitalizzazione<sup>16</sup>, nonché al più

<sup>11</sup> La lista degli aiuti autorizzati è costantemente aggiornata dalla Commissione. I dati relativi al primo mese di funzionamento del Quadro temporaneo (periodo con riguardo al quale è stato inizialmente scritto il presente contributo) vanno pertanto estrapolati dai dati complessivi ad oggi disponibili che, ad ogni modo, confermano il successo del meccanismo. Ad esempio, prendendo a riferimento i dati disponibili fino al 6 aprile 2021, a fronte di oltre 500 misure autorizzate (o ri-autorizzate, dopo un'estensione), circa 80 sono state approvate in base ai soli art. 107, par. 2. lett. b, e 107, par. 3, lett. b. TFUE, mentre le restanti (oltre 420 aiuti) anche o solo in base al Quadro temporaneo.

<sup>12</sup> L'unica eccezione è rappresentata da Cipro, il cui primo regime di aiuti relativi alla crisi pandemica è stato infatti autorizzato dalla Commissione a giugno 2020 (decisione della Commissione del 10 giugno 2020, SA.57511 – Cyprus, COVID-19: Waiver of interests and penalties for late payment of VAT, COM (2020) 4019 final).

<sup>13</sup> Già ad aprile 2020, infatti, anche il Regno Unito – al quale le regole sugli aiuti di Stato si applicheranno per molti anni *ex art.* 93 e ss. dell'Accordo di recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica – ha ottenuto l'approvazione di due misure, la prima a sostegno delle PMI (decisione della Commissione del 25 marzo 2020, SA.56794 – United Kingdom, Coronavirus Business Interruption Loan Scheme Grant (CBILS grant) under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 1975 final) e la seconda di portata più generale (decisione della Commissione del 6 aprile 2020, SA.56841 – United Kingdom, COVID-19 Temporary Framework for UK authorities, COM (2020) 2230 final).

<sup>14</sup> Cfr. decisione della Commissione del 22 marzo 2020, SA.56786 – Italy, Production of medical equipment, COM (2020) 1887 final.

<sup>15</sup> Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, con riferimento al quale v. la decisione della Commissione del 25 marzo 2020, SA.56690 – Italy, State guarantee to support debt moratorium by banks to SME borrowers under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 1984 final.

<sup>16</sup> Cfr. d.l. 8 aprile 2020, n. 23, recante “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi

ampio regime di sostegno alle altre imprese<sup>17</sup>.

Il Quadro temporaneo è stato invero utilizzato, sin dalle prime fasi della crisi pandemica, anche da quegli Stati membri che hanno tenuto una condotta “eccentrica” con riguardo all’intensità della risposta sanitaria prendendo misure limitate di sospensione delle attività economiche. Dai dati pubblicati dalla Commissione emerge ad esempio che, nella prima metà di aprile 2020, la Svezia ha ottenuto l’approvazione di tre misure di importo complessivo pari a circa euro 10 miliardi<sup>18</sup>.

Del resto, quella causata dalla pandemia è anche una crisi legata alla domanda e, pertanto, misure più invasive di c.d. *lockdown* adottate in altri Stati membri (o in Paesi terzi) possono avere effetti anche sulle imprese svedesi: non fosse altro che per i problemi logistici causati dalla chiusura delle frontiere ovvero dall’interruzione delle attività di imprese clienti o fornitrici stabilite altrove. Rimane tuttavia qualche perplessità sull’applicazione di regole uniformi (il regime di favore di cui al Quadro temporaneo) a situazioni fattuali difformi (le diverse restrizioni imposte alle imprese dai singoli Stati membri per via della diversa intensità della pandemia): il divieto di aiuti di

in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, con riferimento al quale v. la decisione della Commissione del 13 aprile 2020, SA.56966 – Italy, COVID-19: Loan guarantee schemes under the Fondo di garanzia per le PMI, COM (2020) 2370 final.

<sup>17</sup> V. la decisione della Commissione del 13 aprile 2020, SA.56963 – Italy, Guarantee scheme under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 2371 final.

