

Giancarlo Spagnolo*

CONSIP, Roma
Università di Roma "Tor Vergata"

L'interessante pezzo di Michele Grillo offre un'approfondita analisi storico-istituzionale dell'antitrust, con una prospettiva ed una ampiezza di veduta e di riferimenti inusuali per un economista. Il lavoro ripercorre l'evoluzione del pensiero e della pratica antitrust, nella continua dialettica tra dottrina economica e fondamenti giuridici, nei suoi collegamenti con il pensiero filosofico liberale, e nei più importanti casi concreti, americani ed europei, che ne hanno determinato l'evoluzione. L'articolo conclude con delle riflessioni sull'antitrust in Italia, evidenziando l'importanza che la dottrina antitrust continui ad individuare e mantenere standards di comportamento lecito ed illecito sufficientemente semplici e generali, tali da indurre in modo chiaro le imprese a non intraprendere comportamenti anti-competitivi.

Io userò lo spazio di questo breve commento per discutere alcuni punti complementari, particolarmente importanti a mio avviso per l'antitrust italiana, che non hanno potuto trovare sufficiente spazio nella già più che ricca analisi di Michele Grillo. La mia attenzione sarà soprattutto rivolta alle condizioni necessarie ad un'azione efficace in termini di *enforcement* della legge antitrust, cioè di deterrenza dei comportamenti anti-competitivi individuati da tale normativa. Parlerò quindi brevemente di deterrenza e sanzioni attese, di possibili errori e necessità di verifica *ex post*, e del programma di clemenza finalmente introdotto anche in Italia.

Obiettivo deterrenza. La definizione di standards di comportamento legale/competitivo ed illegale/anti-competitivo chiara-

* <giancarlo.spagnolo@uniroma2.it>.

mente indetificabili ed accettati, su cui si è focalizzato Michele Grillo, è una importante condizione necessaria, ma non è condizione sufficiente perchè la legislazione antitrust e la sua implementazione possano produrre effetti benefici. Un'altra importante condizione necessaria, complementare alla prima, è che gli standards di comportamento dichiarati illegittimi perchè anticompetitivi, una volta individuati, siano perseguiti e sanzionati in modo sufficientemente robusto da disincentivarne l'adozione. In altre parole, individuati i comportamenti anti-competitivi, la prima missione di una autorità antitrust, come di qualsiasi altra istituzione incaricata di applicare una legge, è la "deterrenza generale", cioè la prevenzione dei comportamenti riconosciuti come illeciti mediante la minaccia di sanzioni. Naturalmente vi sono anche altri obiettivi, quali il raggiungimento di un criterio di "giustizia" e la riparazione delle vittime, ma sono chiaramente di minore importanza, in particolare nel caso dell'antitrust¹. In caso di mancanza totale di deterrenza, ad esempio perchè le sanzioni attese da chi viola la legislazione sono estremamente basse, una buona definizione degli standards di ciò che è legale o meno è praticamente inutile. L'antitrust, tramite le sanzioni, deve spaventare chi è intenzionato ad intraprendere comportamenti anti-concorrenziali, altrimenti rischia di diventare un puro costo, una *deadweight loss* per la società.

Sanzioni. In questi ultimi anni si è svolto un vivace dibattito sulle sanzioni antitrust, stimolato da ricercatori ed istituzioni diverse che hanno riconosciuto come inadeguate le sanzioni antitrust adottate in passato². Michele Grillo ci ricorda che il limite superiore alle multe antitrust, il tetto del 10% del fatturato totale dell'impresa condannata, assieme ad una probabilità di scoperta del comportamento illecito tipicamente molto bassa, rendono la deterrenza delle intese orizzontali, probabilmente le più gravi tra le violazioni delle norme antitrust, assai difficile. Ma quante volte in Italia una sanzione antitrust ha raggiunto, o si è avvicinata

¹ Si veda SPAGNOLO G. (2006) per una discussione da un punto di vista economico del ruolo della deterrenza e del contenzioso in antitrust.

