

3. RAPPORTI INTERNAZIONALI

Commissione europea

Le decisioni della Commissione

Nel corso del 2008, la Commissione europea ha portato a termine nove procedimenti relativi a presunte infrazioni degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, accertando otto casi di violazione del divieto di intese restrittive di cui all'art. 81. Sette casi sono stati soggetti a sanzioni ed uno si è concluso con la sola richiesta alle imprese di porre fine alla violazione. I rimanenti due procedimenti, in cui è stata accertata una violazione dell'art. 82 in combinato disposto con l'art. 86, hanno avuto come destinatari due Stati membri e si sono conclusi con la richiesta a tali Stati di modificare la normativa in vigore che prevedeva misure contrarie alle regole della concorrenza.

Decisioni relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE

Numero	Nome caso	Data decisione	Norme applicate	Estremi di pubblicazione
COMP/38.638	Butadiene Rubber (Gomma butadiene)	23 gennaio 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.700	Greek lignite and electricity markets (Mercato della lignite)	8 marzo 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/38.543	International Removal Services (Settore dei traslochi)	11 marzo 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.695	Sodium Chlorate (Prodotti chimici inorganici)	11 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.180	Aluminium Fluoride (Prodotto chimico)	25 giugno 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/38.698	Cisa Agreement (Concessione in licenza dei diritti d'autore)	16 luglio 2008	Art.81 (divieto)	Non pubblicata
COMP/39.181	Candle Waxes (Prodotti chimici e petroliferi)	1° ottobre 2008	Art.81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata
COMP/39.562	Slovakian postal Law (Servizi di posta ibrida)	7 ottobre 2008	Artt. 82-86	Non pubblicata
COMP/39.188	Bananas (importazione di banane)	15 ottobre 2008	Art. 81 (divieto con sanzioni)	Non pubblicata

In merito all'attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, nel 2008 la Commissione ha adottato 340 decisioni in applicazione del regolamento n. 139/2004. Su richiesta delle imprese interessate, la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del

regolamento ha disposto in nove casi il rinvio pre-notifica all'autorità competente di uno Stato membro dell'esame di concentrazioni aventi dimensione comunitaria. In nessun caso la richiesta di rinvio è stata rifiutata.

Parallelamente, su richiesta avanzata dalle parti ai sensi dell'art. 4, paragrafo 5, del regolamento, ventidue operazioni di concentrazione, prive di dimensione comunitaria, sono state direttamente notificate alla Commissione e da quest'ultima scrutinate. Anche in questo caso nessuna richiesta di rinvio è stata rigettata. In quattro casi la Commissione ha disposto, ai sensi dell'art. 9 del regolamento, il rinvio dell'operazione di concentrazione alle autorità competenti degli Stati membri; in due di questi casi si è trattato di un rinvio soltanto parziale. In tre casi la Commissione ha esaminato, su richiesta degli Stati membri, concentrazioni prive di dimensione comunitaria, ai sensi dell'art. 22 del Regolamento.

La maggior parte delle concentrazioni notificate non presentava profili problematici dal punto di vista concorrenziale ed è stata autorizzata senza avviare una formale procedura istruttoria. In diciannove di questi casi, tuttavia, l'autorizzazione è stata concessa subordinatamente al rispetto di impegni specificatamente assunti dalle parti al fine di rendere compatibile l'operazione con il mercato comune.

Nel medesimo periodo, la Commissione ha portato a termine quattordici istruttorie iniziate ai sensi dell'art. 6.1(c) relative ad altrettante operazioni di concentrazione. In tutti i casi l'istruttoria si è conclusa con una decisione di autorizzazione. In cinque casi l'autorizzazione è stata condizionata al rispetto degli impegni assunti dalle parti nel corso del procedimento al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali della concentrazione

Attività di controllo preventivo delle operazioni di concentrazione

Numero totale decisioni in applicazione del Reg. n. 139/2004	340
Rinvio pre-notifica (art. 4.4)	9
Richiesta delle parti di esame da parte della Commissione di concentrazioni prive di dimensione comunitaria (art. 4.5)	22
Rinvio della Commissione alle autorità competenti (art. 9)	4
Rinvio parziale (art. 9)	2
Casi esaminati dalla Commissione di concentrazioni prive di dimensione su richiesta degli Stati (art. 22)	3
DECISIONI IN FASE I	
Numero Totale	326
Concentrazioni autorizzate (art. 6.1(b))	307
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 6.2)	19
DECISIONI IN FASE II	
Numero Totale 1	4
Concentrazioni autorizzate (art. 8.1)	9
Concentrazioni autorizzate subordinatamente al rispetto di impegni (art. 8.2)	5

Revisione art. 82

Nel dicembre 2008 la Commissione ha adottato una Comunicazione sugli orientamenti che essa intende seguire nell'identificazione delle priorità nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE ai comportamenti escludenti posti in essere da imprese in posizione dominante. Il documento è il risultato finale di un'intensa attività di studio che la Commissione ha condotto successivamente alla pubblicazione nel dicembre 2005, di un primo documento della Direzione generale della concorrenza e che è stato arricchito dai contributi delle Autorità nazionali della concorrenza e di tutti i soggetti interessati.

La Comunicazione in materia di applicazione dell'articolo 82 non ha la funzione di fornire linee guida sull'applicazione della norma, bensì quella di stabilire le priorità che indirizzeranno la sua applicazione da parte della Commissione. Gli orientamenti sulle priorità mirano, in tal senso, a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità in ordine alle possibili scelte interpretative e di intervento cui la DG Concorrenza farà ricorso nell'identificazione delle condotte abusive.

L'attenzione della Commissione si focalizza sugli abusi cosiddetti escludenti, rinunciando ad esaminare altri comportamenti suscettibili di violare l'art. 82, consistenti, in particolare, nello sfruttamento abusivo del potere di mercato a danno dei consumatori, ad esempio "nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque" o nell'adozione di strategie discriminatorie consistenti "nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza".

La Comunicazione è suddivisa in due parti: la prima, di carattere generale, esprime i presupposti di fondo che giustificano l'intervento della Commissione, mentre la seconda si sofferma sulle tipologie di condotte abusive più frequenti, in particolare: accordi di esclusiva, sconti, pratiche leganti, comportamenti predatori, rifiuti di effettuare forniture e compressione dei margini.

Grande rilievo assume, nella parte generale della Comunicazione, l'accertamento della dominanza che costituisce il presupposto indispensabile per la contestazione delle condotte abusive. Gli orientamenti della Commissione, nel confermare il principio secondo il quale la dominanza rappresenta una situazione di indipendenza economica nei confronti dei concorrenti, fornitori e consumatori dell'impresa che ne è titolare, sottolineano che il concetto di indipendenza economica deriva da un considerevole e duraturo potere di mercato. L'accertamento della dominanza si basa, oltre che sul calcolo delle quote delle imprese presenti nel mercato rilevante, anche sull'insieme di tutti gli elementi che caratterizzano la struttura

concorrenziale del mercato (probabilità di espansione dei concorrenti già presenti, minaccia di ingresso di concorrenti potenziali, forza negoziale dei clienti). La dominanza a cui la Commissione fa riferimento è, quella di tipo individuale, essendo la dominanza collettiva esplicitamente esclusa dall'ambito della comunicazione.

Quanto all'accertamento dell'abuso, gli orientamenti della Commissione sottolineano la necessità che gli interventi si concentrino sui tipi di comportamento in grado di esplicare un evidente impatto sul benessere dei consumatori, ossia idonei a incidere negativamente sulle condizioni di prezzo, sulla qualità dei prodotti o sulla possibilità di scelta di beni e servizi. In questa prospettiva, la Commissione considera prioritari gli interventi relativi a condotte idonee ad escludere concorrenti con il medesimo livello di efficienza dell'impresa dominante. Solo tali imprese, infatti, con la loro presenza nel mercato, sarebbero effettivamente in grado di accrescere il benessere dei consumatori. La Commissione, in altri termini, non si pone l'obiettivo di tutelare i concorrenti in quanto tali, ma solo quelli capaci di migliorare le condizioni della concorrenza in un mercato caratterizzato dalla presenza di un'impresa dominante. La Comunicazione contempla, infine, la possibilità di valutare situazioni in cui l'adozione di condotte escludenti risulti necessaria o indispensabile per produrre efficienze capaci di compensare la perdita di benessere connessa all'effetto escludente. A tal fine, tuttavia, devono essere le stesse imprese a dimostrare che il loro comportamento sia obiettivamente necessario e sia idoneo a produrre le suddette efficienze, mentre la Commissione valuterà, a sua volta, se il comportamento restrittivo sia obiettivamente indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante.

Regolamento (CE) n. 622/2008 della Commissione che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli e Comunicazione

Nel giugno 2008, la Commissione ha adottato una Comunicazione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'art. 7 e dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 1/2003, nonché un regolamento contenente le relative regole di procedura (regolamento (CE) n. 622/2008 che modifica il regolamento (CE) n. 773/2004 per quanto riguarda la transazione nei procedimenti relativi ai cartelli).

Lo scopo del pacchetto di misure adottato dalla Commissione è quello di ricompensare con una modesta riduzione della sanzione le imprese che ammettono le loro responsabilità nei procedimenti avviati ai fini dell'applicazione dell'art. 81 del trattato CE nei casi di cartelli. La possibilità di raggiungere una transazione con le parti potrebbe condurre a una più rapida conclusione dei procedimenti e permettere alla Commissione di

trattare un maggiore numero di casi. Naturalmente la ricompensa non deve essere tale da condurre a una riduzione delle sanzioni tale da indebolirne l'effetto dissuasivo.

La scelta di ricorrere ai *direct settlements* si fonda sull'assunto che se le parti del procedimento sono disposte a riconoscere la propria partecipazione a un cartello in violazione dell'articolo 81 del Trattato, possono anche contribuire ad accelerare il procedimento che conduce all'adozione della corrispondente decisione ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003.

Muovendo da tale considerazione, la procedura di transazione offre alle imprese disposte a riconoscere di avere violato l'art. 81 del Trattato CE attraverso la partecipazione ad un cartello, la possibilità di uno sconto di pena (fino ad un massimo del 10% della sanzione complessiva) in cambio di un impegno che ha per oggetto: *i*) l'accettazione integrale degli addebiti mossi dalla Commissione; *ii*) la rinuncia all'esercizio di alcuni diritti di difesa, ossia l'audizione finale e l'accesso al fascicolo dopo la ricezione degli addebiti.

Attraverso le procedure transattive, la Commissione si propone di giungere un'intesa con le parti del procedimento, per quanto riguarda l'ambito dei potenziali addebiti e la stima della forcella delle probabili ammende inflitte dalla Commissione. Nella scelta dei casi adatti per una conclusione transattiva la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità. Per esempio, la Commissione potrà prendere in considerazione la possibilità di concludere entro un termine ragionevole un accordo con le parti interessate, sulla base di fattori quali il numero di parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione di responsabilità ed il livello di contestazione dei fatti.

La Comunicazione si sofferma sulla necessità di permettere alle parti di decidere con cognizione di causa se accedere o meno alla transazione. A tale fine è previsto l'invio di una "comunicazione preliminare" alle parti da parte della Commissione, attraverso cui esse sono informate "in merito agli elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento, quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata del cartello, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcella delle ammende applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno degli eventuali addebiti". Nel caso in cui le discussioni procedano e la Commissione fissi un termine per la presentazione di una proposta definitiva di transazione, la comunicazione preliminare deve essere inviata alle parti prima della fissazione di detto termine.

