



LA CLEMENZA IN DIRITTO ANTITRUST: TEORIE E MODELLI DI RIFERIMENTO DEI *LENIENCY PROGRAMMES**

VIRGILIO D'ANTONIO

SOMMARIO: 1. Sui principi ispiratori delle *leniency policies*. – 1.1. La *ratio* della clemenza nel diritto antitrust. – 1.2. Pemialità e fondamenti costituzionali. - 2. Similitudini e differenze tra *leniency* e *whistleblowing policy*. - 3. I programmi di clemenza nella prospettiva della *game theory*. - 3.1. Il dilemma del prigioniero e l'equilibrio di Nash. - 4. Fattori che incidono sulla razionalità delle scelte dei *players*. - 4.1. La confliggenza di interessi tra imprese ed individui. - 4.2. Il concorso di differenti formule sanzionatorie. - 4.3. La competenza parallela di differenti sistemi giuridici. - 4.4. La paura di possibili "ritorsioni". – 5. Sullo iato tra modelli teorici ed esperienze concrete: *optimal leniency programme* ed *optimal antitrust law*. - 6. Conclusioni.

1. Un noto frammento ulpiano recita che “*bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes*”¹. Nel diritto romano, in effetti, esistevano numerose previsioni volte a codificare ricompense offerte dall'ordinamento in funzione di determinati comportamenti posti in essere dai *cives*. Come osservato da Rudolf von Jhering, “*se al generale vittorioso spettasse un trionfo od un'ovazione oppure se il soldato avesse diritto alla corona muralis, civica, castrensis o navalis (queste erano le decorazioni militari dei romani), tutto era minuziosamente previsto e poteva divenire persino oggetto di un processo*”². Al diritto penale corrispondeva un diritto premiale, a volte caratterizzato da una precisione e da una sistematizzazione addirittura superiore a quella del primo³.

* Il presente lavoro costituisce revisione ed ampliamento di quello originariamente destinato agli Studi in onore di Diego Corapi, editi nel 2016.

¹ In *Digesto*, lib. I, 1.I, § I, tit. I. Vedi F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts I*, Berlino, 1840, p. 39 ss. (trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale I*, Torino, 1886, p. 63 ss.). In tema, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 27 ss.

² Il riferimento è a R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1877 – 1883, nella traduzione italiana a cura di M.G. LOSANO, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 139.

³ Riflessioni sul tema sono presenti negli *Essais* (1580, 1582, 1588) di MICHEL DE MONTAIGNE (trad. it. a cura di F. GARAVINI, Milano, 1966); nell'*Esprit des Lois* (1748) di MONTESQUIEU (di cui alla trad. it. a cura di S. COTTA, Torino, 1952), ove si discorre espressamente “*Des récompenses que le souverain donne*” (l. V, cap. XVII); nell'*Entretien d'un philosophe avec la Marechale de **** (1776) di D. DIDEROT, nonché nell'opera di J. BENTHAM, *Punishments and Rewards*, 1811 (trad. it. *Teoria delle pene e delle ricompense. Parte generale*, Roma, 1985).



Convinto della fondamentale funzione esercitata dalla premialità nell'indurre i consociati alla conformazione al precetto giuridico, il giurista tedesco, constatando l'assenza di disposizioni di tal fatta negli ordinamenti della fine del 1700, si interrogava sulle possibilità di futuro mutamento di questa situazione e “*se anche per il sistema della ricompensa statale si compirà quella trasformazione, che già da tempo si è verificata nel sistema della punizione statale (cioè la trasformazione dall'arbitrio soggettivo a regole ben precise, cioè al diritto, il che altro non è che un ritorno all'antico)*”⁴.

Analoga importanza alla dimensione premiale attribuivano Hans Kelsen, che, nella *Teoria generale del diritto e dello Stato*⁵, qualificava come sanzioni sia la punizione che la ricompensa, riportando entrambe all'unitario principio della retribuzione, così come Carnelutti, che indicava premio e castigo come due forme di sanzione in senso lato⁶.

Una codificazione del diritto premiale come auspicata da von Jhering, ad ogni modo, ad oggi pare ancora una visione futuristica, sebbene i sistemi giuridici moderni, in alcuni ambiti e, in particolare, in quello penale, si siano aperti ad istituti specifici basati su meccanismi premiali.

È il caso di quanto avvenuto, nel diritto della concorrenza americano della fine degli anni '70, con i programmi di clemenza (o *leniency programmes*⁷), nella declinazione particolare connessa alla desistenza da un illecito, accompagnata dal “tradimento” dei correi, quale condotta originante la possibilità del premio⁸.

Ora, il termine “clemenza”, nel linguaggio filosofico ed in quello tecnico-giuridico, può assumere diverse connotazioni. Se, ad esempio, nell'impostazione hobbesiana, rispetto a

⁴ Ancora R. VON JHERING, *op. ult. cit.*, p. 140. Non possono non citarsi, nella prospettiva specifica dell'incentivo all'adozione di comportamenti positivi tramite provvedimenti premiali, le opere di G. DRAGONETTI, *Delle virtù de' premi*, II ed., Modena, 1768 (secondo la ricostruzione di C. MAGNI, *Profilo dragonettiano*, Padova 1966, p. 82), e di M. GIOIA, *Del merito e delle ricompense*, III ed., Lugano, 1832.

⁵ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1945, nella traduzione italiana di S. COTTA - G. TREVES, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, II ed., Milano 1954, p. 15 ss.

⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma 1951, p. 27 ss. La simmetria tra sanzione e premio era viva anche nel pensiero gramsciano. In particolare, si veda A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Torino 1966, p. 88 ss., dove si evidenzia come il diritto sia “*l'aspetto repressivo e negativo di tutta l'attività positiva di incivilimento svolta dallo Stato*”, sicché nella concezione dello stesso “*dovrebbero essere incorporate anche le attività premiatrici di individui, di gruppi, ecc.; si premia l'attività lodevole e meritoria come si punisce l'attività criminale*”.

⁷ Nei paesi di *Common Law*, si utilizza spesso anche la forma “*leniency program*”: è il caso, ad esempio, degli Stati Uniti. In tema, sia consentito rinviare a V. D'ANTONIO, *Le politiche di clemenza in diritto antitrust. Principi, modelli e tecniche in comparazione*, Torino, 2012, p. 28 ss.

⁸ Per una prospettiva più ampia, A. WATSON, *Society and Legal Change*, 2nd ed., Philadelphia, 2001, p. 34 ss., nonché, per riflessioni specifiche sulle problematiche connesse ai mercati ed alla concorrenza, D.A. WESTBROOK, *City of Gold: An Apology for Global Capitalism in a Time of Discontent*, New York – Londra, 2003, p. 64 ss.



determinati delitti, qualsivoglia sanzione più mite della pena di morte può rappresentare, di per sé, già un atto di clemenza intrinseco all'ordinamento, Cesare Beccaria, nel 1764, con la sua monumentale opera, sostenne l'esistenza di un fondamento razionale della clemenza e della mitezza nella determinazione delle sanzioni⁹. In alcuni casi, soprattutto in ambito penale o in ambito religioso, la nozione di clemenza può finire per sovrapporsi a quella di perdono o di misericordia (*mercy*), assumendo la connotazione di disinteressato e gratuito atteggiamento di tolleranza e compassione espresso nei confronti di un reo o, comunque, di un soggetto subordinato.

Tuttavia, allorché si discorre di clemenza in materia di *antitrust policies*, la nozione si colora di differenti sfumature di significato. L'operazione di recepimento della nozione nel vocabolario del diritto della concorrenza, infatti, è stata caratterizzata dalla minimizzazione di alcuni aspetti e dalla valorizzazione di talaltri tratti: in tal senso, se certamente non può discorrersi di sanzioni "tiranniche" nel senso ipotizzato nell'opera del Beccaria¹⁰, non v'è neppure sovrapposizione tra *leniency* e *mercy*. In particolare, non si discorre di clemenza nel senso di unilaterale fissazione di sanzioni meno severe da parte delle autorità di controllo del mercato, né di immunità concessa *ex gratia*; al contrario, la clemenza, in diritto della concorrenza, anche allorché si traduce nella completa immunità rispetto alle sanzioni, presuppone sempre e comunque un ruolo attivo da parte del destinatario, consistente in genere nel disvelamento di informazioni (più o meno) determinanti circa il comportamento illecito. Ciò al fine di ottenere quantomeno la condanna dei complici del destinatario delle misure di clemenza: questo comporta che, in materia antitrust, una *leniency policy* sia ipotizzabile, in genere, esclusivamente rispetto a condotte illecite plurisoggettive.

È sulla base di questi presupposti che, nell'ambito delle nuove tecniche di *deterrence* sperimentate nell'alveo del diritto della concorrenza per combattere i cartelli, negli ordinamenti nazionali ed in quelli sovranazionali, una posizione di assoluta preminenza deve essere assegnata ai programmi di clemenza (introdotti anche nel sistema normativo italiano tramite la previsione dell'art. 15, co. 2bis, della legge n. 287/90¹¹).

⁹ Nel "Dei delitti e delle pene" (Livorno, 1766, a cura di G. ARMANI, Milano, 1987), l'illuminista italiano, al capitolo XXVI, nel discorrere di "dolcezza delle pene", sostenne che "perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infallibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico".

¹⁰ Il diritto antitrust, a parte alcuni sistemi giuridici caratterizzati da una storia recente di deciso inasprimento delle sanzioni (è il caso, ad esempio, degli Stati Uniti a partire dagli anni '90 in poi), è un settore dell'ordinamento tradizionalmente afflitto da problemi di *underdeterrence*, riconducibili alla difficoltà di disvelamento degli illeciti da parte delle autorità preposte e dalla debole afflittività delle sanzioni (spesso soltanto pecuniarie) comminate ai colpevoli di condotte devianti (*underpunishment*).

¹¹ Secondo le modifiche introdotte dal d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (il c.d. "Decreto Bersani sulle liberalizzazioni"), convertito con modifiche nella l. n. 248 del 4 agosto 2006. Cfr. , P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. imp. Eur.*, 2006, p. 719 ss. In un



Da un punto di vista generale, quindi, la clemenza in diritto antitrust si caratterizza quale concessione, da parte dell'ordinamento, di un premio, inteso quale trattamento favorevole consistente nella completa immunità o nella riduzione della sanzione normativamente prevista, in favore dell'autore dell'illecito che abbia fornito informazioni rilevanti in merito all'intesa in cui è coinvolto.

In termini di *ratio*, la considerazione ultima è che il premio abbia una capacità di orientamento della condotta che va a rafforzare quella indotta dalla sanzione. Tuttavia, al contrario di quest'ultima, che potrebbe non essere tenuta in particolare considerazione, magari perché se ne stima improbabile l'applicazione, la ricompensa viene soppesata dal membro del cartello allorché già si trova nell'orizzonte, più o meno concreto, di un possibile provvedimento sanzionatorio, sicché ha un interesse concreto a sfruttare le *chances* di premialità offerte dall'ordinamento¹².

Il fulcro che muove la leva di ogni politica di clemenza in materia antitrust può essere sintetizzato nel principio del “*divide et impera*”¹³: i *leniency programmes*, infatti, perseguono lo scopo principale di minare quel *pactum fiduciae* che, vuoi in maniera esplicita, vuoi implicitamente, costituisce il fondamento di ogni cartello¹⁴.

quadro di generale rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale *public enforcer* del diritto antitrust nazionale e comunitario, è previsto che essa, con proprio provvedimento generale, possa predisporre programmi di clemenza. Questi ultimi dovranno indicare i casi e le condizioni al verificarsi dei quali, in cambio della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole della concorrenza (nazionali o comunitarie) cui le stesse abbiano preso parte, verrà concessa una riduzione della sanzione ovvero la non irrogazione della stessa. In tema, per tutti, A. FRIGNANI – R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI – G.A. BENACCHIO, VII, Torino, 2006, spec. p. 383 ss. Sulla nozione di impresa consolidatasi nel contesto comunitario e sullo statuto giuridico della stessa, vedi D. CORAPI – B. DE DONNO, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Diritto privato dell'Unione Europea*, II, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXVI, Torino, 2000, p. 1491 ss., nonché L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 113 ss. (nota a Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistrè*).

¹² Sulla *ratio* che guida l'introduzione di questi meccanismi premiali, vedi N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 63 ss.

¹³ Il riferimento è ripreso da G. SPAGNOLO, *Divide et impera: Optimal Leniency Programs*, CEPR Discussion Paper, n. 4840/2004, consultabile alla pagina *web* http://papers.ssr.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143. Sia consentito anche il rinvio a V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in P.G. MONATERI – A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto»: incentivi, premi, sanzioni alternative*, atti del XIX Colloquio Biennale della Associazione Italiana di Diritto Comparato, Ferrara, 10-12 maggio 2007, Napoli, 2009, p. 775 ss.

¹⁴ Sul punto, all'interno di una vasta bibliografia, G.J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in 72 *J. Pol. Ec.*, 1964, p. 44 ss.; D.K. OSBORNE, *Cartel Problems*, in 66 *American Econ. Rev.*, 1976, p. 835 ss.; K.N. HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Practice*, Cambridge, 2003, p. 43 ss.; A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, *passim*, O.E.



In tal senso, i programmi di clemenza rappresentano un particolare strumento di deterrenza, la cui specificità deve essere identificata nel nuovo tipo di risposta che l'ordinamento oppone alle condotte anticoncorrenziali: le politiche di *leniency*, infatti, presuppongono il classico paradigma della corrispondenza “*condotta illecita = sanzione*”, però allo stesso affiancano la diversa formula “*condotta illecita + collaborazione = immunità*”, sicché l'ordinamento offre all'impresa che partecipi al cartello la possibilità di ottenere l'immunità dalle sanzioni in cambio di una fattiva collaborazione nel disvelamento dell'illecito¹⁵.

In buona sostanza, la collaborazione nella lotta ai cartelli – *rectius*, la delazione - è il “prezzo” che l'ordinamento impone all'impresa per evitare, completamente o soltanto in parte, la comminazione di una sanzione. Garanti di questo “patto” che lega Stato ed impresa sono generalmente le autorità preposte al controllo dei mercati, che di norma sono anche gli organismi investiti del potere di comminare le sanzioni e, dunque, i soggetti posti nella posizione ideale per determinare il “valore” da attribuire al contributo dell'impresa “pentita” in termini di riduzione della sanzione¹⁶.

In sostanza, si discorre di una sorta di “ravvedimento operoso”, ove si incentiva – *rectius*, si premia – una condotta, la rivelazione del cartello, che, in tutto o in parte, va ad incidere, in termini di contro-offensività, sull'illecito realizzato e sulla sua capacità di produrre effetti ulteriori¹⁷.

Ed allora, l'istituto in esame, in una prospettiva generale, può essere preso in considerazione da un duplice angolo visuale: quello dell'impresa colludente e quello delle autorità preposte alla regolamentazione dei mercati. Dal primo punto di vista, l'adesione al programma di clemenza rappresenta per l'impresa l'unica “via di fuga” al fine di ottenere l'immunità rispetto ad una sanzione per la condotta illecita già posta in essere ed il più delle

WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1987, *passim*; I. VAN BAELE – J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995, p. 35 ss.; M. GRILLO, *Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis*, in *Eur. J. Law and Economics*, 2002, p. 151 ss.; R.H. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in *50 Chicago L. Rev.*, 1983, p. 652 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, IV ed., Torino, 1996, p. 20 ss.; G. FLORIDIA – G.V. CATELLI, *Diritto antitrust: Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano 2003, *passim*.

¹⁵ Per tutti, T.R. TYLER, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990, *passim*. Analoghe riflessioni si ritrovano in W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *29 World Competition*, 2, 2006, p. 6 ss. Si vedano, ad ogni modo, anche i fondamentali contributi di J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *64 Philosof. Rev.*, 3, 1955, p. 4 ss., e di H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, 1968, *passim*.

¹⁶ In tema, per tutti, P.E. AREEDA – H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 2nd ed., voll. I-XVIII, New York 2004, *passim*, e R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1993, *passim*.

¹⁷ In prospettiva generale, vedi N. BOBBIO, *Le sanzioni positive*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 33 ss.



volte ancora in atto, ma non ancora scoperta: i *costs* da sopportare, in questo senso, sono quello dell'autodenuncia all'autorità della condotta collusiva e, per altro profilo, quello delle eventuali domande di risarcimento proposte da imprese e consumatori¹⁸. Ponendosi nell'ottica delle autorità, al contrario, la *leniency policy* rappresenta, al contempo, un meccanismo privilegiato di *discovery*, dal momento che crea un canale di informazioni "interno" sulle pratiche anticoncorrenziali, e – come detto – uno strumento di *deterrence*, che per il suo solo esistere crea un nuovo potenziale elemento di frizione tra le imprese partecipanti ad una intesa illecita¹⁹.

In effetti, il "dispositivo" su cui si fonda il funzionamento dei *leniency programmes* non è assolutamente nuovo, ma è stato già sperimentato in diversi ambiti dell'ordinamento (come la lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata)²⁰: l'impresa che ha partecipato ad un cartello può ottenere un beneficio, in termini di riduzione totale o parziale delle sanzioni, se abbandona la pratica anticoncorrenziale e comincia a collaborare attivamente con l'autorità, procurando alla stessa materiale probatorio relativo ai contenuti del patto illecito ed agli altri soggetti coinvolti²¹.

Da un punto di vista concreto, allora, attraverso l'introduzione di programmi di clemenza nel diritto antitrust, si vuole innanzitutto destabilizzare il rapporto fiduciario che è alla base dei cartelli, dal momento che la potenziale adesione al *leniency programme* di una delle imprese comporta la nascita di una nuova fonte di squilibrio nei rapporti di fiducia/sfiducia che legano i colludenti. Infatti, come è noto, in assenza di una *leniency policy*, l'unico rapporto di fiducia che i partecipanti ad un cartello devono rispettare è quello che potremmo definire "interno", legato cioè al rispetto del patto e delle condizioni dell'accordo collusivo. Al contrario, con l'introduzione dei programmi di clemenza, il rapporto di fiducia non è più soltanto interno, ma anche "esterno", visto che ogni partecipante dovrà fare affidamento non soltanto sul rispetto del patto anticoncorrenziale da parte di tutte le altre imprese

¹⁸ Per tutti, G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, 2007, p. 234 ss.

¹⁹ In tema, C. HARDING – J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003, p. 208 ss., nonché D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, *passim*.

²⁰ Vedi P. STEIN, *Legal Institutions. Development of Dispute Settlement*, Londra, 1984, nella traduzione italiana di A. DE VITA - M.D. PANFORTI - V. VARANO, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, 1987, p. 7 ss.

²¹ Non è inappropriato il paragone con i "collaboratori di giustizia", propri di altre esperienze normative come le "leggi sui pentiti".



colluse, ma anche sul fatto che nessuna di esse aderisca al *leniency programme* in cambio dell'immunità²².

È evidente, difatti, come l'introduzione di una *leniency policy* nel diritto antitrust risponda ad una duplice funzione, essendo uno strumento che, *ex ante*, ha una forte valenza dissuasiva, nella prospettiva della spontanea conformazione delle imprese alle regole antitrust, ed, *ex post*, contribuisce alla repressione delle pratiche anticoncorrenziali già poste in essere²³.

Peraltro, la pressione esterna esercitata sui cartelli dalle politiche di clemenza si manifesta anche in un altro senso: generalmente, tutti gli ordinamenti prevedono, infatti, che esclusivamente la prima impresa che si autodenuncia (*"the-first-in"*) possa ottenere l'immunità totale, mentre le eventuali collaboratrici successive potranno giovare al più di una riduzione della sanzione o, addirittura, non si vedranno riconosciuto alcun beneficio. Si tratta del principio del *"first-in-the-door"* che tutte le politiche di clemenza conoscono, sebbene secondo diverse epifanie concrete e diversi gradi di rigidità²⁴. Tale regola è funzionale a creare una ulteriore fonte di "affanno" in capo alle imprese che partecipano alla pratica illecita, poiché eventuali segnali di crisi nel rapporto fiduciario alla base del cartello o il semplice esaurimento delle sue potenzialità economiche potrebbero determinare una vera e propria "corsa all'autodenuncia", in cui molto spesso non vi sono premi per i secondi arrivati, ma soltanto costi da sostenere (in termini di sanzioni e di risarcimenti dei danni in favore di *competitors* e consumatori eventualmente pregiudicati dall'illecito)²⁵.

Lo scopo ultimo della *leniency policy*, dunque, è quello di introdurre nei rapporti tra i partecipanti al cartello una nuova fonte di incertezza e di reciproca diffidenza (*"divide"*), sì da incentivare l'impresa a tradire il patto anticoncorrenziale e ad affidarsi all'autorità per ottenere l'immunità (*"impera"*)²⁶.

²² Si veda, sul punto, F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. mercato*, 2002, 10, p. 229 ss., nonché in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 869 ss.

