

interessate l’oggetto e lo scopo della sua indagine³⁸. La Commissione, dopo aver informato per iscritto le parti, si impegna ad assicurare la massima trasparenza circa l’”avvio” formale del procedimento.

Oltre a disciplinare in dettaglio le modalità ed i tempi di esercizio dei suoi poteri di indagine, le *Best Practices* formalizzano, altresì, la prassi istituita dalla Commissione nel corso degli anni di procedere ad incontri o colloqui informali con le parti o soggetti terzi e, la prassi in larga misura seguita dalla Commissione di svolgere i cosiddetti “*State of play meeting*” ed i “*Triangular meeting*”³⁹. Viene, altresì, formalizzato l’uso di offrire alle parti, laddove lo richiedano, un incontro con il Direttore Generale o con il Commissario Europeo alla Concorrenza.

Nel descrivere la procedura della Commissione volta all’adozione di una decisione di accertamento di un’infrazione ai sensi degli articoli 101 e 102, le *Best Practices*, esplicitano le modalità di esercizio dei diritti concessi alle parti successivamente all’invio del *Statement of Objection*. Si rileva che le *Best Practices* formalizzano la possibilità di ricorrere, a due procedure speciali concernenti l’accesso al fascicolo, in casi eccezionali in cui vi sia l’esigenza di alleggerire l’onere che incombe sulle parti di predisporre versioni non confidenziali dei documenti e nei procedimenti con un numero limitato di parti⁴⁰.

Infine, appare opportuno sottolineare che le *Best Practices* definiscono in maniera molto dettagliata la procedura della Commissione volta all’adozione di una decisione di accettazione di impegni (art. 9 Regolamento CE n. 1/2003). Pur auspicando che la “negoziazione” avvenga quanto prima nel corso del procedimento, le *Best Practices*

³⁸ Rriguardo all’estrema rilevanza di tale momento basti ricordare che, ai sensi dell’art. 11 (6) del Reg CE n. 1/2003, l’avvio formale di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE.

³⁹ I primi rappresentano un’opportunità per la Commissione di informare le parti circa lo stato del procedimento mentre i secondi sono svolti con le diverse parti del procedimento, laddove la Commissione ritenga che un confronto tra le stesse possa risultare utile all’efficacia del procedimento.

⁴⁰ La prima, detta “procedura negoziata bilaterale” consiste nella possibilità che la parte a cui viene consentito l’accesso si accordi con il soggetto che ha fornito la documentazione circa l’accesso alla versione integrale di alcuni documenti, con il limite di poter divulgare tali informazioni ad un numero ristretto di persone. In tal modo si evita di dover chiedere le versioni confidenziali dei singoli documenti. La seconda procedura detta “data room procedure” consiste nel consentire l’accesso ad un ristretto numero di persone (di solito si tratta del consulente esterno della parte) alla versione confidenziale di alcuni file, depositati presso uno specifico locale della DG Comp, in presenza di un funzionario della Commissione. Tali soggetti potranno prendere nota dei dati esaminati, ma sugli stessi grava l’obbligo di non divulgare al cliente. La Commissione ha specificato trattarsi prevalentemente di una procedura utilizzata per dare accesso ai database di natura economica, spesso costituiti da file di grandissime dimensioni.

prevedono che le parti possono contattare i servizi della Direzione Generale Concorrenza in qualsiasi momento della procedura. La Commissione adotterà quindi un *Preliminary Assessment* e gli impegni definitivi dovranno dunque essere presentati entro un mese dall'adozione di questo (art. 27 Regolamento CE n. 1/2003). Le *Best Practices* sottolineano che gli impegni, indipendentemente dalla loro natura, devono essere chiari e direttamente eseguibili oltre che idonei a risolvere i dubbi concorrenziali evidenziati nel *Preliminary Assessment*. La Commissione, così come le parti, possono decidere in qualsiasi momento della procedura di non dar più corso alla “negoziazione” ed in tal caso, la Commissione continuerà un procedimento ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 1/2003.

Il processo di revisione del Regolamento (CE) n. 2790/1999 in materia di intese verticali

È in corso il processo di revisione del Regolamento n. 2790/1999 di esenzione sulle intese verticali (da concludere entro il 31 maggio 2010) e delle relative Linee Guida, per il quale il relativo processo di consultazione si è concluso il 28 settembre 2009.

La Commissione rileva come, in generale, il Regolamento di esenzione abbia ben funzionato e non siano necessarie revisioni sostanziali. Infatti, le principali proposte di modifica riguardano gli sviluppi più recenti del mercato, in particolare l'aumento del potere di mercato dei grandi rivenditori e lo sviluppo delle vendite *on line* su Internet. Per tenere conto di tali sviluppi, la Commissione propone che, per beneficiare dell'esenzione di categoria, gli accordi verticali debbano prevedere non soltanto che la quota di mercato del fornitore non sia superiore al 30% (come già succede), ma che anche quella dell'acquirente non superi tale soglia. Per quanto concerne le vendite *on line*, da una parte è emersa la necessità di garantire al consumatore la possibilità di acquistare un prodotto anche all'estero, a condizioni più vantaggiose, mentre dall'altra parte sono state mantenute determinate restrizioni alle vendite - volte a limitare il *free-riding* - al fine di consentire ai consumatori di beneficiare di migliori servizi. L'approccio proposto dalla Commissione precisa meglio, nel contesto del commercio elettronico, la distinzione tra le vendite che sono il risultato di attività di *marketing* e le vendite che sono il risultato dell'iniziativa propria del consumatore (ossia tra vendite attive e passive) e chiarisce il modo in cui il Regolamento rivisto valuterebbe le condizioni imposte in relazione alle vendite su Internet, per esempio il requisito,

imposto dal fornitore, che, prima di impegnarsi nella vendita *on line*, il distributore disponga di un punto vendita non virtuale.

