

La percentuale del valore delle vendite considerata dalla Commissione ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione potrà raggiungere il 30%. Nella individuazione del livello appropriato, la Commissione dovrà tener conto della gravità dell'infrazione, alla luce di tutte le circostanze rilevanti, quali la natura della violazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica della violazione e la circostanza che alle pratiche illecite sia stata data concretamente attuazione.

Benché i nuovi orientamenti non riproducano la menzionata tripartizione delle violazioni in funzione della gravità, essi confermano che gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza: pertanto, la proporzione del valore delle vendite assunta quale parametro per la determinazione dell'importo base in relazione a questo tipo di violazioni si situerà normalmente in prossimità del valore più alto previsto, vale a dire il 30%.

Si rileva, inoltre, che la comunicazione del 2006 non menziona più esplicitamente l'impatto concreto sul mercato quale parametro per valutare la gravità dell'infrazione. I nuovi orientamenti, infatti, tendono a privilegiare la considerazione della rilevanza economica dell'infrazione, in funzione di una serie di parametri che consentono di stimarne le conseguenze potenziali sul mercato.

L'importo determinato in funzione del valore delle vendite alla luce della gravità dell'infrazione deve in seguito essere adeguato per tenere pienamente conto della durata della partecipazione di ciascuna impresa. Anche in questo caso, la nuova comunicazione si discosta radicalmente dai precedenti orientamenti, che prevedevano maggiorazioni percentualmente variabili dell'importo base, associate ad una classificazione delle infrazioni in tre categorie sulla base della durata.

In particolare, mentre per le infrazioni di durata superiore ai cinque anni, poteva essere applicata una maggiorazione dell'ammenda fino al 10% per ciascun anno, per le infrazioni di media durata (da uno a cinque anni), la maggiorazione non poteva superare il 50% dell'ammenda determinata in funzione della gravità. Infine, nessuna maggiorazione in funzione della durata poteva applicarsi per le infrazioni protrattesi per periodi inferiori ad un anno.

Questo sistema, evidentemente, finiva per fornire un incentivo economico alla continuazione delle infrazioni, rendendo proporzionalmente meno rischiosa l'adesione ad una concertazione di lunga durata e dunque contribuendo, entro certa misura, a stabilizzare le pratiche illecite. Per questa ragione, i nuovi orientamenti prevedono che l'importo dell'ammenda determinato in funzione della gravità dell'infrazione sia moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione. La metodologia di calcolo adottata dalla Commissione comporterà che le infrazioni di lunga durata siano sanzionate in misura significativamente più consistente che in precedenza. D'altro canto, essa appare funzionale all'intento di procedere ad una stima obbiettiva dei profitti attesi dall'infrazione (la stessa percentuale del 30% del valore delle vendite risulta da studi economici sugli extra-profitti generalmente associati a pratiche di cartello), da assumere quale base per assicurare che la sanzione irrogata possa esercitare un reale effetto di deterrenza.

Tuttavia, al fine di dissuadere ulteriormente le imprese dal partecipare a cartelli segreti volti alla fissazione dei prezzi, alla ripartizione dei mercati ed alla limitazione della produzione, la Commissione può aggiungere all'importo base una somma compresa tra il 15% ed il 25% del valore delle vendite, a prescindere dalla durata dell'infrazione (cosiddetta *entry fee*). Questa somma aggiuntiva consente alla sanzione di raggiungere un livello eccedente i profitti associati all'infrazione, il che è necessario al fine di assicurarne l'effetto dissuasivo – tenuto conto della probabilità che l'infrazione sia scoperta.

La centralità dell'esigenza di garantire che le ammende siano effettivamente in grado di scoraggiare le violazioni della normativa antitrust trova ulteriore conferma nella sezione degli orientamenti che consente un adeguamento specifico dell'importo base proprio per assicurare il raggiungimento di tale obiettivo. La Commissione, infatti, potrà aumentare l'importo della sanzione per superare l'ammontare degli utili illeciti realizzati attraverso l'infrazione, qualora sia possibile stimarne l'importo. Inoltre, alle imprese che realizzino un fatturato particolarmente elevato, al di là delle vendite dei beni o servizi che sono l'oggetto dell'infrazione, potrà essere inflitta un'ammenda più elevata.

