

tradizionalmente il numero dei casi di divieto ai sensi dell'art. 8(3) è estremamente contenuto.

In tutti e tre i casi sopra menzionati le Parti avevano proposto diverse versioni di impegni (in fase I e in fase II), volti a risolvere i dubbi concorrenziali sollevati dalla Commissione. Ciò nonostante, la Commissione non ha ritenuto che i rimedi fossero tali da superare le preoccupazioni concorrenziali.

Più in dettaglio, nel gennaio 2011, la Commissione ha dichiarato incompatibile con il mercato comune l'operazione di concentrazione Olympic Airways/Aegean Airways in quanto idonea a produrre restrizioni sostanziali della concorrenza sul mercato del trasporto aereo passeggeri greco. I rimedi proposti, consistenti essenzialmente nella cessione di *slot*, non sono stati valutati 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 la circostanza che entrambi gli operatori coinvolti avessero Atene come base aeroportuale. Tali elementi, infatti, rendevano altamente improbabile l'ingresso di altri operatori sulle rotte nazionali greche.

Nel caso SCJohnson/Sara Lee gli impegni, presentati dalle Parti in fase I, sono stati valutati inadeguati a superare le preoccupazioni concorrenziali derivanti dalla valutazione degli effetti orizzontali, unilaterali, sui mercati di diversi tipi di insetticidi, in Spagna, Francia, Belgio, Grecia e Repubblica Ceca. Nel maggio del 2011, nel corso della Fase II, le Parti hanno ritirato l'operazione notificata.

Il 1 febbraio del 2012, inoltre, la Commissione ha vietato l'operazione Deutsche Borse/NYSE in quanto idonea a generare restrizioni significative della concorrenza su un certo numero di mercati europei dei derivati finanziari (su tassi di interesse europei, titoli azionari Europei e indici azionari europei) scambiati in borsa. La decisione si basa sulla constatazione che Eurex e Liffe, controllate rispettivamente da Deutsche Borse e NYSE, sono le più importanti piattaforme mondiali per la negoziazione di derivati basati su titoli e indici europei. L'operazione avrebbe, quindi, generato su tali mercati una situazione di quasi-monopolio, sopprimendo completamente la concorrenza tra gli operatori in termini di prezzo e innovazione. Allo stesso tempo, la Commissione ha analizzato altri fattori, tra i quali l'integrazione verticale delle Parti tra attività di negoziazione e di *clearing* (cd. "silo"), idonei a generare rilevanti barriere all'ingresso sui mercati dei derivati finanziari Europei. Secondo la Commissione tali barriere sarebbero state ulteriormente rafforzate dall'operazione di concentrazione proposta di modo da impedire l'ingresso anche di operatori in grado di offrire servizi simili, come ad esempio Chicago Mercantile Exchange (CME). La decisione della Commissione si basa tra l'altro anche su una accurata valutazione dei guadagni di efficienza derivanti dall'operazione di concentrazione. Anche in questo caso le Parti hanno proposto *remedies* che prevedevano: 1) una parte strutturale consistente nella cessione delle attività di trading svolte dalla piattaforma di NYSE Euronext riguardo a derivati azionari sui *single*

*stock* e 2) una parte comportamentale consistente nella possibilità per i terzi indipendenti di avere accesso alla struttura di *post trading* della entità *post merger* (*clearing house* e *margin pool*) limitatamente ai ‘nuovi’ contratti relativi a derivati sui tassi di interesse e dei derivati sugli indici. La Commissione ha ritenuto che, anche alla luce dei risultati dei due *market test* condotti, gli impegni proposti non fossero idonei a garantire un sufficiente grado di concorrenza sui mercati tale da consentire ai possibili guadagni di efficienza (derivanti dal consolidamento tra le due piattaforme) di ricadere sugli utilizzatori e tradursi in un vantaggio per i consumatori.

### ***Consultazione pubblica della Commissione Europea sul Single Market Act***

Nel febbraio 2011, nell’ambito della sua attività di collaborazione con altre Amministrazioni dello Stato, l’Autorità ha risposto alla richiesta di parere formulata dal Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie in merito alla Consultazione Pubblica sulla Comunicazione della Commissione dal titolo “Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato” (d’ora in avanti *Single Market Act*).

Tra le proposte contenute nel documento in consultazione, l’Autorità ha espresso una preferenza, in termini di priorità di intervento, per proposte ritenute idonee a far fronte a criticità concorrenziali e a deficit di tutela dei consumatori. In particolare, tra di esse le proposte finalizzate a migliorare l’attuale assetto normativo in materia di diritti di proprietà industriale e di diritti di autore; l’attuazione della Direttiva servizi; le proposte volte ad aggiornare le norme europee sugli appalti pubblici e sulle concessioni di servizi; la proposta della Commissione di adottare, entro il 2011, una nuova Comunicazione sui servizi di interesse generale; la proposta della Commissione relativa alla definizione di principi generali in materia di azioni collettive.

Gran parte delle posizioni espresse dall’Autorità hanno trovato accoglimento nel documento predisposto dal Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie ai fini della partecipazione alla predetta Consultazione.

### ***Consultazione pubblica della Commissione Europea sul Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici.***

Nel corso del 2011 l’Autorità ha partecipato al processo di consultazione riguardante il Libro Verde sulla “Modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”, pubblicato nel gennaio 2011 dalla Direzione Generale Mercato Interno della Commissione europea.

