

oggetto di cessione avrebbe compreso l'intera lista di ibridi e di *parental lines* di semi di girasole per i quali erano stati sollevati dubbi concorrenziali. Ma, al fine di assicurare la *viability*, ossia l'efficacia nel lungo periodo delle misure, alcuni requisiti particolari sono stati imposti per l'identificazione dell'acquirente (richiedendo che si tratti di una società già attiva e dotata di significativa esperienza nel campo o già dotata di forza commerciale in Spagna ed Ungheria) e i diritti di commercializzazione accordati all'entità oggetto di cessione sono stati definiti oltre l'ambito geografico per il quale sussistevano dubbi concorrenziali (ossia i mercati nazionali di Spagna e Ungheria), comprendendo anche Russia, Ucraina e Turchia, paesi, che sono considerati di grande rilevanza dal lato della domanda per tale tipo di prodotti, pur non essendo mercati geografici sui quali si sarebbe prodotta la restrizione concorrenziale.

L'acquisizione Unilever/Sara Lee Body care, autorizzata subordinatamente all'adozione di impegni nel novembre 2010, costituisce un esempio della cautela della Commissione dell'accettare soluzioni di *rebranding* dei prodotti. In sede di *Statement of Objections* la Commissione ha sollevato seri dubbi concorrenziali in merito all'operazione legati alla sovrapposizione orizzontale nei mercati dei deodoranti non maschili in UK, Irlanda, Belgio, Olanda, Danimarca, Spagna e Portogallo, nonché per i mercati dei deodoranti maschili in Spagna. A fronte di due successive proposte di pacchetti di impegni che prevedevano il *rebranding* dei prodotti, a fronte dei risultati del market test e delle perplessità sollevate dalla Commissione in relazione alla concreta possibilità di implementazione di tale rimedio, le Parti hanno offerto, conseguendo l'autorizzazione dell'operazione, la cessione del marchio Sanex e delle attività connesse in Europa.

Si ricorda, infine, che l'ipotesi che l'istruttoria si conclude con un divieto dell'operazione ai sensi dell'art.8 (3), ossia che il dialogo con la Commissione non porti alla definizione di *remedies* atti a superare i dubbi concorrenziali, è storicamente piuttosto remota<sup>65</sup>. Ciò nonostante, nel gennaio 2011, la Commissione ha dichiarato incompatibile con il mercato comune l'operazione di concentrazione Olympic Airways /Aegean Airways in quanto in grado di ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva e potenziale in una parte sostanziale di esso. In particolare, la Commissione ha ritenuto che la concentrazione è idonea a produrre restrizioni sostanziali della concorrenza sul mercato del trasporto aereo passeggeri Greco<sup>66</sup> e che i rimedi proposti, consistenti essenzialmente nella cessione di *slot*, non sono idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali in assenza di una congestione a livello aeroportuale e in presenza di altri fattori, tra i quali l'affermazione del marchio Olympic e il fatto che

<sup>65</sup> Infatti, negli ultimi venti anni sono state vietate solo 20 operazioni su oltre 4000 notifiche e l'ultimo divieto risale all'operazione Ryanair/Aer Lingus del 2007.

<sup>66</sup> In sintesi, le rotte per le quali la commissione ha identificato una restrizione significativa alla concorrenza effettiva sono nove, ossia: Atene-Salonico; Atene-Heraklion; Atene-Chania; Atene-Rodi; Atene-Santorini; Athene-Mitilene; Atene-Chios; Atene-Kos; Atene-Samos. Per quanto riguarda la rotta Atene-Corfu l'operazione sarà in grado di eliminare la concorrenza potenziale tra gli operatori.

entrambi gli operatori hanno come base aeroportuale Atene, circostanze che rendono altamente improbabile l'ingresso di altri operatori sulle rotte nazionali greche<sup>67</sup>.

***Consultazione pubblica della Commissione Europea relativa all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato ai Servizi d'Interesse Economico Generale (SIEG)***

Nel corso del settembre 2010, nell'ambito della sua attività di collaborazione con altre Amministrazioni dello Stato, l'Autorità ha risposto ad una richiesta di parere formulata dal Dipartimento per il coordinamento delle Politiche Comunitarie concernente la Consultazione Pubblica della Commissione Europea sull'applicazione delle norme in materia di aiuto di Stato ai Servizi di Interesse Economico Generale. La richiesta di parere in parola si situava nell'ottica di una semplificazione e di un incremento dei margini di flessibilità delle norme applicabili alla compensazione finanziaria ed era incentrata “*sull'utilizzo dello strumento della gara nei servizi pubblici, anche in correlazione con le altre condizioni e gli altri requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria in materia*”. Al riguardo, l'Autorità ha ancora una volta chiarito che la gara risulta “*lo strumento privilegiato di affidamento di contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi*”, e che tale procedura individua “*lo strumento più idoneo alla configurazione di strutture di mercato efficienti*”. Nell'ottica della semplificazione, l'Autorità ha osservato che l'espletamento della procedura competitiva, oltre a costituire il criterio cardine per consentire la selezione del fornitore più efficiente, assolve anche alla funzione di “rivelare” automaticamente alla amministrazione il costo minimo di fornitura del servizio, rendendo pertanto superfluo il calcolo analitico dello stesso. In altri termini l'adozione di un meccanismo di selezione concorrenziale del prestatore essendo idoneo a individuare un fornitore in grado di offrire il servizio al minor costo (e quindi soddisfare il criterio dell'efficienza definito nella sentenza Altmark), potrebbe risultare, altresì, idoneo a rendere superflua la verifica della congruenza tra la compensazione erogata e i costi sostenuti dall'aggiudicatario (criterio della proporzionalità). Ovviamente, come peraltro l'esperienza dell'Autorità in materia indica chiaramente, affinché tale risultato di efficienza nella selezione del prestatore si verifichi, rendendo effettivamente superflua la valutazione dei costi richiesta dal criterio di proporzionalità espresso nella sentenza Altmark, sarà necessario che la gara sia concegnata in modo da consentire il massimo grado di concorrenza tra i prestatori effettivi e potenziali.