²³ Per tutti, S.D. HAMMOND, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*, address at the International Workshop on cartels (21/22 novembre 2000), reperibile alla pagina telematica <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>.

²⁴ Cfr. K.N. HYLTON, *Antitrust Law*, cit., p. 110 ss.

²⁵ Cfr. J. ARP – C. SWAAK, *A tempting offer: immunity from fines for cartel conduct under the European Commission's new Leniency notice*, in *E.C.L.R.*, 2003, p. 7 ss. Vedi anche GRIFFIN, *An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels*, Washington, 2000, *passim*.

²⁶ Il complesso gioco di "pesi e contrappesi", di tensioni, di fiducia e di sfiducia, che è alla base di ogni programma di clemenza, pare pienamente espresso nel titolo di un saggio di C.R. LESLIE, *Trust, distrust and antitrust*, cit., p. 515 ss. e ripreso, nella dottrina italiana, da M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, relazione svolta alla Giornata di Studio tenutasi a Roma, il 30 ottobre 2006, sub *Promozione e tutela della concorrenza: le novità del "Pacchetto Bersani"*, organizzata dalla Facoltà di Economia dell'Università di Roma "Tor



1.1. I programmi di clemenza rappresentano, dunque, uno dei più moderni ed efficaci strumenti di lotta alle pratiche anticoncorrenziali e, in particolare, alle intese illecite che sia stato sperimentato in materia antitrust. Tant'è che l'istituto, dopo l'originaria formulazione da parte dell'ordinamento statunitense, ha avuto una rapida diffusione a livello globale e lo studio delle dinamiche di funzionamento dello stesso, alla ricerca dell'*optimal drafting*, costituisce uno dei temi di maggiore interesse dell'odierno dibattito all'interno dell'*International Competition Network*²⁷.

L'interprete, tuttavia, potrebbe porsi due interrogativi fondamentali, strettamente interrelati tra loro, intorno alle politiche di clemenza, l'uno di carattere ontologico, l'altro di natura metodologica.

Il primo interrogativo, dunque, riguarda la stessa opportunità di prevedere politiche di clemenza rispetto a determinati illeciti. La questione è legata alla considerazione che, sebbene l'introduzione di nuovi strumenti di *enforcement* rappresenti comunque un vantaggio complessivo per il sistema, tuttavia, nel caso specifico degli istituti fondati sulla clemenza, tale vantaggio deve essere comparato con i costi conseguenti alla disapplicazione (o, eventualmente, alla riduzione) delle sanzioni a carico di alcuni soggetti.

Difatti, premesso che le politiche di clemenza si fondano sempre sulla utile collaborazione di chi vi accede con la giustizia, le stesse sono essenzialmente calibrate sul compromesso tra due interessi pubblici di egual rango: quello, "sacrificato", teso ad imporre una sanzione in capo a chi ha compiuto un illecito, e l'altro, ritenuto prevalente, al disvelamento dell'illecito stesso²⁸.

In tal senso, la scelta di introdurre, in determinati settori, politiche di clemenza corrisponde, nella logica complessiva di un settore dell'ordinamento, alla realizzazione di almeno due risultati vantaggiosi immediati²⁹. Per un verso, infatti, soprattutto in ambiti caratterizzati da difficoltà nella raccolta del materiale probatorio e nell'emersione delle condotte devianti, le politiche di clemenza, basate sul pentitismo premiale, offrono alle autorità di controllo uno strumento di *disclosure* dalla prospettiva inedita, interna allo stesso

Vergata" e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e reperibile anche alla pagina telematica www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/mar28/17988.pdf. L'autorevole dottrina richiamata evidenzia l'efficacia dell'espressione anglosassone nel descrivere il complesso dispositivo psicologico, giuridico ed economico al contempo che sta dietro all'elaborazione di un programma di clemenza.

²⁷ Si vedano R. VAN DEN BERGH – P.D. GAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A comparative perspective*, Antwerpen, 2001, p. 48 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 28 ss.

²⁸ In prospettiva più ampia, L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 169 ss., e G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss.

²⁹ In tema di diritto antitrust, per tutti, N. ZINGALES, *European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?*, in *5 Comp. Law Rev.*, 1, 2008, p. 5 ss. e spec. pp. 7-8.



illecito. Ciò consente, in molte occasioni, di rivelare illeciti che, altrimenti, sarebbero rimasti occulti e completamente impuniti, esercitando sino all'estremo le proprie ricadute negative sulle società. Per altro verso, nel momento in cui si valuta il “cost” della mancata imposizione della sanzione derivante dalla politica di clemenza deve tenersi in opportuna considerazione il valore, anche in termini economici, dei costi e del tempo risparmiato dall'autorità di controllo nella scoperta dell'illecito³⁰. Ad esempio, tramite l'adesione di un colludente ad un *leniency programme*, disvelare un cartello con largo anticipo rispetto ai naturali tempi di un'indagine può consentire di ridurre drasticamente non soltanto i costi di indagine, ma anche quelli complessivamente sostenuti dalla società e dal mercato stesso in costanza dell'illecito³¹.

In definitiva, la scelta di un ordinamento di ricorrere a *leniency policies*, indipendentemente dal settore specifico di applicazione, deve rappresentare il frutto della ponderazione e del bilanciamento di una serie di interessi, dove la mancata imposizione della sanzione, anche da un punto di vista dell'impatto sociale che ciò comporta, deve trovare adeguata compensazione nella possibilità di individuare illeciti che altrimenti rimarrebbero celati, nonché in un risparmio di costi (inteso sia in senso complessivo per la collettività, quale danno cagionato dall'illecito, sia nella prospettiva particolare dell'autorità, quale riduzione dei costi di indagine)³².

In altre parole, nella prospettiva di ciascun sistema, l'adozione di un programma di clemenza rappresenta un compromesso che l'ordinamento, in alcuni casi, è costretto a compiere, comparando il sacrificio (parziale) del proprio potere sanzionatorio con il rafforzamento complessivo dei propri poteri di *enforcement* in determinati settori. È chiaro, comunque, che gli ambiti ove introdurre *leniency policies* devono presentare peculiari caratteristiche e, in particolare, caratterizzarsi come particolarmente refrattari al disvelamento dei relativi illeciti. Veniamo, così, al secondo quesito indotto dallo studio dell'istituto in esame.

In tal senso, occorre interrogarsi, nella prospettiva delle metodologie di selezione degli ambiti dell'ordinamento ove applicare politiche di clemenza, circa l'opportunità e la

³⁰ Secondo N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 8, v'è un ulteriore bilanciamento da realizzare e cioè quello “*between the costs and time saved by competition authorities and the perspective costs of building up and administering the procedures set for the proper use of this additional enforcement tool*”. Una tale ponderazione di considerazione potrebbe comportare che “*some countries, argue they have no need for such a complement to their antitrust rules: this may be the case for smaller countries, such as Malta for example, where the number of cartels is still not high enough to call for special policy arrangements in addition to the traditional tools deployed by competition authorities*”.

³¹ Vedi anche A. FRIGNANI, *Le intese di fronte alla Corte di giustizia: sempre più diluito il concetto di nullità*, in *Notiziario giuridico (ora Giur. piem.)*, 1970, p. 783 ss.

³² Cfr. K.N. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, 2003, p. 46 ss., nonché A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE*, in A. FRIGNANI - R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 1 ss.



correttezza della scelta normativa di offrire l'immunità (o una *reduction of fines*) rispetto a determinate sanzioni esclusivamente in relazione alla fattispecie dei cartelli, delle intese anticoncorrenziali. Questo secondo interrogativo, in altre parole, concerne l'opportunità – *rectius*, l'utilità - di utilizzare *leniency policies* quale forma di risposta anche in ordine ad altri illeciti e non soltanto nel campo del diritto antitrust³³.

Ora, premesso che esistono diversi ambiti dell'ordinamento ove vengono utilizzate con successo politiche di clemenza e forme di pentitismo premiale³⁴, deve pure sottolinearsi

³³ In dottrina, R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 25 ss.

³⁴ La legislazione premiale caratterizza il settore penale. Tipico esempio di normativa premiale è quella dettata per i collaboratori di giustizia, che risponde alla finalità di incentivare la dissociazione delle persone resesi responsabili di delitti di criminalità organizzata, affinché si adoperino per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione degli autori. Il "premio" ha natura composita: concessione di speciali misure di protezione per il collaboratore ed i propri familiari (cfr. d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. con modificazioni in l. 15 marzo 1991, n. 82, modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45); riconoscimento di una riduzione di pena, attraverso l'applicazioni di specifiche circostanze attenuanti (cfr. art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modificazioni in l. 12 luglio 1991 n. 203); benefici penitenziari diretti a sottrarre i collaboratori di giustizia alla normativa particolarmente restrittiva dettata per i condannati per reati di criminalità organizzata (cfr. artt. 4-bis e 58-ter ord. penit.). Clausola di salvaguardia del sistema è dettata dall'art. 16-septies del citato d.l. n. 8 del 1991, che prevede la revisione della sentenza di condanna (unico caso di revisione in *peius* nel nostro ordinamento), allorché le circostanze attenuanti previste in materia di collaborazione siano state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti o quando chi ha beneficiato delle predette circostanze attenuanti abbia commesso, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l'arresto in flagranza è obbligatorio, sempre che il delitto, per il quale vi è stata condanna, sia indicativo della permanenza del soggetto nel circuito criminale. Sul versante processuale, risultano ispirati ad una logica di premialità i c.d. riti alternativi al dibattimento, che determinano una definizione anticipata del processo penale. In questi riti, che rispondono a finalità deflattive del carico giudiziario, la rinuncia alle forme della "giurisdizione" (per reati connotati, di solito, da un contenuto disvalore sociale) – che si manifesta attraverso la richiesta dell'imputato (oblazione) o il raggiungimento di un accordo (soggetto, comunque, ad un controllo giurisdizionale) tra "accusa" e "difesa" (applicazione di pena su richiesta delle parti) o, ancora, l'acquiescenza ad un provvedimento di condanna senza giudizio (decreto penale di condanna) – viene ripagata con una consistente riduzione di pena. Ha una funzione solo eventualmente premiale, invece, il giudizio abbreviato, ponendosi la riduzione di pena, che pure avvantaggia l'imputato che venga ritenuto colpevole, come conseguenza possibile, ma non ineluttabile della scelta di un rito, che rappresenta sì una forma di giurisdizione semplificata, ma non per questo meno garantita. Misure premiali sono previste dalla normativa penitenziaria. Si pensi alla liberazione condizionale, che estingue la pena come "premio" per il "sicuro ravvedimento del reo" (artt. 176 e 177 c.p.); alla liberazione anticipata, che riduce la pena da scontare a favore dei detenuti che abbiano "dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione" (art. 54 ord. penit.); ai permessi premio, che incentivano la "regolare condotta" dei condannati nei cui confronti è in esecuzione una pena detentiva; alla remissione del debito, che estingue debito per le spese del processo nei confronti di chi si trova in disagiate condizioni economiche e abbia tenuto una "regolare condotta" (art. 6 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115); alla riabilitazione, che estingue le pene accessorie e gli effetti



come non tutti gli illeciti si prestino ad essere coinvolti nell'orbita dei meccanismi di funzionamento di *leniency policies*. In particolare, per come sono strutturate, sul presupposto della collaborazione del pentito nel disvelamento di condotte devianti più ampie, le politiche di clemenza mal si adattano alle rivelazione di illeciti monosoggettivi, dove cioè vi sia un unico colpevole, ed a consumazione immediata. In quest'ultimo caso, infatti, dove non vi siano altri soggetti coinvolti e l'illecito abbia già pienamente esaurito i propri effetti, l'autorità di controllo non ha alcun interesse a garantire l'immunità totale al pentito ed un interesse non particolarmente rilevante a concedere riduzioni di pena³⁵.

Al contrario, le politiche di clemenza rappresentano uno strumento ideale ed estremamente efficiente, in termini di *deterrence* e di *discovery*, per illeciti plurisoggettivi, a consumazione continuata, ove le condotte illecite e gli effetti delle stesse si protraggono nel tempo. In tal senso, i cartelli, caratterizzati dal necessario coinvolgimento di una pluralità di imprese e dall'indispensabile protrarsi nel tempo degli stessi, rappresentano la fattispecie ideale ove le politiche di clemenza possono offrire risultati particolarmente rilevanti.

Peraltro, in ragione della natura fiduciaria e clandestina che anima i rapporti tra le imprese colluse³⁶, quello dei cartelli rappresenta, da sempre, uno degli ambiti di indagine più complessi per le autorità di controllo dei mercati, sicché i programmi di clemenza si rivelano ancor più utili in quanto destinati a minare i rapporti fiduciari che sorreggono l'intesa e, in ultima analisi, determinarne la scoperta attraverso la confessione di uno dei partecipanti.

Ecco perché, anche a differenza di altre fattispecie di illecito tipiche del diritto della concorrenza, soltanto quella delle intese illecite è interessata, in molti ordinamenti nazionali e sovranazionali, da forme di incentivo alla delazione fondate sui programmi di clemenza: rispetto a differenti ipotesi di condotte devianti, infatti, l'introduzione di *leniency policies* o non è compatibile con la natura stessa dell'illecito oppure finirebbe per rivelarsi inefficiente o del tutto inutile³⁷.

penali della condanna a favore di cui, dopo l'espiazione o l'estinzione delle pena, “abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta” (artt. 178 e 179 c.p.).

³⁵ Cfr. D. HILDEBRAND, *The European School in Competition Law*, in 25 *World Competition*, 2003, p. 3 ss.

³⁶ Cfr. N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 8, secondo cui un cartello può essere descritto come “an organization of businesses that is usually hard to detect, but at the same time maintainable in the long run, provided that some strong psychological assumption exist among cartel's members about their reciprocal behaviour”.

³⁷ Occorre dire, comunque, che in alcune esperienze giuridiche le politiche di clemenza trovano applicazione anche rispetto ad illeciti concorrenziali diversi dalle intese: ad esempio, in Brasile, il *programa de leniência* copre anche la fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Analogo discorso vale per l'ordinamento canadese, ove i programmi vigenti si applicano anche ad alcune ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli. Spesso, poi, le *leniency policies* estendono la propria sfera di efficacia anche a figure peculiari, quali il cd. *bid-rigging*, che però rappresentano comunque forme di accordi restrittivi della concorrenza. Si rinvia, in materia, alle recenti *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, pubblicate il 12 giugno 2012 dalla *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) e consultabili alla pagina <http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf>. In tema, vedi



1.2. In assenza di una esplicitazione diretta, non appare agevole ipotizzare una collocazione costituzionale delle politiche di clemenza, così come sono concepite in diritto della concorrenza, cioè quale parziale sacrificio del potere sanzionatorio statale in favore dell'incremento degli strumenti di *discovery* dell'autorità rispetto a fattispecie di illecito particolarmente complesse da identificare. Come visto, infatti, nell'impostazione ultima dell'istituto, si registra una rinuncia, assoluta o parziale, dell'*antitrust authority* all'esercizio effettivo della pretesa punitiva nei confronti di quei soggetti che abbiano posto in essere condotte rilevanti in senso contro-tipico rispetto all'illecito commesso e, in particolare, abbiano intrapreso delle forme di collaborazione ai fini dell'accertamento del cartello. In generale, quindi, vi è un effetto mitigatore della sanzione prevista che l'ordinamento riconosce all'autore della condotta deviante in rapporto ad una pratica collaborativa posta in essere da quest'ultimo, normativamente connotata e definita.

In prospettiva sistematica, i programmi di clemenza appartengono, dunque, al più ampio *genus* del cd. diritto premiale³⁸, particolarmente sviluppato e studiato in ambito penale, ove la premialità permea le tre articolazioni del diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario³⁹.

comunque *infra*, capitoli IV e V. Resta tuttavia fermo che la figura paradigmatica di illecito rispetto alla quale vengono comunemente adottati (e poi concretamente applicati) i programmi di clemenza è quella dei cartelli.

³⁸ In tema, N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 1312 ss.; M. PISANI, *Studi di diritto premiale*, II ed., Pavia, 2010, p. 11 ss.; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna 1932, p. 345 ss.; A. DE MATTIA, *Merito e ricompensa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1937, p. 608 ss. Si ritiene, generalmente, che il diritto premiale, allorché si ammetta l'utilizzo di tale formula definitoria, sia un settore dell'ordinamento che non si presta ad una facile catalogazione ed, ancor meno, ad un coerente inquadramento sistematico. Ciò in quanto lo stesso coinvolge sia il profilo investigativo e, poi, processuale, anteriore alla concreta applicazione della sanzione penale, sia il successivo momento della determinazione concreta della sanzione; sia, ancora, la fase dell'esecuzione della stessa (in diritto penale, tale momento coincide, in genere, con quello penitenziario). In dottrina, V. GIANTURCO, *Dei meriti e delle ricompense: variazioni sul tema della giustizia premiale*, in *Riv. pen.*, 1968, 1, p. 234 ss.

³⁹ Vedi N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 1316. Come osserva C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzì*, Milano, 2009, p. 519 ss., "la premialità attraversa il diritto penale in tutte e tre le sue articolazioni (diritto sostanziale, processuale e penitenziario): comportamenti del reo, dell'imputato e del condannato, apprezzati dall'ordinamento sono premiati, rispettivamente, in forma di circostanze attenuanti o di cause in senso lato di non punibilità, di cause di improcedibilità e di diminuenti connesse all'accesso ai riti alternativi al giudizio ordinario, di benefici fruibili in fase di esecuzione della pena". Si pensi, quali esempi paradigmatici, ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia introdotti dalla legge 13 febbraio 2001, n. 45, recante "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza" (pubblicata nel supplemento ordinario n.50/L alla G.U. n. 58 del 10 marzo 2001) o, ancora, alle ipotesi di remissione in pristino per taluni reati paesistico-ambientali, come previste dall'art. 181, co. 1 *quinquies*, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137" (in supplemento ordinario n. 28 alla G.U. 24 febbraio 2004, n. 45).



In effetti, è comune la contrapposizione tra diritto penale e diritto premiale, ove il primo mira alla repressione e alla prevenzione del disvalore e del comportamento deviante, mentre il secondo, per contrappunto, ha quale funzione la premiazione di determinati comportanti e l'incentivazione di specifiche condotte (quale può essere anche la desistenza da un illecito)⁴⁰.

In particolare, in ordine ai programmi di clemenza, discorriamo di una fattispecie di diritto premiale sostanziale, per distinguerla dalle ipotesi di diritto premiale *tout court*⁴¹ e dal diritto promozionale⁴². Ed infatti, secondo la ricostruzione che dello stesso ha operato la dottrina penalistica⁴³, il diritto premiale sostanziale accorda benefici, in termini di non o minore punibilità, ad un soggetto che, intrapresa una condotta potenzialmente qualificabile in termini di illecito (o di reato), adotta un comportamento antagonista rispetto all'offesa (di pericolo o di danno), con il risultato di eliminarla, attenuarla o impedire conseguenze ulteriori.

In tal senso, il membro del cartello che, attraverso la collaborazione con l'autorità, consente la scoperta e/o la cessazione dell'illecito contribuisce ad eliminare l'illecito e, comunque, ad impedire che lo stesso produca ulteriori effetti negativi sui mercati.

Visto il carattere trasversale delle sanzioni imposte dal diritto antitrust in materia di intese, ove alcuni ordinamenti prevedono il concorso di sanzioni penali, amministrative e – *lato sensu* –risarcitorie ed altri soltanto una o due di tali tipologie sanzionatorie, la valenza delle *leniency policies* non si ferma al diritto penale premiale sostanziale, ma è riconducibile ad una forma generica di diritto premiale sostanziale, anche di stampo extrapenale o ultrapenale.

Se il diritto premiale, in genere, si sostanzia tanto in un incentivo *ex ante* rispetto ad una data condotta, quanto in un riconoscimento *ex post* della preferibilità della stessa tramite la

⁴⁰ Cfr. S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Roma, 1976, p. 14 ss.

⁴¹ Secondo la definizione di C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, p. 521, il diritto premiale *tout court* “attribuisce ricompense (*gratificazioni, onorificenze, premi in danaro ecc.*) a soggetti che abbiano tenuto condotte ritenute meritorie in sé (*qualificabili in termini sociologici come superconformi o supererogatorie, e cioè ulteriori al dovere*), non in quanto contrapposte (*e seguenti a*) precedenti condotte almeno potenzialmente criminose”. In questa specifica accezione, il diritto premiale è molto vicino alla concezione romana, così come la intendeva anche R. VON JHERING ne *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 139.

⁴² Il rinvio è ancora a C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, p. 521, che identifica il diritto promozionale come quello comprendente “*misure di agevolazione (specie di natura economica e fiscale), tipicamente espressive dello Stato sociale, funzionali a orientare la condotta di una collettività indeterminata di beneficiari a fini socialmente desiderati?*”.