L’Autorità, condividendo il presupposto del Libro Verde che una vivace dinamica concorrenziale tra imprese nella partecipazione alle gare d’appalto svolga un ruolo essenziale

per raggiungere un miglior rapporto qualità/prezzo dei beni e servizi e, conseguentemente, una maggiore efficienza della spesa pubblica, ha espresso l'esigenza di pervenire ad un miglioramento della normativa comunitaria per promuovere una maggiore concorrenza nello svolgimento delle gare di appalto. A tal fine, dunque, sono state svolte alcune considerazioni e avanzate delle proposte, tra cui: la necessità di mantenere specifiche previsioni relative agli appalti aggiudicati dai gestori di servizi di pubblica utilità; l'opportunità di chiarire le procedure di selezione dei partecipanti e di circoscrivere l'apertura verso forme di gara maggiormente basate sul "dialogo" con le imprese; la possibilità che la suddivisione in lotti degli appalti possa facilitare la ripartizione collusiva delle diverse sezioni dell'appalto tra le imprese partecipanti alla gara; l'opportunità di prevedere esplicitamente altri requisiti, alternativi a quello del fatturato, che forniscano adeguate garanzie all'ente appaltante (quali il deposito di adeguata documentazione attestante la capacità economico finanziaria, da parte della stessa impresa, o specifiche referenze bancarie rilasciate da un primario istituto di credito); l'importanza di introdurre previsioni normative che limitino il ricorso all'istituto del subappalto a favore delle sole imprese che non siano in grado di formulare un'offerta autonomamente in concorrenza con le altre partecipanti alla gara; l'opportunità di circoscrivere il ricorso alle associazioni temporanee di impresa (ATI) per partecipare alle gare, subordinandolo a specifiche condizioni, ossia che: *i)* le imprese siano prive delle dimensioni e delle capacità necessarie per partecipare individualmente alla procedura concorsuale; *ii)* le imprese prequalificatesi singolarmente non abbiano in seguito raggiunto un accordo per costituire un raggruppamento, così scambiandosi le relative informazioni sulle future offerte; *iii)* nell'ambito della stessa gara, un'impresa non si presenti in ATI con composizioni diverse in diversi lotti dell'appalto. Si è auspicato, infine, l'inserimento tra le cause di esclusione dalle gare, previste dall'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, di una previsione relativa alle imprese che siano state destinatarie di provvedimenti di accertamento di illeciti antitrust in sede di gara.

### ***Consultazione pubblica della Commissione Europea in materia di ricorsi collettivi***

L'Autorità ha presentato osservazioni in merito al documento "Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi" relativo alla consultazione pubblica indetta dalla Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea il 4 febbraio 2011. L'introduzione di norme in materia è volta a consentire a cittadini e imprese, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), di far rispettare, se violati, i diritti conferiti dalla normativa comunitaria, così da rendere effettive le opportunità offerte dal Mercato Unico e dallo Spazio Europeo di Giustizia. In tal senso, l'Autorità condivide la posizione espressa nel documento di consultazione secondo cui, ogni qualvolta risultano lesi i diritti di un numero elevato di cittadini o di imprese, le azioni legali a livello individuale non risultano un mezzo efficace per far cessare le pratiche illecite o per ottenere il risarcimento dei danni, in quanto l'entità del

danno potenzialmente risarcibile risulta inferiore ai costi di un eventuale contenzioso da parte del singolo.

In primo luogo, in relazione al valore aggiunto dei ricorsi collettivi, l'Autorità ha riconosciuto la complementarietà tra *private* e *public enforcement*, essendo lo scopo del *collective redress* l'equa compensazione di richieste risarcitorie legittime, obiettivo diverso da quello demandato alle Autorità pubbliche, primariamente repressivo. Inoltre, l'Autorità ha sottolineato che, da un lato, lo sviluppo di alcuni profili procedurali riguardanti il *private enforcement* (ad esempio, l'accesso e la tutela delle dichiarazioni rese nell'ambito dei programmi di *leniency*) deve essere effettuato in piena coerenza con l'esigenza di preservare l'efficacia di strumenti di *public enforcement* e che, dall'altro, per l'accertamento di alcuni illeciti (come i cartelli) il *public enforcement* continua a caratterizzarsi come strutturalmente più adatto rispetto al *private enforcement*.

In secondo luogo, secondo l'Autorità, il coinvolgimento delle Autorità nazionali preposte al *public enforcement* potrebbe essere definito in un parere obbligatorio ed eventualmente vincolante, che il giudice dovrebbe acquisire prima di dare ulteriore corso all'azione di risarcimento.

In terzo luogo, l'Autorità ha evidenziato che dovrebbero essere introdotti nei procedimenti giudiziari nazionali meccanismi disincentivanti azioni ingiustificate, quali l'addebito delle spese processuali alle parti soccombenti, salvo eventuale decisione di compensazione rimessa ad una decisione equitativa del giudice; la possibilità di definire a livello nazionale liste di soggetti dotati di legittimazione attiva; la possibilità di adottare un sistema improntato all'*opt-in* con alcuni contemperamenti.