All'importo base dell'ammenda vanno applicate maggiorazioni e riduzioni che riflettono le specifiche circostanze del caso di specie. I nuovi orientamenti non si discostano in misura significativa dalla comunicazione del 1998, pur introducendo

talune rilevanti chiarificazioni. In particolare, per quanto concerne le circostanze aggravanti si precisano l'ambito di applicabilità e le conseguenze della recidiva, prevedendo che laddove l'impresa ripeta la stessa infrazione o un'infrazione simile dopo che la Commissione o un'autorità nazionale di concorrenza abbiano accertato una violazione degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, l'importo base potrà essere aumentato del 100% per ciascuna successiva infrazione. Nell'ambito delle circostanze attenuanti, si annovera ora la partecipazione "sostanzialmente marginale" dell'impresa all'infrazione accertata (la comunicazione precedente si riferiva piuttosto al "ruolo esclusivamente passivo"). Inoltre, si conferisce esplicito rilievo ai fini di una riduzione della sanzione alla circostanza che il comportamento anticoncorrenziale sia stato autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o dalla legge, codificando sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Infine, i nuovi orientamenti per il calcolo delle ammende chiariscono entro quali limiti la Commissione possa tener conto della capacità contributiva di un'impresa in particolari contesti sociali ed economici. In linea generale, la comunicazione del 2006 esclude che la mera constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o dell'esistenza di perdite comporti di per sé sola una riduzione dell'ammenda. Tuttavia, in situazioni eccezionali, la Commissione può ridurre l'importo della sanzione, qualora l'impresa interessata produca documentazione di carattere oggettivo dalla quale risulti che l'imposizione dell'ammenda determinata in funzione degli orientamenti pregiudicherebbe in modo irrimediabile la redditività economica dell'impresa, costringendola di fatto a cessare la propria attività e a uscire dal mercato.

Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese

L'8 dicembre 2006 è stata pubblicata una nuova comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nel caso di cartelli tra imprese (di seguito "il programma di clemenza comunitario"). Questa comunicazione sostituisce il precedente programma di clemenza, operato dalla Commissione sulla base della propria comunicazione del 19 febbraio 2002.

Il nuovo programma di clemenza comunitario si pone in una linea di sostanziale continuità rispetto alla prassi ed agli orientamenti della Commissione. In primo luogo,

infatti, esso conferma il ruolo centrale che la disponibilità del beneficio della clemenza riveste nella scoperta, nell'investigazione e nella repressione dei cartelli segreti da parte delle autorità di concorrenza. Per questa tipologia di pratiche illecite, le difficoltà di accertamento e la rilevanza dell'impatto sul benessere dei consumatori rendono opportuno fornire alle imprese incentivi economici adeguati, per indurle ad interrompere la propria partecipazione all'infrazione e a denunciarne l'esistenza.

Inoltre la Commissione, sulla base dell'esperienza maturata in sede applicativa, rinnova la scelta di riservare l'immunità dalle ammende che sarebbero state altrimenti imposte alla sola impresa che, per prima, le fornisca elementi probatori tali da consentire lo svolgimento di un'ispezione mirata riguardo al presunto cartello, o senz'altro di constatare una violazione dell'articolo 81 del Trattato CE. Tale immunità, pertanto, non è più disponibile qualora il medesimo beneficio sia stato accordato ad altra impresa in relazione alla medesima infrazione, o qualora la Commissione già disponga, al momento di presentazione della relativa domanda, di elementi di prova sufficienti a suo giudizio alla constatazione dell'illecito.

Qualora non sussistano le condizioni previste per la concessione del beneficio dell'immunità, il programma di clemenza comunitario consente comunque alla Commissione, in linea con quanto già previsto dalle precedenti comunicazioni, di incentivare la collaborazione delle imprese nell'ambito dell'accertamento attraverso una riduzione dell'ammenda. A tal fine, si prevede che l'impresa fornisca alla Commissione elementi di prova in relazione alle presunta infrazione, che apportino un significativo valore aggiunto rispetto al complesso probatorio già acquisito al fascicolo, in particolare rafforzando – in ragione della loro natura o del grado di dettaglio – la capacità della Commissione di provare pienamente l'esistenza del cartello. Nel determinare il livello preciso di riduzione percentuale della sanzione nell'ambito di tre forcelle differenziate in ragione della tempestività del contributo dell'impresa, la Commissione dovrà assicurarne la proporzionalità rispetto alla qualità degli elementi di prova addotti da ciascun richiedente.