² Si veda BUCCIROSSI P. - SPAGNOLO G. (2007) e SCHINKEL M.P. (2007) per recenti contributi che offrono una panoramica del dibattito.

al tetto del 10% del fatturato dell'impresa condannata? E se pure vi si fosse avvicinata, quante volte il Tribunale Amministrativo ha confermato tale sanzione? Il problema sarebbe quel limite se le sanzioni si fossero spesso assestate ad un livello ad esso molto vicino, e fossero poi state confermate in caso di ricorso. Ma da una osservazione casuale, le sanzioni comminate in Italia appaiono ancora molto al di sotto di tale limite, e a mio avviso molto al di sotto di sanzioni che possano avere effetti di deterrenza significativi, con o senza programmi di clemenza.

Probabilità. Riguardo alla probabilità che il comportamento illecito venga individuato, è la probabilità *percepita* dagli operatori economici l'altra componente essenziale della deterrenza. Due commenti a questo riguardo.

Il primo è che è possibile aumentare la *percezione* della sanzione attesa da chi viola una norma antitrust, ad esempio, organizzando convegni, partecipando a seminari e conferenze stampa in cui vengono presentate al pubblico le sanzioni comminate di recente, quando queste sono sufficientemente elevate. Questo è ciò che ha fatto l'*Antitrust Division* del Dipartimento di Giustizia americano negli ultimi dieci anni. Ha preso parte a moltissimi convegni di imprenditori e legali d'impresa facendo ripetutamente presente la dimensione delle multe e gli anni di galera comminati ad aziende e managers rispettivamente coinvolti in comportamenti proibiti dalla legislazione antitrust. Analogamente, appena si arriva sul sito della *Antitrust Division*, si trovano in prima schermata notizie di condanne e relative multe e sanzioni penali comminate. È un comportamento efficiente e lungimirante che amplifica la deterrenza, e che dovrebbe essere seguito in Europa, ma solo da quelle autorità antitrust che comminano sanzioni serie. Tale comportamento potrebbe invece essere altamente controproducente per autorità antitrust che tendono a comminare sanzioni basse, poichè l'effetto potrebbe essere quello contrario, di rassicurare chi viola la legge antitrust sul fatto che, anche se si viene condannati, le sanzioni sono briciole rispetto ai guadagni da comportamenti anticompetitivi.

Il secondo commento è che nessuno è in grado di dire con un minimo di confidenza se le sanzioni siano o meno adeguate,

perchè nessuno sembra prendersi la briga di cercare di capire qual'è la probabilità percepita dalle aziende di essere condannate nel caso violino la legislazione antitrust. L'*Office of Fair Trade* in Inghilterra ha appena fatto un tentativo in questa direzione, e ne conosceremo i risultati quest'estate; e la Commissione Europea lo sta facendo in questo momento. Sarebbe auspicabile a mio avviso che in Italia ci si muovesse in direzione analoga.

Errori e auditing. Più in generale, il recente dibattito ha spinto diverse autorità ad intraprendere verifiche interne sull'impatto del proprio lavoro e dei possibili errori decisionali ad esso connessi. Per fare altri due esempi che conosco bene, tra i tanti studi che l'*Office of Fair Trade* sponsorizza ve n'è uno recente sul costo di interventi inappropriati in applicazione dell'Art. 82 (Buccirossi, Spagnolo, Vitale, 2006). Analogamente, la DG Comp ha commissionato di recente uno studio per lo sviluppo di una metodologia di valutazione *ex-post* delle decisioni prese in *Merger Control* (Buccirossi, Cioni, Duso *et al.* 2006). Controllo degli errori, valutazione dei possibili danni causati da interventi inappropriati, e più in generale un serio *auditing* della qualità dell'implementazione e dell'impatto sull'economia delle politiche per la concorrenza (come di ogni altra attività dello stato), appaiono indispensabili anche in Italia.