### **Best practices relative alla procedura della Commissione nell'ambito dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE**

Nel corso del 2011 l'Autorità ha altresì contribuito all'elaborazione della "Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE" (d'ora in poi *Best Practices*). Con tale Comunicazione la Commissione ha inteso perseguire due obiettivi complementari: 1) codificare le soluzioni operative che la Commissione stessa intende utilizzare in sede di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, a fini di maggiore trasparenza del proprio operato; 2) innovare la prassi antitrust vigente, con l'obiettivo di rafforzare il principio del contraddittorio e i diritti di difesa delle Parti.

Le principali innovazioni apportate dalle *Best Practices* riguardano tre aspetti specifici del procedimento: a) la fase di avvio del procedimento (*opening of proceeding*); b) gli incontri con le parti (*state of play meetings*); c) alcune procedure speciali di accesso ai documenti.

Le *Best Practices* chiariscono che la decisione di *opening of proceedings* deve essere comunicata alle parti del procedimento, nonché pubblicata “a meno che tale pubblicazione non possa pregiudicare lo svolgimento delle indagini”. Con riferimento agli *state of play meetings*, le novità più rilevanti riguardano: i) l'introduzione di un obbligo di verbalizzazione e acquisizione al fascicolo del relativo verbale; ii) l'impegno della Direzione Generale della Concorrenza ad “offrire, di propria iniziativa o su richiesta, alle parti oggetto del procedimento ampie possibilità di prendere parte a dibattiti aperti e franchi — tenendo conto della fase dell'indagine — e di rendere note le rispettive opinioni” (cd. riunioni bilaterali); iii) in via eccezionale, la possibilità di svolgere con le Parti oggetto del procedimento, ed eventualmente anche con denunciante e/o terzi, un cd. riunione «triangolare». Regole specifiche, tuttavia, sono previste nei procedimenti riguardanti cartelli, in cui i diritti di audizione sono più ridotti. Infine, in materia di accesso ai fascicoli, le *Best Practices* delineano soluzioni alternative alla procedura tradizionale.

#### ***Le Best Practices di cooperazione fra le ANC in materia di operazioni di concentrazione multigiurisdizionali***

In data 9 novembre 2011, nel corso del *Directors' General Meeting* dell'ECN, è stato approvato un documento che definisce le *Best Practices* in materia di cooperazione tra ANC per operazioni di concentrazione multi-giurisdizionali. L'obiettivo del documento è quello di favorire la cooperazione tra ANC nell'esame di quelle operazioni di concentrazione che non si qualificano come di dimensione comunitaria e che richiedono una valutazione parallela da parte di più Stati membri. Si tratta di un fenomeno che, sebbene ridotto a seguito dell'entrata in vigore del sistema dei rinvii in pre-notifica con il Regolamento n. 139/2004, tuttora riguarda un numero consistente di casi e che implica un aggravio dei costi di notifica a carico delle imprese, nonché il rischio di giungere a decisioni incoerenti da parte delle diverse ANC.

Le *Best Practices* auspicano che le parti agevolino la cooperazione tra ANC nel trattare operazioni multi-giurisdizionali evidenziando i vantaggi di tale cooperazione e segnatamente: i) la riduzione degli oneri attualmente ricadenti sulle parti coinvolte nell'operazione di concentrazione e sui terzi; ii) l'aumento della trasparenza del processo autorizzatorio; iii) la semplificazione dell'iter per i casi non problematici; iv) un'analisi più efficiente e spedita nei casi problematici; v) il raggiungimento di rimedi coerenti per tali ultimi casi.

Considerato che la cooperazione tra ANC è possibile solo laddove sia concretamente ammesso lo scambio di informazioni, le *Best Practices* auspicano che le parti notificanti acconsentano al rilascio di una liberatoria allo scambio di informazioni (c.d. *waivers*).

Il documento incoraggia le parti a prendere contatti già in fase di pre-notifica con le ANC allo scopo di favorire il coordinamento tra le procedure e rendere così la cooperazione più efficiente. Il documento, inoltre, incoraggia le parti a rilasciare un *waiver* già allo stadio

della pre-notifica, così come a scambiarsi le informazioni relative ai tempi previsti dalle parti per la notifica dell'operazione nelle diverse giurisdizioni.

Le ANC si impegnano a cooperare attivamente in tutte le fasi della valutazione dell'operazione mediante lo scambio di informazioni non confidenziali e, se del caso, di informazioni confidenziali, laddove consentito dagli ordinamenti o in presenza di un *waiver* rilasciato dalle Parti e nei limiti da tale *waiver* definiti.

In tal senso, l'Autorità, nel corso del 2011, ha pubblicato alcune notifiche: a) per la fase di prenotifica, alla “comunicazione concernente alcuni aspetti procedurali relativi alle operazioni di concentrazione di cui alla legge n. 287/90” e b) per la fase di notifica, al Prospetto B. Operazione di concentrazione, sezione I obbligo di comunicazione lettera (d) “ulteriori comunicazioni ad altri organismi esteri o internazionali di controllo”, auspicando che le Parti notificanti autorizzino lo scambio di informazioni con le altre autorità competenti.