Quanto alla proposta di transazione che le parti devono presentare per accedere alla procedura, essa deve contenere un riconoscimento della responsabilità per l'infrazione, un'indicazione dell'importo massimo dell'ammenda che le parti sono disposte ad accettare, la conferma di essere

state sufficientemente informate degli addebiti che la Commissione intende muovere, la rinuncia all'accesso al fascicolo e all'audizione orale e il consenso a ricevere la comunicazione degli addebiti e la decisione definitiva in una lingua concordata della Comunità europea. Tale proposta, che può essere presentata anche oralmente, avviene in un momento anteriore alla comunicazione degli addebiti, al fine di consentire alla Commissione di tenere conto del punto di vista delle parti già al momento della redazione di tale comunicazione.

Quando la comunicazione degli addebiti notificata alle parti rispecchia il contenuto delle loro proposte di transazione, le parti interessate rispondono a detta comunicazione confermando che i due documenti corrispondono e mantenendo l'impegno a seguire la procedura. In assenza di siffatta risposta, la Commissione prenderà atto della violazione della parte dell'impegno e potrà non prendere in considerazione la richiesta della parte stessa di seguire la procedura di transazione.

Ad ogni modo, la Commissione ha il diritto di adottare una comunicazione degli addebiti che non rispecchi la proposta di transazione delle parti, in questo caso le ammissioni formulate dalle parti si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nel procedimento; viene inoltre fissato un nuovo termine in modo che le parti possano, su richiesta, presentare elementi a propria difesa, inclusa la possibilità di accedere al fascicolo e di chiedere un'audizione orale.

Nell'ipotesi in cui la comunicazione degli addebiti rispecchi il contenuto delle proposte delle parti e queste abbiano confermato nella loro risposta l'impegno di giungere a una transazione, la Commissione può procedere all'adozione di una decisione definitiva, previa consultazione del comitato consultivo, avendo le parti rinunciato all'audizione orale e all'accesso al fascicolo. La Commissione può ricompensare una parte con cui ha raggiunto una transazione, riducendo del 10% l'ammontare della sanzione prevista; nel caso in cui siano coinvolte imprese che hanno chiesto di beneficiare del trattamento favorevole, detta riduzione sarà aggiunta alla ricompensa concessa alle imprese a titolo di trattamento favorevole.

Le modifiche apportate al Regolamento (CE) n. 773/2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE si sono rese necessarie al fine di introdurre la procedura di transazione nel quadro normativo vigente. Tra le più importanti modifiche apportate vi è la previsione di una maggiore flessibilità procedurale, in particolare grazie alla possibilità di avviare il procedimento prima dell'emissione della comunicazione degli addebiti, ossia nel momento in cui la Commissione ha richiesto alle parti di manifestare il proprio interesse ad avviare discussioni in vista della transazione, e l'introduzione dell'art. 10 bis, in cui è regolata la procedura di transazione nei casi di cartelli.

Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/04 del Consiglio e del Regolamento (CE) n. 802/04 della Commissione.

Nell'ottobre 2008 è stata adottata una nuova Comunicazione sugli impegni in materia di concentrazioni, che ha sostituito la precedente comunicazione n. 68 del 2 marzo 2001, e che contiene le linee guida relative alla presentazione e valutazione di impegni finalizzati a rimuovere i problemi concorrenziali sollevati da operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria.

La Comunicazione tiene conto, oltre che dell'esperienza applicativa maturata dalla Commissione, delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e degli esiti di uno studio specifico, promosso dalla stessa Commissione e dedicato all'analisi della applicazione degli impegni e dei loro effetti sui mercati interessati.

In particolare la Comunicazione: a) integra e chiarisce, rispetto al passato, i presupposti e le condizioni di accettabilità degli impegni, offrendo indicazioni apposite in relazione alle diverse tipologie di strumenti/misure concretamente adottabili; b) definisce più chiare procedure di presentazione degli impegni, curando di precisare, in particolare, il set informativo da fornire alla Commissione; c) illustra, con maggiore dettaglio che in precedenza, i meccanismi di esecuzione degli impegni, prendendo, seppure brevemente, in considerazione, non solo i casi di dismissione, ma anche altri tipi di impegno. Dal punto di vista procedurale viene introdotto un apposito formulario per la presentazione degli impegni e viene codificata la prassi della Commissione di affidare ad un fiduciario remunerato dalle imprese interessate la verifica della corretta esecuzione di alcune tipologie di impegni.

Con riguardo alle condizioni di accettabilità degli impegni, la Comunicazione chiarisce che gli impegni devono essere tali da fornire una risposta a tutte le preoccupazioni concorrenziali sollevate dalla Commissione. Fin dal principio, inoltre, la proposta di impegni deve essere formulata in modo da consentire chiaramente di valutarne la effettiva attuabilità e il monitoraggio della loro corretta esecuzione. Con riguardo alle possibili differenti tipologie di impegni, la Comunicazione esplicita una chiara e ragionevole preferenza per i rimedi c.d. strutturali consistenti nella cessione a terzi di complessi produttivi di proprietà delle imprese soggette a concentrazione o nella rimozione di legami esistenti con imprese concorrenti.

Altri impegni come la messa a disposizione di risorse cruciali o la cessazione di rapporti contrattuali di lunga durata possono ritenersi suscettibili di accettazione solo in circostanze specifiche, che evidenzino come la loro esecuzione sia effettivamente equivalente, in termini di impatto competitivo agli esiti di un cessione.

Infine, impegni concernenti unicamente i comportamenti che le

imprese interessate dalla concentrazione dovrebbero tenere nel mercato (e concernenti, ad esempio, i livelli dei prezzi da applicare o la rinuncia a certi marchi) possono ritenersi accettabili solo in circostanze eccezionali.

La possibilità di modifica in corso d'esecuzione degli impegni, è considerata eccezionale negli impegni di dismissione, e in quelli relativi all'accesso a risorse cruciali.

Nella nuova Comunicazione, la Commissione presta grande attenzione a un problema sostanzialmente trascurato nella Comunicazione precedente, ossia il reperimento di tutte le informazioni necessarie a valutare adeguatamente gli impegni proposti e il loro potenziale impatto sul mercato.

Muovendo dalla premessa che le imprese interessate siano i soggetti maggiormente in grado di fornire queste informazioni, la Comunicazione accresce considerevolmente gli oneri informativi richiesti, e dispone che la proposta di impegni debba essere redatta conformandosi ad un apposito formulario che la Commissione introduce, modificando il regolamento di procedura.

Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie

Nell'aprile 2008 la Commissione europea ha pubblicato il Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, che conclude l'ampio processo di consultazione avviato dalla Commissione nel dicembre 2005 con la pubblicazione di un Libro verde in materia¹.

L'obiettivo principale perseguito dalla Commissione consiste nella rimozione degli ostacoli che finora impediscono alle vittime degli illeciti concorrenziali di accedere al pieno ristoro delle situazioni giuridiche pregiudicate dall'infrazione. Il risarcimento integrale dei danni subiti in conseguenza di una violazione delle norme comunitarie antitrust rappresenta, dunque, il presupposto del futuro intervento della Commissione. Per conseguenza, le proposte formulate nel Libro bianco trovano applicazione indipendentemente dalla natura dei soggetti danneggiati (imprese o consumatori finali, acquirenti diretti o indiretti), della tipologia dell'infrazione accertata o dell'esistenza di un pregresso accertamento dell'infrazione da parte di una autorità di concorrenza.

Nel Libro bianco la Commissione suggerisce l'introduzione di azioni risarcitorie collettive, individuando a tale proposito due soluzioni complementari (che andrebbero, dunque, adottate cumulativamente da parte degli Stati): da un lato le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali le associazioni di consumatori o di imprese, o organismi

¹ COM(2005) 672 def.

statali; dall'altro delle vere e proprie azioni collettive, con le quali i soggetti danneggiati decidono espressamente di consolidare le proprie pretese risarcitorie individuali in un'unica azione. Tale proposta appare problematica in relazione all'ordinamento giuridico italiano sotto due profili, segnatamente: l'ambito di applicazione e la portata delle azioni collettive; le condizioni di adesione alle azioni rappresentative e i soggetti legittimati a proporre le azioni di classe.

In primo luogo, il legislatore nazionale non ha ritenuto opportuno introdurre una distinzione tra le pretese risarcitorie derivanti da illeciti antitrust e le iniziative giudiziali radicate nella violazione di altri precetti intesi alla protezione degli interessi dei consumatori, quali le disposizioni del d. lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 in materia di pratiche commerciali scorrette. La scelta di non predisporre uno strumento processuale *ad hoc* il cui ambito di applicazione fosse limitato al diritto antitrust appare del tutto condivisibile, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore ed è d'altronde conforme agli auspici formulati dall'Autorità già in sede di commento al libro verde del 2005.

Il rischio insito in una considerazione settoriale dell'illecito antitrust è che si creino nel tempo dei sotto-sistemi normativi per cui, a fronte della lesione dei medesimi interessi, i consumatori dispongano di meccanismi procedurali di reazione almeno in parte non coincidenti. Tale situazione, risultando in una accresciuta incertezza, potrebbe scoraggiare il ricorso dei consumatori alle azioni collettive, specie in quelle ipotesi in cui la medesima condotta possa rilevare sia quale illecito concorrenziale che come violazione della disciplina settoriale a tutela dei consumatori (ad esempio, in materia di pratiche commerciali scorrette o di clausole vessatorie). Pertanto, in sede di recepimento a livello nazionale di eventuali decisioni della Commissione in materia, sarebbe opportuno completare gli approfondimenti già in corso in materia di ristoro collettivo degli interessi dei consumatori e predisporre meccanismi procedurali unitari in materia di illeciti di massa, piuttosto che specifici per la sola materia antitrust.

In secondo luogo, quanto all'adesione dei soggetti danneggiati all'azione rappresentativa, nell'esperienza giuridica è possibile individuare due modelli alternativi. Il primo modello (c.d. *opt in*) prevede che per l'adesione all'azione sia necessaria una positiva manifestazione di volontà del consumatore. Nel secondo modello (c.d. *opt out*), ogni consumatore che abbia subito un danno derivante dalla condotta asseritamente illecita oggetto dell'accertamento partecipa automaticamente all'azione, a meno che non manifesti esplicitamente la volontà di dissociarsene.

La nuova disciplina nazionale preferisce il sistema di *opt in*, prevedendo che “i consumatori o utenti che intendano avvalersi [dell'azione collettiva risarcitoria] devono comunicare per iscritto al proponente la propria

adesione all'azione collettiva". Questa scelta appare condivisibile. Infatti, la legittimazione della formazione associativa ad agire per la tutela di una serie di interessi individuali dei quali essa non è titolare discende dall'esistenza di un interesse pubblico alla definizione contestuale delle pretese risarcitorie associate alla lesione di tali interessi.

Questa considerazione milita decisamente in favore dell'adozione di un sistema di *opt in*; evidentemente, infatti, qualora si escludessero dall'azione i soli consumatori che abbiano espresso positivamente la propria volontà di dissociarsene, l'inerzia di una parte considerevole degli aderenti potrebbe derivare da un deficit informativo o culturale o da una semplice mancanza di interesse: il che revocherebbe in dubbio la stessa legittimazione "esponenziale" del soggetto abilitato e la sussistenza di un interesse pubblico al ricorso all'azione collettiva risarcitoria.

Il Libro bianco individua nella difficoltà di accesso alle prove rilevanti da parte dei potenziali attori uno dei principali ostacoli ad una maggiore diffusione delle azioni risarcitorie conseguenti alle violazioni della normativa antitrust. In effetti, in relazione all'accertamento degli illeciti concorrenziali, gli elementi di prova decisivi risultano spesso nell'esclusiva disponibilità del convenuto - e comunque non sono agevolmente conoscibili da parte dei soggetti danneggiati. La Commissione propone pertanto, al fine di agevolare l'accesso alla prova, che ai giudici nazionali sia conferito il potere di ordinare alle parti in causa o a terzi l'esibizione di determinate classi di prove rilevanti.