Le suesposte considerazioni concorrenziali espresse dall'Autorità hanno peraltro trovato accoglimento nel documento proposto dal Dipartimento per il coordinamento delle Politiche Comunitarie in sede di Consultazione presso la Commissione Europea.

<sup>67</sup> Si ricorda che l'analisi della Commissione segue la medesima impostazione di quella svolta nel precedente comunitario Ryanair/Aer Lingus del 2007 nell'affermare la rilevanza della *base competition* ai fini della valutazione concorrenziale del caso.

***La conclusione del processo di revisione del Regolamento (CE) n. 2790/1999 in materia di intese verticali e l'emanazione del nuovo Regolamento (UE) N. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010***

Il 20 aprile 2010, dopo circa un biennio di revisione della precedente normativa che, in più occasioni, ha richiesto la partecipazione delle Autorità nazionali della concorrenza, la Commissione ha pubblicato il nuovo regolamento generale di esenzione per categoria degli accordi verticali, Reg. n 330/2010 e le relative Linee Guida. Il nuovo impianto ricalca sostanzialmente quello precedente laddove prevede una presunzione di legalità per gli accordi verticali che dipende dalla quota di mercato detenuta dalle imprese (soglia del 30%) e che non può in ogni caso essere estesa a restrizioni particolarmente gravi (c.d. restrizioni fondamentali).

Tuttavia la nuova regolazione ha inteso riservare più spazio ad un approccio meno formalistico e maggiormente basato sull’analisi economica degli effetti nei mercati rilevanti. In particolare, la nuova regolazione di esenzione, pur continuando ad attribuire alle restrizioni verticali di prezzo (RPM) e alle altre restrizioni fondamentali una forte presunzione di non esentabilità, lascia tuttavia spazio alla possibilità per le imprese di ribaltare tale presunzione dimostrando l’esistenza di efficienze direttamente derivanti anche da tali restrizioni (c.d. *efficiency defence*).

Si riscontrano, inoltre, alcune differenze, rispetto al testo della precedente regolazione, per quanto riguarda due importanti aspetti, ossia quelli relativi all’aumento generalizzato delle vendite on line come strumento sempre più necessario per garantire la concorrenza e l’integrazione dei mercati all’interno dell’Unione e alle conseguenze, in termini concorrenziali, della crescita del potere di mercato dei distributori, osservabile in molti paesi europei.

Quanto al primo punto, ferma restando, come in passato, la non esentabilità delle restrizioni tout court alle vendite on-line, al produttore sarà tuttavia, d’ora in poi, garantito un maggiore controllo dei propri canali di vendita, tramite il contenimento della quota delle vendite via internet sul totale. In particolare, le linee guida prevedono che il fornitore possa richiedere a) che un quantitativo minimo di vendita avvenga nell’ambito dei negozi fisici, in considerazione delle necessità di remunerare gli investimenti necessari ad una efficace gestione di ciascuno di essi; b) la corresponsione di un contributo fisso per il sostenere gli sforzi di vendita off-line dell’acquirente. Inoltre al fine di salvaguardare l’efficienza nell’ambito di sistemi di distribuzione selettiva, sarà, d’ora in poi, consentito al produttore di imporre vincoli qualitativi alle condizioni di vendita on-line da parte dei distributori.

Quanto agli aspetti relativi all’accresciuto potere di mercato e contrattuale della distribuzione, la nuova regolazione di esenzione è intervenuta su due fronti: i) attribuendo una soglia di esenzione, pari al 30%, anche ai distributori e non più come in

passato, ai soli produttori, *ii)* individuando, nelle linee guida, specifici criteri di valutazione nei casi di accordi restrittivi volti a limitare la libertà commerciale dei produttori (accordi per i pagamenti anticipati e accordi di gestione per categoria).

***La conclusione del processo di revisione del Regolamento (CE) n. 1400/2002 in materia di intese verticali del settore autoveicoli e l'emanazione del nuovo Regolamento (UE) n. 461/2010 della Commissione del 27 maggio 2010***

Il 27 maggio del 2010, la Commissione, a seguito dei Comitati consultivi con le Autorità della concorrenza nazionali, ha deciso di prorogare il pre-vigente Regolamento (CE) n. 1400/2002, per soli tre anni: la Commissione ha infatti ritenuto che il raggiungimento di un più che soddisfacente livello della concorrenza nei mercati della vendita di autoveicoli nuovi abbia fatto venire meno la necessità di un regolamento di esenzione delle intese verticali relativo a tali mercati. Quanto, invece, agli accordi verticali relativi ai mercati dell’attività post-vendita del settore auto (riparazione e fornitura di pezzi di ricambio) si continuerà, anche dopo il prossimo triennio, a riservare un regolamento di esenzione specifico; avendo riscontrato, in tali mercati, un minore grado di concorrenza ed un trend del livello dei prezzi in aumento con significativi effetti negativi sui consumatori finali. Si tratta infatti di mercati che costituiscono nel loro insieme una parte molto elevata della spesa complessivamente sostenuta dai consumatori per gli autoveicoli che rappresenta, a sua volta, una voce sostanziale del bilancio del consumatore medio. Vengono a tal fine individuate esplicitamente delle “restrizioni fondamentali” per ogni limitazione all’accesso dei produttori di pezzi di ricambio ai mercati dei servizi post-vendita volte a garantire che le marche dei pezzi di ricambio concorrenti (rispetto a quelle degli stessi produttori di autoveicoli) continuino ad essere disponibili sul mercato.

***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’articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale”***

Il 15 dicembre 2010 si è concluso il processo di revisione della disciplina comunitaria in materia di accordi di cooperazione orizzontale il cui periodo di applicazione è terminato il 31 dicembre 2010<sup>68</sup>.