Il processo di revisione dei Regolamenti (CE) n. 2658/2000 e 2659/2000, concernenti il regime di esenzione degli accordi di specializzazione e degli accordi di ricerca e sviluppo, nonché delle “Linee direttive sull’applicabilità dell’art. 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale”

Durante il 2009 è proseguito anche il processo di revisione della disciplina comunitaria in materia di accordi di cooperazione orizzontale (la cui consultazione si è chiusa il 30 gennaio 2009), volto a verificare - alla luce delle esperienze riportate dalle ANC, nonché delle posizioni espresse al riguardo dai soggetti interessati – quale impatto applicativo abbiamo avuto le Linee direttive ed i due regolamenti di esenzione sopra richiamati, il cui periodo di applicazione è destinato a terminare il 31 dicembre 2010. Ciò al fine di valutare l’opportunità di riconfermarne i contenuti anche per il futuro. Si attende l’elaborazione di un testo di revisione delle attuali previsioni che sarà a sua volta soggetto a consultazione pubblica nel corso del 2010.

Il processo di revisione dei Regolamenti n. 1400/2002, concernente l’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, e n. 358/2003, relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, TFUE a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni

Nel corso del 2009 sono proseguiti i lavori della Commissione nella revisione dei regolamenti di esenzione in materia di auto e di assicurazioni. I documenti, sottoposti a consultazione pubblica sono attualmente all’esame dei comitati consultivi e la loro adozione è attesa entro il 2010.

Per quanto concerne il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali nel settore autoveicoli e delle relative linee guida i documenti sottoposti a consultazione pubblica, propongono di: *a)* ricondurre, soltanto a partire dal 2013, gli accordi relativi alle vendite di autoveicoli nuovi - dove si riscontra un più che soddisfacente livello della concorrenza - al regolamento generale di esenzione delle intese verticali, mantenendo ferme fino a quella data le disposizioni del Regolamento n. 1400/2002 vigente; *b)* prevedere un “mini-regolamento” (cosiddetto mini-ber), che si presenta in forma notevolmente semplificata rispetto al precedente, riferito esclusivamente ai

mercati post-vendita dove si riscontrano, invece, ancora le maggiori problematiche concorrenziali del settore.

Per quanto riguarda il *settore assicurativo* la proposta della Commissione sottoposta a consultazione è di limitare l'ambito di esentabilità del regolamento a due sole tipologie di accordi: *a)* gli accordi sulla compilazione di dati statistici e *b)* gli accordi volti a costituire i consorzi (o *pool*) di assicurazione. Vengono, invece, sottratti dall'ambito di applicazione del regolamento di esenzione di categoria gli accordi relativi alla standardizzazione delle condizioni contrattuali nonché quelli relativi agli *standard* dei dispositivi di sicurezza.

Le principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴¹, avvenuta il 1 dicembre 2009, è destinata ad introdurre molteplici cambiamenti nell'ambito dell'Unione europea, nel segno della ricerca di una più intensa cooperazione politica, oltre che economica, da per seguirsi nell'ambito di un contesto organizzativo più moderno e democratico.

In questa prospettiva, le novità principali del Trattato riguardano: *i)* il rinnovamento delle Istituzioni, non solo nella definizione dei compiti a ciascuna assegnati quanto, soprattutto, nelle modalità di composizione e funzionamento; *ii)* il rafforzamento del Parlamento europeo anche nell'esercizio della funzione legislativa e il maggiore coinvolgimento nelle attività dell'Unione dei Parlamenti nazionali e dei cittadini, ai quali è riconosciuta la possibilità di attivarsi per promuovere l'adozione di nuovi atti legislativi; *iii)* l'ampliamento delle competenze dell'Unione e il rafforzamento della cooperazione in materia internazionale e di tutela della sicurezza.