Al riguardo, pur condividendo la diagnosi della Commissione relativamente alle difficoltà di accesso alle prove, l'Autorità auspica che il rafforzamento dei poteri del giudice, nel senso prospettato dal libro bianco non interferisca con l'applicazione dei poteri inquisitori dell'Autorità. In particolare, la possibilità di ottenere l'ordine di esibizione di categorie di documenti potrebbe vanificare l'attività istruttoria dell'Autorità, specie con riferimento alle ispezioni, eliminando l'effetto sorpresa che risulta essenziale per acquisire quegli elementi di prova "occasionalmente", facilmente eliminabili da parte dell'impresa quanto decisivi per la prova dell'illecito. In tal senso, l'approfondimento dei poteri istruttori del giudice richiederebbe un raccordo con l'azione dell'Autorità che - pur senza prefigurare una vera e propria pregiudiziale amministrativa - consenta la salvaguardia delle indagini eventualmente già svolte e dell'esito degli accertamenti ispettivi programmati.

Il Libro bianco propone di dotare di efficacia vincolante le decisioni delle autorità di concorrenza definitive o confermate dal giudice competente. In particolare, a fronte di un provvedimento che accerta una violazione della normativa antitrust comunitaria, il giudice nazionale non potrebbe disattenderla, ma dovrebbe accettarla quale prova inconfutabile dell'infrazione nell'ambito delle successive cause civili per il risarcimento

dei danni. L'eventuale nesso causale tra illecito e danni, il loro accertamento e quantificazione rimarrebbero nella disponibilità dei giudici nazionali.

Tale efficacia vincolante non sarebbe limitata alle decisioni assunte dall'autorità nazionale, ma si estenderebbe a tutte le decisioni assunte dalle autorità facenti parte della rete europea della concorrenza (ECN). Il divieto per i giudici nazionali di assumere decisioni in contrasto con i provvedimenti definitivi o confermati delle autorità di concorrenza lascerebbe tuttavia impregiudicato il diritto o l'obbligo di richiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia ex art. 234 CE.

La proposta della Commissione non sembra adeguata alla situazione italiana. In primo luogo, essa non migliora la posizione processuale dei soggetti danneggiati da un illecito antitrust. In secondo luogo, rischia di avere delle impreviste conseguenze pregiudizievoli sul contenzioso inerente ai provvedimenti adottati dall'Autorità. Allo stato, i giudici nazionali investiti di azioni risarcitorie fondate su un precedente accertamento dell'illecito concorrenziale da parte dell'Autorità hanno di fatto ritenuto tale provvedimento sufficiente a provare l'esistenza dell'infrazione. In verità, il giudice civile che intendesse discostarsi da una decisione dell'Autorità già favorevolmente deliberata nell'ambito del giudizio amministrativo dovrebbe assolvere ad un onere motivazionale particolarmente elevato. In pratica, le corti hanno già attribuito un rilievo decisivo ai provvedimenti dell'Autorità (confermati dal giudice amministrativo) nell'ambito dei giudizi di risarcimento danni, fino a configurare una "quasi vincolatività" delle decisioni dell'organo amministrativo, divenute definitive, all'esito di un sindacato giurisdizionale amministrativo penetrante ed improntato su standard comunitari.

In questa situazione, la previsione di un effetto vincolante *ex lege* appare privo di utilità pratica che giustifichi il potenziale *vulnus* del principio costituzionale per cui il giudice è sottoposto esclusivamente alla legge. La regola proposta dalla Commissione, peraltro, mal si concilia con un ordinamento giuridico, qual è il nostro, che non prevede una pregiudiziale amministrativa, né il principio di *stare decisis* neppure rispetto a precedenti giurisprudenziali.

Peraltro la posizione già espressa dal Governo italiano in relazione al Libro Verde del 2005 appare al riguardo più equilibrata, prevedendo una inversione dell'onere della prova circa l'esistenza dell'illecito antitrust a favore del danneggiato, in presenza di una decisione di accertamento dell'Autorità, confermata dai giudici amministrativi.

Un capitolo del Libro bianco è dedicato alla questione del trasferimento a valle da parte dell'acquirente diretto dell'eventuale sovrapprezzo derivante da una pratica anticoncorrenziale (c.d. *passing-on*). Il Libro bianco suggerisce che al convenuto sia riconosciuto il diritto di invocare

a propria difesa l'avvenuto trasferimento a valle del sovrapprezzo da parte dell'attore, stabilendo - in conformità ai principi generali - che l'onere della prova incomba al convenuto che eccepisca il trasferimento. Inoltre, al fine di agevolare la proposizione delle azioni risarcitorie da parte degli acquirenti indiretti, il libro bianco prevede che essi possano contare su una presunzione semplice che il sovrapprezzo derivante dalla pratica concorrenziale sia stato loro trasferito integralmente.

La scelta di consentire al convenuto di eccepire il *passing on* appare in linea con il principio della natura compensativa del risarcimento. L'inammissibilità dell'eccezione di trasferimento avrebbe infatti comportato un arricchimento senza causa dell'attore che avesse in effetti traslato il sovrapprezzo; inoltre, l'esigenza di evitare un'indebita compensazione multipla a carico del convenuto avrebbe determinato l'esclusione dell'azionabilità della pretesa risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo fosse stato trasferito, in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, che riconosce il diritto al risarcimento a chiunque abbia subito un danno ingiusto e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione.

La collegata proposta formulata dalla Commissione, intesa ad alleviare l'onere della prova gravante sull'acquirente indiretto, presenta invece marcati profili di problematicità. L'assunto di partenza del libro bianco è che gli acquirenti che si trovano a valle nella catena di distribuzione (e in particolare quindi i consumatori finali) sopportano spesso il più rilevante pregiudizio economico in conseguenza delle violazioni della normativa antitrust. La Commissione propone pertanto di stabilire la presunzione che il sovrapprezzo sia stato integralmente trasferito agli acquirenti indiretti. Incomberà, dunque, al convenuto fornire la prova che il sovrapprezzo sia stato totalmente o parzialmente assorbito a stadi anteriori della catena distributiva.

Questa presunzione semplice, in realtà, appare assai difficile da giustificare, sia sul piano della disponibilità degli elementi di prova rilevanti che dal punto di vista economico, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. In primo luogo, occorre rilevare che il convenuto - al pari dell'attore acquirente indiretto - non ha agevole accesso agli elementi di prova rilevanti per dimostrare che il sovrapprezzo derivante dall'illecito concorrenziale sia stato in tutto o in parte assorbito ad un livello anteriore della catena distributiva e non sia stato quindi integralmente trasferito a valle. Tali elementi di prova, infatti, saranno normalmente nella disponibilità dei soggetti operanti ai livelli intermedi della catena distributiva. Pertanto, l'inversione dell'onere della prova realizzato mediante la presunzione semplice prospettata dalla Commissione finirebbe per gravare il convenuto della prova negativa di un evento (il mancato trasferimento a valle del supplemento), che egli non è in grado di controllare né determinare - una vera e propria *probatio diabolica* che il convenuto non sarà in grado di fornire se non in ipotesi eccezionali,

con conseguente rischio di arricchimento indebito degli acquirenti indiretti cui il sovrapprezzo non sia stato integralmente trasferito.

Inoltre, la presunzione semplice non sembra giustificabile dal punto di vista economico. Infatti, è ben vero che il sovrapprezzo discendente dall'illecito antitrust rappresenta una voce di costo per gli acquirenti diretti, che normalmente tenderanno a trasferire tale onere aggiuntivo sui propri aventi causa. Tuttavia, la capacità degli acquirenti diretti di procedere con successo al trasferimento del sovrapprezzo dipende dalle condizioni del mercato rilevante nel quale operano gli acquirenti diretti. Le condizioni del mercato possono ostacolare il trasferimento del sovrapprezzo (ad esempio, in un mercato concorrenziale in cui solo alcuni operatori risentano dei maggiori oneri derivanti da un concerto tra i loro fornitori, essi potrebbero - almeno nel breve periodo - internalizzare completamente il sovrapprezzo, sopportando una limatura dei profitti o perfino delle perdite). In ogni caso, non appare ragionevole presumere che il sovrapprezzo potrà senz'altro essere trasferito a valle nella sua interezza.

In questa situazione, qualora si intenda - come risulta effettivamente opportuno - agevolare l'azione risarcitoria proposta dagli acquirenti indiretti, sembra preferibile affidare al giudice il compito di modulare l'onere probatorio gravante sull'attore in relazione al trasferimento a valle del sovrapprezzo, sulla base di una analisi accurata delle dinamiche dei mercati interessati. Così, se in talune ipotesi sarà ragionevole assumere il trasferimento del sovrapprezzo in presenza di allegazioni minime da parte dell'attore, in altre circostanze il giudice potrà richiedere all'acquirente indiretto uno sforzo motivazionale maggiore o bilanciare le posizioni delle parti, presumendo ad esempio che solo una parte del supplemento sia stata effettivamente trasferita a valle.

La regola proposta nel Libro bianco, invece, introduce elementi di rigidità non necessari, che pregiudicano indebitamente la posizione del convenuto. L'Autorità ritiene pertanto preferibile un approccio che si fondi su una valutazione caso per caso.

Infine, la promozione delle azioni risarcitorie promosse da imprese e consumatori in materia antitrust non deve pregiudicare l'efficacia dell'azione delle autorità pubbliche mirante alla scoperta ed alla repressione degli illeciti concorrenziali. In particolare, il Libro bianco sottolinea l'esigenza che lo sviluppo del *private enforcement* non attenui gli incentivi delle imprese ad aderire ai programmi di clemenza, che rappresentano uno strumento essenziale nella lotta contro i cartelli segreti. L'impresa che chiede un trattamento sanzionatorio favorevole ai sensi del programma di clemenza, interrompendo la propria partecipazione al cartello e informandone l'autorità di concorrenza, sarebbe posta in una situazione di relativo svantaggio rispetto ai coautori dell'infrazione qualora nella sede risarcitoria fosse consentito

l'accesso e la divulgazione delle dichiarazioni confessionarie rese in vista dell'accesso al beneficio clemenziale.

La Commissione propone, pertanto, di garantire una tutela ad ogni dichiarazione rilasciata dai soggetti che aderiscono al programma di clemenza, anche a fronte di un ordine di esibizione emanato dal giudice nel conteso di azioni risarcitorie proposte sia nel corso del procedimento di fronte all'autorità di concorrenza che a seguito dell'adozione di una decisione che accerti l'illecito. L'Autorità condivide le preoccupazioni di tutela dei *corporate statements* alla base della proposta della Commissione.

Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori

Nel novembre 2008, la Commissione ha pubblicato un Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori. Il documento esamina gli strumenti di tutela attualmente offerti in ambito europeo per consentire il ristoro dei c.d. danni "di massa", derivanti da comportamenti di operatori commerciali rivolti alla generalità dei propri clienti, al fine di verificare l'opportunità di intensificare la possibilità di tutela anche mediante l'introduzione di sistemi di ricorso collettivo. Sono escluse dal Libro verde le azioni collettive di risarcimento del danno per la violazione delle norme antitrust.