⁴³ Cfr. N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 1320 ss. Vedi anche C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, p. 520, il quale riferisce anche di ulteriori definizioni di diritto premiale sostanziale, collegate a soggetti che, compiuto un reato, tengono comportamenti idonei a suscitare un giudizio di non o minore pericolosità sociale o di avvenuta o più agevole risocializzazione, oppure adottano condotte funzionali alla soddisfazione di interessi diversi da quello offeso, ma pur sempre rilevanti in un'ottica di temperamento di beni giuridici. Del medesimo Autore, si rinvia pure a *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 415 ss.



sanzione positiva, questo profilo, grazie al meccanismo delatorio che caratterizza l'istituto e che si innesta su rapporti animati da un forte elemento fiduciario, assume una connotazione particolarmente marcata nelle *leniency policies*. Questo strumento del diritto della concorrenza, difatti, mira ad avere prima di tutto una spiccata funzione di *deterrence*, preventiva rispetto alle condotte devianti, allorché l'incentivo alla conformazione positiva, indotto tramite il premio connesso alla cessazione dell'illecito, rappresenta essenzialmente il meccanismo per accrescere i poteri di *discovery* della *competition authorities* operanti in materia.

Per tale ragione, i programmi di clemenza, nonostante la formulazione nominalistica, non appartengono al diritto clemenziale propriamente inteso, dal momento che gli elementi che animano quest'ultimo sono fondati sulla concessione della non punibilità o della riduzione di pena per ragioni essenzialmente politiche, non traducibili in via immediata nella logica del bilanciamento tra beni giuridici (che è invece connotato tipico alla base dell'introduzione di un *leniency programme* in ogni sistema antitrust)⁴⁴.

Nel momento in cui si inquadrano i programmi di clemenza nel contesto della peculiare declinazione del diritto premiale appena vista, allora, il riferimento costituzionale viene in considerazione in una doppia accezione, quale vaglio di costituzionalità della rinuncia dell'ordinamento al proprio potere punitivo, prima, e del compromesso di interessi a fondamento di ogni *leniency policy*, poi⁴⁵.

Nella prima prospettiva, si ritiene generalmente che un ordinamento, nel rispetto dei principi di uguaglianza (formale e sostanziale), ragionevolezza e certezza del diritto, possa legittimamente disciplinare ipotesi nelle quali rinuncia all'esercizio del proprio potere sanzionatorio: siamo nel campo delle scelte di politica legislativa, ove, nel rispetto dei fondamenti sostanziali dell'intelaiatura costituzionale di un dato sistema giuridico, determinate condotte possono essere liberamente valutate in termini di suscettibilità o meno alla punizione⁴⁶.

In sostanza, il legislatore è libero di valutare positivamente, in termini di non punibilità o di riduzione delle sanzioni altrimenti comminate, il contegno collaborativo di chi,

⁴⁴ Si pensi ad istituti quali l'amnistia o l'indulto: in tema, C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, cit., p. 521, nonché ID., *Sanatorie, condoni, indultino: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 209 ss.

⁴⁵ Sui profili costituzionali del diritto antitrust, si vedano R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994, p. 23 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 6 ss.; C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 29 ss., e M. PINNARÒ, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di taluni eclissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 430 ss.

⁴⁶ In dottrina, si rinvia a F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 1 e 2, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980, p. 230 ss.; ID., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 16 ss.; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947, p. 46 ss., nonché a L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 657 ss.



originariamente protagonista di un illecito, decida di cessare la propria condotta deviante e di collaborare, a vario titolo, con l'autorità⁴⁷.

Eppure, deve pur osservarsi come una conclusione in questi termini, allorché letta isolatamente, quasi alla stregua di principio generale innervante l'intero ordinamento, si riveli non pienamente soddisfacente, per l'incertezza di fondo che la stessa reca con sé e, soprattutto, per il sostanziale indebolimento della dimensione della deterrenza delle norme sanzionatorie. Difatti, ove la collaborazione giustificasse sempre e comunque la non punibilità o la mitigazione delle sanzioni, atteggiandosi tale assunto a principio generale di rango sistematico, qualunque consociato potrebbe essere indotto alla violazione delle disposizioni di diritto sostanziale, nella convinzione che il successivo ravvedimento potrebbe garantire una facile "fuga" dall'apparato sanzionatorio di protezione.

La conseguenza, evidentemente, sarebbe un ingiustificabile *vulnus* alla dimensione della tutela sostanziale dei diritti, anche di rango fondamentale e non soltanto nei rapporti interpretati⁴⁸.

È questa la ragione per cui si ritiene che il giudizio di conformità costituzionale non possa arrestarsi alla sola dimensione della rinuncia dell'ordinamento al proprio potere punitivo, teoricamente ammissibile, ma debba necessariamente completarsi nella valutazione, sempre in prospettiva costituzionale, del compromesso di interessi a fondamento di qualsivoglia formula di diritto premiale sostanziale e, per quel che qui interessa, di qualunque politica di clemenza.

In siffatta ottica, la sacrificabilità, totale o parziale, del potere punitivo statale nel caso concreto può ottenere giustificazione soltanto allorché essa trovi il proprio presupposto ultimo nella tutela di interessi di rilievo costituzionale, eventualmente anche differenti rispetto a quelli sottesi alle disposizioni di diritto sostanziale violate con la realizzazione dell'illecito.

Nel caso specifico dei *leniency programmes* in materia concorrenziale, tale comparazione di interessi avviene in relazione alla necessità di dotare le autorità di controllo di strumenti

⁴⁷ Come opportunamente rileva D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte Costituzionale*, nota a Corte cost. n. 165/1983, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1810 ss., il principio di uguaglianza-ragionevolezza deve comunque orientare il legislatore nella scelta di introdurre fattispecie di diritto premiale sostanziale, ove la non punibilità o la riduzione di pena sono costituzionalmente legittime a condizione di non sovvertire, per un verso, la coerenza interna del sistema della legislazione ordinaria e, per un altro, l'ordine dei valori messi in gioco, sicché non sarebbero legittime forme di premialità che manifestassero una grave sproporzione tra le opportunità politico-criminali ad esse sottese e la significatività criminale di determinati tipi di comportamento, in rapporto a beni giuridici fondamentali. In tema, vedi anche C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, cit., p. 533.

⁴⁸ Cfr. L. MISTELIS, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law Reform: Some Fundamental Observations*, in *34 Int. Lawyer*, 2000, p. 1055 ss.



efficienti per disvelare e combattere i cartelli e, in estrema analisi, nella prospettiva di tutelare i mercati ed i rapporti concorrenziali e, con essi, imprese e consumatori.

In altre parole, nel caso di specie, il bene costituzionalmente tutelato, che giustifica il sacrificio del potere punitivo statale, è quello dell'iniziativa economica privata, bene elevato – esplicitamente o implicitamente – a rango di posizione giuridica fondamentale in tutti i principali ordinamenti giuridici.

Nell'ordinamento italiano, i confini di tale figura, ex art. 41 Cost., sono segnati dall'utilità sociale, come dalla sicurezza, la libertà e la dignità umana⁴⁹. In effetti, l'opzione della Costituzione italiana nel senso dell'esplicitazione della libertà d'impresa rappresenta una scelta normativa singolare e, per larghi tratti, "originale" rispetto alla tradizione costituzionale del '900, come delle costituzioni dei paesi industriali in generale.

Nelle altre carte costituzionali della *Western Legal Tradition*, infatti, la libertà d'iniziativa economica privata (o libertà d'impresa), quand'anche prevista espressamente tra i diritti fondamentali⁵⁰, non si presenta mai così analiticamente regolata, anche rispetto a possibili limitazioni. Anzi, in diverse esperienze costituzionali, tale libertà, pur riconosciuta come valore fondamentale permeante l'ordinamento, non trova alcuna menzione: si pensi, in tal senso, alla Costituzione americana, come a quelle tedesca e francese o, ancora, alle Costituzioni dei paesi nordici. In tutte queste esperienze, la libertà d'impresa viene intesa quale riflesso diretto, parte integrante del diritto di proprietà e, in concreto, attraverso l'opera del formante giurisprudenziale, ha trovato tutela e disciplina propria come estensione di quest'ultima posizione giuridica.

Per quanto concerne lo *specificum* della dimensione giuridica europea, ad ogni modo, la tutela del mercato assume, da sempre, rilevanza costituzionale nel contesto dell'ordinamento comunitario, dal momento che la stessa è direttamente prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e, in particolare, dagli artt. 101 (ex art. 81 TCE) ss. dello stesso, nonché sancita, sin dal 2000, dall'art. 16 della Carta di Nizza⁵¹. Tale

⁴⁹ Sull'art. 41 Cost., cfr. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 582 ss.; F. GALGANO, sub *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, artt. 41-44, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 12 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 309 ss. Come noto, la disposizione costituzionale italiana, al terzo comma, prevede che l'iniziativa economica privata possa essere sottoposta ad opportuni programmi e controlli, affinché venga indirizzata e coordinata a fini sociali.

⁵⁰ Esempi, in tal senso, sono l'art. 27 della Costituzione svizzera ("*Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung*") e l'art. 38 della Costituzione spagnola ("*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*").

⁵¹ Per tutti, G.F. FERRARI, *Diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, p. 383 ss.



disposizione, peraltro, è oggi parte integrante del diritto dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e prevede espressamente che “è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”⁵². Il mercato e, con esso, la concorrenza e la libertà d'impresa, d'altronde, intesi quali valori di rango costituzionale o paracostituzionale da tutelare, sono storicamente tra gli obiettivi fondamentali dell'integrazione europea, tanto quale derivazione delle tradizioni giuridiche nazionali, quanto come principi propri del diritto comunitario⁵³. Tale approccio, anche grazie all'opera della Commissione, consente di discorrere dell'esistenza di una Costituzione economica europea, in virtù della quale le regole europee del mercato e della unione monetaria e finanziaria sono valutate alla stregua di norme costituzionali degli ordinamenti nazionali⁵⁴.

Sul punto, dunque, deve concludersi che, vuoi per diretta esplicitazione costituzionale, vuoi per l'opera delle corti nell'elaborazione della Costituzione “vivente” di ciascun ordinamento, pressoché tutti i sistemi della Tradizione Giuridica Occidentale possono dirsi accomunati dalla considerazione della libertà d'iniziativa economica privata quale valore di rango primario da tutelare e temperare con altri diritti fondamentali riconosciuti ai *cives*⁵⁵.

Ne deriva che la tutela della concorrenza e del mercato e, nell'ambito della stessa, la lotta ai cartelli, una delle fattispecie di illecito antitrust che maggiormente può incidere e condizionare le dinamiche commerciali (e non solo), può costituire certamente un obiettivo

⁵² Vedi anche G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 21 ss. La libertà d'impresa di cui all'art. 26 della Carta di Nizza si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare una attività economica o commerciale in territorio comunitario: sentenza 14 maggio 1974, *Nold*, causa 4-73, in *Raccolta*, 1974, 491, punto 14 della motivazione; sentenza 27 settembre 1979, *SPA Eridania et al.*, causa 230/78, *ibidem*, 1979, 2749. Sulla libertà contrattuale, C. Giust. CE, 5 ottobre 1999, *Spagna contro Commissione*, causa C-240/97, *ibidem*, 1999, I-6571. In tema, sia consentito rinviare anche a V. D'ANTONIO, *La Carta dei diritti fondamentali*, in M. COLUCCI – S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea: Principi – Istituzioni – Politiche – Costituzione*, Bologna, 2005, p. 82 ss.

⁵³ Vedi G. DI PLINIO, *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 2009, 3, p. 168 ss., nonché E.F. OESER, *Evolution and Constitution. The Evolutionary Selfconstruction of Law*, Dordrecht-Boston, 200, p. 47 ss.

⁵⁴In tema, C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *30 Eur. L. Rev.*, 2005, p. 461 ss.; G. DI PLINIO, *Revisioni costituzionali*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, cit., p. 178 ss.; ID., *La costituzione economica europea e il progetto di Trattato costituzionale*, in J. PÉREZ ROYO (a cura di), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Navarra, 2006, I, p. 2489 ss. Vedi anche il fondamentale contributo di J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002, p. 34 ss.

⁵⁵ Per un quadro delle dinamiche attuali che caratterizzano la *Western Legal Tradition*, vedi H.P. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, in M. REIMANN - R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 421 ss.; A. GAMBARO – A. CANDIAN, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. Le tradizioni di Common Law e Civil Law*, Torino, 2008, p. 4 ss.; H. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983, p. 6 ss.; D. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2007, p. 3 ss.;



che, nelle scelte di politica legislativa, è in grado di incidere sul potere sanzionatorio statale, sino a giustificarne, in determinate fattispecie codificate, il sacrificio parziale.

In altre parole, in relazione ai programmi di clemenza, è costituzionalmente giustificabile, da un punto di vista teorico, la limitazione del potere sanzionatorio delle autorità che tali strumenti impongono, allorché tale risultato sia frutto della effettiva funzionalizzazione dell'istituto alla tutela di prerogative fondamentali, quali la libertà d'impresa e la correttezza dei rapporti concorrenziali.

È evidente, tuttavia, che – in concreto – la limitazione, seppur estremamente ridotta, della capacità punitiva statale potrebbe non essere più costituzionalmente coerente ed ammissibile, ove un ordinamento, nell'adozione di una *leniency policy*, ne ampli eccessivamente l'ambito applicativo (soggettivo o oggettivo) oppure preveda provvedimenti di mitigazione delle sanzioni spropositati rispetto all'utilità effettiva conseguita in termini di lotta ai cartelli e di tutela della libertà d'impresa. In queste ultime ipotesi, infatti, il compromesso tra valori fondamentali, a fondamento di ogni politica di clemenza, sarebbe sproporzionato nel senso che il sacrificio del potere sanzionatorio statale non troverebbe adeguata giustificazione nel rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali connessi alla libertà di iniziativa economica privata.

2. I *leniency programmes* condividono taluni tratti con le cd. *whistleblowing policies*, presenti in alcuni ordinamenti. Il *whistleblower*, infatti, è un informatore che rivela un illecito o, comunque, una pratica irregolare compiuta da altri cittadini al fine di ottenere una eventuale ricompensa e con la promessa di protezione rispetto a possibili ritorsioni⁵⁶.

Le *whistleblowing policies* si sono molto diffuse negli ultimi anni, tanto nella forma pubblica di interventi normativi che prevedono varie forme di premialità in favore dei potenziali delatori, quanto nella forma privatistica di programmi interni adottati dalle imprese per favorire l'emersione di irregolarità compiute dai dipendenti⁵⁷.

Gli interventi normativi in materia sono numerosi, soprattutto nell'area di *Common Law*: si pensi al *Public Interest Disclosure Act* del 1994, tramite il quale il governo canadese ha

⁵⁶ In dottrina, J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *Blowing the Whistle*, in *31 Ec. Theory*, 2007, p. 143 ss. Uno dei primissimi esempi di legislazione in materia di *whistleblowing policies* è stato lo *United States False Claims Act* del 1863 (emendato in 1986), tramite il quale il governo degli Stati Uniti cercava di combattere le frodi da parte dei fornitori pubblici durante la Guerra Civile. L'*act*, infatti, incoraggia gli informatori con la promessa dell'assegnazione di una percentuale del denaro recuperato e con la protezione dal licenziamento illegittimo. In Cina, la protezione dei *whistleblowers* è garantita addirittura dall'art. 41 della Costituzione, che incoraggia tutti i cittadini a segnalare all'autorità eventuali condotte devianti, vietando ritorsioni ai danni degli stessi.

⁵⁷ Si distingue, peraltro, tra *whistleblowing policies* interne ed esterne, a seconda che l'informatore venga invitato a rappresentare la propria denuncia ad organi interni all'apparato ove opera oppure direttamente all'autorità pubblica. Vedi ancora J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *op. ult. cit.*, p. 146 ss.



previsto diverse forme di protezione per i dipendenti pubblici che denuncino pratiche illegali compiute negli uffici di appartenenza; al *Protected Disclosures Act* del 2000, che ha introdotto, sia nel settore pubblico che in quello privato, analoghe previsioni in Sud Africa; o, ancora, in Gran Bretagna, al *Public Interest Disclosure Act* del 1998⁵⁸. L'istituto della *whistleblowing* è particolarmente sviluppato negli Stati Uniti, dove, a parte il *Whistleblower Protection Act* (1998), che introduce tale strumento in favore dei dipendenti pubblici, ed il *Sarbanes-Oxley Act* (2002), che ne estende l'applicazione anche nel settore privato, esiste una variegata serie di previsioni in materia disseminate nella legislazione statale ed in quella federale⁵⁹.

Orbene, *leniency programmes* e *whistleblowing policies* condividono la medesima *ratio* e l'impostazione di fondo: sono strumenti funzionali ad incrementare i poteri di *discovery* delle *public authorities* tramite la creazione e l'incentivazione di canali informativi interni o, comunque, prossimi all'illecito. Entrambe le figure rappresentano espressioni della più ampia fenomenologia del diritto premiale (sebbene nelle due differenti accezioni del diritto premiale *tout court* e di quello sostanziale⁶⁰), ove concorrono un aspetto fattuale, obiettivo, dato dall'atteggiamento di collaborazione tenuto da un consociato, ed un profilo normativo, costituito dalle conseguenze favorevoli che l'ordinamento fa discendere in conseguenza di tale comportamento.

Nondimeno, mentre le politiche di *whistleblowing* realizzano tale finalità garantendo come contropartita all'informatore protezione ed, in genere, una ricompensa (in denaro o *benefits* di altra natura), al contrario i programmi di clemenza incentivano la delazione e la denuncia dell'intesa tramite l'offerta al cartellista dell'immunità o di una riduzione di pena.

Questa differenza fondamentale è chiaramente dovuta alla diversa condizione che caratterizza il destinatario dei *leniency programmes* e quello delle *whistleblowing policies* allorché debba essere incentivato alla delazione: il primo è parte integrante dell'illecito e, di

⁵⁸ Esempi ulteriori sono rappresentati dall'*Anti-Corruption Act* sudcoreano del 2001, dal *Protected Disclosure Act* neozelandese del 2000, nonché, in Canada, dal *Public Servants Disclosure Protection Act* del 2004. Nell'ordinamento comunitario, è importante segnalare la *Whistleblowers' Charter* del 1999, tramite cui è stato istituito l'*Anti-Fraud Office* all'interno della Commissione europea e sono state introdotte procedure per consentire ai dipendenti UE di denunciare condotte illecite ed ottenere, al contempo, protezione rispetto a possibili ritorsioni.

⁵⁹ Per citarne soltanto alcune, a partire dal *Lloyd - La Follette Act* del 1912, si pensi al *Clean Water Act* del 1972, al *Safe Drinking Water Act* del 1974, al *Resource Conservation and Recovery Act* del 1976, al *Toxic Substances Control Act* del 1976, all'*Energy Reorganization Act* del 1974 (che, attraverso un emendamento del 1978, protegge anche gli informatori relativi ad irregolarità connesse all'energia nucleare), al *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* del 1980 ed al *Clean Air Act* del 1990. Forme di protezione analoghe a quelle garantite ai dipendenti sono previste dal *Surface Transportation Assistance Act* (1982) per proteggere i camionisti o dal *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 per i *corporate fraud whistleblowers*.

⁶⁰ Vedi *supra*. In dottrina, C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, cit., p. 519 ss.



conseguenza, la delazione è anche una autodenuncia; il secondo, invece, è in genere estraneo all'illecito e, semplicemente, si trova in una posizione privilegiata ai fini della scoperta dello stesso (in genere, è un collega di lavoro del colpevole), sicché viene chiamato a porre in essere una condotta “superconforme”, cioè eccedente quella giuridicamente doverosa⁶¹.

Di conseguenza, il cartellista che deve aderire al programma di clemenza autodenunciandosi identifica già un vantaggio immediato nell'opportunità di non essere sanzionato, cioè nell'evitare il pregiudizio indotto dalle sanzioni. L'informatore delle *whistleblowing policies*, al contrario, non teme per sé alcuna sanzione, sicché può essere incentivato alla delazione soltanto ove la ricompensa promessa, intesa qui quale vantaggio positivo, superi i rischi connessi alle possibili ritorsioni conseguenti alla delazione⁶².

Peraltro, il fatto che il *whistleblower* non sia direttamente coinvolto nell'illecito e, dunque, soggetto a pericolo di sanzioni esclude le *whistleblowing policies* dalle dinamiche relazionali della teoria dei giochi ed, in particolare, del dilemma del prigioniero; tali dinamiche, invece, rappresentano il “fulcro” ineliminabile di ogni programma di clemenza. Perciò, non è dato registrare in capo al *whistleblower* l’“affanno” tipico del cartellista, diviso tra fedeltà a cartello e paura delle relative sanzioni, per un verso, e rischio che un diverso membro abbia già rivelato l'esistenza dell'intesa o che l'autorità autonomamente abbia già scoperto la stessa, per un altro. In buona sostanza, l'incidenza della dimensione temporale, che pesa sul *leniency applicant*, è pressoché indifferente alle dinamiche delle *whistleblowing policies*, caratterizzate da meccanismi premiali cui, per la natura dell'istituto e le fattispecie di riferimento, non corrispondono incentivi in termini di *deterrence*⁶³.