#### **La rete internazionale della concorrenza (ICN)**

Dal 18 al 20 maggio 2011 si è tenuta a l'Aja la decima riunione plenaria della Rete Internazionale della Concorrenza (*International Competition Network* -ICN), organizzata dall'autorità della concorrenza olandese. La conferenza ha rappresentato l'occasione di fare un bilancio dei primi dieci anni di attività della Rete e di analizzarne le prospettive per il prossimo decennio. In particolare sono stati individuati quattro obiettivi che la Rete dovrebbe perseguire: *i)* il miglioramento dell'azione delle autorità nei confronti del comportamento anticoncorrenziale delle imprese; *ii)* il miglioramento dell'azione nei confronti delle restrizioni ingiustificate derivanti da norme e regolamenti; *iii)* la minimizzazione di esiti contrastanti nell'azione delle diverse giurisdizioni; *iv)* la riduzione dei costi e degli oneri non necessari derivanti da procedure incoerenti o che si sovrappongono. A tal fine la Rete, nel corso della sua seconda decade, intende incoraggiare la diffusione delle esperienze e delle migliori pratiche nel campo della concorrenza, formulare proposte di convergenza procedurale e sostanziale, dare sostegno all'attività di segnalazione e facilitare la cooperazione internazionale.

A l'Aja sono stati presentati e discussi i temi trattati nei gruppi di lavoro operanti nell'ambito della Rete.

Il Gruppo di lavoro sulle concentrazioni ha svolto una discussione sulle principali tendenze in materia di controllo sulle concentrazioni, con particolare riferimento alla crescente importanza delle concentrazioni multi-giurisdizionali e ai problemi legati alla loro valutazione, quali la possibilità di adozione da parte di diverse giurisdizioni di provvedimenti contraddittori e la necessità di un maggiore coordinamento nel disegno dei rimedi. Il gruppo ha inoltre presentato una valutazione complessiva sull'uso e sull'efficacia del materiale prodotto dal gruppo negli ultimi 10 anni, condotta sulla base di una consultazione che ha

interessato i membri della Rete. L'analisi ha consentito di individuare le aree di lavoro da sviluppare ulteriormente, tra le quali emerge in particolare la predisposizione di pratiche raccomandate nell'analisi sostanziale delle operazioni di concentrazione.

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 alle iniziative volte a consumatori e imprese. 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 prodotto materiale in varie forme – opuscoli, video, pubblicità – volto a informare il grande pubblico, le imprese e i consumatori sugli effetti dei cartelli e sulla relativa normativa antitrust. Il Gruppo di lavoro sui cartelli ha presentato un documento sui metodi per migliorare l'analisi dei casi di cartello.

Il Gruppo di lavoro sulle condotte unilaterali, che sta predisponendo un manuale dedicato all'analisi di questa fattispecie, ha presentato il capitolo sulla definizione del mercato rilevante e la valutazione della dominanza. Il manuale prevede l'analisi tanto degli aspetti generali quanto delle singole condotte. In particolare il lavoro del Gruppo nell'ultimo anno si è focalizzato sull'analisi degli sconti fedeltà, i cui effetti anti-concorrenziali sono particolarmente difficili da valutare.

Il Gruppo di lavoro sull'*advocacy* ha presentato la prima parte di un manuale volta a fornire ausilio alle autorità di concorrenza nell'attività di segnalazione, in cui sono affrontate questioni quali la selezione degli ambiti di intervento, i rapporti con i soggetti destinatari delle segnalazioni e l'attuazione e il monitoraggio dell'attività di segnalazione. Il Gruppo ha prodotto, inoltre, uno studio volto a fornire alle autorità di concorrenza strumenti per il miglioramento delle tecniche di conduzione delle indagini conoscitive.

Il Gruppo di lavoro sull'efficacia dell'attività delle autorità di concorrenza, istituito nel 2009, ha presentato il primo capitolo di un manuale volto a migliorare gli aspetti organizzativi e di gestione delle autorità di concorrenza.

Nel corso della decima riunione plenaria, all'Autorità italiana è stata confermata la rappresentanza nello *Steering Group*, l'organismo direttivo della rete che indirizza le scelte strategiche della Rete ed esamina le tematiche organizzative di impatto trasversale, oltre a garantire il coordinamento dei gruppi di lavoro. L'Autorità è stata altresì confermata a presiedere, insieme all'Autorità della concorrenza canadese, il gruppo di lavoro sullo Statuto dell'ICN (*Operational Framework Working Group*), che svolge il compito di applicare e aggiornare il Regolamento di funzionamento dell'ICN, predisposto dopo la prima conferenza annuale. All'Autorità, inoltre, a partire da quest'anno, è stata attribuita la responsabilità di presiedere, con il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti e con l'Autorità di concorrenza irlandese, il gruppo di lavoro sulle concentrazioni.

**Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)**

Nel 2011, 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 particolare, la tavola rotonda sulla “Quantificazione del danno da parte delle Corti e delle Autorità antitrust” ha consentito di confrontare le esperienze dei vari Paesi sia nella quantificazione del danno all'economia che nella quantificazione dei danni nei casi di risarcimento privato derivanti dalle condotte anticoncorrenziali. In merito alla quantificazione del danno all'economia sono emerse differenze tra Paesi in cui tale valutazione viene effettuata (ad esempio gli Stati Uniti) e Paesi, come l'Italia, in cui tale tipo di analisi non viene svolta. Per quanto riguarda i Paesi che effettuano tale tipo di valutazione è emersa una sostanziale uniformità di vedute in merito alle metodologie adottate.