<sup>18</sup> Si tratta degli aiuti autorizzati con la decisione della Commissione del 2 aprile 2020, SA.56860 – Sweden, COVID-19: Government guarantee programme for companies, COM (2020) 2181 final; con la decisione della Commissione dell’11 aprile 2020, SA.56812 – Sweden, COVID-19: Loan guarantee scheme to airlines, COM (2020) 2366 final; e con la decisione della Commissione del 15 aprile 2020, SA.56972 – Sweden, COVID-19: Rent rebate for tenants, COM (2020) 2403 final. Va detto che, in seguito, la Svezia, e probabilmente non a caso in virtù di quello che si dirà nel testo immediatamente *infra*, è stato uno degli Stati membri che, almeno sotto il profilo quantitativo, ha meno utilizzato il Quadro temporaneo, notificando e ottenendo l’autorizzazione soltanto di altre due misure nel 2020 (decisione della Commissione del 17 agosto 2020, SA.58342 – Sweden, COVID-19: Recapitalisation of SAS AB, COM (2020) 5750 final; decisione della Commissione del 12 ottobre 2020, SA.58822 – Sweden, Limited amounts of aid for undertakings faced with turnover losses due to COVID-19 in June and July 2020, COM (2020) 7106 final) e quattro nel 2021 (decisione della Commissione del 4 febbraio 2021, SA.61486 – Sweden, COVID-19: Continuation of the Government guarantee programme for companies, COM (2021) 862 final; decisione della Commissione del 12 febbraio 2021, SA.60275 – Sweden, COVID-19: Compensation scheme for undertakings faced with turnover losses due to COVID-19 in August 2020 – February 2021, COM (2021) 1071 final; decisione della Commissione del 5 marzo 2021, SA.61904 – Sweden, COVID-19: Aid to ensure access to ambulance air transport, COM (2021) 1596 final; decisione della Commissione del 10 marzo 2021, SA.61298 – Sweden, COVID-19: Loans to Traffic Control Services, COM (2021) 1719 final.

Stato è infatti espressione del principio generale di diritto dell'Unione europea – recepito anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – della parità di trattamento<sup>19</sup>, secondo cui è vietato – non solo trattare in modo differente situazioni analoghe, ma anche – trattare in modo uguale situazioni differenti<sup>20</sup>.

Sebbene ipotesi possibile (gli aiuti di Stato conoscono molte ipotesi di applicazione geografica diversificata, come gli aiuti regionali *ex art.* 107, par. 3, lett. a e c, TFUE<sup>21</sup>, senza che ciò rilevi sotto il profilo dell'art. 18 TFUE), era d'altro canto difficile, considerati i tempi ristrettissimi immaginare regole temporanee a “geometria variabile”, vieppiù considerato che la pandemia è di per sé mutevole sicché le condizioni nei singoli Stati membri potrebbero variare. In ogni caso, saranno proprio i singoli Stati membri a dover verificare che l'applicazione pratica dei regimi autorizzati con il Quadro temporaneo non finisca per beneficiare imprese che, in concreto, non hanno subito pregiudizi dalla pandemia. In questo caso, la singola misura di attuazione di un regime autorizzato dovrebbe ovviamente perdere il beneficio dell'esenzione temporanea.

In aggiunta al profilo geografico legato all'intensità del contagio e delle restrizioni nei diversi Stati membri, un'altra caratteristica della crisi economica legata alla pandemia è proprio quella della asimmetria degli effetti. Se in molteplici settori (es. *retail*, ristorazione, turismo e in generale tutto ciò che avviene nel “mondo analogico”) il COVID-19 rischia di determinare

<sup>19</sup> Particolarmente chiare in tal senso le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas del 13 maggio 1997, C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke SA c. Commissione*, punto 30, secondo cui «il divieto di aiuti statali appare come una conseguenza del principio generale di uguaglianza e del relativo corollario, secondo cui a casi uguali devono essere applicate disposizioni uguali».

<sup>20</sup> Fra le molte v. Tribunale, sentenza del 20 novembre 2017, T-618/15, *Voigt c. Parlamento*; Tribunale, sentenza del 30 giugno 2016, T-424/13, *Jinan Meide Casting c. Consiglio*; CGUE, sentenza del 27 gennaio 2005, C-422/02 P, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH c. Consiglio*.

<sup>21</sup> Cfr. Commissione, *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020*, la cui validità è stata recentemente prolungata dalla comunicazione della Commissione relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, della comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

un'ecatombe fra le imprese (accelerando, e rendendo forse irreversibile, la crisi connessa alla crescita dei mercati digitali), ve ne sono altri che stanno registrando *performance* eccezionali, a partire (appunto: *when it rains, it pours*) dai colossi dell'*e-commerce*.