Poste tali differenze fondamentali, che separano nettamente i due istituti pur accomunati dalla cennata *ratio* di fondo, può accadere che gli stessi, rispetto ad alcune fattispecie, sovrappongano le proprie sfere applicative. In particolare, in relazione ai cartelli, provvedimenti quali l'offerta di *rewards for information about cartels* inglese⁶⁴ o il *False Claims Act*

⁶¹ Si veda A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Torino, 1995, p. 175 ss.

⁶² Per citare alcuni esempi dell'entità delle ricompense offerte ai *whistleblowers*, lo *US False Claims Act* prevede la corresponsione di somme calcolate entro il *range* tra il 15% ed il 25% di quanto incassato dal Governo tramite l'imposizione delle sanzioni, l'*UK Office of Fair Trading*, dal 2008, offre ricompense sino a £ 100.000 (“*Rewards for information about cartels?*”) e la *Korea Fair Trading Commission*, nel 2005, ha elaborato un *whistleblowing program* con ricompense pari quasi a € 50.000.

⁶³ Cfr. J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *op. ult. cit.*, p. 143 ss., nonché C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, *The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels*, in *24 Int. J. Ind. Org.*, 2006, p. 1241 ss.

⁶⁴ È interessante sottolineare come, nel presentare l'offerta di *rewards* per informazioni sui cartelli, l'*Office of Fair Trading* chiarisca che “*rewards are granted at the discretion of the OFT. The OFT is entirely free to reject offers of information and it does not have to give reasons for doing so. Furthermore, where the OFT has agreed to accept some information from a person and the information provides a credible basis for further investigation, the OFT is still free to decide, on the basis of other more pressing priorities, that it will not use the information given and will not therefore give a financial reward. This is*



statunitense, che si inseriscono chiaramente nell'orbita delle *whistleblowing policies*, possono rappresentare importanti strumenti di *discovery* per le rispettive *competition authorities*, contribuendo a rafforzare l'apparato di *deterrence* complessivo del diritto della concorrenza⁶⁵.

In particolare, ciascun membro del cartello, in costanza di illecito, oltre a dover prendere in considerazione il rischio della violazione del legame fiduciario, inteso nel duplice senso del rispetto del *pactum sceleris* e della non adesione al *leniency programme*, da parte delle altre colluse, sarà costretto a tener conto anche della possibilità che qualsivoglia soggetto (individuo o impresa che sia) estraneo all'illecito, ma magari addirittura interno alla propria compagine aziendale, funga da *whistleblower* rispetto allo stesso, in quanto incentivato dalla promessa di una ricompensa⁶⁶.

In sostanza, il ricorso a *whistleblowing policies* in materia antitrust può rappresentare un ulteriore strumento di incentivo alla confessione rispetto ai programmi di clemenza, dal momento che tramite le stesse non soltanto si accrescono le potenzialità di *discovery* delle *authorities*, ma viene anche introdotta una ulteriore variabile di incertezza – *id est*, di rischio – in ordine alla permanenza nell'intesa.

Alla luce delle considerazioni di carattere generale che precedono e della cennata distinzione rispetto alle *whistleblowing policies*, occorre ad ogni modo rilevare come qualsivoglia ricostruzione dei principi ispiratori e della *ratio* ultima delle politiche di clemenza si rivelerebbe inevitabilmente carente, parziale, ove non inquadrata anche nella prospettiva della *game theory* e, in particolare, di quella peculiare condizione che è il cd. “dilemma del prigioniero”, vero e proprio nucleo di qualsivoglia *leniency programme* indipendentemente dall'ordinamento specifico considerato⁶⁷.

3. Come detto, la *ratio* ultima a fondamento dei programmi di clemenza è quella di sacrificare, almeno in parte, il potere punitivo dell'ordinamento, tramite l'offerta a ciascun partecipante al cartello di una “via di fuga” dalle sanzioni, ottenendo come contraltare uno

another reason why it is best to discuss with us in advance what information you may be able to gain for us and how useful that would be to us. Where a reward is available, its amount will depend on a number of factors: the value of the information in terms of what we have been able to achieve from it the amount of harm to the economy and consumers which we believe the information given has helped to put a stop to and/or has helped to disclose the effort you have had to invest in order to give us the information the risk you have had to take in order to give us the information. It is important to understand that we won't bargain over how much will be paid - but we do aim to pay a fair price”. Si rinvia alla pagina web <http://www.ofc.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/rewards>.

⁶⁵ Non a caso il *leniency program* israeliano specifica, quale clausola di chiusura, che “*the existence of the Immunity program will not derogate from the willingness of the State to make State's witness agreements*”.

⁶⁶ Si veda C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, *op. ult. cit.*, p. 1250 ss.

⁶⁷ Il rinvio è ancora a J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *op. ult. cit.*, p. 143 ss., ed a C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, *op. ult. cit.*, p. 1241 ss.



strumento, particolarmente efficace, di indagine e disvelamento rispetto a determinati illeciti.

A fronte di un tale fondamento sistematico delle *leniency policies*, il meccanismo di funzionamento su cui esse si basano, in qualunque ordinamento, è costantemente il medesimo: si concede ai membri di un cartello un *benefit* per la confessione al fine di seminare sfiducia all'interno dell'intesa, minandone i rapporti sottostanti. Il programma di clemenza, ponendosi quale elemento "esterno" di destabilizzazione dei rapporti fiduciari interni al *pactum sceleris*, aumenta così in maniera considerevole la possibilità che uno dei membri decida di sciogliersi dall'illecito: si tratta di un rischio ulteriore che il cartello finisce per imporre ai collusi e che, teoricamente, allorché considerato in via preventiva dai potenziali partecipanti, dovrebbe favorire la decisione conformativa di spontaneo rispetto della disposizione che vieta le intese anticoncorrenziali⁶⁸.

Dunque, rispetto all'angolo visuale dell'impresa delatrice, la scelta tra la confessione e l'omertà, in relazione all'adesione ad un programma di clemenza, risponde ad uno dei modelli di studio più noti dell'analisi economica ed, in particolare, di quell'ambito di studio identificato come "*game theory (of law)*"⁶⁹, cioè il "dilemma del prigioniero". Si tratta di una situazione di gioco a informazione completa, dove ciascun soggetto coinvolto può scegliere tra due alternative strategiche in cui l'utilità conseguibile dal singolo dipende anche dalla scelta compiuta da un altro individuo rispetto ad un identico *set* decisionale⁷⁰.

⁶⁸ In tema, N. ZINGALES, *European and American Leniency Programmes*, cit., p. 8 ss.

⁶⁹ Con l'espressione "*game theory*" ci si riferisce a quella peculiare scienza matematica che analizza situazioni di conflitto, ricercando soluzioni competitive e cooperative tramite l'elaborazione di modelli comportamentali, ovvero uno studio delle decisioni individuali in situazioni in cui vi sono interazioni tra due o più soggetti, tali per cui le decisioni di ciascuno di essi può influire sui risultati conseguibili da parte degli altri *players* secondo un meccanismo di retroazione, con finalizzazione al massimo guadagno possibile da parte del decidente. Fondamentali in materia sono i contributi di R. FISHER, *The Genetical Theory of Natural Selection*, Oxford, 1930; J. VON NEUMANN – O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944; J.F. NASH, *Equilibrium points in n-person games*, in *36 Proceedings of the National Academy of the USA*, 1950, 1, p. 48 ss.; D. LUCE – H. RAIFFA, *Games and Decisions: Introduction and Critical Survey*, Dover, 1957; J.M. SMITH, *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge, 1982. Più di recente, si vedano i lavori di R.B. MYERSON, *Game Theory, Analysis of Conflict*, Harvard University Press, 1991; D. FUDENBERG – J. TIROLE, *Game Theory*, MIT Press, 1991; K. BINMORE, *Fun and Games*, Lexington, 1992; R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, Princeton University Press, 1992; P. MORRIS, *Introduction to the Theory of Games*, New York, 1994; H. GINTIS, *Game Theory Evolving*, Princeton University Press, 2000; M. OSBORNE – A. RUBINSTEIN, *A Course in Game Theory*, MIT Press, 1994; R. D. LUCE – H. RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, 1957; G. OWEN, *Game Theory*, New York, 1968; P.K. DUTTA, *Strategies and Games: Theory and Practice*, MIT Press, 1999; E. BURGER, *Introduction to the Theory of Games*, Englewood Cliffs, 1963; A. DIXIT - B. NALEBUFF, *Thinking Strategically*, Norton 1991; J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, Norton 2002.

⁷⁰ Vedi A.J. JACOBSON, *Origins of the Game Theory of Law and the Limits of Harmony in Plato's Laws*, in *20 Card. Law Rev.*, 1999, p. 1335 ss., e R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, cit., lectures 4-7.



3.1. Ciascun soggetto coinvolto in un contesto relazionale assimilabile al dilemma del prigioniero viene posto in una situazione di criticità decisionale, in ragione dell'incertezza circa la strategia adottata dagli altri *players* coinvolti.

Tutte le imprese che partecipano ad una intesa anticoncorrenziale, infatti, si trovano dinanzi al medesimo *set* decisionale (*Confessare; Non Confessare*). Allo stesso tempo, ognuna di esse ignora la scelta operata da ciascuna delle altre imprese, sicché è costretta nel dilemma tra confessare, in cambio di un provvedimento di clemenza (che potrà essere totale o parziale), o non confessare, con il rischio di una condanna piena⁷¹.

Rispetto ad un tale contesto di incertezza circa la condotta altrui, si potrebbe ritenere che l'opzione più efficiente per tutti i partecipanti ad un cartello sia quella dell'omertà, perché tutti verrebbero assolti. Questa conclusione, tuttavia, non pare corrispondere al dato reale, ove, invece, anche dinanzi all'omertà di tutti i partecipanti all'intesa, l'autorità, attraverso i propri autonomi poteri di indagine e monitoraggio del mercato, potrebbe giungere a scoprire la condotta anticoncorrenziale. Ciò si rivela tanto più vero – *rectius*, tanto più avvertito dalle imprese colluse - , quando sia stata formalmente aperta una indagine su quello specifico settore di mercato o su quel particolare gruppo di imprese. Da questo punto di vista, allora, l'omertà potrebbe rivelarsi la scelta meno efficiente, poiché tutte le imprese sarebbero ugualmente sanzionate con condanna piena.

La risposta offerta dalla “teoria dei giochi” al dilemma del prigioniero, d'altronde, è la seguente: ciascun *player* è indotto a seguire il proprio interesse individuale, agendo razionalmente in maniera egoistica, anche quando tutti potrebbero ottenere un guadagno maggiore scegliendo la logica della cooperazione. Il fondamento argomentativo alla base di questa teorica ricostruttiva è che ciascun soggetto coinvolto, considerando la posta in gioco molto alta, finisce per valutare negativamente il rischio insito in strategie che presuppongono la cooperazione con gli altri collusi, a meno che non sia sicuro che questi ultimi facciano altrettanto⁷².

⁷¹ Vedi anche R.D. COOTER, *Prices and Sanctions*, in *84 Colum. L. Rev.*, 1984, p. 1523 ss. Tutti i complici, da questo punto di vista, si trovano in posizioni di simmetrica ignoranza circa la scelta altrui. Tuttavia, come è noto, l'assenza di informazioni certe sulle condotte altrui finisce per determinare delle scelte inefficienti. In tema, cfr. la posizione di D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004, p. 390 ss.

⁷² Come esposto da N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 8, l'esempio classico utilizzato per illustrare il dilemma del prigioniero è il seguente: due prigionieri, che hanno entrambi commesso un crimine, vengono interrogati in prigione dall'autorità. Questa ha già, a disposizione, prove sufficienti per condannare entrambi i sospetti per un crimine meno grave, ma ha interesse a condannarli per uno più grave, per il quale v'è necessità di ulteriori elementi probatori. Per tale motivo, l'autorità cercherà di ottenere una confessione da ciascun prigioniero, promettendo una condanna minore a quello dei due che collabori per primo.



Se, dunque, si assume che ciascuno dei *players* persegua il proprio interesse individuale, la scelta più razionale per ciascuno di essi, a fronte di tali ulteriori elementi, diventa indubbiamente la prima, cioè quella della confessione e della collaborazione con l'autorità.

Difatti, nel prendere in considerazione il set decisionale a disposizione di ciascun *player* ed associando a ciascuna scelta la conseguenza attesa, si registra razionalmente una opzione che offre con certezza vantaggi maggiori, cioè la collaborazione con l'autorità – *id est*, la confessione -, ed un'altra che, invece, può comportare, in termini di sanzione attesa, un aggravamento delle conseguenze negative connesse all'illecito, cioè la non collaborazione con l'autorità (in specie, la non confessione).

Il *set* decisionale, con le relative conseguenze, può essere rappresentato secondo la seguente bimatrice (ove i valori numerici sono indicati casualmente, assumendo che le regole del gioco siano queste: se soltanto uno dei due soggetti coinvolti confessa, questi consegue la sanzione minima "1", con condanna dell'altro alla sanzione massima "10"; se entrambi confessano, ottengono tutti una sanzione intermedia "5"; se nessuno confessa, ambedue vengono comunque condannati alla sanzione minima "1")⁷³:

		<i>Player 2</i>	
		<i>Confessare</i>	<i>Non Confessare</i>
<i>Player 1</i>	<i>Confessare</i>	(-5, -5)	(0, -10)
	<i>Non Confessare</i>	(-10, 0)	(-1, -1)

Ora, la situazione nella quale un gruppo si viene a trovare se ogni componente dello stesso fa ciò che è meglio per sé, mirando a massimizzare il proprio profitto individuale a prescindere dalle scelte degli altri *players*/avversari, viene generalmente spiegata tramite il richiamo alla teoria del cd. "equilibrio di Nash"⁷⁴. Questa soluzione del dilemma, infatti,

⁷³ La rappresentazione schematica del *set* decisionale a disposizione di ogni *prisoner* riportata nel testo è comune negli approfondimenti propri della teoria dei giochi e, specificamente, nella ricostruzione del dilemma del prigioniero: si rinvia, in tal senso, a A.J. JACOBSON, *Origins of the Game Theory of Law and the Limits of Harmony in Plato's Laws*, cit., p. 1335 ss.; K. BINMORE, *Fun and Games*, cit.; J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, cit.; R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, cit., *lecture 4*. Nell'ambito delle applicazioni giuridiche della *game theory*, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., e N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 10.

⁷⁴ Vedi J.F. NASH, *Equilibrium points in n-person games*, cit., p. 48 ss.; J.M. SMITH, *Evolution and the Theory of Games*, cit., p. 6 ss.; R.B. MYERSON, *Game Theory, Analysis of Conflict*, cit., p. 2 ss.; D. FUDENBERG – J. TIROLE, *Game Theory*, cit., p. 5 ss.; R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, cit., p. 15 ss.; P. MORRIS, *Introduction to*



rappresenta la condizione in cui, dopo aver attuato la propria scelta strategica, nessun giocatore può migliorare l'utile positivo atteso, modificando esclusivamente la propria strategia individuale.

Ed infatti, ritornando all'ipotesi proposta, se entrambi i soggetti coinvolti guardano esclusivamente ai *pay-off*, al *player* razionale converrà sempre e comunque confessare, indipendentemente dalla scelta dell'altro: chi confessa rischia la sanzione "0" o quella "5", a fronte di un rischio, connesso alla non confessione, oscillante tra i valori "1" e "10". La strategia "*confessare*", allora, è, secondo la teoria di Nash, la strategia mista dominante, cioè la strategia ottimale non potendo sapere ciò che fa l'avversario. Ecco perché la scelta che corrisponde all'equilibrio di Nash, per entrambi i *players*, è la confessione.

Tuttavia, nell'ambito della teoria dei giochi, il dilemma del prigioniero presenta la peculiarità secondo cui la regola dell'equilibrio di Nash e l'efficienza non necessariamente coincidono. Difatti, non è detto che l'equilibrio di Nash rappresenti la soluzione migliore per tutti i soggetti coinvolti. Ciò in quanto, se è vero che, in una situazione di equilibrio di Nash, il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando soltanto la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori o, al limite, tutti i *players* non possano aumentare il proprio profitto individuale allontanandosi congiuntamente dall'equilibrio (con la parallela scelta della "*non confessione*").

In sostanza, le opzioni cooperative interne, allorché i prigionieri abbiano la possibilità di coordinare le proprie strategie, pongono in crisi l'assunto dell'equilibrio di Nash circa l'esistenza di un'unica soluzione favorevole per tutti i *prisoners*, identificata con la confessione⁷⁵.

the Theory of Games, cit., p. 6 ss.; P.K. DUTTA, *Strategies and Games: Theory and Practice*, cit., p. 7 ss.; J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, cit., p. 6 ss. Dunque, nella teoria dei giochi, lo schema comportamentale del dilemma del prigioniero è caratterizzato dal fatto che la regola dell'equilibrio di Nash e l'efficienza non coincidono. In tema, vedi D.G. BAIRD – R.H. GERTNER, *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1994, p. 33 ss., citato anche da M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., nota (10). Rispetto a determinate ipotesi, l'equilibrio di Nash, tuttavia, può non coincidere con l'ottimo paretiano e, quindi, possono esistere combinazioni di strategie diverse dallo stesso che conducono a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno o, addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti. Infatti, gli agenti coinvolti nel "dilemma" possono ottimizzare il proprio *outcome* individuale soltanto addivenendo tutti alla soluzione del "*non confessare*", mentre il rispetto della regola di Nash imporrebbe ad ognuno di essi di scegliere la soluzione opposta (*id est*, il "*confessare*"). Vale, ad ogni modo, la critica di E. CHAMBERLIN (*The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1933), secondo cui il comportamento strategico molto spesso conta meno del comportamento massimizzante.

⁷⁵ Le dinamiche incidenti sugli equilibri relazionali del dilemma del prigioniero conseguenti a possibili scelte cooperative sono molto studiate nell'ottica della valutazione dei programmi di clemenza: vedi, in tal senso, J.R. BORRELL – J.L. JIMÉNEZ – C. GARCÍA, *Evaluating Antitrust Leniency Programs*, *Xarxa de Referència en Economia Aplicada, working paper*, gennaio 2012, presente alla pagina <http://www.ub.edu/ubeeconomics/wp-content/uploads/2012/02/XREAP2012-01.pdf>, p. 5 ss. Ad ogni modo, deve pur dirsi che ammettere la possibilità di strategie cooperative tra i *prisoners* tradisce uno degli elementi fondanti la natura del dilemma,



Va da sé, comunque, che il modello di spiegazione del dilemma del prigioniero tramite l'equilibrio di Nash funziona soltanto in base all'assunto fondamentale che tutti i "prigionieri" siano razionali e compiano scelte conseguenti: difatti, qualunque opzione nella prospettiva della massimizzazione del profitto individuale si rivelerebbe non coerente, allorché uno dei *players* in campo si dimostri irrazionale.

In effetti, trascorrendo dal dato teorico a quello concreto, sulla razionalità delle scelte dei soggetti coinvolti in un cartello possono incidere una serie di fattori esterni che l'equilibrio di Nash, nella sua ricostruzione puramente teorica del dilemma del prigioniero, non contempla, con conseguente inadeguatezza di questa teoria a spiegare compiutamente le dinamiche che possono verificarsi all'interno di un'intesa anticoncorrenziale a fronte dell'introduzione di una politica di clemenza.

4. Innanzitutto, bisogna considerare un dato importante: nella rappresentazione teorica del dilemma del prigioniero, la scelta tra collaborazione e non collaborazione coincide, anche nella seconda ipotesi, alla comminazione di una sanzione minima, dal momento che si assume l'autorità abbia già elementi sufficienti in tal senso.

Tale ricostruzione, tuttavia, non coincide con quanto accade, nella maggioranza dei casi, nelle indagini sui cartelli, visto che spesso le *antitrust authorities* non dispongono delle prove necessarie per imporre alcuna sanzione alle imprese colluse, vuoi perché l'illecito è completamente sconosciuto, vuoi perché tramite gli ordinari strumenti d'indagine non è comunque possibile reperire alcun elemento istruttorio idoneo alla disvelazione del cartello.

Di conseguenza, la bimatrice *supra* proposta, tesa a rappresentare il *set* decisionale di ciascun soggetto coinvolto nel dilemma del prigioniero in relazione all'ipotesi formulata, nella maggior parte delle ipotesi di indagini sui cartelli, assume una diversa connotazione, ove la scelta (uniforme per tutti) della non confessione coincide con l'assenza di sanzioni⁷⁶:

		<i>Player 2</i>	
		<i>Confessare</i>	<i>Non Confessare</i>
<i>Player 1</i>	<i>Confessare</i>	(-5, -5)	(0, -10)
	<i>Non Confessare</i>	(-10, 0)	(0, 0)

avvicinandolo ai giochi ad informazione perfetta e non più a quelli ad informazione completa. In tema, P.K. DUTTA, *Strategies and Games: Theory and Practice*, cit.; A. DIXIT - B. NALEBUFF, *Thinking Strategically*, cit., e J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, cit.