I testi rivisti aggiornano e chiariscono ulteriormente l’applicazione delle norme in materia di concorrenza in questo ambito di modo che le imprese possano valutare meglio se i propri accordi di cooperazione sono in linea con tali norme. Resta ferma la

---

<sup>68</sup> I due regolamenti sono entrati in vigore il 1° gennaio 2011, con un periodo transitorio di due anni, durante i quali i regolamenti precedenti rimarranno in vigore per gli accordi che ne soddisfano le condizioni ma che non rientrano nel campo di applicazione dei nuovi regolamenti.

scelta di impostare la valutazione dei comportamenti in essi considerati secondo le regole dell’analisi economica, soluzione questa che si è rivelata assolutamente efficace in sede di applicazione dei regolamenti e delle linee guida attualmente vigenti. Le due caratteristiche principali della riforma sono un nuovo capitolo sullo scambio di informazioni nelle linee direttive<sup>69</sup> e una revisione sostanziale del capitolo relativo agli accordi di standardizzazione.

Le linee direttive danno indicazioni chiare e complete sul modo di valutare la compatibilità dello scambio di informazioni rispetto al diritto UE in materia di concorrenza distinguendo tra scambi di informazioni da considerare sempre e comune anticompetitivi (c.d. restrittivi nell’oggetto) da altri scambi di informazioni per i quali la capacità di condurre ad esiti collusivi dipende dalle variabili specifiche del contesto di riferimento e dal modo in cui il comportamento risulta in grado di rispondere efficacemente a tali variabili, eliminando, in particolare, quelli che potrebbero risultare fattori ostativi alla collusione (c.d. scambi di informazioni restrittivi negli effetti). Nell’ambito degli scambi di informazioni restrittivi nell’oggetto, le Linee Guida riconducono, in particolare, lo scambio tra concorrenti di dati individuali concernenti i prezzi futuri o le quantità produttive programmate. Affinché lo scambio possa condurre ad esiti anticompetitivi, ossia risultare restrittivo negli effetti, si considera anzitutto indispensabile che i dati scambiati si prestino a favorire la collusione e siano quindi strategici, in linea di principio disaggregati, non storici (per tali intendendosi quelli più vecchi di un anno o, in generale più risalenti rispetto alla durata media delle contrattazioni) e non pubblici. A fronte di scambi non restrittivi “per se”, infine, la possibilità di un esito anticompetitivo si considera tanto minore quanto più il contesto di riferimento si presta ad ostacolare la collusione. Muovendo da questa premessa, il testo finale prende riconosce che anche a fronte di circostanze che rendono difficile un esito collusivo (numerosità degli operatori, diversità tra prodotti, asimmetrie degli operatori, mancanza di stabilità nel mercato) gli scambi di informazioni possono modificare il contesto di riferimento. Le nuove linee guida, infine, di sottolineano come, almeno in certi casi, anche gli scambi di informazioni possano risultare idonei a produrre efficienze, da valutare con molta attenzione caso per caso.

Le linee direttive promuovono un sistema di fissazione degli standard aperto e trasparente, che aumenta la trasparenza dei costi di concessione delle licenze per i diritti di proprietà intellettuale utilizzati negli standard. Nel capitolo rivisto sulla standardizzazione sono stabiliti i criteri in base ai quali la Commissione non metterà in discussione un accordo di definizione degli standard (“zona di sicurezza”). Come in passato, dal momento che la logica della standardizzazione implica una ampia

---

<sup>69</sup> Categoria destinata a comprendere sia gli scambi di informazioni che sono l’oggetto specifico di un accordo, pratica concordata, decisione associativa, sia gli scambi di informazioni accessori ad accordi di cooperazione nella ricerca, produzione, acquisto, distribuzione, standardizzazione.

partecipazione, le linee guida evitano di introdurre soglie di attenzione incentrate sulla misura del potere di mercato, concentrando la selezione delle fattispecie più problematiche alla luce del modo in cui è destinato a funzionare il processo di standardizzazione, con l'obiettivo specifico di evitare che lo stesso possa tradursi in uno strumento anticompetitivo.

In particolare, laddove l'accordo sia formulato in modo tale da consentire a qualunque soggetto interessato non solo l'accesso allo standard, ma anche la partecipazione al processo decisionale che ne determina i contenuti e, contemporaneamente, l'adesione al rapporto cooperativo non implichi anche un obbligo di produrre solo nel rispetto della standard in esso elaborato, le nuove linee guida, come quelle di precedente elaborazione, sottolineano la tendenziale non pericolosità sotto il profilo concorrenziale. Con simili condizioni generali è infatti di regola prevenuto il rischio che lo standard (o il modo della sua elaborazione) diventino uno strumento per bloccare l'accesso al mercato di operatori concorrenti. È possibile che le organizzazioni di normazione vogliano che i propri membri divulgino in modo unilaterale, prima della fissazione di uno standard, gli importi massimi che applicherebbero per i loro diritti di proprietà intellettuale qualora questi venissero inclusi in uno standard. Un sistema di questo tipo consentirebbe ad un'organizzazione di normazione e all'industria di compiere scelte informate in materia di qualità e di prezzo al momento di decidere quale tecnologia includere in uno standard. Le norme riviste precisano che un sistema di questo tipo non violerebbe di norma il diritto UE in materia di concorrenza.

Infine, per agevolare l'innovazione in Europa, la Commissione ha considerevolmente esteso la portata del regolamento di esenzione per categoria sugli accordi in materia di R&S: esso non copre soltanto le attività di R&S svolte in comune ma anche i cosiddetti accordi di “ricerca a pagamento” nei quali una parte finanzia le attività di R&S svolte dall'altra. Il nuovo regolamento dà alle parti maggiore margine per sfruttare in comune i risultati delle attività di R&S ed al fine di evitare che il finanziamento di più progetti di ricerca da parte di uno stesso soggetto non determini effetti di foreclosure prevede che l'accesso all'esenzione possa essere garantito a condizione che il complesso delle imprese coinvolte in uno stesso tipo di ricerca (a titolo di finanziatori o di incaricati di ricerca) non superi una quota congiunta del 25%.