Almeno a livello italiano, peraltro, le misure restrittive che si sono susseguite per fronteggiare l'emergenza<sup>22</sup> non hanno mai limitato l'operatività delle piattaforme digitali anche per la vendita di beni ... non propriamente essenziali, sebbene la loro consegna contribuisca in modo significativo alla circolazione di persone fisiche impiegate nella logistica, con effetti opposti rispetto al preteso imperativo del "restate a casa". Anche in tale prospettiva, occorrerà quindi particolare attenzione da parte delle amministrazioni nazionali nella fase di applicazione degli aiuti e, eventualmente, l'intervento *ex post* della Commissione nel caso vengano supportati settori non pregiudicati dalla crisi.

### **3. Gli art. 101 e 102 TFUE ai tempi del COVID-19: la comunicazione dell'8 aprile 2020 e il "ritorno" delle c.d. *comfort letters***

La pandemia ha effetti anche sul sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza in senso stretto, ossia sui divieti di condotte collusive e abusive unilaterali. Si tratta, in realtà, dello scenario più interessante poiché, diversamente dall'art. 107 TFUE, gli art. 101 e 102 TFUE non prevedono deroghe alla loro applicazione neppure in periodi emergenziali<sup>23</sup>.

Come riconosciuto dall'International Competition Network e dallo European Competition Network<sup>24</sup> (e cioè la c.d. Rete fra Commissione e autorità nazionali della concorrenza, ove viene coordinata l'applicazione decentrata degli art. 101 e 102 TFUE in ossequio al regolamento (CE) n. 1/2003 e alla direttiva (UE) n. 2019/1<sup>25</sup>), con riguardo al diritto antitrust occorre

<sup>22</sup> Cfr. ad esempio il d.P.C.M del 10 aprile 2020, recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

<sup>23</sup> Sul punto v. P. MANZINI, *Emergenza e concorrenza*, cit., p. 32.

<sup>24</sup> Cfr., rispettivamente, International Competition Network Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic, policy statement dell'8 aprile 2020; European Competition Network, Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis, policy statement del 23 marzo 2020.

<sup>25</sup> Cfr. 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; direttiva (UE) n. 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che



bilanciare due interessi divergenti.

Da un lato, per non comprometterne l'efficacia deterrente, occorre che le imprese abbiano ben chiaro che l'*enforcement* prosegue anche nella fase emergenziale, nonostante le inevitabili difficoltà pratiche (ad es. nell' eseguire i c.d. *dawn raids*<sup>26</sup>). Dall'altro lato, sia nel breve (e cioè durante la crisi sanitaria) sia nel medio periodo (e cioè durante le c.d. fasi 2 e 3) – e confidando, mai come in questo frangente, che il noto adagio keynesiano<sup>27</sup> sia effettivamente valido solo ... nel lungo periodo – è inevitabile che le condizioni di mercato create dalla pandemia possano rendere necessario un maggiore grado di cooperazione fra le imprese specie in taluni settori economici.

Sotto il primo profilo, molte Autorità nazionali della concorrenza, come ad esempio<sup>28</sup> quelle di Repubblica Ceca<sup>29</sup>, Finlandia<sup>30</sup> e Spagna<sup>31</sup> hanno ribadito non solo che le regole antitrust rimangono applicabili anche in questo frangente ma pure che l'*enforcement* sarà particolarmente stringente per impedire condotte opportunistiche: e ciò in particolar modo con riferimento alle imprese attive in settori “anticiclici” ove il COVID-19 ha aumentato la domanda di prodotti.

Si tratta del resto di fenomeni già verificatisi in diversi ordinamenti: ad esempio, già a fine marzo 2020, l'Autorità della concorrenza del Sud Africa ha ricevuto oltre 500 denunce e avviato un caso per prezzi eccessivi relativo a materiale sanitario e in particolare alle mascherine<sup>32</sup>. Anche l'Autorità

assicura il corretto funzionamento del mercato interno. Sul funzionamento della Rete v. L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea. Deterrenza, compensazione e tutela della struttura di mercato alla luce della dir. n. 2014/104/UE e della dir. (UE) n. 2019/1*, Torino, 2019.