⁷⁶ Per la rappresentazione, vedi ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*; N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 10, e J.R. BORRELL - J.L. JIMÉNEZ - C. GARCÍA, *op. ult. cit.*, p. 3 ss.



Questa variazione rispetto alla schematizzazione classica del *set* decisionale del dilemma del prigioniero comporta una alterazione fondamentale nell'equilibrio di Nash: in questa ipotesi, non esiste più una *strictly dominant strategy*, che è il nome assegnato dalla *game theory* alla strategia che paga di più, indipendentemente dalla decisione assunta dall'altro giocatore. Ed infatti, in questo caso, rimane vero che la confessione è la scelta più conveniente, soltanto se c'è il rischio che l'altro soggetto coinvolto confessi; al contrario, ove l'altro *player* decida comunque di non confessare, allora, la soluzione decisionale prescelta diviene indifferente (la sanzione corrisponde sempre e comunque a "0"). Ne deriva che la strategia della confessione non è più *strictly dominant*, ma *weakly dominant*, con l'opzione per la "*non confessione*" altrettanto favorevole⁷⁷.

In altre parole, si realizza in questa ipotesi una schematizzazione con un doppio equilibrio di Nash, consistente sia nella coppia di strategie [*confessare, confessare*], sia in quella [*non confessare, non confessare*], con la conseguenza che le parti, confidando nell'assenza di fughe di informazioni sul cartello, potrebbero optare per la non cooperazione.

Eppure, come detto, tutti i soggetti coinvolti in un'intesa anticoncorrenziale vivono essenzialmente di un rapporto fiduciario, profondamente influenzato da elementi di incertezza che alterano la razionalità delle scelte individuali. In particolare, la principale incertezza non è legata soltanto alla fedeltà⁷⁸ dei membri del cartello al *pactum sceleris*, ma soprattutto alla possibile divulgazione di fonti di informazione incriminanti, derivanti ora dall'interno stesso dell'intesa (è il caso della "diserzione" di uno o più collusi), ora dall'esterno (in questa ipotesi, bisogna por mente non soltanto agli autonomi poteri di *discovery* delle autorità, ma anche a segnalazioni provenienti da altri *competitors* come dai consumatori)⁷⁹.

La complessiva considerazione di questi elementi – che poi sono parte integrante e contribuiscono a determinare il livello di *deterrence* di un dato sistema di norme – comporta che lo schema astratto del dilemma del prigioniero, anche in considerazione della fondamentale variabile cronologica, assuma connotazioni tali per cui le ipotesi di equilibrio

⁷⁷ In tema, C.R. LESLIE, *Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability*, in 31 *J. Corp. Law*, 2006, p. 453 ss., nonché N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 10, secondo cui sebbene la scelta di "*confessare*" rappresenti una strategia debolmente dominante, il ché fa della coppia di strategie [*confessare, confessare*] un equilibrio di Nash, c'è comunque un secondo equilibrio in gioco e cioè quello espresso dall'opzione [*non confessare, non confessare*]. Sicché, anche in assenza di fughe di informazioni, la collaborazione tra le due parti potrebbe spingere entrambe verso la scelta di non confessare e garantirsi così un *pay-off* maggiore.

⁷⁸ Come visto, in presenza di un programma di clemenza, la fedeltà dei collusi al cartello deve essere interna, rispetto agli accordi assunti in sede di intesa, ed esterna, in relazione al mancato invito dell'autorità alla delazione.

⁷⁹ Vedi N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 11, che sottolinea come "*the setting is, of course, complicated also by the fact that the cartel is formed and maintained only as long as there is a sufficient level of trust among its members*".



descritte non sono più statiche, ma costantemente soggette a mutamenti nel tempo, indipendenti dalle scelte individuali di ciascun *player*.

In altre parole, ci sono soggetti terzi, estranei al dilemma del prigioniero, che possono in ogni momento alterarne l'equilibrio rendendo inefficienti, in questa prospettiva dinamica, opzioni decisionali che, in una visione statica, sono profittevoli: si pensi, in particolare, all'ipotesi di una confessione che giunga allorché l'autorità già dispone degli elementi per comminare la sanzione più grave, raccolti grazie alla segnalazione di un concorrente esterno al cartello.

Se, nella dinamizzazione del dilemma del prigioniero a fondamento di un cartello, possono giocare un ruolo importante consumatori e concorrenti esterni all'intesa, tuttavia il ruolo fondamentale è sempre e comunque rivestito dalle autorità garanti della concorrenza, allorché considerate non quali attori staticamente in attesa della confessione (come nella formulazione teorica del *prisoner's dilemma*), ma proattivamente tesi alla autonoma ricerca di elementi probatori sull'illecito⁸⁰.

È proprio questo "attivismo" dell'*authority* che può scardinare i rapporti fiduciari fondativi e reggenti nel tempo il cartello, dal momento che il dinamismo delle autonome iniziative d'indagine delle autorità di controllo viene avvertito dai soggetti collusi come percezione della probabilità, più o meno elevata, di essere scoperti. In sostanza, attraverso la propria attività, l'autorità ha il potere di creare sfiducia nel cartello e costruire, al contempo, un dilemma del prigioniero più favorevole per sé, ovvero un dilemma in cui la confessione risulti come la strategia dominante⁸¹.

In tal senso, alla luce del ruolo che possono assumere, in prospettiva generale, la valorizzazione della *deterrence* delle disposizioni in materia di concorrenza e, in ottica particolare, le *antitrust authorities* con la propria attività di *discovery*, lo schema che rappresenta le opzioni decisionali nel dilemma del prigioniero può assumere questa ulteriore impostazione⁸²:

⁸⁰ Per una prospettiva più ampia, A. ZUCKERMAN, *Court Control and Party Compliance. The Quest for Effective Litigation Management*, in N. TROCKER - V. VARANO, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 143 ss., e M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, 1986, p. 16 ss.

⁸¹ È questa la condivisibile opinione di N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 11. L'Autore cita il *case United States v. Sw. Bus Sales*, 20 F.3d 1449 (8th Cir. 1994), quale esempio emblematico di fattispecie nella quale l'*Antitrust Division*, partendo da informazioni inerenti un illecito minore, è giunta alla scoperta di un importante cartello.

⁸² La rappresentazione grafica è tratta da J.E. HARRINGTON, *Leniency Programs: Past Experiences and Future Challenges*, 13 dicembre 2010, p. 10, *paper* reperibile *on-line* alla pagina http://www.econ2.jhu.edu/people/Harrington/Harrington_AAL%20slides.pdf.



		<i>Player 2</i>	
		<i>Confessare</i>	<i>Non Confessare</i>
<i>Player 1</i>	<i>Confessare</i>	$(d+1/2f, d+1/2f)$	$(d, d+f)$
	<i>Non Confessare</i>	$(d+f, d)$	$[p(d+f), p(d+f)]$

In questa ricostruzione, “P” è la sanzione evitata tramite la confessione, “d” rappresenta la sanzione che in ogni caso sarà inflitta anche con la confessione e “p” la probabilità che l’illecito sia comunque scoperto dall’autorità di controllo, indipendentemente dalla confessione. È chiaro, dunque, che è proprio il valore di “p” quello sul quale deve andare ad incidere l’autorità: quanto più esso sarà elevato, tanto più lo schema concreto del dilemma del prigioniero a fondamento del cartello tenderà a sovrapporsi alla situazione tipica ove la scelta della confessione rappresenta la *strictly dominant strategy*⁸³.

La variabile “p(d+f)”, in effetti, esprime la percezione della *deterrence* di quel dato complesso di norme per ciascun partecipante al cartello e, dunque, il grado di disincentivazione di condotte devianti. In tale ottica, a parte incidere sull’entità delle sanzioni e sull’offerta di clemenza, diversi sono i meccanismi cui può concretamente ricorrere un ordinamento per ottenere tale risultato di incremento del valore della *deterrence*, lavorando sul solo elemento espresso da “p”.

Tali meccanismi, poi, dovranno essere razionalmente applicati alla singola fattispecie concreta tramite strategie adeguate attuate dalle autorità di controllo. È il caso, ad esempio, del rafforzamento dei poteri d’indagine dell’autorità di controllo, allorché si consenta alla stessa di allargare, in maniera progressiva, il proprio angolo visuale da un cartello ad un altro, senza limitazioni di sorta: spesso ciò consente di risalire da intese minori ad altre più importanti (è il caso dei meccanismi di disvelamento dei cartelli internazionali, come di quelli relativi a mercati secondari⁸⁴). D’altro canto, anche la semplice minaccia di applicazioni di pene rispetto ad un’intesa minore può indurre uno dei cartellisti a rivelare illeciti più importanti (è questo uno dei meccanismi alla base dell’*Amnesty Plus*, presente in molti ordinamenti giuridici).

Accade spesso, però, che gli stessi partecipanti all’illecito, tutti o parte di essi, non dispongano delle prove sufficienti per il completo disvelamento dell’illecito: in questi casi, risultano fondamentali le scelte strategiche compiute, nel caso concreto, dalla *public authority*.

⁸³ Vedi W. KOVACIC, *Private Participation in the Enforcement of Public Competition Laws*, Londra, 15 maggio 2003, alla pagina <http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.htm>.

⁸⁴ Cfr. D.N. NORTH, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, 2005, p. 76 ss.



Nello specifico, assume importanza fondamentale il momento dell'intervento sanzionatorio ai danni dei cartellisti, visto che anticipare troppo il provvedimento potrebbe significare infliggere sanzioni soltanto per le fattispecie meno gravi e più evidenti; l'attesa potrebbe consentire di raccogliere maggiori informazioni e definire meglio i rapporti fiduciari che reggono il cartello.

È decisiva, in questa ottica, anche la capacità dell'autorità di rappresentarsi quale interlocutore affidabile per il soggetto che voglia sciogliersi dall'illecito (generalmente, nei cartelli, le imprese di minori dimensioni), facendo in modo che giugano allo stesso messaggio di trasparenza e *clare loqui* in termini procedimentali e di certezza nell'applicazione degli strumenti di *leniency* offerti.

Il *medium* ideale attraverso cui veicolare questi messaggi in direzione dei partecipanti al cartello è rappresentato dai programmi di clemenza, tant'è che non a caso si è detto essi rappresentano, nell'ambito delle complesse dinamiche relazionali tra autorità di controllo ed imprese colluse, peculiare espressione di una "*strategic game theory*"⁸⁵.

In questo "*antitrust game*", si è visto, quel che è decisiva è la percezione che i membri del cartello ed, in particolare, quello di essi che più degli altri può prendere in considerazione l'opzione della confessione abbiano degli elementi in campo, *in primis* dell'offerta di *leniency* (che è come dire del programma di clemenza).

Ed allora, se le *leniency policies*, intese in questo senso, servono a riscrivere, nella logica del dilemma del prigioniero, i rapporti fiduciari fondativi e nel tempo reggenti i cartelli, ciò non toglie che, nella prospettiva particolare di ciascun cartellista, allorché valuti l'opzione della confessione, pesano una serie di fattori ulteriori – di carattere essenzialmente metagiuridico – che complicano ulteriormente la formula di base, discostando le fattispecie concrete dallo schema tipico spiegabile tramite le opzioni sovraesposte.

Nello studio delle dinamiche applicative dei programmi di clemenza, il formante dottrinale ha identificato, allora, almeno quattro elementi che contribuiscono profondamente ad alterare, nella realtà, il modello astratto del *prisoner's dilemma*⁸⁶.

4.1. Nel modello astratto del dilemma del prigioniero, l'assunzione delle decisioni e le conseguenze delle stesse ricadono nella medesima sfera applicativa: in altre parole, ciascun

⁸⁵ L'espressione è di N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 11, che segnala una ulteriore problematica e, cioè, quella dell'assenza di prossimità relazionale tra soggetti collusi ed autorità di controllo. Si registra, infatti, una tipologia di interazione caratterizzata dalla limitatezza dei contatti e dalla scarsa influenza. Ciò in quanto le *authorities* non hanno normalmente occasione di incontrare di persona i membri di un cartello per incoraggiare la loro confessione, sicché la singola fattispecie concreta si presenta in una connotazione decisamente più complicata rispetto a quella canonica del dilemma del prigioniero. Le autorità devono riuscire ad inviare segnali ai cartellisti, in modo da spingerli a violare il legame fiduciario che li lega.

⁸⁶ Per tutti, N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 12 ss.



prisoner sceglie se confessare o meno con la consapevolezza che eventuali provvedimenti di clemenza e/o sanzionatori conseguenti ricadranno immediatamente sulla sua persona.

Nel caso dell'applicazione delle *leniency policies* ai cartelli questa coincidenza soggettiva tra decidente e destinatario delle conseguenze della decisione si rompe.

Ciò in quanto, di là dai rapporti di incorporazione propri delle persone giuridiche, nell'applicazione dei programmi di clemenza, v'è una netta differenziazione tra singoli e imprese, allorché – di fatto – i primi assumono le decisioni, mentre le seconde ne subiranno le conseguenze⁸⁷.

Questa “dissociazione soggettiva”, che si registra rispetto al dilemma del prigioniero, comporta la possibile emersione di conflitti di interesse tra singoli ed imprese nella logica della scelta ottimale indotta dalla politica di clemenza.

L'emersione o meno di tale potenziale conflitto “interno” all'impresa stessa - che, in ultima istanza, divide i dipendenti e gli amministratori dall'impresa di appartenenza - dipende dalla impostazione del diritto antitrust di un dato ordinamento, come dalle risposte offerte dai *leniency programmes*. In particolare, la confliggenza di interessi tra individui ed impresa si manifesta in quei sistemi giuridici in cui l'apparato sanzionatorio a tutela del diritto antitrust prevede, accanto alle sanzioni pecuniarie, anche pene detentive a carico dei dipendenti dell'impresa collusa⁸⁸.

Emblematico, in tal senso, è l'esempio dell'ordinamento americano, ove coesistono sanzioni pecuniarie e detentive: teoricamente, l'adesione al programma di clemenza potrebbe giovare all'impresa, in termini di immunità o di riduzione delle sanzioni pecuniarie, ma esporre i dipendenti della stessa alla certezza della carcerazione. In una situazione del genere, quella che è la scelta ottimale per l'impresa – la confessione - non si rivelerebbe conveniente per gli individui (che, peraltro, tale scelta pure sono chiamati di fatto ad assumere).

È questo il motivo per cui i programmi di clemenza prevedono, in genere, forme di *derivative leniency* in favore di amministratori, dirigenti e dipendenti dell'impresa che aderisca alla *policy* (accanto all'esperienza americana, si possono annoverare, a titolo esemplificativo, quelle australiana e giapponese). La previsione di questi “correttivi” comporta che non vi sia più contrasto interno tra impresa e singoli individui, ma che gli interessi degli stessi siano tutti convergenti verso la collaborazione con l'autorità⁸⁹.

⁸⁷ In tema, C. AUBERT, *Instruments for Cartel Deterrence, and Conflicts of Interests*, in V. GHOSHAL - J. STENNEK (a cura di), *The Political Economy of Antitrust*, Oxford, 2007, p. 123 ss.

⁸⁸ Vedi G. SPRATLING – D. JARRETT – A. SHEPHARD, *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure. Developments Impacting the Decision in 2006*, paper presentato all'*American Bar Association Section of Antitrust Law 54th Antitrust Law Spring Meeting*, Washington, 2006, p. 42 ss.

⁸⁹ Cfr. C. AUBERT, *Instruments for Cartel Deterrence, and Conflicts of Interests*, cit., p. 123 ss. In tema, si rinvia ancora a N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., il quale evidenzia l'efficienza, sul punto, dell'impostazione del modello statunitense. L'Autore, ad ogni modo, ipotizza l'emersione di potenziali conflitti di interesse tra



Peculiare, rispetto a questo profilo, è la situazione determinatasi nell'ordinamento comunitario, che – come noto – è caratterizzato dalla compresenza di “diritti della concorrenza”, non uniformi rispetto al quadro sanzionatorio, e da più autorità parallelamente competenti in materia, a livello nazionale (le *competition authorities* di ciascun sistema) e sovranazionale (la Commissione), ciascuna dotata di un proprio programma di clemenza. Nello specifico, vi sono sistemi nazionali che, in una prospettiva di *favor* per la dimensione sanzionatoria, prediligono l'adozione di sanzioni particolarmente afflittive, comprese quelle penali (si pensi ad Inghilterra, Francia e Germania), mentre altri lavorano nella logica del rafforzamento dei poteri di *discovery* delle autorità al fine di implementare comunque la capacità complessiva di *deterrence* delle norme in materia (è il caso dell'ordinamento italiano e dei Paesi Bassi).

Ora, a fronte di tale contesto, la *leniency notice* comunitaria, coerentemente con un diritto antitrust privo di sanzioni penali a carico degli individui, si applica esclusivamente alle imprese e non prevede forme di immunità per i dipendenti delle stesse⁹⁰. Eppure, ciò lascia un vuoto di tutela, ove si pensi che, negli ordinamenti di appartenenza, i medesimi dipendenti dell'impresa potrebbero essere costretti a subire anche pene detentive.

In tal senso, emerge forte il conflitto tra interesse dell'impresa alla collaborazione e quello dei dipendenti alla non collaborazione, con possibilità di opzioni finali non razionali secondo lo schema classico del dilemma del prigioniero. Il problema relativo alla mancanza di coordinamento tra i sistemi nazionali di *enforcement* e i programmi di clemenza (nazionali e comunitario) determina, così, un evidente disequilibrio nel *prisoner's dilemma* ed un effetto disincentivante alla collaborazione, soprattutto in quelle fattispecie caratterizzate dalla presenza di membri del cartello in ordinamenti europei che prevedano pene detentive per gli illeciti antitrust⁹¹.

Non è un caso, tra l'altro, che si discuta, da diversi anni, dell'opportunità di introdurre sanzioni penali di matrice comunitaria in ambito antitrust, favorendo così la nascita di un

impresa ed individui anche in assenza di sanzioni penali, allorché alcuni individui siano decisi a rispettare le leggi a prescindere e non vogliano seguire gli interessi comuni indipendentemente dalla *leniency* prospettata in favore dell'azienda. Tali individui sono intrinsecamente non disposti ad agire come “*firm-interest maximizers*”, soprattutto quando questo implichi il rischio di imputazioni personali.

⁹⁰ Secondo N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 12, ogni tentativo di estendere l'applicazione agli individui del programma di clemenza comunitario si è rivelato fallimentare. Peraltro, secondo l'Autore, il conflitto tra imprese ed individui, nel contesto comunitario, sarebbe inasprito dal modo in cui opera il sistema penale stesso, caratterizzato dalla “*mandatory prosecution rule*” nella maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea. Dunque, anche se il programma di clemenza venisse modificato per includere l'immunità penale in tutti i Paesi europei, l'immunità potrebbe essere presa in considerazione soltanto in una fase successiva del procedimento, non evitando così l'impatto della partecipazione al processo penale stesso.

⁹¹ In tema, M. BLOOM, *Benefits and Challenges of Leniency Programmes in the Context of EC Modernization*, in E. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Treviso, 2005, p. 183 ss., nonché C. AUBERT, *op. ult. cit.*, p. 136 ss.



sistema di *enforcement* europeo uniforme in cui le pene detentive, nonché l'immunità per la clemenza, vengano applicate tanto in sede comunitaria, quanto in ambito nazionale. Ad ogni modo, indipendentemente da ogni conclusione circa l'opportunità o meno di ricorrere a sanzioni penali a livello comunitario, rimane fermo il dato per cui è indispensabile, ai fini della migliore applicazione dei programmi di clemenza nazionali ed europeo, procedere verso una progressiva uniformazione degli apparati di *deterrence* presenti nelle realtà nazionali, magari per il tramite dell'attività di uniformazione svolta in materia dello *European Competition Network*⁹².

4.2. Nello schema fondamentale del dilemma del prigioniero, che si fonda sulla completa conoscenza delle "regole del gioco" da parte di tutti i partecipanti, le sanzioni che ciascun prigioniero può ragionevolmente attendersi in ragione della propria condotta deviante sono note e predeterminate, così come l'incidenza sulle stesse della propria strategia.

Apertis verbis, ciascun *prisoners* può consapevolmente assumere la propria decisione, nella piena cognizione di tutte le potenziali conseguenze della stessa, entro i termini positivi della clemenza e quelli negativi della sanzione piena per l'illecito più grave, assumendo come dato di partenza la pena minima prevista per l'illecito minore già accertato.

Eppure, questo schema è profondamente alterato, nella realtà degli illeciti concorrenziali, da un ulteriore fattore di disequilibrio del dilemma del prigioniero e, cioè, la frequente interazione, in materia, di sanzioni amministrative e sanzioni penali, cui si accompagnano, secondo differenti gradi di diffusione nei determinati ordinamenti, le *civil claims* della dimensione del *private enforcement*⁹³.