#### **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.

Dal 27 al 29 aprile 2010 si è tenuta a Istanbul la nona riunione plenaria della Rete internazionale della concorrenza, organizzata dall’Autorità di concorrenza turca. A Istanbul sono stati presentati e discussi i temi trattati nei gruppi di lavoro operanti nell’ambito della Rete.

In particolare, il gruppo di lavoro “Condotte unilaterali”, costituito al fine di promuovere la convergenza nell’analisi e nell’applicazione del diritto antitrust alle condotte delle imprese aventi potere di mercato (o dominanti), ha proseguito il lavoro di analisi dei diversi tipi di condotte unilaterali e ha presentato un rapporto su rifiuto a contrarre e *margin squeeze* che riepiloga gli orientamenti in materia seguiti nei vari paesi basandosi sulle risposte ad un questionario fornite da 40 giurisdizioni. Il rapporto, in particolare, mette in evidenza come in molte giurisdizioni il rifiuto incondizionato a contrarre da parte di un’impresa dominante, così come il rifiuto a rilasciare una licenza relativamente a un bene protetto da proprietà intellettuale o l’accesso ad un’infrastruttura essenziale, costituiscano fattispecie anticoncorrenziali.

Il gruppo di lavoro “Concentrazioni” ha adottato due nuove Pratiche Raccomandate. La prima riguarda la definizione del mercato rilevante nelle operazioni di concentrazione, in cui vengono sottolineati i vari passaggi necessari alla definizione di un mercato del prodotto e geografico corretti, suggerendo l’uso del test del monopolista ipotetico. La seconda Pratica Raccomandata adottata nel corso della conferenza riguarda la valutazione della *failing firm defence* nelle operazioni di concentrazione. Il tema ha rivestito particolare rilevanza per molte autorità di concorrenza nel corso dell’ultimo anno a causa della crisi economica. Nel testo predisposto dal Gruppo di lavoro e adottato nella plenaria si suggerisce alle autorità di concorrenza un approccio cauto nell’accettare le argomentazioni delle parti in materia di *failing firm*, indicando puntualmente requisiti stringenti da adottare.

Per quanto riguarda il Gruppo di lavoro sui cartelli la discussione si è concentrata principalmente sull’efficacia delle tecniche investigative e sulla politica adottata nel perseguimento dei cartelli, con particolare riferimento all’aspetto delle sanzioni (anche penali). A tale riguardo il Gruppo di lavoro, nel corso dell’anno, aveva favorito lo scambio di esperienze tra autorità di concorrenza che hanno di recente introdotto sanzioni penali nei confronti dei soggetti coinvolti in cartelli *hard-core* (tra queste l’Australia e la Russia). Tale argomento è stato ulteriormente discusso nel corso della conferenza di Istanbul. Se da un lato si è evidenziato come, dal punto di vista della deterrenza, le sanzioni penali appaiano indubbiamente uno dei mezzi più efficaci per il contrasto ai cartelli, dall’altro si è sottolineato che la loro adozione comporta complesse

questioni dal punto di vista del rapporto tra autorità di concorrenza e autorità giudiziaria, nonché effetti da considerare sui programmi di clemenza. Il Gruppo ha inoltre presentato il programma per il prossimo anno che affronterà la raccolta di prove in formato digitale e le iniziative adottate dalle autorità di concorrenza per aumentare la consapevolezza, nelle imprese e nella pubblica opinione, dei danni causati dai cartelli.

Il Gruppo di lavoro sulla promozione della concorrenza ha presentato un manuale indirizzato a guidare le autorità di concorrenza nell’attività relativa alle indagini conoscitive. Il manuale contiene numerose indicazioni, anche a carattere pratico, su come svolgere nel modo più efficace le attività relative alle indagini settoriali, dalla scelta dei settori sui quali svolgere le indagini, al piano di lavoro, alla raccolta dei dati, al fine di massimizzare l’utilità di tale strumento per le autorità di concorrenza. Nel corso della conferenza è stato, inoltre, lanciato il progetto di costituire una “università virtuale” nell’ambito della Rete internazionale della concorrenza, che metta a disposizione su Internet materiali e video indirizzati soprattutto alla formazione del personale delle autorità di concorrenza più giovani.

L’Autorità italiana ha svolto un ruolo particolarmente attivo nell’ambito dell’ICN ospitando, presso la sede dell’Autorità, nel mese di novembre, il Workshop del Gruppo di lavoro concentrazioni. Il Workshop si è articolato in due giornate di lavoro. La prima si è concentrata su aspetti di analisi generale e di politica della concorrenza in materia di valutazione delle concentrazioni. In particolare le due sessioni plenarie hanno costituito l’occasione per fare il punto sull’evoluzione delle procedure per la notifica delle operazioni di concentrazione adottate dai vari paesi e sull’evoluzione dell’analisi economica applicata alle valutazioni delle concentrazioni.

La seconda giornata è stata dedicata all’analisi di un caso ipotetico in materia di concentrazioni, con un taglio maggiormente orientato agli aspetti pratici. L’analisi, organizzata in sessioni parallele, ha toccato tutti gli aspetti problematici che tipicamente si presentano in un caso di concentrazione: notifica iniziale e informazioni richieste alle imprese, individuazione del mercato rilevante, analisi degli effetti competitivi e, infine, possibile predisposizione di rimedi. Alla fine della seconda giornata si è tenuta, in sessione plenaria, una discussione sul caso ipotetico, strutturata come un’audizione finale, in cui sono stati presentati il punto di vista di un’autorità di concorrenza e quello delle parti di fronte ad una giuria.