<sup>26</sup> Di cui agli art. 20 e 21 del regolamento (CE) n. 1/2003, cit. e agli art. 6 e 7 della direttiva (UE) n. 2019/1, cit.

<sup>27</sup> J.M. KEYNES, *A tract on monetary reform*, Londra, 1923, p. 80.

<sup>28</sup> Più in generale v. T. JANSSENS, D. SWANSON, L. CORDOVIL, *The reactions of competition authorities to the COVID-19 pandemic – an IBA Contribution*, IBA Antitrust Committee, giugno 2020.

<sup>29</sup> Cfr. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Countries around the globe are currently facing an unprecedented crisis caused by pandemic of the COVID-19 disease, which causes both health and economic difficulties, comunicato stampa del 27 marzo 2020.

<sup>30</sup> Cfr. Kilpailu-ja kuluttajavirasto, Exceptional circumstances caused by the coronavirus to affect the application of the Finnish Competition Act, comunicato stampa del 23 marzo 2020.

<sup>31</sup> Ove si è creato anche un canale dedicato alle sole denunce relative a illeciti antitrust legati alla pandemia (cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Buzón especial para denuncias y consultas relacionadas exclusivamente con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid19, comunicato stampa del 31 marzo 2020).

<sup>32</sup> Cfr. South Africa Competition Commission, COVID-19 update: competition commission flooded with over 500 complaints of excessive pricing, comunicato stampa del 31 marzo 2020; South Africa Competition Commission, Commission cracks down on excessive pricing, comunicato stampa del 15 aprile 2020.

Garante della Concorrenza e del Mercato italiana (“AGCM”) si è immediatamente attivata per contrastare condotte illecite connesse al COVID-19. Le iniziative poste in essere fino ad aprile 2020 sono però risultate espressione delle competenze che, nell’ordinamento italiano, all’AGCM sono conferite anche nel settore della tutela dei consumatori: tanto che quest’ultima è, ad esempio, intervenuta con riguardo alla sospensione della vendita di mascherine con caratteristiche e tempi di consegna difformi da quelli pubblicizzati<sup>33</sup>, nonché con riferimento ai test per gli anticorpi del COVID-19<sup>34</sup>.

Sotto il secondo profilo, si tratta di evitare che un’applicazione ... *sine grano salis* delle regole antitrust possa ostacolare la cooperazione fra imprese necessaria a fronteggiare gli effetti della crisi sanitaria e del *lockdown*. Anche in tale prospettiva, molte Autorità della concorrenza hanno chiarito di volere “adattare” le regole di concorrenza alle circostanze eccezionali causate dalla pandemia, in particolare in settori produttivi affini a quello sanitario: fra queste vi è anche la Commissione che, l’8 aprile 2020, ha adottato una specifica comunicazione<sup>35</sup>. Oltre a ribadire l’importanza che le attività di monitoraggio dei mercati proseguano anche in questo frangente per evitare condotte opportunistiche da parte degli operatori economici<sup>36</sup>, il documento ha due finalità principali. Da un lato, la Commissione individua i criteri che si impegna a utilizzare per scrutinare *ex art.* 101 TFUE i progetti di cooperazione che le imprese intendano coltivare per migliorare la produzione e fronteggiare la carenza di prodotti e servizi essenziali<sup>37</sup>. Dall’altro lato, si immaginano (*rectius*, “rispolverano”) meccanismi per aumentare la certezza del diritto delle imprese con riguardo a quali forme di cooperazione siano divenute legittime e quali, invece, rimangano proibite anche ai tempi del COVID-19<sup>38</sup>.

Sotto il profilo sostanziale, e ammessa l’ipotesi di forme di cooperazione anche più intensa<sup>39</sup>, si individua una serie di condotte collaborative delle

<sup>33</sup> V. AGCM, provvedimenti cautelari dell’8 aprile 2020 nei casi PS11732, Oxystore – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria; PS11734, Wish – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria; e PS11736, Tiger Shop – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria.

<sup>34</sup> V. AGCM, Emergenza coronavirus, avviata verifica su segnalazione della Regione Lazio nei confronti di strutture sanitarie private e laboratori di analisi romani che pubblicizzano test per anticorpi COVID-19, comunicato stampa del 15 aprile 2020.

<sup>35</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione 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*, COM (2020) 3200 final.

<sup>36</sup> Ivi, punto 20.