Il Trattato di Lisbona conferma nel contempo, precisandone ulteriormente i meccanismi di operatività, i criteri generali di ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, che, secondo quanto previsto dall'art. 5 del Trattato

⁴¹ Con il Trattato di Lisbona sono stati modificati sia il Trattato sull'Unione europea che il Trattato istitutivo della Comunità europea (da ora anche Trattato CE), rispettivamente denominati Trattato sull'Unione Europea (da ora anche TUE) e Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (da ora anche TFUE). Nel TUE sono riprodotte ora numerose disposizioni concernenti le Istituzioni e i rapporti tra l'Unione e gli Stati membri (che in passato si leggevano nel Trattato CE), compresa la regola di cooperazione generale, in passato contenuta nell'art. 10 Trattato CE (ora art. 4.3 TUE). Il Trattato di Lisbona segna anche la “scomparsa” della “Comunità europea” come soggetto, che, viene ad essere oggi sostituito in tutto dall’“Unione europea” (art. 1 del Trattato sull'Unione europea).

sull'Unione europea, risultano improntati ai principi di attribuzione (per il quale l'Unione agisce solo nei limiti delle competenze ad essa attribuite nei Trattati), di sussidiarietà (in base al quale, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione deve intervenire solo in caso di insufficienza delle iniziative nazionali) e di proporzionalità (per il quale il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi). Si precisa altresì che nelle materie in cui la competenza dell'Unione non è esclusiva, gli Stati membri possono intervenire nella misura in cui non lo ha fatto l'Unione (art. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea).

Il Trattato di Lisbona non ha introdotto mutamenti di fondo nelle previsioni concernenti la “Politica di concorrenza” (precedentemente contenute negli artt. da 81 a 86 del Trattato CE), che sono state integralmente confermate, seppure nell'ambito del nuovo sistema di organizzazione espositiva e numerazione conseguente alla riforma. La *“definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”* resta, inoltre, una competenza esclusiva dell'Unione, rispetto alla quale, conseguentemente, gli Stati membri non possono adottare propri atti normativi a meno che non siano espressamente autorizzati dall'Unione o non si limitino a dare attuazione ad atti dell'Unione (art. 3 del TFUE). La concorrenza continua ad essere considerata uno dei principi ispiratori dell'integrazione europea, come si evince dall'art. 3, paragrafo 3, TUE, per il quale l'Unione si adopera per *“lo sviluppo sostenibile”* dell'Europa basato anche su un'economia sociale di mercato *“fortemente competitiva”*, che rientrava tra gli obiettivi della Comunità come individuati nel Trattato CE (art. 3). Tale previsione è ancor più esplicita nel protocollo 27 sul Mercato Interno e la Concorrenza (protocollo che forma parte integrante dei Trattati e che di conseguenza ha forza di normativa comunitaria primaria) che recita *“il mercato interno stabilito nell'art 3 del Trattato dell'Unione Europea include un sistema che assicura che la concorrenza non sia distorta”* e *“a tal fine, l'Unione dovrà, se necessario, intervenire secondo le previsioni dei Trattati, incluso l'articolo 352 del TFUE”*. Il riferimento alla necessità di un'economia fortemente competitiva, contenuto nell'art. 3, paragrafo 3 TUE e le previsioni del protocollo 27 sono idonee a mantenere la scelte per la concorrenza come un elemento irrinunciabile dell'integrazione europea; emblematico in questo senso rimane del resto il fatto che all'interno dei Trattati sono inseriti i divieti principali in materia *antitrust* che, quindi, non potrebbero essere modificati con atti di diritto

derivato, quali i regolamenti e le direttive. Guardando alle previsioni specificamente destinate alle modalità di attuazione della politica di concorrenza, rimangono immutate, oltre alle disposizioni concernenti le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante (artt. 81 e 82 Trattato CE ora artt. 101 e 102 TFUE), anche le norme concernenti l'applicazione delle prime (artt. da 83 a 85 Trattato CE ora artt. da 103 a 105 TFUE).

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Protezione dei consumatori resta un'attività per la quale l'Unione esercita una competenza “concorrente” con quella degli Stati membri (art. 4 del TFUE). L'art. 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ripropone il contenuto del precedente art. 153 del Trattato CE confermando la possibilità di interventi specifici dell'Unione sia *“nel quadro della realizzazione del mercato interno”* e sia attraverso l'adozione di *“misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri”*. Gli atti legislativi dell'Unione europea adottati in materia di protezione dei consumatori seguono la procedura di legislazione ordinaria e richiedono quindi il consenso sia del Consiglio che del Parlamento. È prevista altresì la consultazione del Comitato economico e sociale. È infine confermato il principio per il quale *“nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori”*; principio che, anzi, nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è inserito tra le previsioni iniziali di carattere generale (art. 12 TFUE che sostituisce l'art. 153, paragrafo 2, del Trattato CE).

ATTIVITÀ DI ASSISTENZA TECNICA IN MATERIA DI CONCORRENZA

Nel corso del 2009, l'Autorità ha intrapreso una serie di attività, volte a consolidare il proprio ruolo nell'ambito dell'assistenza tecnica in materia di concorrenza. Le iniziative assunte in tale settore hanno particolare rilievo, in quanto amplificano la visibilità istituzionale dell'Autorità e favoriscono la circolazione del modello italiano di diritto e politica della concorrenza, con potenziali impatti positivi sul contesto economico del Paese beneficiario e significativi vantaggi per le imprese italiane che vi operano.

Nel mese di giugno, l'Autorità è risultata aggiudicataria di un progetto di gemellaggio amministrativo con l'autorità di concorrenza della Croazia⁴². Si tratta del primo progetto di gemellaggio aggiudicato all'Autorità dal 2005. Nell'ambito di questo progetto, finanziato con un milione di euro, l'Autorità – a capo di un consorzio che comprende il *Department of Business, Innovation and Skills* del Regno Unito - esprime il *project leader* ed il consigliere pre-adesione.