La tendenziale corrispondenza dell'impianto del nuovo programma di clemenza comunitario con la struttura delle precedenti comunicazioni della Commissione in materia non esclude, tuttavia, che esso presenti taluni aspetti innovativi di un certo interesse. In primo luogo, la comunicazione del 2006 si segnala per l'ulteriore, significativo sforzo compiuto dalla Commissione nel senso di declinare con ancora

maggiore dettaglio le condizioni previste per la concessione del beneficio della clemenza. In secondo luogo, il nuovo programma contiene una sezione inedita, interamente dedicata alla disciplina delle dichiarazioni rese oralmente dai rappresentanti dell'impresa al fine di accedere ai benefici previsti dalla comunicazione.

Per quanto attiene al primo profilo, giova ricordare che già la comunicazione del 2002 riconosceva che l'efficacia dei programmi di clemenza risulta accresciuta da una maggiore trasparenza e certezza in ordine alle condizioni di accesso al beneficio. Peraltro, la formulazione del nuovo programma di clemenza comunitario corrisponde in larga misura al testo del programma modello elaborato dalla rete europea della concorrenza (ECN), al fine di realizzare una più ampia convergenza dei programmi di clemenza operati dalla autorità competenti all'applicazione dell'articolo 81 del Trattato CE.

In particolare, il nuovo programma comunitario individua con precisione le informazioni e gli elementi probatori che l'impresa deve fornire alla Commissione al fine di poter fruire del beneficio dell'immunità dalle ammende. Oltre all'identificazione del richiedente e degli altri soggetti che hanno partecipato al cartello, sarà necessario produrre una descrizione dettagliata dell'infrazione, che includa gli scopi, le attività e il funzionamento del cartello, i prodotti o i servizi che ne formano oggetto, l'ambito geografico interessato, la durata, le date, i luoghi ed il contenuto dei contatti intervenuti tra le imprese partecipanti. Inoltre, per consentire alla Commissione di svolgere con successo gli eventuali accertamenti ispettivi, il richiedente dovrà indicare il nome, la funzione, l'indirizzo professionale e ove necessario l'indirizzo privato di tutte le persone che, a sua conoscenza, siano state implicate a qualsiasi titolo nel presunto cartello. Infine, l'impresa dovrà fornire tutti gli elementi di prova relativi all'infrazione di cui sia in possesso o disponga al momento della presentazione della domanda, con particolare riguardo agli elementi risalenti al periodo in cui ha avuto luogo la condotta illecita.

Al medesimo fine di garantire la maggiore trasparenza e certezza giuridica risultano preordinate le disposizioni del nuovo programma di clemenza comunitario relative agli obblighi di cooperazione cui l'impresa deve adempiere nell'ambito dell'accertamento per poter accedere ai benefici previsti. In particolare, il programma prevede, in ottemperanza a tali obblighi di cooperazione, che dal momento in cui presenta la domanda di accesso al trattamento favorevole e per l'intero corso del procedimento l'impresa fornisca alla Commissione tutte le informazioni e gli elementi

di prova relativi al presunto cartello di cui venga in possesso o di cui disponga; risponda prontamente a ogni richiesta della Commissione che possa contribuire all'accertamento dei fatti; si adoperi per mettere a disposizione della Commissione, per eventuali colloqui, i propri dipendenti e se possibile quanti siano stati in passato alle dipendenze dell'impresa; si astenga dal distruggere, alterare o celare ogni informazione o elemento di prova relativo al presunto cartello; non renda nota l'esistenza o il contenuto della domanda di accesso al beneficio della clemenza fino all'invio della comunicazione degli addebiti, salvo che la Commissione presti il proprio assenso.

Nell'ambito degli obblighi di cooperazione, una novità di rilievo riguarda la possibilità per la Commissione di richiedere all'impresa di non porre immediatamente fine alla propria partecipazione al cartello, quando ciò sia ragionevolmente necessario al fine di preservare il buon esito dell'accertamento ispettivo. Questa disposizione introduce opportunamente un certo margine di flessibilità, che può rivelarsi decisivo nelle ipotesi in cui una improvvisa interruzione della condotta illecita da parte del richiedente possa insospettire le altre imprese che partecipano al cartello ed indurle alla distruzione delle evidenze documentali rilevanti prima che la Commissione abbia modo di procedere alle ispezioni.

Resta fermo il principio per cui il mancato rispetto di ciascuno degli obblighi di cooperazione comporta l'esclusione dell'impresa da qualunque trattamento favorevole previsto dal programma di clemenza comunitario.