L'iniziativa della Commissione muove dalla considerazione che la disponibilità di meccanismi di tutela efficaci ed omogenei rappresenta una pre-condizione indispensabile in vista del perseguimento dell'obiettivo comunitario di integrazione dei mercati e che, tuttavia, soprattutto con riferimento a certe forme di illecito (e, in particolare, ai comportamenti di un operatore economico destinati a colpire la generalità dei clienti), la risposta attuale dei sistemi giuridici europei rischi di risultare insufficiente.

Gli strumenti tradizionali della tutela risarcitoria ed, essenzialmente, la promozione di una azione giudiziaria di tipo individuale, potrebbero, infatti, non offrire una risposta adeguata nel caso in cui, a fronte di una consistente perdita sociale complessiva, il danno subito dai singoli sia invece sovente di modesta entità. L'azione giudiziaria, infatti, risulta lunga e costosa e, spesso, i costi di promozione del processo rischiano di superare l'ammontare del danno subito dal singolo.

L'introduzione di procedure giudiziarie più snelle ed economiche per le controversie aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento di danni di modesta entità e il rafforzamento e la promozione di mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie rappresentano, a questo riguardo, una prima, sebbene non esaustiva, risposta al problema.

Una maggiore efficacia degli strumenti indicati - e soprattutto delle Procedure alternative di risoluzione delle controversie - appare peraltro connessa all'esistenza di una gamma completa di strumenti di tutela, che ricomprenda anche la possibilità di promuovere azioni collettive. Al momento,

sistemi di ricorso collettivo sono presenti negli ordinamenti di alcuni Stati membri, ma mancano in molti altri. Gli strumenti processuali con i quali sono assecondate le istanze di promozione di “azioni collettive” differiscono, peraltro, da uno Stato membro all’altro, in relazione a profili cruciali. Proprio in quanto di matrice nazionale, i sistemi di tutela indicati rischiano, inoltre, di non offrire una risposta adeguata a fronte di operazioni transfrontaliere. In un contesto di integrazione dei mercati, il Libro verde sottolinea quindi l’opportunità di gestire in modo coordinato l’introduzione di più adeguati strumenti di tutela, attraverso l’adozione di iniziative comunitarie.

In sede di verifica delle possibili opzioni di intervento da adottare, il Libro verde sottopone al dibattito quattro diverse soluzioni che vanno, sulla base di un livello crescente di partecipazione dell’UE, da nessun intervento comunitario all’introduzione di una procedura giudiziaria comune di ricorso collettivo. Le opzioni sono a loro volta composte da diversi elementi che la Commissione non impedisce di associare tra loro.

La prima alternativa propone di attendere l’adozione di qualunque nuova misura per verificare, nei prossimi anni, l’impatto applicativo che potrebbero avere nei sistemi giuridici dei diversi Paesi membri alcuni recenti strumenti di tutela introdotti su iniziativa dell’Unione europea, precisamente il regolamento sulle controversie di modesta entità e la direttiva sulla mediazione.

La seconda opzione propone di rafforzare la tutela dei consumatori attraverso il ricorso alle azioni collettive di diritto nazionale. In questa prospettiva gli Stati membri che possiedono un sistema di ricorso collettivo dovrebbero consentirne l’accesso ai consumatori di altri Stati membri, e gli Stati che ancora non hanno previsto tale meccanismo dovrebbero crearne uno.

La terza alternativa prevede un pacchetto di misure diverse dall’iniziativa giudiziaria, ciascuna delle quali dovrebbe contribuire a migliorare le attuali possibilità di tutela dei consumatori. Tra queste, oltre alla maggiore diffusione di procedure stragiudiziali di risoluzione collettiva delle liti, la Commissione propone la possibilità di un coinvolgimento diretto delle autorità nazionali che, come l’Autorità, già applicano il Regolamento CE n. 2006/2004 sulla cooperazione nazionale in materia di tutela dei consumatori, attribuendo loro la “facoltà (...) dopo aver constatato un’infrazione intracomunitaria” di “esigere che l’operatore indennizzi i consumatori che hanno subito un danno”.

La quarta alternativa, infine, consiste nell’introdurre una procedura di ricorso giudiziario collettivo a livello europeo, attraverso una misura che disciplini in maniera uniforme le caratteristiche principali del tipo di azione, quali, in particolare, la scelta dei soggetti legittimati ad agire e l’ambito di applicazione delle decisioni, insieme ad ulteriori elementi come il finanziamento della procedura e le modalità per impedire richieste non fondate.

I principi ECA in materia di sanzioni per violazioni del diritto antitrust

La riunione plenaria dell'ECA (European Competition Authorities) tenutasi a Budapest nel maggio 2008 ha approvato dei principi per la convergenza dei meccanismi di determinazione delle sanzioni irrogate per violazioni della normativa antitrust nelle giurisdizioni europee, sulla scorta di un documento elaborato da un apposito gruppo di lavoro, costituito nel 2006 e co-presieduto dall'Autorità e dal Conseil de la Concurrence francese.

Il gruppo di lavoro, alle cui attività hanno partecipato rappresentanti di 27 giurisdizioni, ha circoscritto l'ambito della propria indagine alle sanzioni pecuniarie irrogate alle imprese in conseguenza della violazione di norme sostanziali antitrust. Infatti, l'imposizione di sanzioni pecuniarie alle imprese costituisce, allo stato, il principale strumento a disposizione delle autorità di concorrenza per assicurare l'ottemperanza al precetto normativo, comune peraltro a tutti i sistemi giuridici considerati. Il gruppo di lavoro, pur prendendo atto delle differenze esistenti, ha elaborato dei principi relativi alla determinazione delle sanzioni antitrust, sottoposti al vaglio della riunione plenaria ECA di Budapest. La formulazione assai generale di questi principi rispetta l'ambito di discrezionalità rivendicato da tutte le autorità partecipanti nel processo di calcolo delle ammende.

Il documento si articola in tre sezioni, dedicate, rispettivamente, ai principi generali, alla determinazione del massimo edittale e al processo di quantificazione della sanzione. La prima sezione individua nella deterrenza dell'illecito concorrenziale lo scopo perseguito attraverso l'imposizione delle sanzioni pecuniarie antitrust. In particolare, l'irrogazione delle ammende è volta a scoraggiare la ripetizione dell'illecito da parte del soggetto che se ne sia reso responsabile, nonché del complesso dei potenziali autori di analoghe infrazioni. Pertanto, la sanzione inflitta all'impresa che violi la normativa sostanziale antitrust deve essere determinata a un livello che consenta di conseguire tale obiettivo.

Dal punto di vista economico, qualora si tralasci il contributo in termini di effetto deterrente apportato dalle sanzioni accessorie gravanti sugli individui (presenti in alcune giurisdizioni) o dalle azioni risarcitorie conseguenti all'illecito concorrenziale (più o meno diffuse nell'ambito dell'Unione europea), la deterrenza effettiva della condotta può essere conseguita in via autonoma solo comminando all'impresa responsabile una sanzione che, moltiplicata per la probabilità che l'illecito sia scoperto da un'Autorità di concorrenza, sia pari almeno all'ammontare dei guadagni attesi dall'infrazione. Tuttavia, nessuna delle giurisdizioni analizzate impiega

la nozione di sanzione antitrust ottimale nel processo di computo delle ammende: in assenza di dati affidabili in relazione alla effettiva probabilità di instaurazione del procedimento repressivo, la determinazione della sanzione risulterebbe complessa e aleatoria e l'importo finale rischierebbe di confliggere inaccettabilmente con il principio di proporzionalità.

Per questa ragione, i principi ECA si limitano a constatare la necessità che la sanzione ecceda in linea di principio i profitti ipoteticamente attesi dall'infrazione (senza cioè considerare la probabilità di essere scoperti). Questa regola, se da un lato suggerisce di ancorare il processo di quantificazione ad una misura che sia indice di tali profitti (quale il fatturato realizzato dall'impresa sul mercato interessato dall'infrazione), non comporta tuttavia per l'autorità procedente l'onere, peraltro difficilmente assolvibile, di accertare o quantificare i profitti dalla particolare condotta oggetto dell'accertamento istruttorio nel caso di specie, essendo quelli effettivamente generati non necessariamente rappresentativi di quelli ipotizzati al momento in cui la decisione è stata presa e non avendo mai (o quasi mai) le autorità di concorrenza informazioni specifiche sui profitti effettivamente (e soggettivamente) attesi.

Corollario della funzione deterrente attribuita alla sanzione antitrust è il principio secondo il quale l'importo dell'ammenda non deve eccedere il livello necessario per assicurare il conseguimento degli obiettivi perseguiti: tale regola risulta in un'applicazione specifica del generale principio di proporzionalità, comune agli ordinamenti europei.

Da ultimo, i principi ECA sottolineano come, purché la sanzione sia fissata a un livello adeguato, l'effetto deterrente ad essa associato risulti amplificato dalla sua conoscibilità da parte delle imprese. Per questa ragione, i principi ECA suggeriscono che le autorità di concorrenza rendano nota la propria politica sanzionatoria attraverso la pubblicazione di linee guida o altri analoghi strumenti informativi.

La trasparenza della politica sanzionatoria non deve tuttavia comportare la possibilità per le imprese di calcolare precisamente *ex ante* l'importo della sanzione applicabile a un determinato illecito concorrenziale. Un margine di residua incertezza in ordine alla quantificazione effettiva della sanzione è infatti necessario al fine di evitare che l'ammenda, scontata in ragione della probabilità di essere scoperti, sia computata dall'impresa quale costo della condotta illecita, rendendo così convenienti le infrazioni da cui derivino profitti superiori ai rischi attesi.

Questo pericolo appare comunque del tutto teorico: nel quadro dei principi ECA, infatti, la sanzione non risulta dall'applicazione di un mero modello aritmetico, ma deriva dalla valutazione delle circostanze del caso di specie ed è tale da escludere che gli autori delle infrazioni antitrust siano in grado di stimare con precisione l'ammontare della sanzione che sarà applicata in un caso particolare.

Le raccomandazioni relative alla fissazione del massimo edittale non sono rivolte alle autorità di concorrenza, in quanto richiedono l'intervento su norme di rango legislativo. Esse appaiono comunque importanti per segnalare l'esistenza di un generale consenso tra le autorità in ordine ad alcuni requisiti del quadro normativo in materia di sanzioni, necessari ad assicurarne l'efficacia. Queste raccomandazioni potranno inoltre essere utilizzate dalle autorità operanti in giurisdizioni che ancora non si conformano ai principi ECA per indirizzare il legislatore in occasione di un eventuale intervento normativo.

Di particolare rilievo appare il suggerimento che il massimo edittale della sanzione sia individuato come una percentuale del fatturato consolidato a livello mondiale dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust. Questo criterio, infatti, consente di valorizzare la dimensione assoluta dell'impresa incisa dalla sanzione, garantendo che il massimo edittale sia proporzionale alla sua capacità economica. Questo risultato, evidentemente, non può ottenersi individuando la sanzione massima in cifra fissa, ma neppure quando il massimo edittale sia calcolato in funzione del fatturato realizzato su base nazionale.

I principi ECA non prendono posizione sulla percentuale del fatturato consolidato a livello mondiale da assumersi di preferenza quale massimo edittale della sanzione, che dipende dal bilanciamento di considerazioni di varia natura (efficacia deterrente, proporzionalità, necessità di evitare che la sanzione comporti il deterioramento delle condizioni concorrenziali sul mercato interessato).

La terza sezione dei principi ECA in materia di sanzioni riguarda il calcolo dell'ammenda applicabile ed è divisa a sua volta in tre parti: la valutazione della gravità e della durata dell'infrazione; le circostanze aggravanti e attenuanti; gli altri fattori suscettibili di influire sul computo della sanzione.