Il Workshop ha rivestito speciale importanza per il Gruppo di lavoro concentrazioni perché ha costituito l’occasione per un bilancio dell’attività del Gruppo (il primo ad essere costituito nell’ambito della Rete nel 2001) che una riflessione sull’attività futura. Vi hanno partecipato 105 rappresentanti di autorità di concorrenza di

45 giurisdizioni, tre giudici (del Tribunale della concorrenza del Canada, del Sudafrica e del Cile), oltre a 27 advisor non governativi.

In concomitanza con il Workshop, l’Autorità ha organizzato una tavola rotonda in materia di “*Politiche pubbliche e controllo delle concentrazioni*”. La tavola rotonda ha costituito l’occasione per una riflessione su tale tema, alla luce delle diverse esperienze internazionali.

#### **ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OCSE)**

Nel 2010, 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, anche nel 2010 una parte rilevante dell’attività del Comitato Concorrenza è stata dedicata all’analisi di temi legati al settore finanziario, in particolare gli effetti sulla concorrenza dei diversi modelli di *corporate governance*, il rapporto tra concentrazione e stabilità nel settore bancario e i servizi delle agenzie di rating. Altri argomenti trattati nelle tavole rotonde hanno riguardato lo scambio di informazioni tra concorrenti, la concorrenza nel settore dello sport e le intese orizzontali in ambito di tutela ambientale.

Nella discussione sul rapporto tra concorrenza e *corporate governance* si è esaminato come i diversi modelli di *corporate governance* possano avere effetti sulla concorrenza e sugli incentivi delle imprese. Le principali questioni affrontate hanno riguardato le principali differenze normative nei vari paesi membri in materia di *corporate governance*, le diversità tra settori caratterizzati da assetti monopolistici o in cui sia presente una struttura concorrenziale dei mercati, le forme di controllo dei bonus, gli effetti delle partecipazioni incrociate e il ruolo delle imprese controllate dallo Stato. In materia di *corporate governance*, la delegazione italiana ha rappresentato i risultati raggiunti nell’ambito dell’indagine conoscitiva su *corporate governance* nei settori bancario e assicurativo offrendo alla discussione tra le delegazioni dei Paesi membri le tre questioni principali emerse dalla propria analisi, con riguardo ai loro effetti sulla concorrenza: l’ampio ricorso ai legami di tipo personale, sia diretti che indiretti, quali cumuli di incarichi in più società concorrenti, l’ampia quota di partecipazioni incrociate tra imprese concorrenti e lo *status legale* delle banche cooperative che ne rende la proprietà non soggetta alle normali dinamiche di mercato.

Nella tavola rotonda su concorrenza, concentrazione e stabilità nel sistema bancario la discussione ha posto in evidenza il ruolo della concorrenza nella recente

crisi finanziaria. Ci si è interrogati in merito alla questione se le trasformazioni avvenute nel settore finanziario, in particolare i processi di consolidamento, possano essere indicati tra gli elementi che hanno contribuito alla crisi. Alcuni esperti hanno discusso con le delegazioni diversi punti tra i quali la misura del grado di concorrenza e il potere di mercato nel settore bancario, l'impatto di concorrenza e concentrazione sulla stabilità e sulla performance del settore bancario e il ruolo delle autorità di concorrenza, con particolare riferimento ai rapporti con i regolatori del settore finanziario. La discussione ha evidenziato il fatto che tanto un eccesso di concorrenza quanto un eccesso di concentrazione possono determinare problemi in termini di stabilità del settore finanziario. Tuttavia tali difficoltà possono essere superate combinando una solida politica della concorrenza con una rigorosa regolazione finanziaria. La discussione ha sottolineato, infine, l'importanza del dialogo tra autorità di concorrenza e regolatori per preservare un equilibrio adeguato tra concorrenza e regolazione prudenziale.

L'audizione di alcuni esperti sulle agenzie di rating e la successiva discussione hanno messo in luce alcune preoccupazioni relative alle riforme del settore, attualmente in discussione, che corrono il rischio di non affrontare le questioni più importanti, tra le quali la natura oligopolistica di questo mercato, i conflitti di interessi dovuti al meccanismo di retribuzione delle agenzie e il carattere di bene pubblico del rating. Nel corso della discussione è stato messo in luce come sia necessario coinvolgere maggiormente gli investitori nelle attività di controllo dell'operato delle agenzie di rating, anche attraverso l'individuazione di meccanismi attraverso i quali siano gli investitori a corrispondere un compenso alle agenzie di rating.

La tavola rotonda su “Concorrenza e sport” ha messo in evidenza come i mercati degli eventi sportivi abbiano caratteristiche molto particolari, che tendono a distinguerli da altri mercati. La discussione ha evidenziato come, nei vari paesi, si siano adottati metodi diversi in relazione, ad esempio, alla commercializzazione individuale o collettiva dei diritti televisivi di eventi sportivi. In generale, dall'esperienza dei vari paesi, sembrerebbe emergere più di una perplessità sull'effettiva praticabilità della vendita individuale.

La tavola rotonda sulle “Intese orizzontali in un contesto ambientale” ha esaminato la questione degli effetti sulla concorrenza di intese che possono essere necessarie al fine di raggiungere obiettivi legati alla tutela dell’ambiente. Questo tipo di intese solleva problemi complessi per le autorità di concorrenza chiamate a valutarle, in quanto, se da un lato possono migliorare l’efficienza ed il benessere dei consumatori, attraverso la condivisione di rischi d’impresa e l’abbattimento dei costi, dall’altro possono anche costituire degli strumenti che facilitano pratiche collusive. Molte delegazioni si sono trovate d'accordo sul fatto che le autorità di concorrenza rispetto a

tali intese debbano essere chiamate a valutare esclusivamente gli eventuali aspetti anticoncorrenziali. Come in altre discussioni che hanno toccato temi ambientali i delegati hanno sottolineato come le autorità di concorrenza abbiano un ruolo importante da svolgere nell’assicurare che le norme di tutela dell’ambiente non restringano la concorrenza al di là di quanto strettamente necessario al raggiungimento degli obiettivi ambientali.