Pur senza voler ancora considerare l'incidenza delle pene detentive, anche la sola convergenza di queste differenti formule sanzionatorie di matrice pecuniaria, affidate quasi in tutti i sistemi giuridici a distinte autorità, determina, in ultima istanza, una condizione di profonda incertezza in merito all'entità delle conseguenze economiche derivanti dal disvelamento dell'illecito⁹⁴.

Questa considerazione induce a ritenere che un programma di clemenza che aspiri all'efficienza non può prescindere dalla analisi del complessivo apparato sanzionatorio fissato dall'ordinamento nel quale si inserisce, offrendo al potenziale *applicant* risposte in merito a ciascuna delle dinamiche sanzionatorie previste dal sistema. Peraltro, non è necessario che tali risposte si atteggino in termini di clemenza o di offerta di immunità, ma

⁹² Sul punto, vedi, *infra*, la parte del volume dedicata all'*ECN Model Leniency Programme*.

⁹³ Cfr. N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 15 ss.

⁹⁴ Vedi M. BLOOM, *op. ult. cit.*, p. 190 ss.



devono consentire al *confessor* di poter predeterminare, con ragionevole grado di approssimazione, i *costs* ed i *benefits* rispettivi della cooperazione e della non cooperazione⁹⁵.

In caso contrario, il *prisoner* non sarà mai posto in grado di compiere scelte effettivamente razionali e, dunque, di indirizzarsi verso la confessione: la razionalità delle scelte, infatti, e, più in generale, l'intero schema del dilemma del prigioniero è minato *ab origine* dall'incertezza.

Si pensi, quale esempio emblematico, all'ordinamento statunitense, dove si assiste alla compresenza di tutte le formule sanzionatorie appena richiamate: sanzioni amministrative, sanzioni detentive e risarcimento dei danni (caratterizzato peraltro dalla *treble damages rule*).

Ora, la *leniency policy* di quell'ordinamento offre risposte rispetto a tutte le epifanie dell'apparato sanzionatorio connesso alle intese: accanto all'immunità rispetto alle sanzioni pecuniarie per l'impresa, prevede forme di clemenza anche in ordine alle pene detentive inflitte agli individui, nonché, dopo l'entrata in vigore dell'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* del 2004, una profonda mitigazione delle conseguenze risarcitorie, con l'esonero – tra l'altro - dal *treble damage*.

Sebbene con diverse fortune e soluzioni, numerosi ordinamenti giuridici dotatisi di programmi di clemenza, negli ultimi anni, si sono mossi nella direzione di valorizzare l'elemento della prevedibilità *ex ante* delle sanzioni applicate in forza del *public enforcement*, ancorando le stesse a parametri certi, fondati su diversi fattori come il fatturato dell'impresa o i profitti ricavati tramite l'illecito (non è un caso, d'altronde, il recente diffondersi in parecchie esperienze giuridiche dell'adozione, da parte delle *competition authorities*, di *guidelines* inerenti l'applicazione delle sanzioni⁹⁶).

Persistono, tuttavia, non poche incertezze intorno alle conseguenze risarcitorie connesse alle violazioni del diritto della concorrenza, almeno negli ordinamenti dove il *private enforcement* è concretamente sviluppato, visto che il governo della materia è interamente affidato alle corti che, in non poche occasioni, hanno adottato criteri di liquidazione dei danni singolari e decisamente afflittivi per il danneggiante.

Orbene, ciò comporta che, a fronte dell'interazione esistente tra sanzioni pecuniarie, detentive e risarcitorie, il dilemma del prigioniero assuma la connotazione di un "*sequential*

⁹⁵ In tema, G. SPRATLING – D. JARRETT – A. SHEPHARD, *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*, cit., p. 45 ss.

⁹⁶ È il caso, ad esempio, delle *guidelines* adottate dalla Commissione europea nel 2006, come della *Guidance as to the appropriate amount of a penalty*, recentemente modificata, in data 10 settembre 2012, dall'*Office of Fair Trade* britannico. Si rinvia, sul punto, a M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di antitrust*, Torino, 2010, p. 451 ss.; J.M. CONNOR, *Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 guidelines*, in *E.C.L.R.*, 2011, 1, p. 27 ss.; B. VESTERDORF, *Are fines the final answer to cartels in Europe?*, in *Concurrences*, 2009, 2, p. 1 ss.; K. HOFSTETTER – M. LUESCHER, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for "Best Practice Compliance"*, in *World Comp.*, 2010, 1, p. 33 ss.



game”, dove la strategia collaborativa non si caratterizza più per essere “*strictly dominant*”⁹⁷. In effetti, può accadere che sia proprio l’incertezza connessa alle conseguenze risarcitorie dell’illecito a contribuire ad alterare, in maniera determinante, la conformazione del dilemma del prigioniero, impendendo di fatto al membro del cartello una scelta razionale in favore della confessione.

In particolare, emblematica è ancora l’esperienza statunitense, ove esiste un forte incentivo in merito al *private enforcement*, realizzato non soltanto tramite istituti di diritto sostanziale quale la regola dei *treble damages*, ma anche attraverso strumenti processuali quali le *class actions*, funzionali ad ammortizzare i costi elevati connessi all’instaurazione del procedimento, come a deflazionare il numero di controversie. Dunque, il timore di una *class action* conseguente alla *leniency application* rappresenta un profondo disincentivo alla collaborazione, visto che l’accertamento del cartello, realizzatosi innanzi alla *competition authority*, può avere evidenti ripercussioni in sede civilistica, finendo per abbattere profondamente gli oneri probatori dei *claimants*⁹⁸.

Dunque, il fronte del *private enforcement*, negli ordinamenti ove tale dimensione si è pienamente sviluppata, costituisce l’elemento di incertezza maggiore per i membri del cartello, allorché valutino la proposta di *leniency* formulata dall’autorità tramite il relativo programma.

Eppure, soprattutto nelle formulazioni più recenti, le disposizioni delle politiche di clemenza sono particolarmente attente a definire una serie di garanzie per l’*applicant* rispetto alle conseguenze, in termini risarcitori, della propria collaborazione: in tal senso, a parte previsioni pressoché uniformi dedicate alla stretta *confidentiality* che accompagna la produzione di materiale probatorio, alcuni programmi impongono all’impresa che voglia aderire agli stessi di impegnarsi a ristorare, per quanto possibile, i danni cagionati al mercato ed ai privati (è il caso, ad esempio, della *leniency* americana). Clausole del genere, che

⁹⁷ Così N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁹⁸ Cfr. M. FRIEDMAN - L.J. SAVAGE, *The Utility Analysis of Choices Involving Risk*, in 56 *J. Pol. Ec.*, 4, 1948, p. 276 ss. Secondo N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 20, questa considerazione circa lo strettissimo rapporto che lega procedimenti amministrativi e penali sui cartelli con le vertenze risarcitorie dei privati dovrebbe razionalmente indurre ciascuna impresa, che confessi la propria partecipazione ad un cartello in sede di *leniency application*, a cercare una transazione con i *civil claimants*. Dunque, seguendo questo ragionamento, la maggior parte delle cd. “*follow-on actions*” dovrebbe concludersi con un accordo tra impresa e *claimants*. Eppure, in concreto, ciò non accade e le imprese, nella maggior parte delle occasioni, preferiscono che il procedimento si concluda con una sentenza. L’Autore ritiene che tale comportamento delle imprese trovi spiegazione nelle leve psicologiche che muovono le decisioni ed, in particolare, in quegli studi economici che qualificano i privati come intrinsecamente “*loss-averse*” e, di conseguenza, “*risk-seeking*” in ordine alle perdite. Si tratta, in particolare, degli studi di J.W. PRATT, *Risk Aversion in the Small and in the Large*, in 32 *Econ.*, 1/2, 1964, p. 122 ss.; J. TOBIN, *Liquidity Preference as Behavior toward Risk*, in 26 *Rev. Ec. St.*, 1958, p. 65 ss.; K.J. ARROW, *Essays in the theory of risk-bearing*, Chicago, 1976, p. 23 ss.; D. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in 47 *Econ.*, 2, 1979, p. 263 ss.



prevedono l'impegno dell'impresa richiedente al ristoro dei danni ai fini della concessione dell'immunità, rappresentano uno strumento funzionale ad anticipare la considerazione del *private enforcement* già al momento dell'adesione al programma; tali formule, tuttavia, dovendo necessariamente essere "aperte", con il riferimento al "*where possible*", non eliminano *in toto* i margini di incertezza che accompagnano l'*application* e, dunque, non favoriscono effettivamente la scelta cooperativa.

Probabilmente, in un ordinamento antitrust quale è quello americano, sarebbe opportuno, al momento della concessione della *leniency*, prevedere un accordo tra *Antitrust Division* ed impresa, volto alla quantificazione approssimativa dei danni cagionati ai privati ed alla conseguente fissazione di tale somma quale soglia massima che il *confessor* sarà tenuto a corrispondere nella causa di risarcimento. Eventuali voci di danno eccedenti tale soglia potrebbero essere imputate, a titolo sanzionatorio, sulle altre colluse, che non abbiano aderito al programma di clemenza.

Una soluzione del genere garantirebbe all'impresa di avere assoluta certezza circa le conseguenze, in termini di esborsi economici, collegate alla scelta cooperativa, favorendo quest'ultima rispetto alla opzione non cooperativa, che verrebbe circondata da margini di rischio ed incertezza ancora maggiori.

Nel contesto europeo (comunitario e nazionale), così come in molte esperienze collocate in altre aree geografiche (a titolo esemplificativo, possono citarsi il Brasile, il Sud Africa o il Giappone), la dimensione del *private enforcement* è ancora poco sviluppata, sicché – per assurdo – tale arretratezza, pur non eliminando margini di incertezza nell'applicazione dei programmi, può costituire un vantaggio nella prospettiva dell'opzione cooperativa del *prisoner's dilemma*. Infatti, ciascun *player*, nell'elaborare la propria strategia collaborativa, potrebbe addirittura trascurare l'incidenza dei *costs* indotti da tale dimensione specifica, dal momento che le conseguenze delle azioni risarcitorie proposte dai privati sono meramente eventuali e, comunque, scarsamente incidenti, in termini afflittivi, rispetto a quelle del *public enforcement*⁹⁹.

Ad ogni modo, deve pur dirsi che, in ragione della diffusione dei cartelli internazionali come della necessità di garantire effettiva tutela ai diritti dei consumatori, molti ordinamenti, negli ultimi anni, stanno progettando interventi sulle proprie legislazioni in materia al fine di ridurre il *gap* di *enforcement* esistente rispetto agli Stati Uniti in materia di *civil claims*.

Nel sistema giuridico dell'Unione Europea sono espressione di tale finalità riformatrice la pubblicazione, in anni recenti, del *White Paper* e del *Green Paper on antitrust damages actions*, nonché del cd. "*Ashurst Study*", che offre una fotografia dell'attuale situazione del *private*

⁹⁹ Vedi S.K. MEHRA, *More Is Less: A Law-And-Economics Approach to the International Scope of Private Antitrust Enforcement*, in 77 *Temp. L. Rev.*, 2004, p. 47 ss.



enforcement nei sistemi nazionali ed in quello comunitario¹⁰⁰. Tra le diverse ipotesi di riforma prese in considerazione, v'è stata anche quella dell'introduzione, nei sistemi nazionali e comunitario, dell'istituto della *class action* in materia antitrust, nonché di una “*double damages rule*”.

In effetti, una riforma in questa direzione, rappresentando una decisa uniformazione della disciplina europea del *private enforcement* a quella statunitense, allorché dovessero essere previste anche forme di efficacia extraterritoriale delle relative disposizioni¹⁰¹, consentirebbe non soltanto una più omogenea applicazione dei programmi di clemenza, ma soprattutto eviterebbe distorsioni dell'istituto connesse alla scelta strategica, da parte del *confessor* membro di cartelli a rilevanza transazionale, dell'ordinamento più favorevole per la proposizione dell'*application*¹⁰².

4.3. Il fattore di disequilibrio del dilemma del prigioniero di cui sopra, caratterizzato dall'imposizione di sanzioni (in senso lato) di diversa natura e da parte di diverse autorità, è, per alcuni aspetti, analogo a quello connesso al contemporaneo e frequente coinvolgimento di diverse giurisdizioni rispetto alla medesima fattispecie.

Nel *prisoner's dilemma* si assume che entrambi i *players* dialoghino e possano essere sanzionati da un'unica autorità; nell'atteggiarsi concreto degli illeciti concorrenziali, al contrario, vista l'attuale frequenza di cartelli transnazionali e di intese che producono effetti

¹⁰⁰ In merito a questi pubblicazioni, si rinvia, *infra*, alle parti del volume specificamente dedicate al *private enforcement* in rapporto alla *leniency* ed ai programmi di clemenza.

¹⁰¹ Come ha stabilito, negli Stati Uniti, la Corte Suprema per quanto concerne la “*treble damages rule*”: vedi *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004). In dottrina, W. WURMNEST, *Foreign Private Plaintiffs, Global Conspiracies and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, in 28 *Hastings Int. & Comp. L. Rev.*, 2005, p. 205 ss.

¹⁰² In tema, D. WAELBROECK – D. SLATER, *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: “Americanization” of EC Competition Law Enforcement?*, in C. EHLERMANN – I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, 2007 p. 425 ss. L'opzione per l'introduzione di formule ibride, risarcitorie e sanzionatorie al contempo, come una “*double damages rule*” sembra, tuttavia, attualmente abbandonata. Critico, sul punto, N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, pp. 21-22, secondo il quale neppure l'introduzione di istituti analoghi alla *class action* statunitense negli ordinamenti nazionali europei potrebbe, da sola, favorire lo sviluppo del *private enforcement* in materia antitrust. In mancanza di concomitanti e realmente afflittive sanzioni imposte dalle *authorities* di *public enforcement*, il sacrificio economico imposto al cartellista si rivelerà, comunque e con buona probabilità, inferiore rispetto a quanto illecitamente guadagnato attraverso il cartello. L'Autore, infatti, ritiene obiettivamente difficile che tutti i danneggiati decidano di aderire anche al meccanismo collettivo di risarcimento, specialmente laddove essi dovrebbero anticipare una certa somma per beneficiare del risultato finale. In tal senso, soltanto l'introduzione di formule risarcitorie punitive, rispetto alla mera funzione compensativa, che pure rimane l'obiettivo primario del *private enforcement*, potrebbe garantire il superamento dei benefici della partecipazione ad un cartello con profonda efficacia deterrente. Vedi anche D. GINSBURG, *Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe*, in 1 *J. Comp. Law and Ec.*, 2005, 3, p. 435 ss.



su più mercati, ricadenti sotto diversi ordinamenti giuridici, risulta spesso assai difficile identificare la competenza di un'unica giurisdizione rispetto alla condotta deviante.

Anche questa circostanza incide sulla possibilità dei membri del cartello di adottare strategie razionali in ordine ai programmi di clemenza, in consonanza con l'impostazione relazionale tipica del dilemma del prigioniero. In particolare, potrebbe accadere che il potenziale *confessor* non sia indotto alla collaborazione per il timore che la confessione ed il materiale istruttorio prodotto innanzi ad un'autorità finiscano per ritorcersi contro in un altro ordinamento e dinanzi ad una differente *authority*, pure competente rispetto al cartello¹⁰³.

La soluzione di tali problematiche, secondo parte della dottrina, potrebbe venire dalla previsione, all'interno dei programmi di clemenza, di clausole “*one-stop-shop*”, caratterizzate dall'opportunità per il richiedente di presentare la propria *application* dinanzi ad una sola autorità, ottenendo il medesimo trattamento in tutti gli ordinamenti giuridici¹⁰⁴.

Una soluzione in tal senso, tuttavia, si dimostra, allo stato, utopica finanche per il solo sistema giuridico comunitario, dal momento che le legislazioni nazionali in materia di concorrenza sono tuttora molto differenti le une dalle altre, prevedono diversi presupposti ai fini della configurazione degli illeciti concorrenziali, diverse ancora sono le conseguenze sanzionatorie collegate agli stessi, così come – seppur in misura minima - i fondamenti applicativi delle *leniency policies*.

Nondimeno, l'esigenza di una armonizzazione, che può obiettivamente essere soltanto progressiva e da realizzarsi nel tempo, delle legislazioni antitrust è sempre più avvertita come esigenza pressante da parte di tutte le *competition authorities*, proprio in funzione della più efficiente applicazione di istituti moderni di lotta ai cartelli, quali i programmi di clemenza. L'eccessiva diversità delle soluzioni rispetto a questi ultimi, infatti, rischia di ingenerare un pernicioso fenomeno di “*forum shopping*” (*rectius*, di “*programme shopping*”), alla

¹⁰³ Vedi G. SPATLING – D. JARRETT – A. SHEPHARD, *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*, cit., p. 43 ss.

¹⁰⁴ Per l'ordinamento comunitario, si veda l'autorevole opinione di N. KROES, *The First Hundred Days*, relazione tenuta in occasione del 40th Anniversary of the *Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005*, *International Forum on European Competition Law*, Brussels, 7 aprile 2005, reperibile alla pagina <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, secondo cui “*the weaknesses identified in the present leniency application regime need to be addressed. I have already floated the idea of a one stop shop for leniency applications in the EU. Initial reactions have been mostly favourable, from practitioners and businesses alike. Detailed work is underway with the cooperation and input of our colleagues in the European Competition Network. The design of any future system has to take full account of the specific needs of those who will eventually have to operate it. This means that rather than limiting ourselves to centralising solutions, we have to look at the options for one-stop leniency which fully exploit the dimension of the network*”.



ricerca dell'ordinamento che offra condizioni di clemenza più favorevoli rispetto alla fattispecie concreta¹⁰⁵.

Il diffondersi di prassi del genere, tuttavia, rappresenterebbe il sostanziale fallimento delle politiche di clemenza, che verrebbero, nei fatti, sovvertite dagli *applicants*, inclini a scegliere *leniency programmes* particolarmente favorevoli, ritardando così i tempi dell'*application* e perseverando di fatto nell'illecito.

Tant'è che, anche per evitare tali distorsioni, nell'ordinamento statunitense si è consolidata una soluzione particolare per cui la disposizione inerente la *treble damages rule* trova applicazione non soltanto rispetto alle fattispecie interamente riconducibili al sistema americano, ma può, addirittura, assumere efficacia extraterritoriale. Nel 2004, infatti, la *Supreme Court*, nel *leading case Hoffman La Roche v. Empagran*¹⁰⁶, ha fissato il principio per cui la regola dei *treble damages* può essere estesa anche a fattispecie di cartelli verificatesi in altri ordinamenti, dal momento che, ai fini dell'applicazione della stessa, non è necessario che il danno sia stato subito negli Stati Uniti, né che vi sia stato un effetto pregiudizievole sul

¹⁰⁵ Vedi W. VAN GERVEN, *The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law?*, in A. HARTKAMP – C. JOUSTRA (a cura di), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., The Hague, 1998, p. 92 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento completo è *Hoffman La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004); la decisione si fonda, essenzialmente, su una lettura, in combinato disposto, del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* of 1982 ("FTAIA") e dello *Sherman Act*. Si veda l'opinione, fortemente critica, di G. BUTLER, *The Supreme Court's Destruction of Incentive to Participate in the Justice Department's Cartel Leniency Program*, in 15 *Pub. Int. L.J.*, 2004, p. 169 ss., ed, in particolare, p. 184, ove l'Autore evidenzia che "in *F. Hoffman-La Roche*, the Supreme Court refused to allow foreign victims of global price fixing cartels to maintain civil actions in the United States based solely on foreign effects of the price fixing scheme. In so doing, the Court failed to adequately protect American consumers. The goal of American antitrust law is to provide a fair and competitive marketplace for the benefit of the average consumer. Global price-fixing cartels can violate these laws with impunity and rest assured that their overseas profits will more than make up for any penalties they may face in the United States. Thus, these cartels will continue to operate in America in order to maintain an inflated price across the globe". Vedi anche M. FITZPATRICK, *Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.: The Supreme Court Trusts that Foreign Nations Can Preserve Competition without American Interference*, in 13 *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 2005, p. 357 ss. Da notare che molti governi, tra cui quello statunitense, si erano espressi in senso contrario rispetto agli esiti della decisione: si vedano *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as Amici Curiae in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief for the Government of Canada as Amicus Curiae Supporting Reversal*, *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the Government of Japan as Amicus Curiae in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724).



mercato americano. Il *civil claimant* è chiamato a dimostrare esclusivamente che il cartello sia strettamente connesso ad un danno subito negli Stati Uniti¹⁰⁷.

In definitiva, seppure discorrere oggi di un diritto della concorrenza globalizzato appare quantomeno un'astrazione¹⁰⁸, non può trascurarsi che, nella quotidiana applicazione delle politiche di clemenza, le difformità legislative delle fattispecie concorrenziali e quelle applicative dei programmi di clemenza rappresentano uno dei fattori di principale disincentivazione della collaborazione nella prospettiva del dilemma del prigioniero e, peraltro, ciò avviene soprattutto per i cartelli più importanti ed estesi¹⁰⁹.