Nel mese di dicembre 2009, l'Autorità - a capo di un consorzio che include l'autorità di concorrenza ungherese e il *Department of Business, Innovation and Skills* del Regno Unito – è risultata altresì aggiudicataria di un progetto di gemellaggio con l'autorità di concorrenza albanese. Nell'ambito di questo progetto, anch'esso finanziato con un milione di euro, l'Autorità esprimerà il *project leader*.

Inoltre, nel mese di luglio 2009 è stato aggiudicato all'Autorità un progetto di cooperazione con l'autorità di concorrenza della Federazione Russa (*Federal Anti-Monopoly Service*, FAS), finanziato dalla Banca Mondiale, inteso a fornire all'autorità beneficiaria assistenza tecnica per minimizzare i rischi di corruzione nello svolgimento dei propri compiti istituzionali in materia *antitrust*. Il progetto si articola in tre componenti principali, che riguardano rispettivamente l'elaborazione di una metodologia per il calcolo delle sanzioni da irrogare per violazioni del diritto della concorrenza e l'operatività del programma di clemenza; la gestione delle informazioni sensibili all'interno dell'Autorità; i codici etici, i procedimenti disciplinari e altre forme di controllo dell'integrità istituzionale. Le prime attività nell'ambito di questo progetto sono state svolte nell'ottobre 2009.

Tale progetto di cooperazione con l'autorità di concorrenza della Federazione Russa si inserisce nel più ampio quadro dell'accordo di cooperazione bilaterale con l'autorità di concorrenza della Federazione Russa, già avviato otto anni fa e da allora rinnovato annualmente. Infine, nel corso del 2009 l'Autorità ha prestato assistenza tecnica in sede su base occasionale, in favore di delegazioni provenienti dalla Cina, dal Giappone e dal Kosovo.

⁴² I progetti di gemellaggio amministrativo sono degli accordi quadro, di durata variabile da 12 a 24 mesi, finanziati dalla Commissione Europea, nell'ambito dei quali le autorità amministrative dei Paesi membri forniscono assistenza tecnica alle corrispondenti amministrazioni nel Paese beneficiario (di frequente un Paese candidato ad aderire all'Unione Europea, o un nuovo Paese membro, o ancora un Paese che ricade nell'ambito della politica di vicinato della Commissione Europea).

ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OCSE)

Nel 2009, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito, attraverso la predisposizione di studi e l'organizzazione di tavole rotonde, la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza al fine di promuovere la convergenza e la cooperazione tra i Paesi membri.

In considerazione delle rilevanti conseguenze economiche causate dalla crisi finanziaria, una parte rilevante dell'attività del Comitato Concorrenza è stata dedicata all'analisi del settore finanziario. Nella discussione sulle *“Caratteristiche del settore finanziario e concorrenza”* si è concentrata l'attenzione sulle peculiarità del settore, cui è direttamente collegato l'andamento dell'economia reale, il che impone un'azione celere e certa nel caso di crisi finanziarie al fine di prevenire, in caso di fallimento anche di una sola banca, la crisi dell'intero sistema. Nel settore finanziario, dunque, occorre perseguire i due obiettivi principali, stabilità e efficienza, attraverso una “prudente” regolamentazione da un lato e, dall'altro, un'efficace politica di concorrenza che consenta il raggiungimento di prestazioni efficienti. La discussione ha, infatti, evidenziato che il crollo registratosi in taluni settori finanziari non trova origine in un *“fallimento del mercato”*, ma è il risultato di limiti e carenze nell'attività di regolazione che non ha fornito alle imprese i giusti incentivi autorizzandole, invece, ad assumere rischi eccessivi.

Nella tavola rotonda sul *“Ruolo della politica di concorrenza nel sostegno e nella ristrutturazione del settore finanziario”* si è rilevato come, durante situazioni di crisi per il settore finanziario, l'attività di promozione delle regole di concorrenza, lungi dal costituire un ostacolo per il superamento delle fasi congiunturali più pressanti, ha dimostrato invece di contribuire positivamente alla loro soluzione. In tale contesto, le autorità di concorrenza possono contribuire ad elaborare strategie di uscita dalle misure di emergenza adottate durante periodi di crisi oltre che verificare gli effetti che l'utilizzo di strumenti di sostegno e ristrutturazione del sistema finanziario (quali ricapitalizzazioni, nazionalizzazioni, concentrazioni e aiuti di stato) producono sull'economia. In particolare, la concorrenza tra le banche va preservata e promossa per garantire che i benefici loro concessi siano trasferiti anche ai clienti. Le autorità di concorrenza dovrebbero, inoltre, cooperare con le autorità di regolazione, direttamente o attraverso lo strumento delle segnalazioni, nella predisposizione della nuova regolamentazione, evitando la predisposizione di misure che restringano ingiustificatamente la concorrenza.