La sezione del programma di clemenza che disciplina la raccolta delle dichiarazioni ufficiali rese dai rappresentanti dell'impresa costituisce probabilmente lo sviluppo più significativo rispetto alle precedenti comunicazioni. Essa prevede, in estrema sintesi, che tali dichiarazioni possano essere rese in forma orale, se il richiedente lo ritenga opportuno, e che siano sottoposte ad un regime di accesso particolarmente restrittivo.

In tal modo, la Commissione intende tutelare, per quanto possibile, l'interesse dei potenziali richiedenti che – in virtù della presentazione di una domanda di trattamento favorevole – si trovino esposti in talune giurisdizioni a conseguenze di natura civilistica tali da disincentivarne l'adesione al programma. Questo rischio appare particolarmente attuale negli ordinamenti – quali quello statunitense e, in certa misura, quello inglese – in cui il giudice, nel contesto di un'azione risarcitoria esperita dai

soggetti che si reputino lesi dall'illecito concorrenziale, possa ordinare all'impresa convenuta l'esibizione di classi di documenti (cosiddetta *discovery*). In tali contesti, la presentazione di dichiarazioni confessorie in forma scritta, soggette all'ordine di esibizione, pregiudicherebbe la posizione dell'impresa richiedente nell'eventuale giudizio civile, in misura addirittura ulteriore rispetto alle imprese che non abbiano cooperato all'accertamento dell'infrazione.

Per questa ragione, il programma di clemenza comunitario consente la presentazione di dichiarazioni in forma orale, che vengono registrate su idoneo supporto e trascritte presso gli uffici della Commissione. Alle imprese che rendono queste dichiarazioni è consentito verificare la correttezza tecnica della registrazione e l'accuratezza della trascrizione.

L'accesso alla trascrizione delle dichiarazioni rese oralmente è consentito ai soli destinatari della comunicazione degli addebiti. Tuttavia, essi devono impegnarsi a non copiare con qualsiasi mezzo alcuna informazione contenuta nella trascrizione. Inoltre, le informazioni ottenute attraverso l'esercizio del diritto di accesso possono essere legittimamente utilizzate solo nel contesto del procedimento amministrativo e dell'eventuale impugnativa giurisdizionale. La Commissione si riserva di richiedere alle corti comunitarie che sia aumentato l'importo dell'ammenda irrogata all'impresa che utilizzi impropriamente tali informazioni quando la Commissione abbia già adottato un'inibitoria in esito alla procedura amministrativa; inoltre, la Commissione può segnalare tale circostanza alla corte nazionale competente, ai fini di un eventuale provvedimento disciplinare nei confronti del legale che si renda responsabile di tale irregolarità.

La disciplina delle dichiarazioni rese in forma orale e dell'accesso alla loro trascrizione nel programma di clemenza comunitario presenta profili di marcata problematicità. Essa risulta dalla tensione, per larga parte ancora irrisolta, tra la necessità di tutelare la posizione dei potenziali richiedenti – e per questa via l'efficacia stessa del programma di clemenza – con l'esigenza di garantire le posizioni dei singoli lese dall'illecito concorrenziale, che contribuisce in misura decisiva alla deterrenza della condotta illecita. Ciò risulta dalla stessa formulazione del programma di clemenza comunitario, che precisa come in ogni caso la concessione del beneficio dell'immunità dalle ammende o della riduzione del loro importo non sottragga l'impresa alle conseguenze derivanti dalla sua partecipazione all'infrazione, sul piano del diritto civile.

LA RETE INTERNAZIONALE DELLA CONCORRENZA (ICN)

Nel 2006 la Rete internazionale della concorrenza (ICN) ha consolidato la sua presenza nel mondo, arrivando ad associare 97 autorità antitrust di 85 differenti giurisdizioni. Nel corso dell'anno l'attività della Rete, coordinata da un gruppo direttivo di cui l'Italia è uno dei membri, è stata organizzata in quattro gruppi di lavoro di natura sostanziale (Concentrazioni, Cartelli, Servizi di telecomunicazione, Capacità istituzionale e assistenza tecnica) e uno organizzativo (responsabile del Manuale operativo). La Conferenza annuale, l'organo deliberante della Rete, si è svolta a Città del Capo dal 3 al 5 maggio 2006 e vi hanno partecipato rappresentanti di autorità di concorrenza provenienti da 64 Paesi, oltre che osservatori di organismi internazionali, del mondo imprenditoriale, della professione forense e della comunità accademica.