In generale, dalla discussione è emerso che, nel misurare gli effetti di condotte anticoncorrenziali, va ben tenuta presente la differenza tra il danno economico alla concorrenza e i danni individuali. Ciò limita la possibilità di immediata utilizzazione, in sede di contenzioso privato, delle quantificazioni svolte nell'ambito di procedimenti amministrativi. Mentre per quanto riguarda i cartelli, gli effetti, dal punto di vista teorico, sono relativamente ben definiti, lo sono meno nei casi di condotte escludenti, in particolare quando è presente una dimensione verticale nella condotta. Il maggior fattore di complicazione per i casi di condotte escludenti è che anche i concorrenti, oltre ai consumatori, sono direttamente danneggiati. Per quanto riguarda i metodi empirici utilizzati nella stima dei danni non appare possibile stabilire delle *routine* automatiche da utilizzare per tutti i casi. Tutti i metodi sembrano presentare un *trade-off* tra accuratezza e praticabilità che va tenuto presente nella scelta della metodologia appropriata. In particolare perché l'analisi quantitativa, soprattutto se econometrica, possa risultare efficace, occorre una chiara definizione delle procedure, dei principi giuridici e della possibilità di ottenere informazioni in merito ai dati e alle metodologie utilizzate.

Nella tavola rotonda su come promuovere il rispetto delle norme sulla concorrenza una prima parte della discussione è stata dedicata alle sanzioni e al loro effetto deterrente. Negli ultimi venti anni i tribunali e le autorità hanno imposto sanzioni e, in alcuni Paesi, pene detentive con una severità in forte aumento. La discussione ha evidenziato la difficoltà di stima dell'effetto deterrente e molte delegazioni hanno individuato e valutato numerosi fattori che, oltre alle sanzioni, influenzano il rispetto delle norme concorrenziali, come la promozione della concorrenza, i programmi di clemenza e la creazione di una cultura della concorrenza.

Nella tavola rotonda sulla valutazione dell'impatto delle decisioni relative alle concentrazioni, la discussione ha evidenziato come un'efficace azione da parte di un'autorità di



concorrenza debba prevedere la revisione delle decisioni adottate in passato, in particolare in caso di decisioni difficili o controverse. Per far ciò, le autorità potrebbero ricorrere a metodi quantitativi per cercare di calcolare gli effetti di una fusione, o di strumenti qualitativi, basandosi principalmente su ricerche. La cosa più importante è che un'autorità di concorrenza scelga un metodo ragionevole alla luce delle decisioni esistenti, nonché tenendo in considerazione la propria esperienza e le proprie risorse, e che lo studio sia adeguatamente condotto.

Nel corso della riunione di ottobre 2011, il Comitato Concorrenza ha organizzato un'audizione sul tema dell'economia digitale. Il Comitato ha adottato un formato di discussione diverso da quello consueto (tavola rotonda con contributi scritti delle delegazioni) in considerazione della relativa novità del tema e del limitato numero di decisioni in materia che ancora non consente di individuare tendenze precise. La discussione si è pertanto svolta in forma di audizione introdotta dalle presentazioni di quattro esperti seguite dalle domande sollevate dalle delegazioni. L'audizione ha evidenziato il fatto che numerose autorità di concorrenza si sono trovate di recente ad affrontare questioni irrisolte sull'applicazione del diritto della concorrenza all'economia digitale, quali la tempistica degli interventi, la definizione dei mercati rilevanti e il rischio che interventi repressivi da parte delle autorità di concorrenza interferiscano con gli incentivi all'innovazione delle imprese. Le autorità di concorrenza vanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante nel sistema dell'economia digitale, ma per poter svolgere in modo appropriato la loro funzione è necessario che alcuni strumenti tradizionali della loro attività – quali la definizione del mercato rilevante o l'identificazione di condotte anticoncorrenziali di natura escludente – vengano adattati alla concorrenza tra piattaforme. I principali filoni sui quali si è incentrata la discussione sono quello dell'accesso e dell'interoperabilità nei sistemi di software proprietario, le restrizioni imposte nell'ambito del commercio elettronico e i c.d. effetti di rete nell'economia digitale.

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, le problematiche relative all'applicabilità del diritto della concorrenza quando le proprie condotte siano dettate dalla regolazione, la concorrenza nei servizi portuali e l'applicazione di prezzi eccessivamente gravosi da parte delle imprese dominanti.

La discussione sull'eccezione sollevata dalle imprese in merito all'applicabilità del diritto della concorrenza quando le proprie condotte siano dettate dalla regolazione ha evidenziato come la regolazione possa, talvolta, prevedere comportamenti che, in assenza della regolazione stessa, costituirebbero violazioni del diritto antitrust. L'esenzione di interi settori dall'applicazione del diritto antitrust costituisce un modo per evitare che le imprese si trovino di fronte a previsioni normative tra loro incoerenti. Tale soluzione, tuttavia, appare spesso eccessiva e sono preferibili soluzioni più circoscritte. La c. d. “*Regulated conduct defence*” offre una forma di immunità più limitata rispetto all'esenzione di un intero settore dall'applicazione del diritto antitrust. La discussione ha evidenziato come la sua applicazione

sia più complessa quando vi sono più livelli di intervento normativo (ad esempio, come nel caso degli Stati Uniti, statale e federale) e come vada limitata ai casi in cui le imprese non hanno alcun margine di autonomia nell'adozione delle proprie condotte. La discussione ha, inoltre, messo in luce l'importanza degli assetti istituzionali nel ridurre le potenziali incoerenze tra la regolazione e le norme antitrust.