Al fine di assicurare che la sanzione effettivamente irrogata rifletta in certa misura i profitti illeciti attesi dall'infrazione, i principi ECA suggeriscono che essa sia calcolata a partire da una percentuale del fatturato realizzato dall'impresa responsabile sul mercato interessato dalla violazione. Tale percentuale deve essere determinata in funzione della gravità dell'infrazione. A tale proposito, le autorità di concorrenza devono considerare, da un lato, la natura della violazione accertata, vale a dire la pericolosità della tipologia di illecito concorrenziale contestato; dall'altro, la rilevanza economica dell'infrazione nel contesto specifico in cui essa è stata realizzata, vale a dire il suo impatto potenziale o attuale alla luce delle particolari circostanze del caso di specie. Al fine di apprezzare la significatività economica della violazione potrà aversi riguardo, tra l'altro, alla quota di mercato aggregata detenuta dalle imprese responsabili dell'infrazione nonché del grado di effettiva attuazione del disegno anticoncorrenziale perseguito.

In ogni caso, i principi ECA escludono che al fine di determinare la percentuale appropriata del fatturato da impiegare quale base per il computo

della sanzione le autorità di concorrenza siano obbligate a quantificare gli effetti derivanti dall'infrazione accertata.

La metodologia di calcolo proposta dai principi ECA non richiede alcun aggiustamento per tener conto della durata dell'infrazione, in quanto la percentuale determinata alla luce delle descritte indicazioni viene applicata sul valore totale delle vendite realizzate dall'impresa responsabile sul mercato interessato dall'infrazione, per l'intero periodo in cui essa ha spiegato i propri effetti. Tuttavia, i principi ECA, per riflettere la prassi finora prevalente in Europa, danno conto della possibilità di pervenire ad una stima approssimativa del valore totale delle vendite interessate dall'infrazione moltiplicando il fatturato realizzato dall'impresa responsabile sul mercato rilevante in un anno ritenuto rappresentativo per un valore pari alla durata della violazione, indicata in anni.

Da ultimo, al fine di scoraggiare le violazioni più gravi del diritto antitrust, anche qualora siano poste in essere per periodi particolarmente brevi o non siano state attuate, i principi ECA prevedono che le autorità di concorrenza possano applicare sanzioni più elevate di quelle determinate alla luce della metodologia appena descritta.

I principi ECA individuano alcune circostanze suscettibili di aggravare o di mitigare la responsabilità dell'autore dell'infrazione antitrust. Tanto le prime che le seconde attengono al ruolo svolto dall'impresa nell'infrazione ed al suo comportamento nel corso della procedura istruttoria condotta dalle autorità di concorrenza.

Così, con riguardo al ruolo dell'impresa, i principi ECA riconoscono la necessità di applicare sanzioni più elevate ai soggetti che si siano fatti promotori dell'infrazione, mentre un atteggiamento di mera passività rispetto alle decisioni assunte da altri può giustificare, in talune circostanze, una riduzione dell'ammenda. A questo proposito, i principi ECA chiariscono che l'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie della violazione dovrebbe essere garantita soltanto a quelle imprese che si siano sostanzialmente e pubblicamente discostate dalle condotte anticoncorrenziali programmate e non abbiano comunque contribuito in misura determinante alla organizzazione dell'illecito.

In relazione al comportamento tenuto dall'impresa nel corso dell'accertamento istruttorio, si precisa che la valorizzazione dell'atteggiamento cooperativo dell'autore dell'infrazione non dovrebbe in alcun caso pregiudicare l'efficacia e l'appetibilità dei programmi di clemenza. Per questa ragione, qualora l'infrazione accertata ricada nell'ambito di applicazione del programma di clemenza, la cooperazione delle imprese sarà di regola valutata esclusivamente ai sensi del programma. Negli altri casi, le autorità procedenti potranno ridurre la sanzione da irrogarsi nei confronti delle imprese che abbiano collaborato all'accertamento, al di là degli obblighi imposti dalla legge.

Per converso, qualora le imprese ostacolino attivamente l'attività investigativa, questo atteggiamento ostruzionistico potrà essere valutato negativamente in sede di determinazione della sanzione, sempre che non comporti una violazione di precisi obblighi normativi, cui siano associate delle sanzioni procedurali indipendenti.

Nell'ambito delle circostanze che giustificano un aggravamento del trattamento sanzionatorio, particolare rilievo assume la recidiva. I principi ECA ribadiscono che, qualora le imprese manifestino una propensione alla violazione della normativa antitrust, è necessario comminare delle sanzioni dotate di particolare capacità dissuasiva. Tuttavia, i principi ECA non definiscono le condizioni in presenza delle quali si deve ritenere sussistente la recidiva, né chiariscono con precisione quali siano le conseguenze del suo accertamento sul piano sanzionatorio. Questa reticenza discende dalle sensibili divergenze che si registrano tra gli ordinamenti europei in relazione alla nozione di recidiva: se in alcuni contesti è necessaria la reiterazione da parte del medesimo soggetto di una violazione simile per tipologia che intervenga in un lasso di tempo determinato rispetto alla precedente infrazione, in altri sistemi giuridici la recidiva è considerata sussistente in presenza di qualsiasi nuova violazione del diritto antitrust da parte di un soggetto giuridico parte del medesimo gruppo dell'impresa rispetto alla quale la precedente violazione era stata accertata, indipendentemente dal tempo intercorso tra le due infrazioni. Inoltre, laddove alcune autorità danno rilievo, ai fini della contestazione della recidiva, ad infrazioni accertate anche da altre autorità di concorrenza, e in particolare dalla Commissione europea, nella maggioranza dei casi questo non sembra possibile.

Da ultimo, i principi ECA consentono alle autorità di concorrenza di applicare sanzioni ridotte alle imprese che nel corso del procedimento offrano alle vittime dell'illecito una compensazione volontaria e tempestiva dei danni da esse subiti. Tuttavia, l'attenuazione della sanzione in queste circostanze non può in alcun caso essere tale da pregiudicarne l'effetto deterrente.

L'ultima parte della terza sezione dei principi ECA elenca altri fattori che, benché non siano qualificabili come circostanze aggravanti o attenuanti, possono essere considerati dalle autorità di concorrenza nel processo di determinazione delle sanzioni

Innanzitutto, si prevede la possibilità di comminare una sanzione più elevata di quella che sarebbe stata altrimenti applicabile, qualora l'autorità procedente abbia ragione di ritenere che quest'ultima manchi di una adeguata capacità deterrente. Ciò può accadere, in particolare, nel caso di grandi imprese che operano in più mercati geografici e/o merceologici distinti e l'infrazione accertata riguardi un mercato sul quale l'impresa in questione realizzi una percentuale trascurabile del proprio fatturato globale. In queste ipotesi, è possibile che l'impresa sottostimi l'impatto della sanzione (ridotta

in termini assoluti, anche se proporzionata al fatturato realizzato sul mercato rilevante) e non sia dunque adeguatamente dissuasa dal porre in essere la condotta illecita. Inoltre, i principi ECA - in conformità sul punto a tutti gli ordinamenti giuridici europei - dispongono che la sanzione che ecceda il massimo edittale debba essere ricondotta a tale limite.

Infine, allo scopo di evitare che all'intervento sanzionatorio si associ una distorsione della concorrenza, si suggerisce di ridurre l'importo delle sanzioni il cui pagamento finirebbe per pregiudicare la sopravvivenza stessa dell'impresa e la sua capacità di operare sul mercato interessato. I principi ECA chiariscono che tale circostanza potrà essere invocata soltanto in casi eccezionali, e che l'onere della prova relativa grava comunque sull'impresa. Peraltro, qualora l'impresa responsabile dell'infrazione sia parte di un più ampio gruppo di imprese, la sua capacità economica andrà valutata in relazione a tale complesso economico, indipendentemente dalla attribuzione della responsabilità per la violazione nell'ambito del gruppo.

I principi elaborati in ambito ECA non sono legalmente vincolanti. Essi tuttavia appaiono del tutto conformi alla prassi applicativa dell'Autorità e sostanzialmente in linea con la prevalente interpretazione giurisprudenziale.

La rete internazionale della concorrenza (ICN)

Costituita nel 2001 per iniziativa delle autorità di concorrenza di 14 giurisdizioni, la Rete internazionale della concorrenza (*International Competition Network*) rappresenta ormai una realtà consolidata, che riunisce quasi tutti i soggetti cui gli ordinamenti giuridici nazionali e sopranazionali attribuiscono competenze in materia di applicazione della normativa antitrust. Essa si prefigge l'obiettivo di promuovere una progressiva convergenza tra le diverse giurisdizioni in materia di politica della concorrenza. A tale scopo, benché ai suoi organi non sia attribuita una potestà normativa, la Rete elabora delle raccomandazioni e delle linee guida che vengono sottoposte alle autorità di concorrenza che ne fanno parte e che vengono adottate quando si formi un consenso. La settima riunione plenaria della Rete internazionale della concorrenza, organizzata dalla Fair Trade Commission del Giappone, si è tenuta a Kyoto nell'aprile 2008.

Con riguardo ai rapporti predisposti in vista di tale riunione, il gruppo di lavoro "Condotta Unilaterale" ha presentato tre documenti principali: le linee guida in materia di valutazione della dominanza e due rapporti relativi rispettivamente alle esclusive contrattuali ed ai prezzi predatori.

Le linee guida sulla nozione di dominanza hanno fornito lo spunto

per una vivace discussione in ordine al rilievo da attribuirsi alla quota di mercato detenuta dall'impresa oggetto dell'accertamento ai fini della valutazione del suo potere di mercato. Sul punto, infatti, il quadro giuridico di riferimento per le autorità di concorrenza rappresentate nella Rete non è uniforme. In alcuni ordinamenti, le quote di mercato rappresentano un importante elemento da tenere in considerazione, ma dal quale non possono farsi discendere di per sé conclusioni certe in ordine alla sussistenza della posizione dominante; in altri, il legislatore associa ad una certa quota di mercato una presunzione insuperabile di dominanza. Nell'ordinamento comunitario, certa giurisprudenza - peraltro ormai risalente - ritiene di poter presumere l'esistenza della dominanza in presenza di quote di mercato particolarmente significative, salva tuttavia la possibilità che altri elementi depongano in senso contrario.

Nel corso della discussione si è osservato come un'analisi economica meno rigorosa della dominanza, fondata su presunzioni associate al conseguimento di una certa posizione sul mercato, non comporti di per sé il rischio che l'autorità intervenga per reprimere condotte potenzialmente pro-competitive. A ben vedere, infatti, la considerazione del potere di mercato dell'impresa può recuperarsi attraverso un esame più accurato della condotta asseritamente abusiva, accertandone l'effettiva idoneità escludente e la capacità di incidere negativamente sul benessere dei consumatori, che certamente non possono determinarsi in assenza di dominanza.

I rapporti sui prezzi predatori e sulle esclusive contrattuali si inseriscono in un progetto pluriennale, inteso ad approfondire le singole tipologie di condotte escludenti che possono essere poste in essere dalle imprese dotate di un significativo potere di mercato. In relazione alle strategie predatorie, il rapporto del gruppo di lavoro ha evidenziato una sostanziale convergenza in relazione alle misure di costo impiegate dalle autorità per valutare la legittimità concorrenziale delle politiche di prezzo delle imprese dominanti. Per altro verso, tuttavia, sono emersi approcci non coincidenti in ordine tanto alla rilevanza dell'intento escludente quanto alla possibilità che l'impresa dominante recuperi il sacrificio sostenuto per conseguire l'esclusione del concorrente, in esito al successo della condotta predatoria.