Con riferimento all'esame e alla valutazione delle operazioni di concentrazione, il Gruppo di lavoro "Concentrazioni" presieduto dalla sezione antitrust del Dipartimento della giustizia degli Stati Uniti ha predisposto un manuale che descrive i principi ispiratori, somiglianze e difformità delle principali linee guida adottate dalle autorità di concorrenza in materia di controllo delle concentrazioni. Il volume descrive e discute gli strumenti analitici impiegati dalle principali giurisdizioni nella valutazione dell'impatto concorrenziale delle operazioni di concentrazione, proponendosi come un punto di riferimento di agevole consultazione per le autorità di più recente costituzione.

In materia di prassi di notificazione delle operazioni e di procedure seguite nell'azione amministrativa, il gruppo di lavoro, dopo aver elaborato 51 raccomandazioni, adottate dalla Rete negli anni passati, ha terminato il suo mandato. Al riguardo la Conferenza ha espresso il più vivo apprezzamento per i risultati ottenuti, rilevando che le raccomandazioni hanno svolto un ruolo cruciale nel favorire una ampia convergenza tra le diverse giurisdizioni. Nel corso dell'ultimo anno, le raccomandazioni sono state integrate da un manuale attuativo che fornisce utili esempi di assetti normativi, regole procedurali e comunicazioni in linea con le migliori prassi applicative. La Conferenza ha auspicato che il sottogruppo prosegua, negli anni a venire, nella sua opera di promozione di una più intensa convergenza in materia di prassi di notificazione e di procedure per la valutazione delle operazioni di concentrazione. Ciò potrà avvenire continuando a monitorare l'attuazione delle raccomandazioni da parte delle autorità di

concorrenza e incoraggiando un raffronto sistematico tra le procedure adottate in ciascuna giurisdizione con le prassi raccomandate.

Il gruppo “Concentrazioni” si occupa altresì di creare e aggiornare la banca dati relativa alle norme che regolano l’analisi delle operazioni di concentrazione, disponibile attraverso il sito internet della Rete (www.internationalcompetitionnetwork.org). Sono stati raccolti 59 atti normativi e 57 schede che illustrano gli aspetti essenziali del sistema di controllo delle concentrazioni in altrettante giurisdizioni. Si tratta della più ampia e completa banca dati disponibile in materia, interamente creata con il contributo delle autorità di concorrenza, coordinata dalla Rete e messa a disposizione di tutti.

Per quanto attiene alla scoperta ed alla repressione dei cartelli, il Gruppo di Lavoro “Cartelli”, co-presieduto dalla Commissione europea e dall’Ungheria, ha sviluppato alcuni importanti progetti nel corso dell’anno in vista della messa a punto di un manuale operativo per la repressione dei cartelli. Con riferimento alle tecniche di indagine sono stati redatti i capitoli relativi ai programmi di clemenza e all’acquisizione della documentazione in forma digitale. In relazione ai programmi di clemenza il gruppo di lavoro ha sottolineato il processo di progressiva convergenza tra le diverse giurisdizioni e delineato, a beneficio dei paesi in via di sviluppo, le caratteristiche fondamentali dei programmi più recentemente introdotti (Commissione europea, Regno Unito, Germania, Giappone). In materia di ispezioni informatiche il gruppo di lavoro, riconosciuta la crescente importanza delle tecniche di acquisizione di elementi di prova su supporto digitale, ha sottolineato la necessità di formare adeguatamente il personale delle autorità di concorrenza, di sviluppare meccanismi di cooperazione in particolare con gli organi di Polizia e di creare una struttura interna fortemente integrata, che consenta agli esperti informatici di lavorare a contatto con i funzionari che curano l’attività istruttoria.