Il programma di clemenza. Finalmente, qualche settimana fa, anche in Italia è stato introdotto un "programma di clemenza" che riduce le sanzioni per i "collaboratori di giustizia" che denunciano un cartello di cui fanno o hanno fatto parte³. Michele Grillo ha già discusso nel suo pezzo quanto sia difficile trovare evidenza di un accordo in assenza di un tale programma. L'Italia è tra gli ultimi paesi con una legislazione antitrust ad aver seguito gli Stati Uniti nell'introdurre un programma di clemenza. Lo ha fatto fundamentalmente importando il modello, su cui si sono accordati i partecipanti allo *European Competition Network*⁴, analogo a quello introdotto dalla Commissione Europea. Si tratta di un buon disegno, accettato a livello europeo, anche se diverso da

³ Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴ Disponibile al sito http://ec.europa.eu/comm/competition/ecrn/index_en.html

quello americano che personalmente prediligo perchè meno rischioso in termini di riduzione della deterrenza a causa delle ridotte multe anche per chi collabora come secondo, terzo, etc. Due brevi note anche su questo.

La prima è che, mentre da un lato è certamente importante e positivo che anche in Italia sia stata finalmente riconosciuta l'esigenza di arricchire lo strumentario antitrust con un programma di clemenza, dall'altro, a mio avviso, si è persa l'occasione di sfruttare un enorme vantaggio nazionale ed essere innovativi, all'avanguardia, piuttosto che dei *late followers* passivi. Sto parlando della grande ed unica esperienza maturata in Italia con i programmi di clemenza per collaboratori di giustizia in reati di stampo mafioso o terroristico. Questa esperienza, assente nella maggior parte degli altri paesi e, per quanto ne sappia, ignorata dal dibattito che ha portato al disegno dello *European Competition Network*, potrebbe insegnare molto sui problemi che possono sorgere nell'implementazione di un simile programma in antitrust, e su come evitarli disegnando il programma appropriatamente. Credo che un tale studio sarebbe tuttora di enorme utilità, visto che al momento non c'è accordo nè teorico né pratico su quale sia il disegno ottimale di tali programmi, anche se sarebbe stato assai più utile prima dell'adozione del programma di clemenza.

La seconda nota, che conclude questo commento, riguarda il rapporto tra programma di clemenza e sanzioni. La letteratura economica sull'argomento fa notare come un programma di clemenza oltre a facilitare la raccolta di informazioni riduce l'ammontare totale di sanzioni cui un cartello è esposto. La stessa letteratura mostra come gli effetti diretti di deterrenza di tali programmi siano direttamente proporzionali alle sanzioni previste per chi è condannato e non ottiene clemenza. Entrambe le forze suggeriscono che i programmi di clemenza tendono ad avere effetti positivi in presenza di sanzioni robuste. Il fatto che il programma di clemenza sia stato introdotto in un contesto in cui le sanzioni sono molto basse, se comparate ad esempio a quelle americane (multe assai più alte in termini relativi, e fino a 10 anni di reclusione per i *Managers*), solleva il dubbio che tale programma

possa solo aumentare il numero di casi perseguiti ed i costi processuali connessi, senza generare un corrispondente beneficio in termini di deterrenza delle intese. Di nuovo, uno studio in tale direzione potrebbe aiutare a chiarire questo dubbio.

BIBLIOGRAFIA

- BUCCIROSSI P. - CIONI L. - DUSO T. - FRIDOLFSSON S.-O. - SPAGNOLO G. - VITALE C., *Ex-post Review of Merger Control Decisions* (studio preparato per la Commissione Europea da Lear), dicembre 2006, disponibile sul sito http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/studies_reports.html.
- BUCCIROSSI P. - SPAGNOLO G., «Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go To Prison?», in GOSHAL V. - STENNEK J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, 2007, Elsevier, North Holland (versione preliminare disponibile sul sito www.ssrn.com come, *CEPR, Discussion Paper*, n. 5465).
- BUCCIROSSI P. - SPAGNOLO G. - VITALE C., «The Cost of Inappropriate Interventions/non Interventions under Article 82» (studio preparato per l'Office of Fair Trading da Lear), settembre 2006, disponibile sul sito http://www.offt.gov.uk/shared_offt/economic_research/oft864.pdf.
- SCHINKEL M.P., «Effective Cartel Enforcement in Europe», Amsterdam Center for Law & Economics, *Working Paper*, n. 14, 2006 (disponibile sul sito www.ssrn.com).
- SPAGNOLO G., «Leniency and Wistlebowers in Antitrust», *CEPR, Discussion Paper*, n. 5794, in via di pubblicazione come Ch 12, in BUCCIROSSI P. (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Mit Press, 2006.