Nella tavola rotonda “*Sfide per la politica di concorrenza in periodi di riduzione della spesa*” è stata affrontata la questione relativa agli effetti della crisi del mercato finanziario sul mercato reale in cui si registra un netto calo della domanda dovuto proprio alle difficoltà di accesso al credito, alla mancanza di liquidità e più in generale di disponibilità finanziarie. Dalla discussione è emerso come nel settore reale appaiano meno giustificate misure di sussidio o addirittura politiche protezionistiche, in assenza dei rischi sistematici che caratterizzano, invece, il settore finanziario. Si è pertanto ribadita la necessità di calibrare i rimedi predisposti in modo da minimizzare l’impatto negativo sulla concorrenza, attraverso il salvataggio delle eventuali “vittime collaterali” della crisi e non di tutte le imprese versanti in condizioni di difficoltà a prescindere dalle avversità congiunturali.

Nella tavola rotonda “*Adattamento delle regole di concorrenza*” si è sottolineato come, benché gli obiettivi e i caratteri delle regole di concorrenza non debbano subire mutamenti sostanziali in ragione della situazione di crisi, le autorità di concorrenza, nella loro attività, debbano tenere conto del contesto economico e dei suoi probabili effetti sui mercati interessati. In particolare per quanto concerne, da un lato la maggiore tendenza al formarsi di cartelli in periodi di crisi, e dall’altro lato l’aumento delle operazioni di concentrazione. In tale contesto, appare probabile che i soggetti coinvolti in una situazione di crisi, richiedano una maggiore flessibilità nelle procedure e una certa celerità nelle decisioni, oltre che un coordinamento internazionale nell’approccio ai casi di “*failing firm defence*”.

Nella tavola rotonda sui “*Mercati a doppio versante*” si sono analizzati i problemi teorici e applicativi che sorgono nell’analisi di tali particolari contesti economici. Si è sottolineato l’incremento del ricorso alle piattaforme a due versanti nell’ambito delle transazioni concluse su Internet (si pensi a eBay, Facebook, Google). Nel corso della discussione sono stati evidenziati i tratti peculiari dei mercati a doppio versante rispetto ai mercati tradizionali. Se da un lato, infatti, in tali mercati la fissazione di prezzi al di sopra dei costi medi o marginali non necessariamente indica la presenza di potere di mercato, dall’altro lato, prezzi al di sotto dei costi marginali possono derivare dall’esigenza di massimizzare la partecipazione per quel versante di mercato, senza perciò configurare un comportamento predatorio.

Nella tavola rotonda su “*Concorrenza, brevetti e innovazione*” l’attenzione si è concentrata sui rapporti tra la normativa sui brevetti da un lato e la concorrenza e

l'innovazione dall'altro, con particolare riferimento al possibile effetto negativo dei brevetti su concorrenza e innovazione. Nella tavola rotonda è stato, peraltro, evidenziato che non necessariamente il brevetto coincide con l'innovazione. In generale, si è registrato un largo consenso sul fatto che i problemi derivanti dal sistema di copertura brevettale vadano risolti all'interno del sistema stesso e non attraverso il ricorso al diritto della concorrenza. Un aspetto problematico è costituito, tuttavia, dagli effetti anticoncorrenziali di procedure pendenti davanti agli uffici di brevetti. Al riguardo il Comitato Concorrenza ha evidenziato l'esigenza di realizzare una maggiore collaborazione tra autorità di concorrenza e uffici competenti in materia di brevetti.

Nella tavola rotonda sulla *“Failing Firm Defence”* si è evidenziato come in un contesto di crisi, quale è quello attuale, risulterà sicuramente maggiore il ricorso a questa difesa nell'ambito di operazioni di concentrazione. La possibilità, sia pure in limitate ipotesi, di autorizzare una concentrazione altrimenti vietata al fine di evitare l'uscita dal mercato di una delle imprese partecipanti in ragione della situazione di grave dissesto in cui versa, è prevista nella maggior parte delle giurisdizioni dei Paesi aderenti all'OCSE, anche se raramente ha trovato applicazioni concrete. Oggetto principale della discussione sono state le questioni inerenti l'onere della prova, che grava sulle imprese richiedenti, e, in particolare se, durante periodi di crisi economica, possa farsi ricorso a presunzioni o comunque a una prova meno rigorosa.

Nella tavola rotonda sui *“Prodotti farmaceutici generici”*, il Comitato ha affrontato la natura del tipo di concorrenza esistente tra prodotti farmaceutici brevettati e farmaci generici. Nella discussione si è sottolineata l'importanza rivestita dalle regole sulla proprietà intellettuale per garantire una competizione dinamica nel settore. Sono state analizzate, inoltre, le restrizioni esistenti a livello regolamentare ed il loro effetto sulla concorrenza esercitata dai farmaci generici, nonché sul benessere dei consumatori. La considerazione emersa dalla discussione è che, in questo settore, il ruolo delle autorità di concorrenza non si limiti all'attività di repressione di condotte anticoncorrenziali, ma comprenda anche l'attività di segnalazione su possibili riforme legislative e regolamentari da introdurre in merito ai farmaci brevettati e a quelli generici.