Nella tavola rotonda sui problemi della concorrenza nei porti e nei servizi portuali la discussione si è concentrata su tre temi: la definizione del mercato rilevante, gli sviluppi normativi e l'applicazione delle norme antitrust. Il dibattito ha evidenziato l'impatto dei recenti sviluppi tecnologici nei porti e servizi portuali per quanto riguarda la definizione del mercato così come l'impatto delle riforme normative sulla concorrenza in tale settore. Sebbene entrambi gli sviluppi abbiano comportato una diminuzione dei casi antitrust in materia (in particolare per quanto riguarda il rifiuto a contrarre), la discussione ha rivelato che una serie di violazioni delle norme antitrust sono ancora rilevabili nel settore portuale. Questo è particolarmente vero quando si tratta di casi relativi a prezzi (prezzi eccessivi e discriminazione di prezzo).

Nella tavola rotonda sui prezzi eccessivamente gravosi la discussione si è articolata su tre argomenti: in primo luogo in quale misura le norme in materia di condotte unilaterali si estendano ai prezzi eccessivamente gravosi; in secondo luogo gli standard previsti per gli interventi antitrust e, infine, il ruolo della regolazione e il rapporto tra regolatori e autorità di concorrenza. La discussione si è aperta con una presentazione dello schema analitico attraverso cui vagliare i casi di prezzi eccessivamente gravosi che suggerisce di considerare quattro fattori: la presenza di significative barriere all'entrata, in assenza delle quali prezzi eccessivamente gravosi non sarebbero destinati a durare; il grado di dominanza dell'impresa che pratica i prezzi; l'origine della dominanza, se frutto di concorrenza sul merito o di una posizione di monopolio precedentemente detenuta sulla base di esclusive legali; infine la presenza e l'atteggiamento di un regolatore, ritenendosi che le autorità di concorrenza debbano, eventualmente, agire soltanto come "regolatori di ultima istanza". La discussione ha evidenziato differenze, anche dal punto di vista delle previsioni normative, tra le varie giurisdizioni. Negli Stati Uniti, ad esempio, non è contemplata una violazione del diritto antitrust nel caso di prezzi eccessivamente gravosi. Molte altre giurisdizioni hanno affermato che, pur avendo nella loro normativa questo tipo di previsione, sono stati affrontati raramente casi di prezzi eccessivamente gravosi. La seconda parte della discussione ha esaminato le metodologie adottate per identificare i prezzi eccessivamente gravosi. In generale si possono adottare due metodi: la comparazione (con altri mercati geografici o con serie storiche) e i test di profittabilità, ritenendosi questi più adatti all'analisi dei casi di prezzi eccessivamente gravosi. Anche queste metodologie non sono, tuttavia, esenti da difficoltà, soprattutto per le limitate risorse disponibili per le autorità di concorrenza. Nel corso della discussione è infatti emerso che i casi affrontati dalle autorità di concorrenza hanno richiesto lunghe analisi i cui risultati possono in ogni caso essere controversi, e per i quali le competenze delle autorità di

concorrenza tendono a sovrapporsi con quelle delle autorità di regolazione. Sebbene quindi, sulla base della discussione, non si possa escludere del tutto la possibilità di un intervento antitrust in questo ambito - e la maggior parte delle giurisdizioni rappresentate all'OCSE che ha questa competenza non esclude, in linea di principio, di utilizzarla - tuttavia gli interventi in materia di prezzi eccessivamente gravosi continueranno ad essere rari nel diritto antitrust.

Nell'ambito del Gruppo di lavoro su "Cooperazione internazionale e concorrenza" sono state esaminati alcuni problemi concorrenziali relativi all'analisi delle concentrazioni, quali l'uso dell'evidenza economica e l'adozione di decisioni con rimedi. Sono stati inoltre trattati gli aspetti istituzionali e procedurali dei rapporti tra giudici e autorità di concorrenza.