<sup>37</sup> Ivi, punti 6-16.

<sup>38</sup> Ivi, punti 17-18.

<sup>39</sup> Ivi, punti 14-15.

imprese attive nel settore sanitario che, secondo la Commissione, non sollevano riserve in materia antitrust, purché soggette a forme di garanzia (come ad es. il coinvolgimento di soggetti terzi)<sup>40</sup>.

È opportuno soffermarsi su alcuni aspetti procedurali legati al secondo obiettivo che la Commissione intende perseguire con la comunicazione e cioè la certezza del diritto. Nel contesto dell'applicazione decentrata delle regole antitrust le imprese non possono (più) chiedere alla Commissione di esprimersi sulla legittimità di un progetto di accordo: abrogato con il già citato regolamento (CE) n. 1/2003 il monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 101(3) TFUE, spetta alle imprese autovalutare la compatibilità delle loro condotte con l'intero catalogo delle regole antitrust.

In questi tempi eccezionali, la Commissione “rispolvera” le “*comfort letters*”<sup>41</sup> e cioè uno strumento che si era diffuso proprio durante il regime previgente quando il c.d. *public enforcement* delle regole antitrust era disciplinato dal regolamento (CEE) n. 17/62<sup>42</sup>.

Sulla carta, il meccanismo della notifica preventiva previsto dal regolamento (CEE) n. 17/62 garantiva un elevato livello di certezza alle imprese<sup>43</sup>: la decisione che sanciva la compatibilità con l'art. 101 TFUE di un progetto di accordo notificato alla Commissione era opponibile ai terzi e vincolante per i giudici nazionali<sup>44</sup>. Nella pratica, tuttavia, il meccanismo non

<sup>40</sup> Si tratta di misure volte, ad esempio, a (i) coordinare il trasporto delle forniture, (ii) individuare rischi di carenze di medicinali essenziali, (iii) condividere informazioni aggregate su produzione e capacità, (iv) prevedere la domanda degli Stati e individuare carenze di approvvigionamento, (v) condividere informazioni su tali carenze e sulla capacità delle imprese di rimediarsi (cfr. *ivi*, punto 12).

<sup>41</sup> *Ivi*, punto 18.

<sup>42</sup> Regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio del 6 febbraio 1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato.

<sup>43</sup> Infatti, «[a] formal exemption under [art. 85(3) EEC] following a notification pursuant to [regulation (EEC) n. 17/62, cit.] provides the greatest degree of legal certainty as to the legality and enforceability of an agreement inasmuch as it forecloses national antitrust authorities and courts from applying [art. 85(1) EEC] and in the case of national courts, [art. 85(2) EEC] to the exempted agreement and may also prevent application of national antitrust laws if such application would deprive the parties of the benefits of the exemption» (cfr. J.S. VENIT, *The Commission's opposition procedure— Between the Scylla of Ultra Vires and the Charybdis of Perfume: Legal Consequences and Tactical Considerations*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 167 e ss., p. 169).

<sup>44</sup> Le imprese destinatarie di una decisione di esenzione individuale, infatti, «acquista[va]no così il diritto di porre in atto, alle condizioni eventualmente stabilite dalla Commissione, un accordo, un'intesa o una pratica concordata e po[teva]no opporre tale diritto a qualsiasi terzo che, dinanzi al giudice nazionale, eccepisca l'incompatibilità di detto accordo, intesa o pratica concordata con l'art. [85(1) CEE]» (per tutte CGUE, sentenza dell'11 dicembre 1980, 31/80, *L'Oréal*, punto 8).

funzionava<sup>45</sup>: “sommersa” dalle notifiche, la Commissione non aveva le risorse necessarie per svolgere le istruttorie necessarie all’adozione delle decisioni di esenzione. Per risolvere l’*impasse*, la Commissione ha, fra l’altro, iniziato a esaminare le notifiche mediante procedure semplificate, riservando le decisioni formali di esenzione ai casi di portata sistematica. Le procedure semplificate si chiudevano invece con decisioni informali di archiviazione: mediante tali “*comfort letters*”, la Commissione dichiarava di non ravvisare illeciti antitrust e non avere motivo di intervenire.