Il gruppo di lavoro in materia di servizi di telecomunicazione, costituito in occasione della precedente Conferenza annuale di Bonn e presieduto da Italia, Canada e Repubblica Sudafricana, ha redatto un volume sulle problematiche concorrenziali del settore e sul ruolo delle autorità di concorrenza nel favorire l’innovazione a vantaggio di consumatori e utenti. Il gruppo di lavoro ha elaborato 22 raccomandazioni, adottate dalla Conferenza di Città del Capo, e volte a favorire assetti normativi e regolamentari più efficaci e più snelli. E’ necessario innanzitutto che il settore delle telecomunicazioni

sia sottoposto alla disciplina antitrust senza eccezioni, che le norme nazionali prevedano il coordinamento tra autorità della concorrenza e di regolazione e che, nel caso di proprietà pubblica, il regolatore sia sufficientemente indipendente dal soggetto controllante. Inoltre, in materia di concorrenza, il settore non ha bisogno di norme speciali. Infatti le categorie consolidate della valutazione antitrust sono sufficientemente generali e concetti quali il mercato rilevante, la posizione dominante, l'abuso trovano piena applicazione nei casi relativi ai servizi di telecomunicazione senza la necessità di sviluppare nuove ipotesi e teorie. In particolare, se è vero che la separazione verticale degli ambiti di monopolio naturale può attenuare in misura significativa gli incentivi economici dell'operatore dominante ad adottare pratiche di esclusione dei concorrenti, nelle telecomunicazioni l'innovazione tecnologica tende a spostare continuamente gli ambiti stessi del monopolio naturale, rendendo così difficile una sua esatta delimitazione. Al riguardo il Gruppo di lavoro ha esplorato le recenti esperienze del Regno Unito sulla separazione funzionale, sottolineando che esse, allineando gli incentivi del *management* agli obiettivi della regolazione, assicurano che ai concorrenti che richiedano l'accesso alle componenti della rete in monopolio non vengano applicate condizioni diverse da quelle di cui beneficia l'impresa verticalmente integrata. Infine, il Gruppo di lavoro ha suggerito l'adozione di interventi regolatori, come la portabilità del numero, volti a favorire la riduzione dei costi del cambiamento di gestore e, per questa via, a promuovere una maggiore concorrenza.

Il gruppo di lavoro sulla Capacità istituzionale e l'assistenza tecnica, presieduto dalla Corea del Sud e dal Brasile, ha sviluppato un meccanismo di cooperazione basato sul gemellaggio tra autorità con maggiore esperienza e quelle operanti nei Paesi in via di sviluppo. Lo strumento, anche se finora scarsamente utilizzato, favorisce i rapporti tra istituzioni di Paesi diversi, rendendo più semplici i contatti e creando una maggiore informazione sui bisogni effettivi e sulle conoscenze tecniche disponibili. Inoltre il gruppo di lavoro ha cercato nel corso dell'anno di promuovere il rispetto volontario delle normative in materia di concorrenza, sollecitando i Paesi in via di sviluppo a far adottare dalle imprese programmi interni di rispetto della legge, analogamente a quanto avviene nei Paesi più avanzati.

Con riferimento alle condotte unilaterali di impresa, la conferenza di Città del Capo ha deliberato la creazione di un nuovo Gruppo di lavoro, presieduto dalla Federal

Trade Commission degli Stati Uniti e dalla Germania e che ha iniziato la propria attività. Il gruppo di lavoro, che si propone di analizzare somiglianze e divergenze tra le prassi applicative adottate nelle diverse giurisdizioni, presenterà un primo rapporto alla prossima Conferenza annuale che si svolgerà a Mosca dal 28 maggio al 1 giugno 2007. In particolare, verranno sviluppati i temi degli obiettivi perseguiti dalle diverse normative nazionali e della definizione e misurazione del potere di mercato. Negli anni successivi verranno analizzate le modalità di accertamento dell'effetto escludente di una condotta d'impresa e le misure più efficaci per la sua repressione.

ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OCSE)

Nel 2006, 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.

La tavola rotonda su “Le sanzioni per abuso di posizione dominante” ha affrontato la questione dell'applicazione di sanzioni o rimedi nei casi di abuso. E' emerso dal dibattito che in tutte le giurisdizioni le sanzioni sono considerate necessarie per favorire la deterrenza di questa tipologia di infrazioni. Tuttavia, nei casi in cui la sanzione non sia funzionale alla dissuasione della condotta, ad esempio quando non esista una giurisprudenza consolidata o l'impresa non sappia di essere dominante, molte giurisdizioni prevedono l'applicazione di sanzioni meramente simboliche.

In relazione alla possibilità di concludere i procedimenti di abuso con i rimedi la discussione ha evidenziato che sebbene i rimedi comportamentali siano considerati più semplici e meno costosi per le imprese, risulta più oneroso, per le autorità di concorrenza, monitorarne il rispetto. Per tale ragione, si è registrato un generale consenso su rimedi di carattere strutturale, pur non potendosi escludere del tutto l'adozione di rimedi comportamentali che dovrebbero, in ogni caso, essere “leggeri”, ossia facili da monitorare da clienti e concorrenti e, di conseguenza, dalle autorità antitrust.