Il gruppo di lavoro *“Concorrenza e Regolazione”* del Comitato ha continuato l'attività di analisi degli aspetti inerenti la riforma in senso pro-concorrenziale della regolazione approfondendo, in particolare, il problema delle restrizioni alla

concorrenza nell'ambito della professione di revisore contabile, e analizzando il fenomeno del “*margin squeeze*” da parte delle imprese in posizione dominante.

In particolare, per quanto riguarda l'attività di revisione delle società quotate, è stata evidenziata una rilevante concentrazione nel mercato interessato, che risulta in mano a un esiguo numero di imprese. In particolare, nell'ambito dei Paesi OCSE, le quattro principali società di revisione di dimensione internazionale controllano il 95% del mercato dei servizi di revisione. Considerato l'interesse pubblico legato a questo tipo di servizi professionali, in termini di esternalità positive che una corretta attività di certificazione riveste per il buon funzionamento dei mercati, il dibattito ha messo in luce i vantaggi economici che potrebbero derivare da una maggiore affermazione di imprese di dimensioni medie, originate da concentrazioni di imprese più piccole o da riforme di tipo regolamentare.

La tavola rotonda sul “*Margin squeeze*” si è soffermata sull'analisi delle principali caratteristiche di tale condotta, consistente nella pratica da parte di un soggetto dominante e verticalmente integrato di prezzi più elevati per il servizio di accesso all'ingrosso, rispetto ai prezzi di vendita al dettaglio. Nel corso della discussione si è generalmente sostenuto come, per ritenere sussistente una condotta di *margin squeeze*, sia necessaria la previsione in quel settore di un obbligo per l'impresa dominante di garantire il servizio di vendita all'ingrosso.

Nell'ambito del Gruppo di lavoro su “*Cooperazione internazionale e concorrenza*” sono stati esaminati i risvolti positivi e negativi, registratisi nell'ambito dei Paesi OCSE, del processo di modifica dei criteri di valutazione previsti in materia di concentrazioni, in particolare con riferimento al nuovo concetto di significativa diminuzione della concorrenza (“*significant lessening of competition*” o SLC). Si sono, inoltre, affrontati i principali problemi relativi all'applicazione della normativa *antitrust* nell'ambito dell'attività delle imprese pubbliche.

In particolare, nella tavola rotonda sui “*Criteri di valutazione delle concentrazioni*” la discussione ha riguardato il confronto tra il *test* della dominanza (volto a verificare se l'operazione di concentrazione crea una posizione dominante) e quello di riduzione sostanziale della concorrenza (*significant lessening of competition*). Sebbene entrambi i *test* siano volti ad impedire che le operazioni di concentrazione esaminate abbiano effetti anticoncorrenziali, la principale differenza consiste nella

maggior attenzione agli aspetti strutturali nel caso di utilizzazione del *test* di dominanza. Gli interventi delle delegazioni hanno evidenziato che nel corso degli anni la maggior parte dei Paesi OCSE ha sostituito l'originario criterio legale della “dominanza” con il diverso parametro della “significativa diminuzione della concorrenza” o, comunque, con parametri equivalenti. Si è osservato come, tuttavia, la distanza, in termini applicativi, tra i due *test* non sia poi così ampia, sebbene si possano presentare casi in cui il *test* di dominanza non consente di cogliere tutte le implicazioni concorrenziali (a meno di non estendere a tal punto il concetto di dominanza da cadere nel rischio di incertezza giuridica).

Nella tavola rotonda sull’*“Applicazione della disciplina antitrust alle imprese pubbliche”* sono state analizzate le esperienze registratesi nei singoli Paesi OCSE relativamente all’attività di produzione di beni e prestazione di servizi esercitata da imprese pubbliche che, nella maggior parte dei casi, competono con imprese private. Il dibattito ha rilevato come, nonostante l’intenso fenomeno di privatizzazione degli ultimi anni, le imprese in mano pubblica siano ancora molto diffuse e come la recente crisi finanziaria ne abbia determinato un significativo aumento in alcuni Paesi. Considerato che nelle legislazioni *antitrust* di alcuni Paesi, permane una differenziazione tra le imprese pubbliche e private nella soggezione alle norme in materia di concorrenza, è emersa la necessità di garantire una sostanziale neutralità della disciplina *antitrust*, da applicare, indifferentemente, a tutte le entità economiche siano esse pubbliche o private. Infine è stata evidenziata l’importanza del ruolo delle autorità di concorrenza che possono, con i diversi strumenti di cui dispongono, assicurare che le imprese pubbliche non siano beneficiarie dirette o indirette di sussidi ovvero di speciali immunità e esenzioni.

Nel febbraio 2009 si è svolto il nono Forum globale sulla concorrenza, iniziativa del Segretariato OCSE volta a promuovere un maggior coinvolgimento e una più attiva partecipazione dei Paesi in via di sviluppo al dibattito internazionale sui temi del diritto e della politica della concorrenza. Particolare attenzione è stata dedicata al tema della valorizzazione della politica della concorrenza nei periodi di crisi, nonostante i possibili conflitti tra politica industriale e politica della concorrenza. A questo proposito, la discussione ha riguardato in particolare il punto di vista dei Paesi in via di sviluppo, per i quali si è riconosciuto che il particolare momento di crisi economica ha richiesto interventi urgenti, in termini di politica industriale, da parte dei Governi. Si è

tuttavia sottolineato come tali interventi debbano avere carattere limitato nel tempo e debbano essere sempre valutati anche per il loro impatto concorrenziale.