Per quanto attiene alla scoperta e alla repressione dei cartelli, il gruppo "Cartelli" ha completato il proprio lavoro sulle procedure di transazione nei casi di cartelli tra imprese (c.d. *settlements*) ed ha sottoposto il relativo rapporto all'approvazione della plenaria. Dal rapporto emerge che, allo stato, le procedure di transazione sono disponibili soltanto in una minoranza (sia pur sempre meno esigua) di giurisdizioni rappresentate nella Rete internazionale della concorrenza.

Il gruppo di lavoro ha sottolineato quali rilevanti benefici in termini di efficienza dell'azione amministrativa possano discendere da un ricorso accorto

alle procedure di transazione. In particolare, esse consentono una definizione più celere dell'accertamento istruttorio, conseguente alla semplificazione degli adempimenti formali inerenti alla garanzia del diritto di difesa, tale da compensare ampiamente la riduzione della sanzione applicabile. Inoltre, l'accettazione da parte delle imprese dell'esito dell'accertamento a fronte di un trattamento sanzionatorio più favorevole comporta di solito una apprezzabile deflazione del contenzioso giurisdizionale che - almeno in alcune giurisdizioni - assorbe una parte significativa delle risorse delle autorità di concorrenza.

Mentre in alcune giurisdizioni le procedure di definizione transattiva dell'accertamento possono costituire anche un valido ausilio istruttorio per l'autorità, in altri ordinamenti giuridici - e segnatamente in quello comunitario - la transazione può intervenire soltanto in esito all'accertamento: per tale ragione, in questi contesti risulta importante distinguere tra la fase istruttoria, nel corso della quale il contributo delle imprese all'accertamento potrà essere valorizzato nelle forme e con le modalità previste dal programma di clemenza, dalla vera e propria procedura transattiva, nella quale l'impresa soggetta all'accertamento si limita a non contestarne l'esito (cui essa non ha attivamente contribuito) a fronte di una riduzione della sanzione.

Proprio la possibile interferenza tra i programmi di clemenza e le procedure di transazione in materia di cartelli segreti induce a commisurare l'attenuazione del trattamento sanzionatorio in questo ultimo caso, in modo da non pregiudicare gli incentivi economici delle imprese a prestare la propria cooperazione all'accertamento, consentendo in primo luogo la scoperta della violazione della normativa antitrust.

In occasione della riunione plenaria di Kyoto, il gruppo di lavoro "Cartelli" ha presentato un ulteriore rapporto, relativo alla determinazione delle sanzioni pecuniarie in materia di cartelli segreti. Il rapporto, la cui redazione è stata coordinata dalla Commissione europea, illustra le principali questioni inerenti alla quantificazione delle sanzioni irrogabili alle persone fisiche ed alle imprese, in conseguenza dell'accertamento di un cartello, sulla base delle risposte ad un articolato questionario, inviato alle autorità di concorrenza di 22 giurisdizioni, tra cui l'Italia. L'Autorità ha partecipato direttamente alla redazione del rapporto.

Tale documento individua l'obiettivo principale perseguito attraverso la politica sanzionatoria nella necessità di dissuadere l'autore dell'infrazione dalla sua reiterazione (c.d. deterrenza specifica), scoraggiando nel contempo potenziali violazioni da parte di altri soggetti (c.d. deterrenza generale).

L'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria postula un certo grado di trasparenza del processo di quantificazione e di prevedibilità dell'ammontare della sanzione associato ad una determinata infrazione. Tuttavia, una residua incertezza in ordine al trattamento sanzionatorio serve ad evitare che le imprese siano in grado di stimare con precisione il costo

atteso della condotta illecita. La necessità di assicurare la trasparenza del processo di quantificazione, consentendo in tal modo un più agevole controllo giurisdizionale, ha indotto molte autorità a dotarsi di linee guida, portate a conoscenza delle imprese, che illustrano con un grado variabile di dettaglio l'iter logico seguito nella scelta del livello della sanzione.

Quanto ai meccanismi di determinazione, il rapporto del gruppo rivela una tendenziale convergenza tra le giurisdizioni interessate, nel senso di assumere quale parametro di base per il computo della sanzione in materia di cartelli il valore delle vendite realizzate dagli autori dell'infrazione nel periodo di riferimento: ciò in quanto, come è stato rilevato, il vantaggio atteso dall'infrazione può esprimersi quale percentuale del valore totale delle vendite dei prodotti oggetto del cartello nel periodo in cui esso è stato posto in essere.

Da ultimo, il gruppo di lavoro "Cartelli" ha sottoposto all'approvazione della riunione plenaria un ulteriore capitolo del manuale sulle tecniche investigative, specificamente dedicato alle audizioni istruttorie.

Nel corso del 2008, il gruppo di lavoro "Concentrazioni" ha elaborato delle linee guida per l'analisi sostanziale delle operazioni di concentrazione, recanti principi generali di cui la Rete internazionale di concorrenza raccomanda l'applicazione da parte di tutte le autorità partecipanti.

Le linee guida procedono dall'assunto che la disciplina del controllo delle concentrazioni sia funzionale alla identificazione degli eventuali problemi concorrenziali posti dall'operazione e che l'intervento delle autorità sia inteso a rimediare tali problemi, escludendo dunque esplicitamente che attraverso la normativa in questione possano perseguirsi altri interessi pubblici. La valutazione delle concentrazioni dovrebbe essere fondata su una solida analisi economica e dovrebbe combinare una certa flessibilità di approccio, che ne consenta l'adattamento alle circostanze dei singoli casi e all'evoluzione della dottrina economica, con un livello di trasparenza tale da garantire la prevedibilità tendenziale dell'esito del processo valutativo.

Con particolare riguardo al rilievo delle quote di mercato nell'analisi concorrenziale, simmetricamente alle conclusioni raggiunte dal gruppo di lavoro "Condotta unilaterale" nell'ambito della valutazione di dominanza, le linee guida sulle concentrazioni escludono che dalla considerazione isolata delle quote possano senz'altro trarsi delle conclusioni certe in relazione all'impatto concorrenziale dell'operazione, raccomandando invece in ogni caso una analisi accurata del contesto di riferimento. In particolare, questa analisi dovrebbe riguardare l'esistenza di eventuali barriere all'ingresso di nuovi operatori sui mercati interessati, e/o all'espansione delle imprese già operanti, in tempo utile e in proporzioni sufficienti a limitare apprezzabilmente il potere di mercato dell'impresa che risulterebbe dall'operazione notificata.

Il gruppo di lavoro "Concentrazioni" ha presentato alla riunione

plenaria di Kyoto anche un documento, redatto dal sottogruppo “Notifiche e Procedure”, relativo alla individuazione delle soglie appropriate per la notifica delle operazioni di concentrazione. Il lavoro in questione nasce dall’esigenza di verificare *ex post* l’impiego delle linee guida già elaborate dalla Rete internazionale della concorrenza in materia di notifiche delle operazioni di concentrazione da parte delle giurisdizioni che, negli ultimi anni, abbiano proceduto ad una riforma del sistema delle soglie.

Il rapporto si concentra in particolare sull’illustrazione delle metodologie di riforma del sistema delle soglie che - sulla scorta della auto-valutazione delle giurisdizioni interessate - appaiono aver dato i risultati migliori. A tale riguardo, il documento raccomanda di stabilire con attenzione gli scopi che si intendano perseguire attraverso una riforma delle soglie, calibrando la tipologia delle soglie stesse in funzione dei risultati attesi. Particolarmente utile è risultata, inoltre, la comparazione con esperienze simili quanto a dimensioni dell’economia e grado di sviluppo. Infine, il rapporto suggerisce di garantire una certa flessibilità del meccanismo di determinazione delle soglie, prevedendo aggiustamenti automatici legati all’andamento del tasso di inflazione e/o consentendone la revisione attraverso processi non legislativi.

Il gruppo di lavoro “Promozione della concorrenza”, che aveva completato i propri lavori nel 2003, è stato nuovamente costituito nel maggio del 2008 al fine di sviluppare linee guida e strumenti che amplifichino l’efficacia delle attività di promozione della concorrenza delle autorità partecipanti alla Rete. Il gruppo di lavoro si è, in particolare, occupato della revisione e dell’aggiornamento di tutto il materiale già prodotto in passato, sulla base di un questionario predisposto dall’autorità di concorrenza della Federazione Russa. Allo stesso tempo, l’Office of Fair Trading inglese coordina un progetto volto ad esaminare nel dettaglio l’esperienza delle autorità partecipanti in materia di studi ed indagini di mercato, allo scopo di individuare prassi, procedure e criteri di valutazione ideali per la conduzione di questo genere di approfondimenti.

Da ultimo, in occasione della riunione plenaria di Kyoto sono stati presentati i risultati di un progetto coordinato dall’autorità di concorrenza giapponese, relativo alle fattispecie di abuso del potere di mercato da parte delle imprese. Il progetto si proponeva di mettere a confronto i meccanismi che gli ordinamenti giuridici dei Paesi rappresentati nella Rete europea della concorrenza approntano per reagire a situazioni in cui le imprese si avvalgano della propria posizione di preminenza in una relazione contrattuale per imporre alla propria controparte condizioni particolarmente onerose, ovvero risolvano unilateralmente e senza giustificato motivo relazioni contrattuali di lunga durata.

A questo proposito, è emerso che solo una minoranza di Paesi (tra i quali l’Italia) prevede regole *ad hoc* per contrastare l’abuso di dipendenza

economica e che soltanto alcune di esse attribuiscono in materia responsabilità attuative all'autorità nazionale di concorrenza: sotto questo profilo, la situazione italiana presenta caratteri di assoluta peculiarità, in quanto la competenza dell'Autorità in materia di abuso di dipendenza economica è limitata dalla legge alle sole fattispecie in cui dalla condotta asseritamente abusiva possa discendere un pregiudizio per l'assetto concorrenziale del mercato.

Nella maggioranza delle giurisdizioni, queste fattispecie possono essere trattate quali ipotesi di abuso di posizione dominante, qualora tuttavia ricorrano i presupposti per l'applicazione della normativa antitrust. Infine, in molti Paesi la parte debole del rapporto contrattuale può avere accesso ai rimedi generali apprestati dalle regole del diritto civile.

Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico (OCSE)

Nel 2007, 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, nella tavola rotonda sulle “*Indagini conoscitive*” sono state affrontate le principali questioni relative a modalità di analisi e obiettivi raggiunti con tale strumento. L'obiettivo principale perseguito con le indagini è generalmente l'individuazione delle restrizioni comportamentali, strutturali e regolamentari che impediscono ai mercati di operare a beneficio dei consumatori. Dalla discussione è emerso che non tutte le autorità di concorrenza hanno il potere di effettuare indagini conoscitive. Ad alcune, per esempio alla Commissione europea, questo potere è stato attribuito solo recentemente, per cui l'esperienza accumulata è ancora limitata. Un tema comune delle diverse esperienze presentate è che le indagini conoscitive possono essere rivolte ad approfondire questioni di politica della concorrenza e di politica del consumatore e soprattutto possono migliorare la comprensione dei collegamenti esistenti tra le due tipologie di tutela. Dalla discussione è emerso che le diverse giurisdizioni si distinguono in relazione all'impostazione seguita nelle indagini conoscitive. In alcuni casi, le indagini rappresentano delle sintesi informali e rapide delle condizioni e delle pratiche vigenti in un certo settore, mentre in altri casi si tratta di uno

sforzo di analisi e di approfondimento complesso, intenso e relativamente prolungato, con oneri in capo alle imprese in termini di dati e documenti da fornire e di testimonianze da prestare. Il quadro giuridico nell'ambito del quale vengono condotte le indagini conoscitive non è perfettamente corrispondente nelle diverse giurisdizioni, come differenti sono i poteri a disposizione delle autorità di concorrenza. Inoltre, l'ampiezza delle indagini e il grado di coinvolgimento degli operatori economici nella loro stesura sono altrettanto differenziati.