Alla luce di queste riflessioni, ancor prima e nella prospettiva di soluzioni uniformanti più ampie, è auspicabile la progressiva realizzazione di un modello armonizzato di programmi di clemenza. In tal senso, anche per le realtà giuridiche extraeuropee, quella che sta maturando, in seno allo *European Competition Network*, può rappresentare un'esperienza importante: si tratta dell'elaborazione di un modello di programma di clemenza essenziale e condiviso da tutti i sistemi nazionali europei, nonché dall'Unione. Questo *Model Leniency Programme* dovrebbe costituire la base di scrittura di tutti i programmi di clemenza europei e prevede, quale disposizione originale, un meccanismo, definito "*summary application system*", che consente, a determinate condizioni, di conservare la *priority* acquisita con la presentazione della domanda di adesione alla *leniency notice* comunitaria anche dinanzi alle autorità nazionali¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sui riflessi dell'*Empagran case* sul diritto della concorrenza europeo, M. BLOOM, *Should Foreign Purchasers Have Access to US Antitrust Damages Remedies? A Post Empagran Perspective from Europe*, in *61 New York University Annual Survey of American Law*, 2005, p. 433 ss.

¹⁰⁸ Si vedano tuttavia le riflessioni, sul punto, di N. ZINGALES, *European and American Leniency Programmes*, cit., p. 23, che suggerisce forme di integrazione positiva tra le diverse legislazioni in materia: l'Autore, pur riconoscendo che si tratta di problematica ancora in gran parte senza soluzione, sottolinea che è sempre più avvertita la necessità di un'armonizzazione fondamentale, di livello globale, delle legislazioni antitrust. Questa impostazione si scontra con la visione di quanti concepiscono il diritto della concorrenza come un settore dell'ordinamento concepito esclusivamente per porre rimedio ai fallimenti di mercato e attraverso il quale riconciliare i bisogni dell'economia di una nazione (è questo il pensiero dei cd. "colbertiani" o "dirigisti"). Questa impostazione, tuttavia, non è condivisa da quanti sostengono che il diritto della concorrenza dovrebbe essere funzionalizzato alla realizzazione, nella prassi, di principi economici sani ed, in definitiva, al benessere globale. In tema, cfr. A.T. GUZMAN, *The Case for International Antitrust*, in M. GREVE – R. EPSTEIN (a cura di), *Competition Law in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*, Washington, 2004, p. 99 ss., nonché D. GERBER, *Antitrust and the Challenge of Internationalization*, in *64 Chicago-Kent Law Rev.*, 1989, p. 689 ss.

¹⁰⁹ Vedi anche G. SPRATLING – D. JARRETT – A. SHEPHARD, *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*, cit., p. 48 ss.

¹¹⁰ In ordine al *Model Leniency Programme* europeo, nonché al meccanismo delle *summary applications*, vedi *infra*.



4.4. In considerazione del fatto che, statisticamente, sono quasi sempre le imprese di dimensioni più piccole, che meno traggono benefici dal cartello, ad aderire alle politiche di clemenza, occorre prendere in considerazione una ulteriore variabile, enucleata dalla dottrina¹¹¹, incidente sulla razionalità delle scelte dei cartellisti rispetto alla *leniency*: la paura di ritorsioni.

Nell'impostazione fondamentale del dilemma del prigioniero, le scelte di ciascuno dei *players* sono fortemente influenzate dalla condotta altrui precedente alla opzione in favore di una delle due opportunità comportamentali (*confessione; non confessione*), ma assunte come indifferenti rispetto al comportamento dell'altro *prisoner* successivo alla decisione cooperativa o meno¹¹².

Nelle dinamiche relazionali reali che caratterizzano i cartelli, tale ricostruzione non è più veritiera e, infatti, può accadere che, una volta disvelato il cartello in seguito alla delazione di uno dei partecipanti, gli altri collusi, successivamente, cerchino di “punire” il traditore del *pactum sceleris*.

Il rischio è maggiore nei mercati caratterizzati da oligopoli o, comunque, da collegamenti economico-industriali tra più imprese generati da settori paralleli o collegati: è facile, in tal senso, che l'*applicant*, dopo aver partecipato al programma di clemenza ed aver contribuito alla condanna degli altri cartellisti, sia costretto a continuare ad avere rapporti economici con gli stessi o con imprese collegate¹¹³.

Una siffatta valutazione, pur estranea al contesto logico immediato del *prisoner's dilemma*, è suscettibile però di condizionare in maniera pressante la capacità dei membri del cartello di assumere scelte razionali – secondo il significato proprio della *game theory* - rispetto all'offerta di clemenza.

Sotto questo profilo, in genere, le *leniency policies*, nel momento in cui il procedimento di contestazione delle infrazioni ai cartellisti giunge a compimento, non assicurano agli aderenti, insieme alla clemenza, anche l'anonimato (fanno eccezione, in questo senso, l'esperienza giapponese e quella sudcoreana); d'altronde, tale risultato non è facilmente perseguibile, ove si pensi che, soprattutto al termine dell'indagine e con l'irrogazione delle sanzioni, difficilmente l'identità del cooperatore può essere celata. In determinate fattispecie, si potrebbe, tuttavia, immaginare una soluzione quantomeno parziale a tale problematica, mediante la menzione, nel provvedimento finale che chiude l'indagine sul

¹¹¹ Vedi N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 24 ss.

¹¹² Analoghe riflessioni in C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, in 27 *World Competition: Law and Economics Review*, 2004, 1, p. 13 ss.

¹¹³ In queste ipotesi, la struttura del mercato spinge a conformarsi al cartello e agisce in questo modo come disincentivo alla confessione. Ovviamente, qui l'implicazione è che la ritorsione è possibile solo a patto che le compagnie denunciate siano abbastanza grandi da rimanere finanziariamente in salute anche dopo l'ammenda, e che siano in seguito disposte a sostenere queste azioni di ritorsione invece di concentrarsi esclusivamente sul recupero delle perdite (così N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 24).



cartello, di tutte le imprese colluse, con le relative sanzioni irrogate, nonché dell'applicazione del programma di clemenza. Rimarrebbe celato, tuttavia, il nome dell'impresa o dell'individuo che ha aderito al programma, cui non verrebbero concretamente irrogate le ammende. Questa soluzione, in effetti, avrebbe il pregio di generare anche un ulteriore effetto: l'impossibilità di conoscere il nome dell'impresa delatrice comporterebbe il formarsi di una sfiducia reciproca tra i *competitors* rispetto alla creazione di futuri cartelli tra le medesime imprese¹¹⁴.

Ad ogni modo, deve pur dirsi che, vista la natura delle intese anticoncorrenziali e dei rapporti tra le imprese colluse, è obiettivamente difficile immaginare che, anche nel silenzio dell'autorità sul punto, l'identità dell'*applicant* possa rimanere celata in concreto, soprattutto perché, spesso, la menzione della stessa è indispensabile proprio ai fini dell'adozione dei provvedimenti sanzionatori a carico degli altri partecipanti al cartello¹¹⁵.

Se questo vale per il provvedimento finale di imposizione delle sanzioni, al contrario, la riservatezza circa il nome dell'*applicant* è garanzia offerta, in pressoché tutti gli ordinamenti (pur con eccezioni rilevanti, quale ad esempio quella del programma sudafricano), nel corso delle indagini e durante il procedimento di applicazione del programma di clemenza; addirittura, molte *policies* attualmente prevedono forme di *applications* anonime anche nei confronti dell'autorità, soprattutto nella fase iniziale del procedimento (a parte i modelli europeo e statunitense, si può citare la *leniency* brasiliana).

Questa garanzia di riservatezza durante il procedimento consente all'impresa che decida di collaborare con l'autorità di non subire, almeno in via subitanea, il rischio di ritorsioni da parte degli altri cartellisti¹¹⁶. In tal senso, questa previsione è strettamente collegata con quella, presente in molti programmi di clemenza, concernente il momento della cessazione della partecipazione al cartello del *confessor*. Anche ispirandosi ai modelli statunitense e comunitario, infatti, molte esperienze giuridiche hanno adottato regole flessibili, che consentono alle *competition authorities* di autorizzare l'*applicant* a perseverare, almeno formalmente, nella partecipazione al cartello o, comunque, a concordare una *exit strategy*

¹¹⁴ Cfr. J.D. MEDINGER, *Antitrust Leniency Programs: A Call for Increased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence*, in 52 *Emory L. J.*, 2003, p. 1439 ss.

¹¹⁵ Cfr. M. BLOOM, *Benefits and Challenges of Leniency Programmes in the Context of EC Modernization*, cit., p. 187 ss.

¹¹⁶ La paura della ritorsione, secondo N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 25, può rivelarsi fondamentale ove un'impresa sommi tale considerazione alla mancanza di certezza circa la questione del momento opportuno per prendere contatti con l'autorità. Si potrebbe creare, in tal senso, un pungolo psicologico teso a scoraggiare la confessione, che sarebbe stata altrimenti la scelta più razionale, ovvero l'opzione che massimizza i *benefits*. Per tutte queste ragioni, l'opzione dei programmi di clemenza volta a non costringere l'azienda a porre termine alla partecipazione al cartello "immediatamente" (ma piuttosto soltanto "sollecitamente") rende la *policy* più funzionale ed efficiente rispetto a quelle che scelgono soluzioni rigide circa la cessazione dell'attività illecita.



progressiva. La *ratio* di tale regola, tuttavia, non è funzionale alla tutela dell'impresa collaboratrice, quanto ad evitare possibili pregiudizi alle attività d'indagine¹¹⁷.

In sostanza, al fine di non introdurre ulteriori elementi di “disturbo” rispetto al *prisoner's dilemma* che deve condurre l'impresa a valutare la confessione come scelta ottimizzante, la soluzione ideale per una *leniency policy* è quella di garantire, per quanto possibile, accanto all'immunità (o alla riduzione delle sanzioni), il rigido riserbo circa il nome dell'*applicant*, affinché questi non debba temere possibili ritorsioni – coeve o successive al disvelamento dell'intesa - da parte degli altri cartellisti. Analogamente, al fine di raggiungere il medesimo obiettivo, è importante che il *drafting* di un programma di clemenza preveda soluzioni concrete che lascino alle *authorities* un grado di discrezionalità rilevante ai fini della decisione circa il momento in cui l'impresa dovrà cessare la propria partecipazione al cartello¹¹⁸.

In conclusione, il fine ultimo del lavoro di interpretazione che l'interprete è chiamato a compiere su tutti questi elementi “esterni”, che pure incidono e condizionano l'autonomia come la razionalità delle strategie adottate dai membri di un cartello rispetto ai *leniency programmes*, è quello di identificare tecniche normative di “sterilizzazione” di tali fonti di disequilibrio, così da “purificare”, per quanto possibile, il dilemma del prigioniero che si realizzerà nella fattispecie concreta, affinché l'opzione collaborativa – cioè, la confessione - risulti essere sempre e comunque come *strictly dominant*¹¹⁹.

5. L'analisi in termini comparatistici dell'istituto dimostra come, attualmente, i modelli principali siano essenzialmente due: quello statunitense e quello comunitario, cui si è negli ultimi anni affiancato l'*ECN Model Leniency Programme*¹²⁰.

¹¹⁷ Da sottolineare che, rispetto a questo specifico profilo, il modello comunitario, anticipando quello americano, ha adottato formule più flessibili, che consentono alla Commissione di valutare opportunamente sin quando consentire la partecipazione della collaboratrice al cartello.

¹¹⁸ Cfr. D. WYATT – A. DASHWOOD – A. ARNULL, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5th ed., Londra, 2006, p. 232 ss., nonché M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford, 2004, p. 387 ss.

¹¹⁹ Sul ruolo della comparazione giuridica nei processi di uniformazione ed unificazione del diritto, M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA – M.J. BONELL – D. CORAPI – L. MOCCIA – V. ZENO-ZENCOVICH – A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, III ed., Roma - Bari, 2011, p. 12 ss. In merito alla funzione svolta dal formante giurisprudenziale in questi processi, vedi B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?*, Londra, 2006, trad. it. a cura di A. TARUFFO, *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 34 ss.

¹²⁰ In prospettiva generale sull'importanza di una visione comparatistica delle problematiche giuridiche, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, cit., *passim*; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, cit., *passim*; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., *passim*; M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978, *passim*; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, trad. it. *Utilità e metodi del diritto comparato* (a cura di P. STANZIONE – G. AUTORINO STANZIONE), cit., *passim*; A. WATSON, *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *42 Am. J. Comp. Law*, 1995, 3,



Il primo si può definire certamente come modello originario, dal momento che la realtà giuridica americana è stata la prima a sperimentare, alla fine degli anni '70, l'istituto del *leniency program*. L'iniziale insuccesso ha portato l'*Antitrust Division* a riformare in maniera sostanziale questo strumento nel 1993 e nel 1994, con l'introduzione rispettivamente della *Corporate Leniency Policy* e della *Individual Leniency Policy*. Dal 1993 in poi, visto il successo conseguito nell'ordinamento di appartenenza, il modello di *leniency policy* statunitense ha vissuto un periodo di intensa circolazione, venendo riproposto, in maniera pressoché pedissequa, in altre esperienze giuridiche quali quella australiana, sudafricana, coreana, brasiliana e, nell'area europea, inglese ed irlandese. Da questo punto di vista, il modello statunitense può pacificamente qualificarsi come dominante a livello globale¹²¹.

Per quanto concerne il modello comunitario, lo stesso si afferma inizialmente quale soluzione giuridica derivata, in quanto ispirata, almeno nelle sue linee essenziali, alla precedente esperienza statunitense. Tuttavia, la *leniency policy* europea si è nel tempo discostata dal modello originario, riadattandone formule e contenuti secondo soluzioni originali e caratteristiche, che ne fanno attualmente un modello a sé stante. Cronologicamente, esso fu introdotto dalla Commissione nel 1996 e profondamente riformato nel 2002 e, da ultimo, alla fine del 2006. Il modello comunitario, filtrato anche attraverso l'*ECN Model Leniency Programme*, influenza tutta l'area giuridica dell'Europa continentale: si pensi, in tal senso, soprattutto alle politiche di clemenza francese, tedesca ed italiana, ma potrebbero citarsi, ad esempio, anche quelle svedesi, spagnola e di numerosi sistemi dell'Est Europa.

Orbene, si è detto che il successo di una *leniency policy* dipende dalla sua capacità di incentivare le defezioni esterne dai cartelli e la confessione dell'impresa collusa. Da questo punto di vista, tanto il modello comunitario, quanto quello statunitense, al fine di garantirne il successo, hanno calibrato le proprie politiche di clemenza intorno alle medesime variabili di tipo tecnico¹²².

p. 469 ss.; L.J. COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, 2000, *passim*; S. SICA, *Comparazione giuridica e crisi del sistema: talune riflessioni*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, p. 1083 ss.

¹²¹ In prospettiva più ampia, U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *10 Ind. J. Global Legal Stud.*, 2003, p. 383 ss. Vedi anche le riflessioni di D. KENNEDY, *Two Globalizations of Law and Legal Thought, 1850–1968*, in *36 Suffolk U. L. Rev.*, 2003, p. 631 ss., nonché quelle di G. AJANI, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in *43 Am. J. Comp. Law*, 1995, p. 1 ss.

¹²² In tema, per tutti, G. SPRATLING, *Detection and deterrence: rewarding informants for reporting violations*, cit., p. 798 ss.; J. MEDINGER, *Antitrust Leniency Programs*, cit., p. 1441 ss.; G. SPAGNOLO, *Optimal Leniency Programs*, cit., p. 20 ss.; S.D. HAMMOND, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*, cit.; C.R. LESLIE, *Trust, distrust, and antitrust*, cit., p. 520 ss.; M. MOTTA – M. POLO, *Antitrust: Economia e politica della concorrenza*, cit., p. 154 ss.



Specificamente, entrambi i modelli hanno considerato innanzitutto il cd. “tempo del perdono”, nella scelta tra la concessione dell’immunità soltanto all’impresa che collabori con l’autorità prima dell’apertura di una istruttoria sul cartello autodenunciato (fase preistruttoria) e l’offerta di clemenza anche al collaboratore di giustizia in fase postistruttoria. Dopo una iniziale chiusura, entrambi i modelli si sono aperti anche a forme di clemenza postistruttoria, valutando che soltanto in quella fase i rapporti di fiducia alla base del cartello entrano effettivamente in crisi e sono più vulnerabili tramite l’offerta di clemenza. In effetti, l’analisi economica, in linea di massima, indurrebbe a ritenere che la clemenza preistruttoria possa effettivamente essere attrattiva per l’impresa collusa soltanto quando caratterizzata da un momento premiale “positivo”, sicché con la collaborazione non si ottiene soltanto l’immunità, ma anche una vera e propria ricompensa. Si tratta, tuttavia, di una soluzione puramente teorica, mai testata in concreto in nessun ordinamento¹²³.

Per quanto concerne la seconda variabile di tipo tecnico sperimentata da entrambi i modelli, si tratta dell’applicazione del principio del “*winner-takes-all*”, secondo cui soltanto la prima impresa che decida di collaborare con l’autorità può ottenere l’immunità. Il modello statunitense, rispetto a questo profilo, propone una applicazione del principio assolutamente rigida ed anelastica, sicché se la prima confessante si vede garantita l’immunità totale, alcun beneficio è attribuito alle eventuali ulteriori collaboratrici, neppure in termini di riduzione della sanzione. La rigidità applicativa di questo principio è mitigata attraverso una ulteriore regola caratteristica dell’esperienza americana (e di quelle che ad essa si ispirano): il cd. *Amnesty Plus*. In base ad essa, come visto, l’impresa che non riesca ad aderire per prima alla *leniency policy*, può confessare all’*Antitrust Division* la propria partecipazione ad un ulteriore cartello: rispetto a quest’ultimo otterrà l’immunità totale, in ordine al primo una sostanziosa riduzione delle ammende. Nell’ordinamento statunitense, l’*Amnesty Plus*, allora, costituisce il correttivo della rigida applicazione del principio del “*first-in-the-door*”. Il modello comunitario non conosce uno strumento analogo all’*Amnesty Plus* e, d’altronde, non ne avrebbe bisogno, visto che propone una declinazione molto più flessibile ed elastica del principio del “*winner-takes-all*”, sicché se è vero che l’immunità totale è concessa soltanto alla prima confessante, tuttavia una serie di previsioni garantiscono a qualunque impresa fornisca all’autorità nuovi elementi probatori una riduzione della sanzione, entro un *range* che oscilla tra lo 0 e ed il 50%. Ne deriva che, in relazione a questo specifico elemento, il modello comunitario pare meglio disegnato di quello statunitense, visto che è sempre aperto alla collaborazione di nuove imprese che partecipano al cartello

¹²³ Nel lavoro, tuttavia, si è fatto conto delle peculiarità di quelle esperienze che conoscono anche *whistleblowing policies*, che si affiancano ai programmi di clemenza e contribuiscono a rafforzarne l’efficacia deterrente: è il caso delle disposizioni premiali della *rewards for information about cartels* inglese o del *False Claims Act* americano. In dottrina, si rinvia a J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *Blowing the Whistle*, cit., p. 143 ss.



ed offre dunque un incentivo costante alla defezione esterna, indipendentemente dal fatto che la Commissione abbia già avviato una collaborazione con altre imprese.

Quale ulteriore variabile di carattere tecnico che incide sul successo di una *leniency policy*, entrambi i modelli hanno avuto di mira la progressiva riduzione dei margini di discrezionalità delle autorità di controllo nella concessione dell'immunità. Sotto questo profilo, la certezza applicativa e la trasparenza procedimentale costituiscono importantissimi incentivi nella prospettiva dell'impresa che deve valutare *ex ante* la "convenienza" dell'adesione ad un programma di clemenza: ciò spiega perché i sistemi statunitense e comunitario si siano mossi nella medesima direzione. Eppure, anche qui il modello europeo pare aver compiuto una scelta più coraggiosa, avendo annullato quasi del tutto gli spazi di discrezionalità della Commissione nella concessione dell'immunità. Al contrario, quello americano ha eliminato ogni sfera di discrezionalità dell'*Antitrust Division* soltanto rispetto alla *pre-investigation leniency*, ma qualora la collaborazione dell'impresa cominci in fase postistruttoria riemerge forte il potere discrezionale dell'organo di controllo circa la possibilità di concedere l'immunità. In singolare controtendenza con queste acquisizioni, la recente esperienza italiana ha partorito un programma di clemenza, per certi versi, già "vecchio", caratterizzato com'è da amplissimi margini di discrezionalità in capo all'AGCM: ciò non fa presagire la possibilità di ottimi risultati¹²⁴.