Il problema delle “*comfort letters*” era connesso proprio alla certezza del diritto. Non costituendo decisioni di attestazione negative né di applicazione dell’art. 101, par. 3, TFUE, tali lettere – vincolano la Commissione in virtù del principio del legittimo affidamento ma – non sono opponibili ai terzi: pur rappresentando un elemento di fatto da valutare durante un eventuale contenzioso, esse non impediscono ai giudici nazionali di valutare diversamente gli accordi che ne sono oggetto<sup>46</sup>.

In prospettiva storica, la possibilità per i giudici nazionali di non uniformarsi alle “*comfort letters*” portava soprattutto alla dichiarazione di nullità *ex art.* 101, par. 2, TFUE di accordi che avevano passato indenni lo scrutinio pubblico: si trattava della nota fattispecie della c.d. *euro-defense*, normalmente invocata davanti a un giudice nazionale dalla parte che voleva provare a liberarsi di un contratto<sup>47</sup>. In seguito allo sviluppo del *private enforcement* delle regole antitrust<sup>48</sup>, a tale rischio si aggiunge oggi quello del contenzioso

<sup>45</sup> In generale, v. A. BROWN, *Notification of Agreements to the EC Commission: Whether to Submit to a Flawed System*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 323 ss.

<sup>46</sup> CGUE, sentenza del 10 luglio 1980, C-37/79, *Estée Lauder*, punto 10, secondo cui «[u]na lettera del genere, che, fondata sui soli elementi di cui la Commissione è a conoscenza, riflette una valutazione della Commissione e conclude una procedura di esame da parte degli uffici competenti della Commissione, non ha l'effetto di impedire ai giudici nazionali, dinanzi ai quali si faccia valere l'incompatibilità degli accordi con l'art. 85, di valutare diversamente, in funzione degli elementi di cui essi dispongono, gli accordi in questione. Pur non vincolando i giudici nazionali, l'opinione comunicata con tali lettere costituisce nondimeno un elemento di fatto di cui i giudici nazionali possono tener conto nel loro sindacato della conformità all'art. 85 degli accordi o dei comportamenti di cui trattasi».

<sup>47</sup> I giudici nazionali, infatti, hanno «l'obbligo di pronunziarsi sulle domande degli amministratori che denuncino la nullità ipso iure» di un'intesa (CGUE, sentenza del 6 febbraio 1973, 48/72, *De Haecht*). Tale situazione era resa possibile e invero aggravata anche perché, come noto, nel sistema di cui al regolamento (CEE) n. 17/62, cit., ai giudici nazionali era precluso valutare l'eventuale sussistenza degli elementi positivi di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, e quindi i giudici nazionali ai quali fosse stato chiesto di accertare la nullità di un accordo *ex art.* 101, par. 2, TFUE erano costretti ad accogliere la domanda anche laddove avessero ritenuto che l'intesa fosse legittima ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.

<sup>48</sup> Prima di trovare una – più o meno – completa disciplina di diritto derivato (v. la direttiva 2014/104/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate

per il risarcimento del danno: l'aver ottenuto una “*comfort letter*” dalla Commissione, infatti, non sembra circostanza idonea a garantire alle imprese una sicura immunità in sede civilistica.

Tale risultato sarebbe invece ottenibile se la Commissione riuscisse a utilizzare il diverso strumento delle decisioni di inapplicabilità di cui all'art. 10 del regolamento (CE) n. 1/2003. Si tratta di una di quelle «competenze addizionali»<sup>49</sup> ancora attribuite alla – sola<sup>50</sup> – Commissione anche nel sistema di applicazione del diritto antitrust su base decentrata e condivisa con le Autorità nazionali della concorrenza. Adottabili dalla Commissione per ragioni d'interesse pubblico e solo *motu proprio*, le decisioni di inapplicabilità vincolano anche terzi e giudici nazionali *ex art.* 16 del regolamento (CE) n. 1/2003. Tali decisioni possono essere adottate, fra l'altro, al fine di «garantirne un'applicazione coerente nell'Unione, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti»<sup>51</sup>, obiettivi fra cui sembra rientrare la necessità di fronteggiare uno scenario sconosciuto come quello legato alla pandemia di COVID-19.