La tavola rotonda su “Concorrenza e politica ambientale” ha messo in evidenza alcuni dei problemi di natura concorrenziale derivanti dall'adozione della regolazione ambientale. Innanzitutto, essendo i costi unitari di adattamento alle regolazioni ambientali inversamente proporzionali alla dimensione d'impresa, la regolazione ambientale può costituire una barriera all'entrata e uno svantaggio competitivo per le piccole e medie imprese. La regolazione ambientale può inoltre aumentare i costi irrecuperabili delle imprese e generare differenze di costo tra nuovi entranti e imprese già presenti sul mercato. Tuttavia, la difficoltà principale della politica ambientale è riuscire a farne internalizzare i costi dalle imprese, così da essere considerata esplicitamente come una delle variabili del processo decisionale.

La tavola rotonda “Tutela della proprietà intellettuale e antitrust: trade off o complementarità?” ha affrontato il problema del dualismo di base nella relazione tra concorrenza e innovazione. In particolare, si è sottolineato che, sebbene l’innovazione aumenti passando dal monopolio alla concorrenza, un’eccessiva rivalità può ridurre gli incentivi a innovare. In relazione alla valutazione del periodo ottimale di durata dei brevetti, sono state ricordate le conclusioni di numerosi studi dai quali emerge che, diventando le innovazioni profittevoli diversi anni dopo la loro introduzione, esse vengono sviluppate indipendentemente dall’aspettativa di profitti di monopolio. La durata ottimale della protezione brevettuale potrebbe pertanto essere molto inferiore a quella attualmente in vigore. Tuttavia, soprattutto quando i brevetti traggono origine da investimenti elevati e rischiosi, un eccesso di concorrenza associato alla riduzione del periodo di copertura brevettuale potrebbe ridurre significativamente gli incentivi a innovare.

Dal punto di vista della concorrenza, i prodotti caratterizzati da brevetti cumulativi sono quelli più problematici, in quanto l’ingresso nel mercato di un nuovo concorrente richiede la negoziazione con una pluralità di soggetti (per ottenere una pluralità di licenze), aumentando il rischio che la trattativa non vada a buon fine. Per evitare l’adozione di strategie di chiusura del mercato è necessario migliorare il funzionamento degli uffici preposti all’assegnazione dei brevetti eliminando i brevetti inutili e, in tal modo, riducendo sensibilmente i costi di transazione dei nuovi entranti che dovrebbero quindi negoziare solo con chi ha veramente titolo.

La tavola rotonda su “Come valutare la concorrenza per il mercato” ha affrontato due tematiche principali. La prima è se una concorrenza per il mercato, associata a un forte potere di mercato dal lato della domanda, induca a concludere che una eventuale concentrazione dell’offerta non produce effetti restrittivi. In realtà le asimmetrie informative, i vincoli normativi e regolamentari e le stesse modalità organizzative del mercato possono condurre a ipotizzare restrizioni della concorrenza anche quando la concorrenza per il mercato è vivace. La seconda riguarda le modalità con cui strutturare una gara la fine di minimizzare il rischio di collusione. Per esempio, nel caso delle aste per lo spettro radio negli Stati Uniti, le modalità di organizzazione delle gare avevano consentito agli operatori di ripartirsi i mercati attraverso segnali indiretti, basati su codici di comunicazione che dipendevano dall’architettura dell’asta.

Il Gruppo di Lavoro “Concorrenza e Regolazione” del Comitato ha continuato l’attività di analisi degli aspetti inerenti la riforma in senso pro-concorrenziale della regolazione, approfondendo, in particolare, le problematiche relative all’accesso alle infrastrutture di trasporto, quelle relative alle carte di pagamento e alla concorrenza nel settore bancario.

Nell’ambito della tavola rotonda su “L’accesso alle infrastrutture di trasporto” si è discusso dei problemi concorrenziali legati all’accesso a quelle infrastrutture (porti, aeroporti, gasdotti, reti ferroviarie ecc.) che per essere realizzate richiedono ingenti investimenti e, soprattutto, il superamento di notevoli complessità di natura regolamentare. Inoltre, il controllo di queste infrastrutture è spesso associato a una posizione dominante anche su mercati a valle liberalizzati. La facilità di accesso all’infrastruttura, che l’applicazione della normativa antitrust promuove, è quindi una condizione necessaria affinché si realizzi una concorrenza effettiva su questi mercati. In particolare, è emerso che in tutti questi settori, al fine di impedire comportamenti escludenti da parte del monopolista verticalmente integrato, sono necessari interventi strutturali di separazione proprietaria della rete.