La tavola rotonda sull'uso dell'evidenza economica nell'analisi delle concentrazioni aveva come scopo la condivisione delle esperienze degli ultimi anni nell'uso di metodi quantitativi per l'analisi delle concentrazioni. Nella pratica una grande varietà di metodi quantitativi viene utilizzata nell'analisi delle concentrazioni, dai più semplici, basati sulle quote di mercato, ad alcuni molto sofisticati, come la simulazione degli effetti delle concentrazioni. Il primo punto emerso nella discussione è stato che si riscontra una generale convergenza per quanto riguarda l'analisi degli effetti unilaterali, mentre più controversa appare quella degli effetti coordinati. Tale convergenza si riflette nel contenuto delle Linee guida sull'analisi delle concentrazioni adottate da molte giurisdizioni. Con particolare riferimento alle metodologie utilizzate nell'analisi degli effetti economici delle concentrazioni la discussione ha evidenziato l'esistenza e l'uso di una molteplicità di modelli. In generale, i modelli di simulazione si sono dimostrati meno utili di quanto potesse inizialmente apparire per la difficoltà incontrate nello stimare alcuni dei parametri richiesti (quali l'elasticità della domanda) per la grande quantità di dati e di tempo richiesti per la loro applicazione e per i risultati non del tutto univoci che forniscono, che hanno anche determinato in molti casi un rovesciamento delle conclusioni delle autorità di concorrenza in sede di revisione giudiziale. Ultimamente alcune giurisdizioni (in particolare Stati Uniti e Regno Unito) hanno ampiamente fatto ricorso a altri metodi, quali la cosiddetta UPP (*Upward Pricing Pressure*). Si tratta di un metodo che può essere utilizzato per stimare gli effetti unilaterali di una concentrazione. In particolare, dopo una concentrazione, si produce un cambiamento negli incentivi delle imprese, in quanto il venir meno del vincolo concorrenziale esercitato dall'impresa acquisita determina un incentivo ad alzare i prezzi per l'entità che risulta dalla concentrazione. In generale, la discussione ha suggerito un approccio pragmatico. Nessun metodo, in quanto tale, è valido per ogni tipo di concentrazione. Ove possibile anche metodi semplici, basati sulle quote di mercato o su esperimenti naturali, possono fornire indicazioni utili alle autorità di concorrenza. Infine, appare molto importante presentare l'evidenza economica ai giudici in modo chiaro e comprensibile.

La tavola rotonda sull'adozione di rimedi nei casi di concentrazione ha dimostrato che esiste un ampio consenso tra le delegazioni sugli obiettivi e sul tipo di rimedi a disposizione delle autorità per i casi di concentrazione. Sebbene la maggior parte delle autorità preferisca

utilizzare rimedi strutturali, molte autorità accettano misure comportamentali, soprattutto quando utilizzate insieme ai rimedi strutturali. Le autorità che operano nell'ambito di economie di piccole dimensioni hanno sottolineato la difficoltà potenziale di condizionare l'approvazione delle operazioni di concentrazione ai rimedi strutturali, dato che spesso è difficile trovare acquirenti interessati o adeguati per le attività da dismettere. Molti hanno sottolineato che in un'economia globale, in cui proliferano vari regimi di gestione delle operazioni di concentrazione, la cooperazione internazionale è fondamentale. In particolare, i rimedi concordati in una giurisdizione possono influenzare le attività che servono i mercati più ampi rispetto al mercato rilevante per la fusione.

Nella tavola rotonda sugli aspetti istituzionali e procedurali dei rapporti tra giudici e autorità di concorrenza, la discussione ha analizzato i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'istituzione di tribunali specializzati per la revisione dei provvedimenti delle autorità di concorrenza e dell'ambito entro il quale si esercita la revisione giurisdizionale dei provvedimenti, in particolare se solo su aspetti di regolarità formale o anche di merito. Un altro aspetto toccato nella tavola rotonda è stato quello dell'effetto delle azioni civili per il risarcimento del danno sull'efficacia dell'applicazione del diritto antitrust. In particolare molte giurisdizioni hanno espresso preoccupazioni in merito all'effetto negativo sull'efficacia dei programmi di clemenza prodotto da previsioni processuali volte ad autorizzare direttamente il giudice civile a chiedere la trasmissione o l'esibizione di documenti probatori alle autorità di concorrenza. Molte delegazioni europee (tra le quali la Germania e la stessa Commissione Europea) hanno espresso l'opinione che tale problema debba trovare una soluzione in via normativa, pur preservando la possibilità per i danneggiati di ricorrere ad azioni di risarcimento.

Nel febbraio 2011 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. I lavori sono stati aperti dal Segretario Generale dell'OCSE Angel Gurría e dal Vice Presidente della Banca Mondiale Otaviano Canuto che hanno sottolineato l'importanza delle politiche della concorrenza nel contribuire allo sviluppo economico. I lavori si sono poi articolati in due tavole rotonde, una su "Concentrazioni multi-giurisdizionali" e l'altra sui "Cartelli di crisi", argomenti di particolare rilievo per le autorità di concorrenza dei Paesi in via di sviluppo. Sempre più di frequente, infatti le autorità di concorrenza dei Paesi in via di sviluppo si trovano a valutare concentrazioni multi-giurisdizionali in situazione di scarsità di risorse e di quadri normativi inadeguati. Per quanto riguarda i cartelli di crisi, che molti governi di Paesi in via di sviluppo hanno incoraggiato per fronteggiare la crisi economica e finanziaria, la tavola rotonda ha messo in luce come raramente questi possano servire ad attenuare gli effetti della crisi in settori chiave dell'economia, finendo piuttosto per aggravarne e allungarne la portata.

**Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD)**

L'undicesima sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza si è tenuta a Ginevra nel luglio 2011. Nel corso della riunione 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 si sono svolte tavole rotonde sull'istituzione di autorità di concorrenza efficaci, sull'attività di assistenza tecnica nei confronti delle autorità di concorrenza, sull'importanza della coerenza tra politica della concorrenza e altre politiche pubbliche e infine sulla cooperazione tra autorità di concorrenza nell'attività di enforcement. Si è svolta inoltre la peer review della Serbia alla quale l'Autorità italiana ha partecipato in qualità di peer reviewer fornendo suggerimenti e osservazioni per il miglioramento del quadro normativo e applicativo in materia di concorrenza.