La tavola rotonda sulle “*Problematiche concorrenziali del settore delle costruzioni*” è stata volta ad individuare eventuali caratteristiche dell'industria delle costruzioni che possano spiegare la frequenza delle violazioni antitrust in essa riscontrate. La discussione ha evidenziato che, sebbene il settore sia generalmente caratterizzato da gradi di concentrazione relativamente bassi e barriere all'ingresso generalmente modeste, alcune caratteristiche specifiche sembrano facilitare comportamenti anticoncorrenziali da parte delle imprese di costruzione. Innanzitutto, sebbene le imprese potenzialmente entranti nei diversi mercati siano numerose, di fatto, essendo il materiale e la mano d'opera locali, spesso l'unica concorrenza possibile è di origine nazionale. Inoltre, essendo l'amministrazione pubblica uno dei principali acquirenti, con procedure di appalto frequenti e di ammontare relativamente modesto, l'incentivo alla collusione è particolarmente forte e le imprese trovano conveniente ripartirsi i mercati, seguendo una logica di tipo solidaristico. I principali problemi affrontati dalle autorità nel settore riguardano, infatti, proprio comportamenti collusivi nell'ambito delle gare d'appalto. La discussione ha fornito, infine, spunti di riflessione relativi alla concorrenza distruttiva, spesso invocata a giustificazione di una restrizione della concorrenza nel settore delle costruzioni. Una eccessiva concorrenza, è stato affermato, può condurre a una significativa riduzione della qualità e della sicurezza. Tuttavia, si è sostenuto, il problema può essere affrontato tramite l'adozione di misure regolamentari che impongano alle imprese il rispetto di standard di sicurezza, anziché attraverso ingiustificate restrizioni della concorrenza dai benefici assai incerti in termini di sicurezza e qualità.

Nella tavola rotonda sulla “*Fissazione dei prezzi di rivendita*” la discussione ha evidenziato come la valutazione concorrenziale degli accordi tra produttori e distributori con cui si fissano i prezzi di rivendita sia molto controversa. Se da un lato, infatti, la fissazione del prezzo di rivendita può limitare la concorrenza tra prodotti della stessa marca e determinare prezzi più elevati di quelli che si avrebbero in sua assenza, vi possono però essere ragioni di efficienza che giustificano il ricorso a tali accordi, soprattutto in termini di incentivi all'offerta di migliori servizi di vendita. Nel corso della discussione è stato evidenziato come gli economisti abbiano messo in luce gli effetti positivi della fissazione dei prezzi di rivendita, soprattutto nella

forma di prezzi minimi, nell'assicurare ai produttori adeguati servizi da parte dei rivenditori. Nel dibattito sono emerse posizioni diverse, riconducibili ai due diversi approcci - analisi caso per caso o restrittività di per sé - adottati dalle varie giurisdizioni nel valutare gli accordi di fissazione dei prezzi di rivendita. Al primo approccio è riconducibile l'intervento degli Stati Uniti, che hanno sostenuto che in assenza di potere di mercato non vi è evidenza empirica della restrittività degli accordi di fissazione dei prezzi di rivendita. La Commissione europea ha sostenuto la scelta, adottata con il Regolamento di esenzione in blocco per gli accordi verticali, di continuare a escludere la fissazione dei prezzi di rivendita dall'ambito del Regolamento, precisando che gli accordi contenenti tali clausole ben difficilmente possono beneficiare di una esenzione, indipendentemente dalla quota di mercato detenuta dal produttore.

Nella tavola rotonda sul "*Potere di mercato dal lato della domanda*" si è rilevato come non sia possibile trasferire a tale situazione l'analisi del potere di mercato dal lato dell'offerta in quanto, almeno in alcuni casi, il potere di mercato dal lato della domanda può risolversi in condizioni più vantaggiose per il consumatore finale. Nel corso della discussione è stato sottolineato come il potere di mercato dal lato della domanda possa esercitarsi in due modi: attraverso un potere di monopsonio o attraverso la negoziazione di sconti individuali. Quanto alle conseguenze dell'esercizio di tale potere di mercato in termini di benefici per i consumatori è stato evidenziato come questo dipenda dalle condizioni concorrenziali del mercato a valle e come pertanto nel caso del monopsonio il trasferimento dei benefici ai consumatori appaia meno probabile. Gli interventi di alcuni paesi hanno evidenziato come, in qualche caso, gli strumenti antitrust non siano i più adatti ad intervenire in questo tipo di situazione. Nel Regno Unito, ad esempio, i casi relativi al potere di mercato dal lato della domanda vengono sottoposti ad un'analisi volta a verificare se il comportamento crei un danno ai consumatori e l'autorità antitrust interviene solo in caso di risposta affermativa.

Il Comitato ha discusso, inoltre, il rapporto predisposto dal Segretariato dell'OCSE sulla riforma della regolazione in Italia e, in particolare, l'attuazione delle raccomandazioni formulate dall'OCSE nel proprio precedente rapporto in materia adottato nel 2001, nonché i principali sviluppi legislativi intervenuti nel frattempo. Il Segretariato ha osservato che l'Italia ha compiuto significativi progressi nell'attuazione della raccomandazione del 2001 di eliminare ogni restrizione della concorrenza non necessaria di fonte regolamentare in materia di prezzi, accesso e qualità, valorizzando sotto molteplici profili il ruolo svolto dall'Autorità nella promozione di riforme pro-concorrenziali. Il rapporto riconosce esplicitamente che le segnalazioni dell'Autorità hanno fornito la base per giustificare e spiegare il processo di riforma e liberalizzazione che ha interessato diversi settori

dell'economia. Inoltre, il documento riscontra la positiva evoluzione dell'attività di applicazione della normativa antitrust, segnalando, in particolare, l'accresciuta incisività dei poteri sanzionatori attribuiti all'Autorità e l'adozione del programma di clemenza. Anche le proposte di miglioramento contenute nel rapporto sono sostanzialmente marginali e riflettono le preoccupazioni e i rilievi espressi in numerose occasioni dalla stessa Autorità. In particolare, nelle sue conclusioni, il Segretariato ha suggerito l'introduzione di previsioni che includano in maniera sistematica l'aspetto dell'impatto concorrenziale nell'esame della legislazione esistente e futura. Viene suggerito, inoltre, che alcune delle previsioni relative alle sanzioni potrebbero essere migliorate, in particolare per quanto riguarda la quantificazione delle sanzioni da comminare alle associazioni. Vengono, infine ribadite, le due raccomandazioni in merito ad una revisione dei tempi previsti per l'esame delle operazioni di concentrazione, in modo da renderli maggiormente conformi a quelli vigenti nel resto d'Europa, e alla dotazione di risorse che andrebbero incrementate.

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 alle restrizioni nella pianificazione del territorio e ai rapporti verticali nella distribuzione del carburante.

In particolare, la tavola rotonda sulle *"Restrizioni nella pianificazione del territorio"* ha trattato il tema degli effetti sulla concorrenza delle restrizioni nella pianificazione del territorio. Dalla discussione è emerso che le restrizioni contenute nella pianificazione territoriale possono ridurre la concorrenza, alcune volte anche in maniera sostanziale, determinando restrizioni nell'offerta, aumentando i costi di terreni e abitazioni, limitando l'entrata in numerosi mercati con conseguenti aumenti di prezzo per i consumatori. La discussione si è soprattutto concentrata sul settore della distribuzione commerciale evidenziando che proprio in questo settore si riscontrano la maggior parte delle restrizioni all'utilizzo dei terreni con effetti anticoncorrenziali. Alcune restrizioni perseguono un chiaro obiettivo di sviluppo urbanistico, ad esempio assicurando che i residenti delle aree centrali abbiano un numero sufficiente di negozi presso i quali effettuare acquisti. Tuttavia, in alcuni paesi la pianificazione commerciale continua a perseguire l'obiettivo di tutelare la sopravvivenza dei negozi di piccole dimensioni. Dalla discussione è emerso che, in effetti, se le restrizioni perseguono obiettivi protezionistici tali norme non dovrebbero essere classificate come pianificazione territoriale, dato che strutturalmente regolano i mercati e non il territorio.

La tavola rotonda su *"Impatto concorrenziale dei rapporti verticali nella distribuzione di carburante"* ha dedicato particolare attenzione al

livello della distribuzione al dettaglio. La scelta dell'argomento ha tenuto conto degli aumenti dei prezzi del carburante che si sono verificati nel periodo 2007-2008 e che hanno spinto molte autorità di concorrenza ad interrogarsi sul ruolo delle relazioni verticali della catena distributiva nell'aumento dei prezzi. La discussione, nella prima parte, si è concentrata su alcuni aspetti generali del funzionamento dell'industria della distribuzione dei carburanti. Alcuni dei risultati empirici presentati nel corso della discussione hanno mostrato come le stazioni di servizio verticalmente integrate presentino prezzi del 2-8% più bassi di quelli delle stazioni di servizio che operano in rapporti contrattuali con i produttori. Sono, tuttavia, le stazioni di servizio indipendenti quelle che presentano, in assoluto, i prezzi più bassi. In molti interventi è stato sottolineato l'importante ruolo concorrenziale rappresentato dalla grande distribuzione organizzata. In merito alla separazione verticale gli Stati Uniti hanno espresso riserve in merito alle c.d. "divorcement laws" che hanno portato, in alcuni stati, alla separazione per legge dei produttori dalla distribuzione al dettaglio, evidenziando che tale politica di separazione verticale potrebbe avere effetti negativi in termini di efficienza.

Il gruppo di lavoro ha, inoltre, esaminato l'evoluzione normativa del settore delle professioni in Italia dal 2000, anno in cui l'OCSE ha analizzato per la prima volta lo stato della regolazione italiana. L'esame ha riguardato sei professioni: avvocati, notai, ingegneri, commercialisti e ragionieri, architetti e farmacisti. Il rapporto, predisposto dal Segretariato, si è soffermato sulla riforma del 2006, analizzandone i punti principali e gli effetti conseguiti in termini di liberalizzazione e maggiore concorrenza. Il rapporto ha evidenziato che i principali punti della riforma hanno riguardato l'abolizione di tariffe obbligatorie minime o fisse, l'autorizzazione della pubblicità informativa, la possibilità di legare il compenso dei professionisti ai risultati conseguiti e la cooperazione interprofessionale. Il Segretariato ha riconosciuto che l'eliminazione di gran parte delle restrizioni vigenti in passato potrà avere significativi effetti sulla concorrenza nel settore delle professioni, sebbene tali effetti non siano ancora misurabili. Per quanto riguarda il settore delle farmacie, il Segretariato ha dato conto degli effetti positivi già riscontrati in seguito all'apertura della distribuzione dei farmaci da banco a canali diversi dalle farmacie. In particolare, il rapporto del Segretariato ha sottolineato il positivo effetto sui prezzi dei farmaci che tale riforma ha già determinato. In generale, il Segretariato si è espresso in termini molto positivi sui progressi conseguiti nella regolazione delle professioni in Italia a seguito delle recenti riforme. I suggerimenti di miglioramento contenuti nel rapporto riguardano principalmente il consolidamento della liberalizzazione della distribuzione dei prodotti farmaceutici e la rimozione dei limiti amministrativi al numero e alla localizzazione delle farmacie.