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 alcuni recenti sviluppi relativi ai mercati elettrici, con particolare riferimento alle energie rinnovabili e alle reti intelligenti per la gestione efficiente dei picchi (*smart grids*), analizzando gli aspetti concorrenziali nella fissazione di standard tecnici e i riflessi sulla concorrenza della regolazione in materia di quote di emissione. Il Gruppo di lavoro che, nel 2001, aveva redatto la Raccomandazione dell’OCSE in materia di separazione strutturale nelle industrie regolate e successivamente, nel 2006, aveva elaborato un rapporto contenente un’illustrazione delle esperienze di separazione strutturale, ha svolto, infine, una discussione sulla situazione relativa alla separazione strutturale in vari settori dei paesi membri.

In particolare, per quanto riguarda le “Reti intelligenti per la gestione efficiente dei picchi” la discussione, alla quale ha partecipato un rappresentante dell’Agenzia internazionale dell’energia, ha sottolineato la crescente importanza del ricorso ad energie alternative. L’uso di tali energie può creare difficoltà per l’integrazione dei nuovi operatori e l’immissione dell’energia da questi generata nelle reti elettriche esistenti, dal momento che, in ogni istante, domanda e offerta sulla rete devono coincidere. Le nuove “reti intelligenti” introducono, attraverso l’uso di nuove tecnologie informatiche, la possibilità di flessibilità nella trasmissione, distribuzione e uso dell’elettricità. Gli interventi hanno evidenziato come l’uso di tali tecnologie potrà aumentare la concorrenza tra diverse fonti di produzione di energia se verranno individuati standard appropriati e adeguate regole di accesso alla rete da parte dei regolatori.

La discussione sulla “Fissazione di standard” ha evidenziato come la valutazione della fissazione di standard sia particolarmente complicata, da una prospettiva concorrenziale, quando gli standard sono collegati alla protezione di proprietà intellettuale. La creazione di uno standard, infatti, comporta l’assemblaggio di diversi brevetti. Ciò crea notevoli difficoltà relativamente al pagamento delle royalties. Ma il principale problema concorrenziale emerso dalla discussione sembra essere quello dell’occultamento, da parte dei detentori di un brevetto, dell’esistenza stessa del brevetto nella fase della fissazione degli standard, in tal modo creando, successivamente, barriere all’entrata per i nuovi operatori. In tali circostanze, si è

osservato, il ricorso all'applicazione delle regole di concorrenza potrebbe contribuire a risolvere il problema. La tavola rotonda ha, inoltre, evidenziato che il problema degli standard può rilevare, dal punto di vista concorrenziale, anche in settori non coperti da proprietà intellettuale. Esempi sono stati forniti con riferimento ad una molteplicità di settori, dagli standard ferroviari a quelli del settore alimentare, dal settore assicurativo a quello delle professioni.

La tavola rotonda sulla “Regolazione in materia di quote di emissione” ha evidenziato come i permessi di emissione forniscano incentivi a ridurre le emissioni indesiderabili attraverso l'adozione di tecnologie meno inquinanti. Forniscono, inoltre, incentivi all'innovazione dei processi produttivi. La scarsità dei premessi fa sì che questi possano essere scambiati, in tal modo stabilendo un prezzo per le emissioni indesiderabili. La discussione ha identificato due principali fonti di potenziali effetti anticoncorrenziali: quelli sollevati nell'ambito di uno stesso mercato e quelli che derivano da uno scambio dei permessi tra paesi. In particolare, all'interno di uno stesso mercato le distorsioni concorrenziali possono riguardare tanto l'esercizio di potere di mercato da parte di un operatore quanto azioni concertate, sia dal lato della domanda che dell'offerta per manipolare, i prezzi dei permessi. Distorsioni nel mercato dei permessi possono anche riflettersi nelle quantità e nei prezzi dei mercati collegati. Sono stati, inoltre, evidenziati gli effetti transnazionali derivanti dall'adozione di regolazioni diverse, che possono portare ad un attenuazione degli incentivi che il sistema dei permessi sulle emissioni si propone di ottenere.

Nell'ambito del gruppo di lavoro su “*Cooperazione internazionale e concorrenza*” l'interesse è stato rivolto in particolare al tema della correttezza e trasparenza nello svolgimento dei procedimenti antitrust. E' stato, inoltre, dato spazio alle problematiche connesse al fenomeno della collusione nelle gare in relazione all'approvvigionamento pubblico, ed avviata una riflessione sul ruolo che le procedure arbitrali possono rivestire per la risoluzione delle controversie in materia antitrust.

In particolare, nella tavola rotonda su “I problemi relativi alla trasparenza nei procedimenti civili e amministrativi”, si è messo in luce come trasparenza e correttezza debbano caratterizzare l'attività delle autorità nazionali, nonché i rapporti tra le autorità di concorrenza e le parti coinvolte. La discussione, peraltro, non si è soffermata sulle procedure di valutazione delle operazioni di concentrazione, riguardo alle quali numerosi paesi hanno già adottato dettagliate linee guida in grado di garantire la trasparenza del procedimento. Due temi sono stati affrontati con maggiore attenzione: in primo luogo si è trattato dei tempi e delle modalità con cui viene effettuata la comunicazione alle parti circa esistenza e oggetto del procedimento; in secondo luogo il confronto ha riguardato le modalità con cui Autorità e parti si relazionano durante il procedimento. Dalla tavola rotonda sono emerse posizioni molto differenti tra i paesi in