Nella tavola rotonda sull'istituzione di autorità di concorrenza efficaci il segretariato UNCTAD ha presentato uno studio volto ad evidenziare le caratteristiche principali di una regolamentazione e di istituzioni pubbliche efficienti: trasparenza e responsabilità, garanzia del giusto processo, finanziamento in proporzione ai compiti assegnati, personale altamente qualificato e un sistema di revisione giurisdizionale delle decisioni. Il segretariato ha inoltre sottolineato l'importanza dell'individuazione di obiettivi e priorità, di una opportuna allocazione delle risorse e di decisioni solide. La discussione ha richiamato l'attenzione sulle sfide affrontate dalle autorità garanti della concorrenza di nuova istituzione dei paesi in via di sviluppo. Per rispondere a queste sfide, si è suggerito di individuare dei benchmark sui quali misurare l'efficacia dei profili istituzionali, di sviluppare una cultura della concorrenza e di effettuare una valutazione dell'impatto delle decisioni. Valutazioni comparative possono fornire la base per la formulazione di principi fondamentali per guidare i paesi in via di sviluppo nella predisposizione dei loro regimi di concorrenza.

Nella tavola rotonda sull'efficacia delle attività di assistenza tecnica nei confronti delle autorità di concorrenza si è evidenziato come il diritto della concorrenza sia solo un componente della politica di concorrenza, che deve tener conto anche di altri soggetti protagonisti della politica pubblica. Sono stati individuati cinque soggetti importanti per l'attività di assistenza tecnica in materia di diritto e politica della concorrenza: le autorità di concorrenza, il governo, i giudici, le imprese e il mondo accademico. Le autorità di concorrenza hanno bisogno di sostegno per promuovere e far rispettare il diritto della concorrenza. Il rafforzamento delle loro capacità attraverso l'attività di segnalazione è essenziale per la promozione di una cultura della politica di concorrenza. Per questo è stato suggerito di intensificare gli scambi e l'attività di formazione con gli altri soggetti che possono concorrere a migliorare l'efficacia della politica della concorrenza, utilizzando l'aiuto che può venire dal mondo accademico.

La tavola rotonda sull'importanza della coerenza tra politica della concorrenza e altre politiche pubbliche ha evidenziato la necessità di coordinamento delle varie politiche al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo, ridurre al minimo le tensioni, evitare duplicazioni e migliorare l'utilizzo delle risorse. A tal fine è necessario creare un meccanismo di dialogo tra i diversi soggetti pubblici. Nel corso della discussione sono state descritte le tensioni che si possono creare tra la politica della concorrenza e altre politiche governative. Si è affermato che, generalmente, la politica della concorrenza è responsabilità del governo, mentre l'applicazione del diritto della concorrenza è responsabilità delle autorità di concorrenza. Queste ultime potrebbero promuovere politiche concorrenziali attraverso l'attività di segnalazione.

Infine, nella tavola rotonda sulla cooperazione tra autorità di concorrenza nell'attività di applicazione del diritto antitrust si è sottolineato il fatto che le violazioni concorrenziali comportano sempre più spesso effetti in diversi paesi. In particolare, la cooperazione riveste particolare importanza (a) nei casi in cui la condotta esaminata interessa due o più giurisdizioni, (b) laddove il comportamento indagato da un'autorità potrebbe avere effetti in un'altra giurisdizione, (c) nei casi in cui i testimoni o le prove si trovano in un'altra giurisdizione e (d) nei casi in cui i rimedi potrebbero avere un impatto in un'altra giurisdizione. L'aspetto più delicato è quello di bilanciare la cooperazione e l'esigenza di riservatezza che caratterizza le istruttorie delle autorità di concorrenza. Si è evidenziato, in ogni caso, come anche condividendo informazioni non riservate (definizione dei mercati, teorie del danno) si possa realizzare una cooperazione efficace.

### **Attività di assistenza tecnica in materia di concorrenza**

Nel corso del 2011 l'Autorità ha consolidato il proprio ruolo nell'ambito dell'assistenza tecnica in materia di concorrenza attraverso i tre progetti di cooperazione finanziati dalla Commissione Europea, di cui era risultata aggiudicataria, rispettivamente con le autorità di concorrenza di Croazia (nel 2009) e di Albania e Algeria (nel 2010). Tutti e tre i progetti si concluderanno nel 2012.

Mentre nel progetto con l'Algeria l'Autorità italiana, insieme a quella tedesca, svolge il ruolo di junior partner, e il Consorzio è guidato dall'Autorità francese di concorrenza, nei progetti di cooperazione con l'Autorità albanese e con quella croata, l'Italia svolge il ruolo di project leader e ha come junior partner rispettivamente l'Autorità ungherese e l'Autorità inglese.

In particolare nel 2011 sono state avviate le attività di assistenza tecnica relativamente ai progetti con l'Albania e l'Algeria, attraverso lo svolgimento di una serie di seminari e di conferenze finalizzati alla promozione della cultura della concorrenza e al rafforzamento delle capacità amministrative e alla formazione del personale delle Autorità di concorrenza cui sono affidati i compiti relativi all'applicazione della normativa antitrust.