LA RETE INTERNAZIONALE DELLA CONCORRENZA (ICN)

La Rete internazionale della concorrenza (*International Competition Network - ICN*), costituita nel 2001 per iniziativa delle autorità di concorrenza di 14 giurisdizioni, riunisce i soggetti cui gli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali attribuiscono competenze in materia di applicazione della normativa *antitrust* e si prefigge l'obiettivo di promuovere una progressiva convergenza tra le diverse giurisdizioni in materia di concorrenza, anche attraverso l'elaborazione di raccomandazioni e di linee guida su importanti temi di politica della concorrenza.

L'ottava riunione plenaria della Rete internazionale della concorrenza, organizzata dalla Commissione della Concorrenza della Svizzera (*Wettbewerbscommission - WEKO*), si è tenuta a Zurigo dal 2 al 5 giugno del 2009. In occasione della riunione, l'ICN ha rinnovato il proprio gruppo di coordinamento (*Steering Group*), composto da quindici membri eletti più tre membri di diritto (gli organizzatori della riunione plenaria per l'anno in corso ed i due anni successivi). In esito alla votazione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata confermata quale membro dello *Steering Group*, del quale fa parte sin dalla costituzione della Rete.

Lo *Steering Group* ha inoltre eletto il proprio nuovo Presidente, nella persona di John Fingleton, *Chief Executive Officer dell'Office of Fair Trading* britannico. John Fingleton succede quindi a David Lewis, Presidente dell'autorità di concorrenza della Repubblica Sudafricana.

La riunione plenaria ha discusso ed approvato i documenti presentati dai gruppi di lavoro costituiti in ambito ICN, segnatamente dai gruppi “Promozione della Concorrenza”, “Cartelli”, “Concentrazioni” e “Condotte Unilaterali”.

In particolare, il gruppo di lavoro “Promozione della Concorrenza” ha presentato due studi, concernenti rispettivamente l'attività di segnalazione e le indagini di mercato. In questo contesto, di grande interesse è risultato il dibattito sulla valutazione *ex post* delle indagini conoscitive, che la co-presidenza inglese del gruppo aveva proposto quale possibile *follow up* per i lavori nel corso del 2009. A tale proposito, si è fatto rilevare che gli strumenti metodologici da impiegare nel processo valutativo – e le

problematiche connesse al loro affinamento — non sono specifici alle indagini conoscitive, ma rilevano rispetto al complesso delle attività della autorità di concorrenza. Al gruppo è stato quindi chiesto di verificare la percorribilità, in ambito ICN, di un esercizio più ampio sulla valutazione delle decisioni assunte dalle autorità.

Il gruppo “Cartelli” ha presentato due documenti, riguardanti rispettivamente l’efficacia dei programmi di clemenza e l’organizzazione delle attività ispettive. La discussione in sede plenaria, tuttavia, si è accentuata sul tema della transizione dalle sanzioni amministrative alle sanzioni penali in materia di cartelli — in particolare alla questione del raccordo tra le indagini svolte dalle autorità e quelle di competenza del pubblico ministero. Peraltro, il tema delle ispezioni è stato ripreso dal gruppo di lavoro in occasione della propria riunione annuale, che è stata organizzata dall’autorità di concorrenza egiziana e si è tenuta al Cairo dal 26 al 29 ottobre 2009.

Il gruppo di lavoro “Concentrazioni” ha discusso le *best practices* per la valutazione degli effetti unilaterali e coordinati delle concentrazioni orizzontali e le raccomandazioni formulate dal gruppo in relazione agli elementi informativi che devono essere forniti in sede di notifica delle operazioni. La riunione plenaria ha dibattuto l’opportunità di introdurre deroghe all’applicazione del diritto della concorrenza in relazione alle operazioni di concentrazione per reagire alla crisi dei mercati. In ambito ICN, si è registrato un consenso univoco che la valutazione sostanziale delle operazioni di concentrazione debba continuare ad essere improntata ai principi consolidati: tuttavia, da più parti si sono registrate aperture nel senso di una maggiore flessibilità delle regole di procedura, per venire incontro alle esigenze di celerità che contraddistinguono talune operazioni di “salvataggio”.

Da ultimo, il gruppo di lavoro “Condotte Unilaterali” ha presentato due rapporti, in tema di sconti fidelizzanti e pratiche leganti. La discussione ha riguardato per lo più le questioni inerenti alla distinzione tra pratiche abusive e condotte pro-competitive o concorrenzialmente neutre: a tale proposito, diverse autorità hanno sottolineato la necessità di procedere sulla scorta di una solida analisi economica, al fine di evitare il rischio di scoraggiare condotte potenzialmente efficienti.