Il gruppo di lavoro ha, infine, esaminato, sempre con riferimento

all'Italia, la riforma della regolazione del settore della distribuzione commerciale. Il rapporto del Segretariato ha evidenziato come alcune riforme importanti siano state realizzate tra il 1998 e il 2001 sottolineando, tuttavia, come alcune delle riforme realizzate a livello nazionale abbiano poi subito una battuta d'arresto in seguito alla reintroduzione, a livello locale, delle restrizioni eliminate. A tale riguardo nel documento del Segretariato sono stati formulati alcuni suggerimenti, volti, in particolare, a far sì che anche l'azione delle regioni si muova in senso pro-concorrenziale: l'introduzione di linee guida, l'applicazione dell'analisi dell'impatto della regolazione e la previsione di incentivi per le regioni più "virtuose".

Nell'ambito del gruppo di lavoro su "Cooperazione internazionale e concorrenza" sono stati esaminati i problemi concorrenziali posti dalle partecipazioni di minoranza, le modalità di presentazione di questioni economiche complesse di fronte al giudice, gli sconti da parte di imprese dominanti e le procedure di transazione e i profili giurisdizionali nei casi di cartelli.

In particolare, nella tavola rotonda su "*Partecipazioni di minoranza e concorrenza*" sono state esaminate le condizioni necessarie affinché una partecipazione di minoranza nel capitale di un concorrente sia restrittiva della concorrenza. Dalla discussione sono emerse situazioni diverse relativamente agli obblighi che gravano sulle imprese in relazione alla detenzione di partecipazioni di minoranza. In alcune giurisdizioni esistono previsioni normative o prassi applicative specifiche in materia che prevedono l'obbligo di notificazione di una concentrazione al raggiungimento di una certa quota nel capitale di un'impresa, indipendentemente dal raggiungimento o meno del controllo. In altre giurisdizioni l'obbligo di notifica scatta solo quando la partecipazione di minoranza conduce all'acquisizione del controllo di fatto di un'impresa. Molti paesi hanno evidenziato come, nell'ambito della valutazione di operazioni di concentrazione, possa essere imposto come rimedio la dismissione di partecipazioni di minoranza.

Nella tavola rotonda sulle "*Modalità di presentazione di questioni economiche complesse di fronte al giudice*" sono state evidenziate le difficoltà nel presentare analisi economiche ai giudici, soprattutto per quanto riguarda corti non specializzate. Negli Stati Uniti, dove esiste una sostanziale unanimità di vedute sull'importanza dell'analisi economica e dell'evidenza empirica nei casi antitrust, si sono riscontrate tuttavia delle differenze a seconda che le analisi siano presentate a tribunali specializzati o di tipo generalista. E' stato sottolineato come soprattutto in quest'ultimo caso occorra semplicità nell'esporre le analisi, altrimenti si rischia che i contributi di natura economica siano ignorati. Nella discussione è stata comunque sottolineata l'importanza di promuovere programmi di formazione per i giudici.

Nella tavola rotonda su "*Sconti e abuso di posizione dominante*" è

stato affrontato uno dei temi più controversi nel confronto tra Stati Uniti ed Europa. Mentre infatti negli Stati Uniti gli sconti sono, in pratica, sempre leciti e il caso *Le Page*, l'unico in cui sia stata accertata una violazione, è considerato un'eccezione irripetibile, la Commissione europea ha un approccio più severo, sebbene abbia recentemente assunto un'impostazione meno formale di quella adottata in passato. Nel corso della discussione sono state sottolineate le grandi difficoltà analitiche nel valutare la portata escludente degli sconti di un'impresa in posizione dominante. Tali difficoltà analitiche spingono le corti americane a non considerare gli sconti come abusivi, a meno che sia provato che producono effetti escludenti, nel senso che ci sia una qualche evidenza che i concorrenti vengano effettivamente esclusi. Alla conclusione della discussione, tutti hanno concordato sull'opportunità di individuare con rigore quando gli sconti non sono abusivi, così da fornire certezza giuridica alle imprese.

Nella tavola rotonda sulle *“Procedure di transazione nei casi di cartelli”* la discussione ha evidenziato una radicale differenza tra le giurisdizioni rappresentate nel gruppo di lavoro quanto alla funzione delle procedure transattive in materia di cartelli. Infatti, se in alcune giurisdizioni e segnatamente negli Stati Uniti ed in Canada - le procedure di transazione rappresentano un essenziale strumento istruttorio, concorrendo in misura decisiva all'accertamento delle condotte illecite, il modello comunitario prevede il ricorso a questo istituto solo in esito al completamento della fase istruttoria, quando cioè la Commissione europea sia ormai in condizione di redigere una comunicazione degli addebiti. La discussione ha evidenziato che le procedure transattive possono comportare dei vantaggi significativi sia per le autorità di concorrenza che per le parti soggette all'accertamento. Le imprese, infatti, possono ottenere una riduzione delle sanzioni che sarebbero state altrimenti irrogate e non sono esposte alla perdurante incertezza in ordine all'esito dell'istruttoria e dell'eventuale ricorso giurisdizionale. Per contro, l'Amministrazione può definire più celermente la procedura, con un significativo risparmio di risorse. Nel corso della discussione, diverse delegazioni hanno evidenziato la necessità di evitare che la riduzione delle sanzioni collegata all'adesione ad una procedura transattiva diluisca gli incentivi economici delle imprese a prestare la propria cooperazione alle autorità di concorrenza nella fase della scoperta del cartello, attraverso la richiesta del beneficio clemenziale. In conclusione, si è osservato che in ambito OCSE sono ancora relativamente poco numerose le giurisdizioni che abbiano maturato una esperienza significativa e una prassi applicativa consolidata in materia di procedure transattive nei casi di cartelli, benché ci si attenda una progressiva diffusione dell'istituto.

La tavola rotonda sui *“Profili giurisdizionali in materia di cartelli”* ha affrontato alcuni aspetti controversi che possono venire in rilievo in

fattispecie di cartelli transfrontalieri. Dalla discussione è emerso che nella maggioranza dei Paesi OCSE la circostanza che degli effetti si producano all'interno del territorio nazionale è sufficiente a radicare la giurisdizione normativa dello Stato. Peraltro, non è chiaro se tale conclusione sia valida anche a livello comunitario, in quanto la Corte di Giustizia ha finora preferito non adottare esplicitamente la dottrina degli effetti, ancorando la propria giurisdizione all'attuazione almeno parziale della condotta illecita all'interno del territorio dell'Unione. Da più parti si è sottolineata l'opportunità di uno sforzo più intenso per assicurare il coordinamento delle iniziative investigative intraprese dalle autorità di concorrenza nel caso di cartelli internazionali. Mentre i rappresentanti delle autorità hanno insistito per lo più sull'allineamento della scansione procedurale degli accertamenti fin dal loro esordio, i rappresentanti delle imprese hanno espresso la preoccupazione che un deficit di coordinamento tra le autorità competenti risulti in una duplicazione delle procedure sanzionatorie.

Nel febbraio 2008 si è svolto l'ottavo 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. La discussione ha riguardato il rapporto tra politica dei consumatori e politica della concorrenza, mettendo in luce che tutela della concorrenza e del consumatore sono complementari e condividono l'obiettivo di aumentare il benessere dei consumatori. Ci sono, tuttavia, differenze. La politica della concorrenza opera dal lato dell'offerta, ampliando le scelte per i consumatori. La politica dei consumatori opera dal lato della domanda, cercando di assicurare scelte più efficienti e informate. Se coordinate le due politiche possono rinforzarsi l'un l'altra. La discussione ha messo in luce come i recenti contributi dell'economia comportamentale possano rinforzare entrambe le politiche, attraverso una migliore comprensione dei meccanismi di scelta dei consumatori.

Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD)

La nona sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza si è tenuta a Ginevra nel luglio 2008. Nel corso della sessione, si è discusso il tema dell'attribuzione e del riparto di competenze in materia di applicazione della normativa antitrust tra autorità di concorrenza nazionali e sovranazionali.

La crescente integrazione economica a livello macro-regionale ha generato una varietà di modelli giuridici di cooperazione, molti dei quali prevedono anche una disciplina della concorrenza. Benché l'Unione europea rappresenti ancora, allo stato, l'unico esempio al mondo di sistema macro-regionale che si sia dotato di una autorità sovranazionale di concorrenza pienamente funzionante (la Commissione europea), esperienze in certa misura analoghe sono in gestazione - a diversi livelli - in altre aree geografiche. In particolare, in Africa e nei Paesi caraibici si sta realizzando la creazione di nuove istituzioni con compiti di tutela della concorrenza, quali la Comunità Economica e Monetaria dell'Africa Centrale, il Mercato Comune dell'Africa Orientale e Meridionale, la Comunità dell'Africa Orientale, l'Unione Economica e Monetaria dell'Africa Occidentale, la Commissione per la Concorrenza della Comunità Caraibica. In America Latina, per contro, l'attuazione delle regole di concorrenza contenute negli accordi regionali (il MERCOSUR e la Comunità Andina) ha proceduto finora piuttosto a rilento. Infine, nei sistemi regionali dell'Asia Orientale e Sud-orientale alle regole di concorrenza viene attribuito un ruolo ancora piuttosto limitato.

La partecipazione alla tavola rotonda organizzata nell'ambito del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza di Paesi e istituzioni con una esperienza applicativa delle regole antitrust ancora tutto sommato assai contenuta ha rivelato il consolidarsi della tendenza globale verso forme sempre più intense di cooperazione transnazionale nella materia in questione; tuttavia, la discussione ha altresì evidenziato i limiti con i quali il funzionamento dei sistemi macro-regionali extra-europei in materia di concorrenza ancora deve confrontarsi.

Nella maggioranza dei Paesi in via di sviluppo, la carenza di adeguate risorse umane e finanziarie e la perdurante incompletezza del quadro giuridico ed istituzionale impedisce il decollo di sistemi macro-regionali di applicazione del diritto antitrust pienamente funzionanti. Inoltre, in particolare in Africa e nei Paesi caraibici, la partecipazione dei medesimi Paesi a più organizzazioni regolate da assetti normativi reciprocamente incoerenti e la sovrapposizione di competenze a livello macro-regionale, sub-regionale e nazionale rende l'intero sistema più farraginoso, costoso ed incerto. Infine, nelle ipotesi - pur interessanti, ad esempio l'Unione Economica e Monetaria dell'Africa Occidentale - in cui all'autorità sovranazionale di concorrenza venga attribuita una competenza esclusiva nella materia antitrust anche in relazione a pratiche anti-concorrenziali di respiro squisitamente nazionale, questo assetto istituzionale finisce per ostacolare l'attività delle autorità nazionali di concorrenza nei Paesi che già se ne siano dotati.

La nona sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti di Diritto e Politica della Concorrenza ha quindi discusso il tema dell'indipendenza e della responsabilità delle autorità di concorrenza. Dalla discussione,

stimolata da un rapporto realizzato dal Segretariato della Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo, è emersa l'intima relazione tra indipendenza e controllo, sottolineandosi come l'esclusione delle autorità di concorrenza dal circuito della responsabilità politica presupponga l'esercizio di forme alternative di controllo, particolarmente nella forma del sindacato giurisdizionale - tanto più penetranti quanto maggiore è la discrezionalità concessa all'autorità di concorrenza. In conclusione, è risultata sostanzialmente condivisa la considerazione secondo cui nell'applicazione delle regole di concorrenza non può prescindersi dall'esame del più ampio contesto (economico, regolamentare, congiunturale) in cui operano le autorità preposte: l'indipendenza operativa delle autorità di concorrenza non è dunque incompatibile con la trasparente enunciazione da parte del legislatore di interessi pubblici non correlati ad obiettivi di efficienza economica, il cui apprezzamento e bilanciamento vengono quindi affidati alle stesse autorità o ad altri soggetti.