cui un approccio informale si traduce, nella prassi, sin dalle prime fasi d’indagine, in un continuo dialogo tra l’autorità e le parti, e paesi in cui le comunicazioni e le possibilità di incontro tra l’autorità e le parti sono subordinate al rispetto di rigide formalità. Se da un lato tali differenze non indicano necessariamente che un sistema garantisca maggiore correttezza e trasparenza, dall’altro i delegati hanno convenuto che, nell’ambito dei paesi OCSE, correttezza e trasparenza del procedimento debbano ritenersi caratteri essenziali di ogni procedimento civile e amministrativo in attuazione della disciplina della concorrenza. Il dibattito ha destato particolare interesse ed è poi proseguito in una seconda tavola rotonda, nella quale in particolare si è discusso il problema della riservatezza delle informazioni raccolte dalle autorità nazionali durante i procedimenti. A questo riguardo le delegazioni hanno confrontato le rispettive prassi in relazione all’accesso ai documenti da parte dei soggetti coinvolti nel procedimento e hanno analizzato il problema del bilanciamento tra il diritto di accesso alle informazioni e l’opposto interesse da parte di chi ha fornito le informazioni a mantenerne la segretezza.

Nella discussione su “Approvvigionamento pubblico e turbativa di pubbliche gare” alcuni delegati hanno riferito delle rispettive esperienze nazionali con riguardo all’introduzione di un c.d. “Certificato di libera determinazione delle pubbliche gare” (*Certificate of Independent Bid Determination*). Tale documento consiste nell’attestazione, da parte di ciascun partecipante alla procedura di gara, che la propria offerta è stata determinata indipendentemente da quelle dei concorrenti, e che tra i concorrenti non è intercorso alcun accordo o scambio di informazioni. Secondo quanto emerso, l’adozione di tale strumento non solo è risultata utile ad accrescere l’attenzione dei pubblici funzionari al pericolo di turbative nelle gare pubbliche, ma avrebbe anche un ulteriore effetto deterrente nei confronti dei partecipanti alla gara, in ragione del fatto che la falsa attestazione in molti ordinamenti costituisce una fattispecie di reato, e viene quindi perseguita penalmente. Successivamente la discussione si è spostata sulla efficacia dei programmi di clemenza per ottenere informazioni decisive ai fini della dimostrazione dell’esistenza di un accordo illecito fra partecipanti a pubbliche gare; in particolare è stato da più delegazioni rilevato che nei programmi di clemenza raramente si prevede l’immunità con riguardo alla sanzione della perdita o sospensione della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, e ciò rappresenta un grave freno per gli autori dell’illecito a farsi avanti nel presentare domanda.

Nell’audizione su “Concorrenza e arbitrato” il dibattito ha evidenziato che anche in materia antitrust le procedure arbitrali stanno assumendo sempre più importanza come modalità alternative di risoluzione delle controversie. Ciò non tanto in relazione a casi di violazioni gravi delle regole di concorrenza, quali cartelli e abusi, ma piuttosto con riguardo a procedure arbitrali relative a liti sorte su contratti che contengono clausole anticoncorrenziali. I vantaggi delle procedure arbitrali sono la celerità rispetto

ai giudizi intentati dinanzi alle corti ordinarie, la libertà di scegliere arbitro e legge applicabile, la possibilità di dare attuazione ai provvedimenti arbitrali anche all'estero in forza di convenzioni internazionali. La discussione, in particolare, si è soffermata sul tema del sindacato giurisdizionale sulle decisioni adottate mediante procedimenti arbitrali. Due opposti orientamenti giurisprudenziali sono stati oggetto di commento: l'approccio massimalista, che suggerisce che le corti nazionali operino un sindacato molto profondo sulle decisioni degli arbitri, in sostanza analizzando nuovamente l'intero caso; e l'approccio minimalista, secondo cui, al contrario, il sindacato delle corti nazionali dovrebbe limitarsi a verificare che gli arbitri abbiano assunto la decisione con diligenza, e che essa non sia contraria all'ordine pubblico. In generale, all'esito della discussione il secondo orientamento è apparso preferibile ad opinione degli esperti intervenuti. Infine è stato aperto un confronto con altri metodi alternativi di risoluzione delle controversie, in particolare con la mediazione che, essendo un procedimento volontario cui le parti liberamente aderiscono senza alcun vincolo fino al raggiungimento dell'accordo transattivo, risulta essere ancora più flessibile ed informale di quello arbitrale.

Nel febbraio 2010 si è svolto il decimo 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. Il primo argomento all'ordine del giorno è stata un tavola rotonda sul tema “Aiuti di stato, sussidi e concorrenza”. Il tema rivestiva particolare interesse in considerazione del rilevante intervento pubblico che si è registrato nel corso dell'ultimo anno in molti paesi, a seguito della crisi finanziaria ed economica. Dalla discussione generale sono emersi alcuni punti. In primo luogo non sono emerse rilevanti differenze tra paesi membri dell'OCSE e paesi non membri, in quanto l'argomento è da tutti ritenuto molto rilevante. In secondo luogo non vi sono pregiudizi nei confronti di sussidi e aiuti, che possono essere necessari, particolarmente nelle fasi di crisi. Le Autorità di concorrenza, tuttavia, dovrebbero esprimersi contro alcune forme di aiuti, in considerazione della distorsione della concorrenza che essi possono creare. Quanto ai controlli la discussione ha evidenziato la presenza di molti livelli (nazionali, regionali, internazionali). A livello internazionale è emersa la necessità di avere un impegno in questo settore al fine di garantire un maggiore coordinamento, con istituzioni a carattere permanente. Quanto alle autorità di concorrenza è emerso un ruolo, anche in assenza di poteri specifici, almeno attraverso l'attività di segnalazione là dove ci si trovi di fronte a interventi che distorcono i processi competitivi.

