

IL RUOLO DELL'ANALISI ECONOMICA NELLA DETERMINAZIONE DELLE SANZIONI PER ILLECITI CONCORRENZIALI

Nov 2014

Il 31 ottobre 2014 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha pubblicato le Linee Guida sulla modalità di determinazione delle sanzioni pecuniarie irrogate nel caso di violazioni di norme concorrenziali (Linee Guida).

Gli elementi di novità introdotti sono già stati ampiamente commentati dai principali studi legali che si occupano di Antitrust in Italia. Questa breve nota intende arricchire il dibattito presentando il punto di vista degli economisti.

Le Linee Guida, infatti, descrivono alcune importanti novità e suggeriscono un più ampio ruolo dell'analisi economica, anche ai fini della determinazione dell'importo delle sanzioni.

Il testo dell'Autorità è ricco di riferimenti espliciti, che si possono ricondurre a quattro ambiti principali. L'analisi economica assume particolare rilevanza:

- nella determinazione della gravità dell'infrazione;
- nell'identificazione e dimostrazione dell'esistenza di oggettive circostanze attenuanti, quali l'assenza di effetti;
- nel disegno di misure correttive volte a ripristinare le condizioni di concorrenza precedenti l'illecito;
- nel supporto al disegno di meccanismi di *compliance* e di incentivi al management in

grado di promuovere il rispetto della normativa antitrust.

Di seguito si discute più approfonditamente ciascun aspetto.

La valutazione della gravità dell'infrazione e dell'eventuale assenza di effetti

I primi due aspetti – determinazione della gravità dell'infrazione e valutazione dell'esistenza di circostanze attenuanti – possono essere affrontati congiuntamente, in quanto riconducibili al più generale obiettivo dell'analisi economica di “valutazione degli effetti”.

Le Linee Guida specificano innanzitutto che l'importo base della sanzione è funzione del valore delle vendite e di una percentuale determinata in base al livello di gravità dell'infrazione.

Nel valutare la gravità dell'infrazione, l'Autorità informa che terrà conto della natura della stessa e, nel caso di infrazioni plurisoggettive – ad esempio un cartello – della quota di mercato aggregata detenuta dal complesso delle imprese che hanno partecipato all'infrazione (¶13).

Ecco dunque che la definizione del mercato rilevante può assumere un ruolo centrale in chiave difensiva anche nei casi di cartelli.

Sempre con riferimento alla qualificazione della gravità dell'illecito, le Linee Guida informano che l'Autorità terrà conto di fattori quali: (i) le condizioni di concorrenza del mercato interessato; (ii) il rischio di pregiudizio all'innovazione; (iii) l'effettiva attuazione della pratica illecita; (iv) la rilevanza dell'effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori (¶14).

L'analisi economica ha molto da offrire in relazione a ciascuno di questi punti. Soprattutto, l'analisi economica mette a disposizione gli strumenti, teorici ed empirici, per studiare la rilevanza dell'effettivo impatto economico dell'illecito accertato dall'Autorità.

Ad esempio, anche in presenza di un accordo esplicito sui prezzi di vendita – pratica vietata *per se* – può accadere che non vi sia alcun effetto significativo sui mercati interessati. O ancora, eventuali effetti osservati in concomitanza con un cartello accertato sulla base di evidenze documentali potrebbero in realtà essere il risultato di fattori esogeni, indipendenti dalla presenza di una pratica concertata. Ad esempio, cambiamenti lato domanda o lato offerta (tra tutti, l'aumento dei costi) potrebbero aver determinato l'aumento dei prezzi osservato. Peraltro, ogni eventuale conclusione raggiunta dall'Autorità in sede procedimentale sull'assenza di effetti (inefficacia dell'illecito sanzionato) avrebbe un importante impatto in nel caso di successivi contenziosi civili per il risarcimento del danno.. In tutti questi casi la teoria economica e l'analisi econometrica possono aiutare ad identificare con più precisione cause ed effetti.