La riunione plenaria dell’ICN ha infine affrontato il progetto speciale, quest’anno dedicato alla politica della concorrenza nelle economie di minori dimensioni. Tra le autorità partecipanti è emersa una significativa convergenza, nel senso che

l'applicazione del diritto della concorrenza in tali particolari contesti non richieda, in linea generale, l'adozione di regole specifiche che si discostino dai tradizionali parametri di valutazione *antitrust*: tuttavia, nell'analisi delle fattispecie che vengono in rilievo, le autorità devono tener conto di talune condizioni peculiari legate alla struttura economica (ma anche – come si è sottolineato – geografica o morfologica) della giurisdizione interessata per tarare in modo più efficace il proprio intervento.

CONFERENZA DELLE NAZIONI UNITE PER IL COMMERCIO E LO SVILUPPO (UNCTAD)

La decima sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza si è tenuta a Ginevra nel luglio 2009. Nel corso della riunione molte delegazioni provenienti da paesi in via di sviluppo hanno informato i partecipanti sui progressi raggiunti nell'adozione, applicazione e modernizzazione dei rispettivi regimi giuridici in materia di concorrenza. Molte delegazioni hanno evidenziato i particolari problemi sollevati dalla crisi finanziaria ed economica, con particolare riferimento ai rischi di ritorno a politiche protezionistiche, sottolineando come tale rischio vada scongiurato, anche attraverso il ruolo svolto dalle autorità di concorrenza.

Nel corso della sessione, si è discusso il tema del rapporto tra politica industriale e politica della concorrenza nel promuovere lo sviluppo economico. Sebbene una politica industriale esista, in diverse forme, in quasi tutti i sistemi economici, non è così per la politica della concorrenza. Tuttavia, la prospettiva concorrenziale si sta ampliando, soprattutto nei paesi in via di sviluppo, rendendo di particolare interesse l'esame delle modalità di interazione tra le due politiche.

Nella tavola rotonda la discussione ha evidenziato come, per la promozione di obiettivi di efficienza economica, produttività e innovazione sia necessario che le due politiche operino in modo complementare, evitando che la politica industriale si traduca in forme di protezionismo. La discussione ha, inoltre, messo in luce quali siano gli aspetti delle politica industriale maggiormente compatibili con gli obiettivi concorrenziali. Innanzitutto, la politica industriale dovrebbe evitare di indirizzarsi a specifiche imprese o settori, ma piuttosto promuovere attività che hanno ricadute positive di portata generale (ad esempio l'innovazione). In secondo luogo, le autorità di concorrenza stesse possono fornire indicazioni riguardo alle politiche industriali enfatizzando come tali politiche debbano essere non discriminatorie e contenere previsioni che accrescano la competitività. Le autorità di concorrenza dovrebbero,

inoltre, esercitare la propria attività di segnalazione sottolineando, ove necessario, gli aspetti distorsivi degli interventi di politica industriale.

La decima sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza ha quindi discusso l'applicazione della politica della concorrenza ai monopoli pubblici, con particolare riferimento a concessioni e gare. Si tratta di quelle situazioni, è stato evidenziato, in cui le caratteristiche dei mercati (monopoli naturali) rendono la concorrenza per il mercato l'unica forma di concorrenza possibile. La discussione ha sottolineato l'esistenza di due principali aree problematiche: la prima è quella relativa al disegno ottimale della gara. Molte delegazioni hanno evidenziato che nella maggior parte delle giurisdizioni l'unico ruolo che le autorità di concorrenza possono svolgere al riguardo è un ruolo di segnalazione in quanto solo raramente le autorità di concorrenza sono coinvolte o consultate nella fase di disegno della gara. La seconda area problematica è costituita dalla collusione nell'ambito delle procedure di aggiudicazione. Al riguardo, nel corso della discussione, è stato messo in evidenza come le autorità di concorrenza svolgano un ruolo molto importante nel prevenire e nello scoprire la collusione nell'ambito delle gare, anche attraverso i programmi di clemenza. È stata, inoltre, sottolineata l'importanza di svolgere programmi di formazione per i funzionari pubblici che si occupano delle gare in modo da fornire loro strumenti atti ad individuare fenomeni collusivi.

Nel corso della sessione si è, infine, affrontato il tema dell'uso dell'analisi economica nei casi di concorrenza. La discussione ha evidenziato come l'analisi economica rappresenti uno strumento cruciale non solo per la definizione del mercato rilevante, ma anche nella valutazione dei casi, particolarmente per quanto riguarda l'analisi delle concentrazioni. Non necessariamente si deve fare ricorso a strumenti analitici sofisticati, in quanto anche strumenti più semplici che non richiedono una grande quantità di dati (generalmente difficili da reperire nei brevi tempi di analisi delle concentrazioni) possono fornire importanti elementi di valutazione. Un altro aspetto affrontato nella discussione ha riguardato l'uso dell'analisi economica nella valutazione delle prove di casi di cartello, con particolare riferimento all'eventuale portata anti-concorrenziale degli scambi di informazioni tra concorrenti. Si è discusso, infine, del ruolo dei consulenti economici nei casi di concorrenza, ponendo in evidenza le difficoltà di rendere comprensibile l'analisi economica ai non economisti (soprattutto ai giudici).