Il terzo argomento all'ordine del giorno ha riguardato, infine, la “Collusione e corruzione negli appalti pubblici”. La tavola rotonda ha evidenziato l'estrema importanza dell'aggiudicazione degli appalti pubblici per i sistemi economici. Il valore degli appalti pubblici è stato stimato, in media, nei paesi OCSE, pari al 15% del PIL (nei paesi non

OCSE gli appalti pubblici rappresentano una quota del PIL ancora più elevata). Il dibattito ha sottolineato come, sebbene collusione e corruzione siano due fenomeni distinti, entrambi determinino un’allocazione non efficiente degli appalti pubblici, alterando il normale meccanismo concorrenziale che dovrebbe determinare l’affidamento dell’oggetto di una gara ad una determinata impresa. Nel caso della collusione l’effetto è che l’oggetto della gara viene assegnato ai membri del cartello, nel caso della corruzione all’impresa che ha corrotto. In questo senso anche la corruzione determina una distorsione della concorrenza. Perciò, sebbene la lotta alla collusione e alla corruzione rappresentino politiche diverse, vi sono, in tali politiche, elementi di complementarietà. Un ulteriore aspetto trattato nel corso della discussione è stato quello della trasparenza. Due diversi elementi possono caratterizzare la trasparenza nelle procedure ad evidenza pubblica. Se da un lato, infatti, la trasparenza nelle procedure sembra essere il mezzo più efficace per contrastare i fenomeni di corruzione, dall’altro occorre prestare cautela affinché la trasparenza stessa non faciliti pratiche collusive. Al riguardo, nella discussione sono emersi alcuni suggerimenti. L’informazione sulle offerte dovrebbe riguardare solo l’offerta vincente, mentre quella sulle altre offerte dovrebbe essere resa disponibile soltanto all’ente che svolge la gara o agli organismi di controllo. La presentazione delle offerte dovrebbe avvenire separatamente. L’identità delle imprese che partecipano alle gare potrebbe essere tenuta nascosta agli altri concorrenti, almeno per un determinato periodo di tempo. La discussione ha sottolineato, infine, la necessità di cooperazione tra autorità di concorrenza, organismi che si occupano di corruzione e autorità preposte allo svolgimento delle gare, anche attraverso programmi di formazione diretti ai funzionari pubblici responsabili delle gare.

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

Nel novembre 2010, si è svolta a Ginevra, sotto l’egida dell’UNCTAD, la Sesta Conferenza delle Nazioni Unite per la revisione dell’”Insieme dei principi e regole eque convenute a livello multilaterale per il controllo delle pratiche commerciali restrittive”<sup>70</sup>. Questo documento, adottato dall’assemblea generale dell’ONU il 5 dicembre 1980, costituisce un codice di condotta volontario inteso ad assicurare che i benefici attesi dalla liberalizzazione del commercio e degli investimenti, con particolare riferimento a quelli rivolti ai Paesi in via di sviluppo, non risultino distorti o compromessi da pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese. In questa medesima prospettiva, il documento raccomanda lo sviluppo della cooperazione internazionale attraverso il ricorso a consultazioni bilaterali e multilaterali, lo scambio

<sup>70</sup> United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Practices.

di informazioni non confidenziali, nonché la cooperazione e il coordinamento nell'attività di applicazione delle normative di concorrenza nazionali.

Nelle dichiarazioni di apertura numerose delegazioni hanno messo in luce il fatto che in tempi di crisi economica la politica della concorrenza debba assumere un ruolo ancora più rilevante nel promuovere mercati più efficienti. Molte delegazioni hanno, peraltro, sottolineato come non solo le politiche della concorrenza e la loro applicazione non siano da indicare come tra i fattori che hanno contribuito alla crisi ma piuttosto costituiscano parte della soluzione. Molte delegazioni hanno, inoltre, sottolineato come in concomitanza della crisi molti governi abbiano dovuto resistere alle pressioni ad attenuare le regole di concorrenza. È stato inoltre evidenziato il ruolo svolto dalla politica della concorrenza nel contrastare pratiche restrittive in relazione alle misure di stimolo all'economia approntate per contrastare gli effetti della crisi. Molte delegazioni hanno fatto riferimento anche agli effetti benefici della concorrenza sulla povertà attraverso l'eliminazione di barriere all'entrata che ostacolavano lo sviluppo locale. C'è stato un significativo consenso nel ritenere che il processo concorrenziale dia un contributo significativo allo sviluppo economico e numerosi delegati hanno espresso l'opinione che l'impatto concorrenziale vada tenuto presente nel predisporre le norme.

Nel corso della conferenza si sono tenute sessioni dedicate all'applicazione delle norme e della politica della concorrenza e al ruolo delle politiche della concorrenza nel promuovere lo sviluppo economico. In particolare, nel corso della prima sessione, si sono tenute tavole rotonde su sanzioni e rimedi, sul sindacato giurisdizionale e sui programmi di clemenza.

Le sanzioni e i rimedi sono previsti in molti sistemi in tutto il mondo e vengono utilizzati secondo varie modalità. Nel dibattito è emerso che nella maggior parte dei paesi le sanzioni amministrative sono imposte alle imprese, mentre in altri paesi sono imposte sanzioni penali alle imprese come agli individui. La discussione ha evidenziato che le autorità di concorrenza di più recente istituzione dovrebbero considerare con attenzione i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'introduzione di elementi penali nei propri regimi regolamentari. Sebbene l'effetto deterrente possa risultare aumentato, è possibile, infatti, che si verifichino problemi nell'applicazione dei programmi di clemenza. In relazione all'effetto deterrente esercitato dalle sanzioni, è stato sottolineato che sanzioni elevate possono avere sulle imprese l'impatto desiderato solo se è elevata anche la possibilità di rilevazione della violazione. È stato, infine, evidenziata l'utilità della predisposizione di linee guida in materia di sanzioni, così da aumentarne la trasparenza e la prevedibilità da parte delle imprese.

La discussione sul sindacato giurisdizionale ha messo in luce come questo rivesta un ruolo significativo nell'ambito dell'applicazione della normativa sulla concorrenza. È quindi importante reclutare, formare e mantenere dei giudici