Nell’ambito della tavola rotonda su “Concorrenza ed efficienza nei sistemi delle carte di pagamento” sono stati affrontati i problemi concorrenziali e di efficienza che caratterizzano i sistemi di pagamento tramite carte, con particolare riferimento alle commissioni interbancarie. In particolare, è emerso dal dibattito che nei paesi in cui la commissione interbancaria è bassa o inesistente il livello di diffusione del servizio di carta di pagamento è comunque elevato, il che indebolisce le tradizionali giustificazioni delle commissioni interbancarie, associate alla necessità di garantire una remunerazione elevata per gli emittenti.

La discussione su “Concorrenza e regolazione nel settore bancario” si è concentrata sull’elevato livello dei costi che, nella maggioranza dei paesi, depositanti e debitori devono sopportare per cambiare banca. Per un’impresa i problemi emergono dalla difficoltà di comunicare ad altro istituto di credito il proprio grado di affidabilità. La soluzione risiede nella promozione di meccanismi, analoghi a quelli della centrale dei rischi, che diffondano l’informazione completa delle caratteristiche soggettive dei debitori. Per i depositanti il principale problema è costituito dai costi diretti e indiretti collegati all’apertura e alla chiusura di un conto corrente. Una possibile soluzione potrebbe derivare dalle convenzioni bancarie che rendono più rapidi e meccanici i

cambiamenti di banca, trasferendo, ad esempio, tutti i pagamenti automatici collegati al vecchio conto. Da questo punto di vista, al di là dei problemi tecnici associati alla sua introduzione, l'introduzione della portabilità del numero di conto corrente, rendendo automatico il cambiamento da una banca all'altra e minimizzando le comunicazioni tra cliente e vecchia banca, tenderebbe a favorire una gestione più attenta della clientela da parte delle banche, che non potrebbero più considerare stabile la clientela acquisita.

Nell'ambito del Gruppo di Lavoro su "Cooperazione internazionale e concorrenza" sono state esaminate le esperienze di applicazione della legge antitrust da parte dei privati, i metodi di prova dell'esistenza di una posizione dominante, le decisioni transattive.

Nel corso del dibattito sulle azioni private è emerso che esse favoriscono la deterrenza e pertanto andrebbero promosse in tutte le giurisdizioni. Esistono tuttavia notevoli difficoltà applicative collegate alla valutazione del danno e all'individuazione dei soggetti che hanno titolo al risarcimento. Negli Stati Uniti la legge prevede risarcimenti di ammontare triplo rispetto al danno accertato. La giurisprudenza è chiara nell'indicare che ciò che rileva sono i danni subiti dagli acquirenti, non i guadagni illegalmente percepiti dalle imprese.

La tavola rotonda sulle "Tecniche investigative e prove documentali per stabilire l'esistenza di una posizione dominante" ha mostrato che, nonostante vi sia una sostanziale convergenza nella definizione generale di dominanza in termini di significativo potere di mercato tale da indebolire la concorrenza, le prassi applicative utilizzate per dimostrarne l'esistenza divergono ancora sensibilmente.

Infine, nella discussione sugli "Accordi transattivi" sono stati affrontati le modalità attraverso le quali premiare coloro che cooperano con le autorità di concorrenza in procedure nelle quali sia già stata concessa la clemenza a qualche altra impresa. Permangono al riguardo notevoli differenze tra giurisdizioni, soprattutto in termini di discrezionalità applicativa.

Nel febbraio 2006 si è svolto il sesto 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 l'accertamento dell'esistenza di cartelli in assenza di prova diretta, evidenziando le difficoltà insite nell'utilizzare elementi, quali il semplice parallelismo dei comportamenti, che potrebbero emergere spontaneamente nel mercato anche in assenza di collusione. Nel corso del dibattito molti interventi si sono soffermati sull'importanza delle pratiche facilitanti, soprattutto lo scambio di informazioni, al fine del mantenimento dell'equilibrio collusivo, sostenendo che il divieto di queste pratiche risulta una misura efficace contro i cartelli.