Le difficoltà di utilizzo di tale strumento rispetto a quello delle “*comfort letters*”, tuttavia, sono date dalla maggiore intensità delle attività istruttorie necessarie alla loro adozione, che le rende forse poco utilizzabili per rispondere alle esigenze delle imprese con i tempi rapidissimi dettati dall'attuale scenario emergenziale<sup>52</sup>.

norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea), il diritto dei singoli di ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale è stato come noto sancito dalla CGUE, quale diretta espressione del principio dell'effetto diretto anche orizzontale delle disposizioni dei Trattati che siano chiare, precise e incondizionate, caratteristiche rispettate dagli art. 101 e 102 TFUE (cfr. CGUE, sentenza del 27 marzo 1974, 127/73, *BRT*). Sul punto, fra le altre, v. già CGUE, sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*; CGUE, sentenza del 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

<sup>49</sup> Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle Autorità garanti della concorrenza, punto 9.

<sup>50</sup> CGUE, sentenza del 3 maggio 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, punti 27-29.

<sup>51</sup> Considerando n. 14 del regolamento (CE) n. 1/2003, cit.

<sup>52</sup> Sulla collaborazione fra Autorità nazionali della concorrenza e imprese durante la crisi pandemica v. anche G. DE STEFANO, *COVID-19 and EU Competition Law: Bring the Informal Guidance On*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, p. 121 ss.

#### 4. Pandemia e concentrazioni: dalle difficoltà di *enforcement* alla “prima volta” del COVID-19 nell’analisi antitrust

È interessante soffermarsi, pur più brevemente, anche sul settore delle concentrazioni. Trattandosi di un ambito particolarmente sensibile al fattore tempo e dove la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza devono rispettare stringenti termini procedurali<sup>53</sup>, il settore delle concentrazioni ha subito più di altri gli effetti delle misure di contenimento, il cui rispetto ha ovviamente rallentato anche le attività della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza, portando talvolta alla chiusura degli uffici (ad esempio in Austria e Belgio)<sup>54</sup>. Anche a causa delle difficoltà nell’interloquire con le imprese coinvolte (anch’esse soggette a *lockdown* più o meno intensi), la Commissione<sup>55</sup> e talune Autorità nazionali della concorrenza (fra le quali ad esempio quelle belga e lituana<sup>56</sup>) hanno allora invitato le imprese a posticipare la notifica delle concentrazioni; altre Autorità nazionali della concorrenza hanno invece sospeso – o ottenuto dal legislatore la sospensione de – i termini applicabili (come ad es. in Francia e Danimarca)<sup>57</sup>.

Ma il settore delle concentrazioni è interessante anche e soprattutto perché, in tale contesto, il COVID-19 è già entrato a far parte dell’analisi antitrust di un’operazione, anticipando quelli che potrebbero essere valutazioni che diverranno comuni nei prossimi anni. In *Circle Health/BMI Healthcare*<sup>58</sup>, la *Competition and Market Authority* britannica ha avviato l’indagine formale per la fusione fra due ospedali ritenendo necessario approfondire l’esame dei potenziali effetti anticoncorrenziali dell’operazione. Tali effetti sono stati ipotizzati anche in base alle conseguenze del COVID-19 sul

<sup>53</sup> Di cui al regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

<sup>54</sup> Cfr. rispettivamente Bundeswettbewerbshörde, Corona (COVID-19) Submission of electronic merger notifications is now possible, comunicato stampa del 23 marzo 2020; Belgische Mededingingsautoriteit, COVID-19 measures, comunicato stampa n. 13/2020 del 19 marzo 2020.

<sup>55</sup> Cfr. <https://ec.europa.eu>.

<sup>56</sup> V. rispettivamente comunicato stampa n. 13/2020, cit. e Konkurencijos taryba, Examination of mergers may last longer, comunicato stampa del 14 aprile 2020.

<sup>57</sup> Cfr. rispettivamente Autorité de la Concurrence, Adaptation of the time limits and procedures of the Autorité de la concurrence in times of health emergency, comunicato stampa del 27 marzo 2020; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Suspension of time limits for merger review is extended, comunicato stampa del 16 aprile 2020.

<sup>58</sup> Cfr. Competition and Market Authority, provvedimenti del 24 aprile 2020 (accettazione degli impegni proposti da Circle) e del 29 giugno 2020 (autorizzazione dell’operazione), caso ME/6864-19, *Circle Health/BMI Healthcare*.

mercato rilevante che, secondo detta Autorità, potrebbe risultare più concentrato per via della minore probabilità che, in futuro, la sanità abbia fondi disponibili per realizzare nuovi ospedali.