La stessa Autorità, infine, riconosce che una valutazione della rilevanza dell'impatto economico deve necessariamente fondarsi sulla disponibilità di dati attendibili (¶14). Gli economisti possono aiutare a comprendere se gli elementi impiegati dall'Autorità nelle sue valutazioni degli effetti pregiudizievoli dell'illecito consentano effettivamente la produzione di stime attendibili.

L'adozione di misure correttive specifiche

Le Linee Guida prevedono un adeguamento dell'importo di base della sanzione in funzione di alcune circostanze aggravanti o attenuanti.

Particolarmente interessanti risultano gli esempi di circostanze attenuanti proposti. Attraverso la riduzione della sanzione comminata, l'Autorità appare intenzionata a incentivare l'adozione di alcuni comportamenti specifici volti a mitigare gli effetti dell'illecito e/o a prevenirne il ripetersi.

La prima tra le circostanze attenuanti esplicitamente previste è l'adozione tempestiva di iniziative adeguate a *“mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti”*. (¶23).

È evidente che, sul punto, la teoria economica può fornire un importante supporto alle imprese e ai loro consulenti legali.

L'obiettivo sarà identificare le misure correttive più efficaci e meno costose tali da soddisfare il requisito di adeguatezza e specificità imposto dall'Autorità. Sul punto, infatti, è esplicitamente indicato che *“la mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'istruttoria non costituisce una circostanza attenuante”*; si fa presente, invece, la possibilità di ricorrere a *“misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati”*.

A seconda dei casi specifici, l'individuazione e l'implementazione di misure realmente efficaci può risultare complessa. Inoltre, la possibilità di traslazione a valle degli effetti di un illecito rappresenta un ulteriore elemento di complessità di cui tener conto nel disegno di correttivi efficaci e, allo stesso tempo, economicamente sostenibili.

Nel disegno di misure idonee a ripristinare le condizioni di concorrenza precedenti l'illecito, gli economisti possono offrire il loro supporto attraverso l'attenta valutazione della teoria del danno concorrenziale prospettata dall'Autorità.

L'introduzione di programmi di compliance generali

Altra novità di particolare interesse è il favore con cui l'Autorità guarda, in sede di determinazione della sanzione, all'adozione e al rispetto di uno specifico programma di *compliance*.

La posizione appare innovare – quantomeno in parte – rispetto al quadro tracciato dalla omologhe linee guida definite in sede europea. Quest'ultime, infatti, non prevedono alcuna riduzione della sanzione in presenza di programmi di *compliance*.¹

L'allora Vice Presidente Almunia, interrogato sull'opportunità di ricompensare le imprese che adottano simili programmi, aveva risposto un secco no, domandandosi quale potesse essere la ragione per premiare un programma *ex-post* manifestamente inefficace. Al contrario, *“il beneficio derivante da un programma di compliance risiede nella riduzione ex-ante del rischio di un coinvolgimento in un cartello”*²

Sul punto le Linee Guida dell'Autorità italiana chiariscono che *“la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto”* (¶23). Non solo, vi è un chiaro invito a implementare *“incentivi [espliciti] per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso”* (¶23).

Per l'Autorità, dunque, premiare l'adozione in fase d'istruttoria di un programma di *compliance* generale (e, chissà, il perfezionamento di programmi preesistenti) ha la funzione di ridurre la probabilità di infrazioni future.

In tal senso la posizione dell'Autorità Italiana si riconcilerebbe con quella della commissione Europea, sintetizzata nel commento del commissario Kroes: *“Don't enter into a cartel; if you did, get out of it as fast as you can; and when you're out, don't do it again”*³

Come questo orientamento si tradurrà nella prassi resta al momento un punto interrogativo. Per le imprese e i loro consulenti legali, assume particolare importanza potere dimostrare la concreta idoneità dei programmi di *compliance* adottati a promuovere comportamenti virtuosi e, in ultima istanza, l'assenza di incentivi distorti.

