



LE POLITICHE DI CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: PRINCIPI, MODELLI E TECNICHE IN COMPARAZIONE

di Virgilio D'Antonio

Marco Marano

Il volume *Le politiche di clemenza in diritto antitrust: principi, modelli e tecniche in comparazione* è l'opera di Virgilio D'Antonio che, indagando il settore di spiccata attualità dei *leniency programs*, accompagna il lettore nella disamina in prospettiva comparata della disciplina dei programmi clemenziali nel diritto antitrust. L'opera è pubblicata nel 2012 per la casa editrice Giappichelli all'interno della collana *Comparazione e Diritto Civile*, diretta dal prof. Pasquale Stanzone e dalla prof.ssa Gabriella Autorino, arricchendo tale collezione con un contributo afferente ad una materia altamente tecnica e settoriale, ma che l'autore riesce a trattare, in prospettiva comparata, con un taglio tecnico-operativo che, al contempo, tiene ben saldi i riferimenti scientifici del giurista.

D'Antonio ha tradotto in chiare lettere un impegno di ricerca comparatistica che si è profuso, da un lato, nel porre in raffronto i due più rilevanti modelli di politiche collaborative tra Autorità antitrust e imprese organizzate in "cartelli", in tal modo esaminando con profondità la disciplina normativa comunitaria e americana, tanto in prospettiva storica quanto evolutiva; dall'altro ha operato una laboriosa ricognizione dei programmi clemenziali e di deterrenza adottati da ordinamenti extracontinentali, evidenziandone le prospettive comuni e differenziali.

I sei capitoli dell'opera spaziano con equilibrio tra l'enucleazione dei fondamentali principi che sono posti alla base dell'adozione di *leniency programs* da parte delle Autorità garanti della concorrenza nazionali e la analisi prasseologico - operativa in ordine alla concreta applicazione degli stessi, mantenendo largo spazio all'indagine circa i rapporti che a livello sistemico intercorrono tra la predisposizione di programmi di ravvedimento per le imprese che operino distorcendo il gioco della libera concorrenza e l'effetto di *deterrence* effettiva che è capace di garantire, concretamente, ogni singolo ordinamento, avendo rilevato, l'autore,



che le differenze di modello e di principio riscontrabili sul piano normativo tra i vari Paesi (e che risultano spesso appianate e convergenti quando tradotte in soluzioni concrete) non presentano la medesima efficacia applicativa in ragione delle diverse caratteristiche che connotano gli apparati sanzionatori dei diversi ordinamenti.

Di ampio respiro risultano essere le combinazioni che l'autore con precisione scientifica traccia tra le possibili varianti di ciascun sistema premiale e collaborativo, rilevandone la concreta incidenza sulle scelte compiute dall'impresa posta in condizione di "tradire" efficacemente e con profitto il *pactum fiduciae* che la lega alle altre imprese partecipanti al cartello; illuminanti sono i riferimenti alla teoria del dilemma del prigioniero e le considerazioni espresse dall'autore nella prospettiva che tende a considerare le imprese legate dal cartello come *players* di un gioco che le vede impegnate nella scelta tra correre il rischio di perseguire il profitto in maniera illecita distorcendo il libero mercato e la scelta collaborativa con l'Autorità garante nazionale. E' di impatto, dunque, l'immagine che l'opera ci consegna: dalle parole dell'autore esce delineato un tormento interno della impresa parte del cartello, in bilico circa la decisione di aderire o meno, in che forma e in che momento, al programma più o meno clemenziale predisposto dallo specifico ordinamento, tormento decisionale che tanto più sarà acuito quanto più il singolo ordinamento sia capace di raggiungere un equilibrio quasi perfetto sul piano repressivo – premiale tra sanzioni irrogabili all'impresa dissociatasi dal cartello e trattamento clemenziale per la delazione del cartello.

La concreta applicazione nella prassi operativa dei principi della *deterrence*, del *winners takes-all*, della corsa alla collaborazione nel tempo del perdono sono riportati dall'autore nella prospettiva che tende a far rilevare la esistenza di uno iato tra i modelli astratti e teorici predisposti dalle Autorità antitrust nazionali e esperienze concrete, cogliendosi così la distanza che intercorre tra formule declamatorie della legge e regole operazionali della prassi.