Proprio sul tema del disegno ottimale degli incentivi, la teoria economica, tramite i modelli principale-agente, ha prodotto importanti risultati. Ad esempio, è dimostrato che, sotto una serie di assunti coerenti con quanto empiricamente osservato (preferenza per profitti omogeni nel tempo e esistenza di “piani bonus” per il management), le imprese guidate da un management i cui interessi non sono allineati a quelli della proprietà possono sostenere comportamenti collusivi più agevolmente rispetto alle imprese più chiaramente orientate alla massimizzazione del profitto.⁴

Più in generale, gli economisti di Lear si sono occupati di studiare il legame tra *Corporate Governance*, e comportamenti anticoncorrenziali (e in particolare collusivi).⁵

Il punto chiave è che fattori legati alla *Corporate Governance* influenzano direttamente gli obiettivi e le scelte delle imprese e pertanto assumono un ruolo chiave nel determinare l'attitudine al rispetto delle norme concorrenziali o, viceversa, la propensione a comportamenti anticoncorrenziali.

Un'autorità che intenda realmente tenere in considerazione la potenziale efficacia dei programmi di *compliance*, non potrà limitarsi a un controllo formale, ma dovrà necessariamente ragionare in termini di incentivi e tenere in considerazione gli elementi di complessità tipici della relazioni principale-agente che si instaurano nelle imprese.

Gli economisti possono offrire un efficace supporto nella predisposizione di un programma di *compliance* e, in particolar modo, nel disegno di opportuni incentivi

coerenti la promozione del rispetto della normativa antitrust.

Conclusioni

In questa breve nota si è mostrato che le recenti Linee Guida dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di determinazione delle sanzioni suggeriscono un più ampio ruolo dell’analisi economica. Un ruolo che non è limitato alla fase di accertamento dell’infrazione ma che si estende alla valutazione degli elementi che sono presi in esame nel determinare la sanzione.

Gli economisti possono fornire un concreto supporto alle imprese e ai loro consulenti legali attraverso l’analisi di quegli elementi fattuali che possono costituire circostanze attenuanti o aggravanti dell’illecito, e, di conseguenza, incidere direttamente sui fattori moltiplicativi applicati dall’Autorità nella fissazione della sanzione.

L’identificazione del perimetro interessato dalla condotta contestata (definizione del mercato rilevante), l’analisi della rilevanza dell’effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, sono attività per le quali l’analisi economica mette a disposizione efficaci strumenti, teorici ed empirici.

Gli economisti, inoltre, possono offrire un efficace supporto nell’ottica di sfruttare l’opportunità, concessa dall’Autorità, di veder premiati, attraverso la riduzione di una eventuale sanzione, i comportamenti virtuosi posti in essere anche successivamente all’apertura di un’istruttoria. Ad esempio, attraverso l’attenta valutazione della teoria del danno concorrenziale prospettata dall’Autorità, gli economisti possono aiutare a disegnare le misure correttive più efficaci e meno costose idonee a ripristinare le condizioni di concorrenza precedenti l’illecito.

Infine, un importante aiuto può essere offerto alle imprese al momento della predisposizione di programmi di *compliance*. L’Autorità, infatti, sembra indicare che la riduzione delle sanzioni

verrà concessa solo in presenza di chiari incentivi all’adozione di comportamenti coerenti con la normativa antitrust e, parallelamente, di espliciti disincentivi al mancato rispetto.

Se desiderate discutere più approfonditamente i temi esposti, o se semplicemente volete maggiori informazioni su cosa i nostri economisti possono fare per voi, non esitate a contattarci.

Tel:+39 06 68 300 530

Email: lear@learlab.com

Notes

¹ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. Official Journal C 210, 1.09.2006, p. 2-5

² *"The benefit of a compliance programme is that your company reduces the risk that it is involved in a cartel in the first place. That is where you earn your reward."* EC SPEECH/10/586, available at <https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/SPEECH-Almunia.pdf>.

³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm

⁴ Giancarlo Spagnolo, Managerial Incentives and Collusive Behavior, 49 *European Economic Review*. 1501 (2005).

⁵ Per una rassegna della letteratura si veda ad esempio Paolo Buccirossi & Giancarlo Spagnolo, Corporate Governance and Collusive Behavior, in 2 *Issues In Competition Law And Policy* 1219 (ABA Section of Antitrust Law 2008)

Lear

Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione

Via di Monserrato, 48

00186 – Rome , Italy

tel. +39 06 68.300.530

e-mail: lear@learlab.com