Volendosi qui offrire solo uno sguardo d'insieme certamente non esaustivo della struttura dell'opera, essa consta di sei capitoli il cui incipit primo è costituito dall'enucleazione dei fondamenti, normativi ed economici, che sottostanno all'adozione dei programmi di



clemenza nel diritto antitrust, fondamenti dai quali l'autore trae la ratio essendi, giuridico-economica-impresoriale, della collaborazione "premiata" predisposta dal singolo ordinamento, operando al contempo una individuazione dei fattori che incidono sulla scelta dell'impresa in ordine alla denuncia del cartello e tracciando una minuziosa comparazione tra l'adesione a *leniency programs* e la pratica delle *whistleblowing policies*, le quali iniziano ad affermarsi anche nell'ordinamento italiano in seguito alle riforme delle normative disciplinanti la corruzione (L. 190/2012) e la trasparenza della pubblica amministrazione (d.lgs 33/2013). Il capitolo II mette a nudo la stretta correlazione che lega la prospettiva della deterrenza da comportamenti violativi della disciplina antitrust con la predisposizione di programmi nazionali ed europei di *leniency*, predisposizione, peraltro, intervenuta nell'ordinamento nostrano solo negli ultimi decenni e comunque in palese ritardo rispetto ai modelli di clemenza americani, che, diversamente, hanno mostrato negli anni ampia capacità di flessibilità in ragione delle diverse epoche e circostanze storiche che hanno caratterizzato l'azione delle imprese e l'economia del paese. Peraltro in questa parte dell'opera è ben delineata la prospettiva risarcitoria che deriva dalla messa in luce del cartello per via collaborativa: l'interesse dei terzi (consumatori) e delle altre imprese estranee all'illecito a non esseri pregiudicati da comportamenti anticoncorrenziali porta l'autore a considerare il rapporto esistente tra incentivi clemenziali alla collaborazione concessi dall'Autorità Antitrust e ricadute sul piano risarcitorio derivanti dalla condotta anticoncorrenziale lesiva degli interessi privati. Il capitolo III del libro esplicita gli specifici meccanismi procedurali ed operativi connessi alla adozione dei programmi di clemenza ed alla adesione a questi da parte dell'impresa colpevole ma collaborante: l'indagine sull'effetto che i singoli strumenti tecnici stabiliti dal Program producono sulle scelte dell'impresa in ordine al disvelamento efficiente dell'illecito è tracciata dall'autore con precisione; D'Antonio analizza il diverso valore da riconoscersi alla *pre – investigation leniency* ed alla *post – investigation leniency* nei modelli in comparazione, l'applicazione pratica della regola del *winner-takes-all* e la sua concreta flessibilità nelle varie declinazioni nazionali, il rapporto tra rigidità del programma clemenziale e discrezionalità del potere valutativo dell'Autorità nonché la tematica della riservatezza e accessibilità del materiale offerto dall'impresa collaborante. Nel capitolo IV



l'autore offre un quadro esaustivo in chiave comparatistica del modello prevalente ed originario, costituito dall'esperienza dei *Leniency Programs* americani per come evolutisi negli anni, rapportandolo poi al modello comunitario derivatone: in particolare risalta la peculiarità dell'esistenza nell'ordinamento americano di programmi di clemenza individuali e la concorrenza tra sanzioni pecuniarie civilistiche e penalistiche, mentre la evoluzione della disciplina comunitaria, di più recente introduzione, risulta caratterizzata da riforme intervenute nell'ultimo decennio che hanno tratto importanti indicazioni di massima dalla maggiormente consolidata esperienza americana, senza che ciò impedisse, però, la implementazione di alcune scelte programmatiche (specie in tema di discrezionalità dell'Autorità nel condurre l'istruttoria) che fanno concludere l'autore per una maggiore *vis attractiva* del modello nostrano rispetto a quello americano per le imprese. La disamina comparatistica tra i due modelli principali, operata attraverso l'individuazione di profili di omogeneità e dissimilitudine, si conclude con la prospettiva di un programma di clemenza europeo uniforme, concretamente elaborato dall'*European Competition Network*. A più ampio raggio comparatistico spazia l'autore nel capitolo V, dove espone alcune peculiari esperienze extraeuropee di programmi di clemenza, muovendo la lente di ingrandimento dello studioso di diritto comparato tenendo ferma, con l'altra mano, il possibile modello di riferimento futuro costituito da un programma uniforme di clemenza, rappresentato dall'*ECN Model Leniency Programme*.

La tracciatura del bilancio conclusivo dell'intero lavoro si concentra nell'ultimo capitolo, con la ricapitolazione delle questioni che oggi agitano la materia della collaborazione premiale antitrust a livello europeo e internazionale e con la conferma della persistenza di una concreta distanza tra i modelli teorici e le esperienze concrete, distanza che si traduce in un ravvicinamento, sul piano sostanziale e operativo, tra i vari modelli in comparazione, con la conclusione che, circa la minore efficienza del modello concettualmente più efficace, rappresentato da quello comunitario (frutto, dunque, delle elaborazioni autonome dell'U.E. innestate su una base consolidata di stampo americano), giocano fattori di tipo sistemico, leganti in rapporto di biunivoca influenza leniency e deterrence, fattori che l'autore ben identifica nell'endemico deficit di deterrenza che tradizionalmente affetta il sistema



comunitario, pregiudicato, peraltro, dalla mancanza di un unico sistema normativo clemenziale europeo che costituisca un chiaro e saldo punto di riferimento per le imprese operanti nel mercato unico e che loro offra certezze circa le risposte sanzionatorie e premiali della collaborazione nell'emersione delle condotte antitrust.