L'analisi comparatistica delle variabili di tipo tecnico intorno alle quali hanno "lavorato" i due modelli principali di *leniency policy*, allora, induce a concludere che, da un punto di vista puramente teorico e volendo trascurare il sostanziale processo di uniformazione che fanno registrare le prassi applicative, la politica di clemenza comunitaria sia attualmente dotata di una maggiore *via attractiva* rispetto a quella statunitense e meglio calibrata ad assecondare le esigenze di certezza delle imprese.

Eppure, nonostante si sia registrato un parallelo perfezionamento dell'impostazione europea e di quella americana del programma, data la riduzione dell'incertezza e la valorizzazione della trasparenza procedimentale risultanti dalle più recenti versioni delle *policies*, non può non registrarsi uno iato profondo tra teoria e prassi, dal momento che è innegabile come il *leniency programme* statunitense abbia conseguito e continui ad ottenere risultati certamente più importanti e cospicui di quello comunitario.

La spiegazione di tale discordanza, del perché il modello teoricamente più efficace sia concretamente meno efficiente è relativamente semplice: bisogna considerare l'ulteriore variabile, questa volta non di tipo tecnico, ma che potremmo definire di carattere "sistematico". Si tratta, come esposto nel corso del lavoro, del rapporto che intercorre in

¹²⁴ Sulle problematiche connesse alla introduzione nell'ordinamento italiano dei programmi di clemenza, si veda anche il contributo di S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1087 ss.



ogni ordinamento, nell'ambito delle disposizioni in materia di concorrenza, tra *leniency* e *deterrence*, quali voci interconnesse ed in relazione di biunivoca influenza¹²⁵.

Il modello comunitario sconta da sempre un endemico *deficit* di deterrenza: ciò dipende non soltanto dal diverso approccio all'illecito offerto dall'impostazione dell'istituto in questo ordinamento, fondato non tanto sulla *deterrence* quanto piuttosto sulla *discovery* della condotta deviante, ma anche e soprattutto da alcune caratteristiche principali del diritto antitrust europeo, non ancora apertosi alle sanzioni penali come alla dimensione della responsabilità individuale¹²⁶.

Al contrario, il modello statunitense, rispetto a questo profilo, si è dimostrato molto più attento di quello comunitario affinché le due dimensioni della *deterrence* e della *leniency* si sviluppessero nel tempo in maniera omogenea e coerente¹²⁷. È sufficiente richiamare, in tal senso, tre esempi: il contraltare dell'*Amnesty Plus* è il *Penalty Plus*, sicché l'impresa che ottiene l'immunità e non confessa la propria partecipazione ad altri cartelli, qualora scoperta, viene sanzionata più aspramente. Le sanzioni penali a carico di amministratori, dirigenti e dipendenti sono state ulteriormente inasprite nel 2004 e giustificano l'esistenza ed il successo della *Individual Leniency Policy*. Infine, è razionale il rapporto tra *leniency* e *private enforcement*, ove l'applicazione del programma di clemenza non evita all'impresa le conseguenze sul piano risarcitorio, ma la mette al riparo – tra l'altro - dal *treble damage*¹²⁸.

Risultati analoghi a quelli registrati negli Stati Uniti, ad ogni modo, potranno essere presumibilmente raggiunti anche nel contesto comunitario soltanto quando i diversi *drafters* europei dei “diritti” della concorrenza e, poi, dei programmi di clemenza elaboreranno soluzioni uniformi e coerenti, affinché l'impresa che si muova in un mercato che è unico sia sicura di ricevere anche risposte se non uniche, quantomeno univoche in termini di clemenza come di deterrenza, in tutti gli ordinamenti degli Stati nazionali, come in quello dell'Unione¹²⁹.

¹²⁵ Così anche C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, cit., p. 13 ss.

¹²⁶ Si veda G. PRIEST – F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 1, p. 151 ss.

¹²⁷ Cfr. i fondamentali contributi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, *passim*, e di N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 1994, p. 11 ss.

¹²⁸ Come evidenziato dal documento UNCTAD “*The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries*”, cit., p. 8, “*follow-on private civil lawsuits for antitrust damage can, similarly, reduce leniency programme effectiveness worldwide. Such lawsuits commonly follow criminal convictions of cartellists in the United States and can substantially increase the financial consequences of being found guilty*”.

¹²⁹ In tema, J. BASEDOW, *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC Competition Law*, in *Private enforcement of EC Competition Law*, a cura di J. BASEDOW, 2007, Alphen aan den Rijn, p. 229 ss., e C. WYTHERS, *Jurisdiction and applicable law in antitrust tort claims*, in *J. Bus. Law*, 2002, p. 250 ss.



È chiaro che la realizzazione di un tale obiettivo passa necessariamente attraverso uno sforzo fondamentale di integrazione, economica e normativa, ulteriore, consistente nella definizione di fattispecie penali comuni in materia di pratiche anticoncorrenziali e, magari, nella creazione di un sistema di corti indipendenti e sovranazionali con competenza specifica in materia antitrust¹³⁰. Questo processo, in teoria, potrebbe essere agevolato proprio dalla necessità della lotta ai cartelli internazionali e, in questo senso, i programmi di clemenza, congiuntamente agli istituti collegati agli stessi, potrebbero rappresentare il “vettore” ideale per la circolazione delle soluzioni più efficienti e la realizzazione di un processo di *soft harmonization*, graduale e *de facto* condiviso¹³¹.

Nondimeno, la situazione politica ed economica dell’Unione e, in particolare, l’attuale stato del processo di integrazione europeo inducono a pensare che, seppure questa idea di un diritto della concorrenza interstatale a formazione progressiva dovesse far breccia nelle naturali ritrosie degli ordinamenti nazionali, non pochi saranno gli ostacoli, come non poche le battute d’arresto.

L’osservazione del presente come dello stato dell’arte, tuttavia, consente all’interprete di trarre alcune conclusioni: per i programmi di clemenza, indipendentemente dall’ordinamento di riferimento, vale il principio dello “*stick and carrot*”, sicché la *carrot* risulta appetibile esclusivamente quando lo *stick* esiste ed è concretamente avvertito come tale. Negli Stati Uniti esiste equilibrio tra “bastone” e “carota”, nell’Unione Europea, al contrario, ad una *carrot* teoricamente molto appetibile corrisponde uno *stick* privo di reale capacità affittiva (tale *status quo*, tranne alcune eccezioni, è comune all’ordinamento comunitario ed a quelli nazionali)¹³².

La scarsità di deterrenza finisce per minare alla base le possibilità di effettivo successo della clemenza, che non può essere considerata in astratto, avulsa dal sistema¹³³. Non esistono *optimal leniency policies* progettate “a tavolino”, ugualmente valide per tutti i sistemi giuridici e per ogni diritto della concorrenza: al contrario, l’*optimization* del programma è frutto di un equilibrio mutevole nel tempo e proprio di ciascun ordinamento, anche in

¹³⁰ Una tale soluzione è suggerita da N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 60. Teoricamente, più che creare un nuovo sistema di corti indipendenti, potrebbero valorizzarsi le competenze in materia della Commissione, come della Corte di Giustizia.

¹³¹ In tema, A. WATSON, *From Legal Transplants to Legal Formants*, cit., p. 473 ss. Vedi anche D. BERKOWITZ – K. PISTOR – J.F. RICHARD, *The Transplant Effect*, in 51 *Am. J. Comp. Law*, 2003, p. 163 ss.; J. FEDTKE, *Legal transplants*, in J.M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, p. 434 ss.; U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in 4 *Int. Rev. L. Econ.*, 1994, p. 3 ss.; J.M. SMITS, *On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum*, in A. HARDING – E. ÖRÜCÜ (a cura di), *Comparative Law in the 21st Century*, Londra, 2002, p. 137 ss.

¹³² Vedi P.E. AREEDA – H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law: 2003 Edition*, voll. I-II, New York, 2003, p. 127 ss., e E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, 2005, p. 48 ss.

¹³³ In tema, si veda il fondamentale contributo di P. PIOVANI, voce *Effettività*, cit., p. 420 ss.



considerazione degli obiettivi che in un dato momento storico è necessario perseguire in politica economica¹³⁴.

Una *optimal leniency policies*, in ultima analisi, può essere tale soltanto allorché destinata ad operare nell'ambito di una *optimal antitrust law*, contribuendo a renderla tale.

Ner riprendere, allora, l'immagine dello “*stick and carrot*”, del bastone e della carota, questa riflessione induce a concludere che, come pure è stato osservato¹³⁵, uno strumento giuridico, quale quello dei programmi di clemenza, che in ultima istanza si fonda su tale meccanismo, non potrà mai funzionare correttamente – o meglio, in maniera economicamente efficiente – fintantoché lo *stick* sarà soltanto minacciato in astratto e mai applicato in concreto o applicato in maniera inefficace e, ancora, fintantoché la *carrot* non sarà certa ed effettivamente appetibile¹³⁶.

In altre parole, quelle esperienze giuridiche che vorranno effettivamente giovare di una *leniency policy* in materia antitrust dovranno affrontare, nei prossimi anni, due problematiche logicamente interconnesse: per un verso, il rafforzamento della capacità afflittiva del proprio sistema sanzionatorio e, dunque, del rapporto tra *public* e *private enforcement* (*id est*, il “bastone”) e, per un altro, la certezza dei rapporti tra impresa delatrice ed autorità in termini di immunità conseguibili e di circolazione delle informazioni acquisite (*id est*, la “carota”)¹³⁷.

6. Si è detto come l'analisi comparatistica mostri limpidamente che i programmi di clemenza, pur articolando sempre le medesime variabili di tipo tecnico, tendono a presentare impostazioni sostanzialmente rispondenti alle peculiarità del diritto della concorrenza sottostante ed agiscono quale naturale completamento dello stesso¹³⁸.

A chiusura dello studio relativo ad un istituto di nascita recente quale è il *leniency programme*, che pure nell'ordinamento di più consolidata esperienza, quello statunitense, può vantare circa un quarantennio di storia, pare proficuo provare a tracciare delle prospettive in funzione delle problematiche che lo stesso ha fatto registrare nella prassi applicativa.

In altre parole, ci si può interrogare circa quelli che dovranno essere i tratti salienti dei programmi di clemenza che potremmo identificare come “di terza generazione”, dopo la

¹³⁴ Cfr. P. LEGRAND, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, in 4 *Maast. J. Eur. & Comp. Law*, 1997, p. 111 ss., nonché E.M. WISE, *The Transplant of Legal Patterns*, in 37 *Am. J. Comp. Law*, 1990, p. 1 ss.

¹³⁵ Così F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust*, cit., p. 262 ss.

¹³⁶ Vedi anche N. KROES, *Delivering on the crackdown: recent developments in the European Commission's campaign against cartel*, cit., nonché S. BLAKE – D. SCHNICHELS, *op. ult. cit.*, p. 765 ss.

¹³⁷ Propongono analoghe riflessioni A.T. GUZMAN, *The Case for International Antitrust*, cit., p. 104 ss., nonché D. GERBER, *Antitrust and the Challenge of Internationalization*, cit., p. 693 ss.

¹³⁸ Si pensi, in tal senso, a quanto osservato rispetto alla definizione o meno di possibili forme di *individual leniency policies* in funzione della presenza o dell'assenza, nel sistema antitrust, di sanzioni penali a carico degli individui. Vedi anche N. ZINGALES, *European and American Leniency Programmes*, cit., p. 59.



prima stagione di applicazione dell'istituto, collocabile tra la fine degli anni '70 e la prima metà degli anni '90, e la seconda, ancora in corso seppur parrebbe in via di esaurimento, che prende le mosse proprio dalle riforme statunitensi dei primi anni '90.

Orbene, il primo profilo problematico da prendere in considerazione si intreccia con una riflessione più ampia sul diritto della concorrenza a cospetto di fattispecie incidenti su diversi mercati nazionali e, perciò, ricadenti nella sfera di interesse di molteplici ordinamenti. Ad oggi, la mancanza di coordinamento tra le differenti *competition authorities*, spesso operanti in parallelo ed all'insaputa l'una dell'altra sul medesimo cartello, rappresenta un ostacolo profondo all'applicazione dei programmi di clemenza, che non garantiscono forme di immunità extraterritoriali. Anzi, come visto, proprio il rischio della circolazione di informazioni rilevanti sull'illecito tra differenti giurisdizioni comporta un disincentivo profondo rispetto alle *leniency applications*¹³⁹.

Alla luce di tanto, uno degli ambiti di studio ed evoluzione concreta dei programmi di clemenza cui sarà necessario dedicare maggiore approfondimento, nei prossimi anni, è certamente quello delle possibilità di applicazione cumulativa di diversi programmi di clemenza a seconda dell'estensione territoriale che l'intesa illecita ha interessato¹⁴⁰.

L'esperienza concreta delle dinamiche di mercato, infatti, insegna come le pratiche anticoncorrenziali, nella maggior parte dei casi, si riferiscano a dimensioni di mercato non limitate al singolo ambito nazionale, ma con proiezioni – *rectius*, diramazioni – a livello internazionale, interessando in contemporanea, ad esempio, l'ordinamento comunitario e quello statunitense o, ancora, quelli asiatici¹⁴¹.

Sotto questo profilo, una impresa potrebbe avere interesse ad aderire nel contempo a più programmi di clemenza, al fine di ottenere una immunità “territoriale” quanto più ampia possibile. Ecco perché diventa cruciale, innanzitutto, l'armonizzazione dei presupposti applicativi delle diverse *leniency policies*, dal momento che, qualora un'impresa si rendesse conto di poter beneficiare dell'immunità soltanto in determinati ordinamenti e non in altri,

¹³⁹ Vedi anche J. JUPILLE – J.A. CAPORASO, *Domesticating discourses: European law, English judges, and political institutions*, in *Eur. Pol. Sc. Rev.*, 2009, p. 205 ss.; K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law for Europe*, Oxford, 2001, p. 4 ss., e S.S. ANDERSEN - K.A. ELIASSEN (a cura di), *Making Policy in Europe: The Europeanization of National Policy-Making*, London, 1993, p. 7 ss.

¹⁴⁰ Riflessioni sul punto si trovano in D.J. GERBER, *The US – European Conflict over the Globalization of Antitrust Law: A Legal Experience Perspective*, in *34 New Eng. L. Rev.*, 1999, p. 123 ss., nonché in F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust*, cit., p. 276 ss.

¹⁴¹ Sul punto, D. GERADIN, *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, cit., *passim*, nonché J. FAULL – A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford-New York, 1999, *passim*.



ove magari la pratica anticoncorrenziale ha comportato gli illeciti più gravi, potrebbe decidere di non aderire ad alcun *leniency programme*¹⁴².

Va salutata, allora, con estremo favore la sostanziale assimilazione delle condizioni di applicazione dei programmi di clemenza comunitario e statunitense (così come di altre esperienze giuridiche, anche estranee alla *Western Legal Tradition*, che a tali modelli si ispirano); residuano, ad ogni modo, delle dissimilitudini che potrebbero comportare non poche problematiche, legate, ad esempio, al trattamento da concedere ai confessanti successivi al primo negli Stati Uniti o alla valutazione degli elementi probatori ritenuti sufficienti per la concessione dell'immunità totale¹⁴³.

Tuttavia, valutando anche le prassi interpretative della Commissione e dell'*Antitrust Division*, una impresa che voglia aderire contemporaneamente ad entrambi i programmi di clemenza non dovrebbe incontrare particolari difficoltà, anche in ragione della rilevata flessibilità del *leniency programme* comunitario, idoneo ad applicarsi, con diversi gradi di riduzione della sanzione, anche ai collaboratori successivi al primo¹⁴⁴.

Sempre in quest'ottica, nell'ambito specifico della *leniency policy* della Commissione, poi, deve essere rilevato come sarebbe decisamente auspicabile una ulteriore armonizzazione – *rectius*, convergenza – delle discipline dei singoli Stati membri, che già sembrano svilupparsi entro un solco evolutivo comune, in gran parte riconducibile alla spontanea omologazione al modello comunitario e, più di recente, all'*ECN Model Leniency Programme*.

Una soluzione ottimale sarebbe indubbiamente quella dell'adozione di un programma di clemenza unitario a livello comunitario, che non si limiti ad affiancarsi alle diverse politiche di *leniency* nazionali, ma sia applicabile, al contempo, in tutto il territorio comunitario ed a livello di singoli Stati membri¹⁴⁵.

In teoria, perseguendo il fine della progressiva convergenza delle soluzioni proposte, per un verso, dagli Stati membri e dall'Unione e, per un altro, dall'Unione e dagli Stati Uniti, potrebbe ipotizzarsi addirittura la previsione di una sorta di “clausola-ponte” che consenta l'estensione automatica della richiesta di immunità nell'ambito di tutti i principali

¹⁴² Analogamente, S. BLAKE – D. SCHNICHEL, *Leniency following modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, cit., p. 765 ss., e J.E. HARRINGTON, *When is an Antitrust Authority not Aggressive Enough in Fighting Cartels?*, cit., p. 39 ss.

¹⁴³ Sul punto, F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitensi e comunitarie in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 2 - 3, p. 27 ss.

¹⁴⁴ In tal senso, J.T. LANG, *The Implications of the Commission's Leniency Policy for National Competition Authorities*, in *28 E.L.Rev.*, 2003, p. 430 ss.

¹⁴⁵ Propongono questa soluzione, *ex ceteris*, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., e W.P.J. WILS, *European Competition Law and Policy. The Reform of the Competition Law Enforcement: will it work?*, in *F.I.D.E.*, 2004, *Community Report*, p. 69 ss.



ordinamenti che contemplino politiche di clemenza in materia antitrust¹⁴⁶. In quest'ottica, potrà essere importante l'esperienza che matureranno, nei prossimi anni, le *antitrust authorities* europee nell'applicazione del *summary applications system* previsto dallo *European Competition Network*: non è detto che un meccanismo analogo, qualora dovesse produrre risultati favorevoli nel contesto del mercato comunitario, non possa essere trasposto, con i dovuti aggiustamenti, anche nell'ambito dei rapporti tra Commissione (intesa quale referente unico per l'intero mercato europeo) ed *Antitrust Division*¹⁴⁷.

In tal senso, il lavoro dello *European Competition Network* ed il ruolo "giocato" oggi, nel contesto comunitario, dal *Model Leniency Programme* può contenere in sé i fondamenti dell'apertura dell'istituto alla "terza stagione" della propria storia applicativa.

D'altro canto, una soluzione di tal fatta può essere ipotizzata soltanto quale risultato di un processo di armonizzazione di lungo periodo, visto che, ad oggi, esistono ancora difficoltà di "dialogo" importanti tra le autorità di controllo dei mercati operanti nei diversi ordinamenti. La problematica della armonizzazione dei *leniency programmes* a livello internazionale e dell'estensione dell'immunità in diverse realtà ordinali, infatti, è strettamente collegata al tema, altrettanto delicato, della circolazione tra le autorità delle informazioni acquisite tramite la collaborazione di una impresa¹⁴⁸.

La posizione del *Department of Justice*, in tal senso, è particolarmente rigida, visto che l'*Antitrust Division*, al fine di incentivare l'adesione al proprio programma di clemenza, non comunica alle altre autorità le informazioni acquisite tramite la collaborazione dell'impresa delatrice, a meno che quest'ultima non dichiari specificatamente di essere d'accordo. Secondo una posizione analogamente garantista, in ambito comunitario, la Commissione e le autorità antitrust nazionali, nel 2004, hanno elaborato la *Commission notice on Co-operation*

¹⁴⁶ È questa la ricostruzione suggerita, *inter alios*, da F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust*, cit., p. 281 ss., che propone l'introduzione di uno strumento per certi versi sovrapponibile all'*Amnesty Plus* statunitense.

¹⁴⁷ Si rinvia, in tal senso, a N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI – I. MUSU (a cura di), *La concorrenza come statuto normativo*, Bari, 2000, p. 63, secondo cui "la concorrenza diviene a mano a mano, da problema di diritto interno, problema di diritto spaziale, cioè de-localizzato e de-storicizzato". L'Autore, dunque, richiama problematiche di interazione tra geo-economia e geo-diritto, che riprenderà in numerose opere quali *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, e *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625 ss. Importanti osservazioni in materia vengono pure da A. FALZEA, *Nuove tecnologie e diritto*, in *New technologies e ricerca strategica nei trasporti*, Messina, 2001, p. 73 ss.; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 ss., e L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.

¹⁴⁸ In tema, *inter alios*, S. BLAKE – D. SCHNICHOLS, *op. ult. cit.*, p. 765 ss., e M. TREBILCOCK – R. HOWSE, *A Cautious View of International Harmonization: Implications from Breton's Theory of Competitive Governments*, in G. GALEOTTI – P. SALMON – R. WINTROBE (a cura di), *Competition and Structure: The Political Economy of Collective Decisions*, New York, 2000, p. 386 ss.



within the Network of Competition Authorities, che limita fortemente la circolazione di informazioni a livello comunitario¹⁴⁹.

Un'altra questione aperta, cui si è accennato e che si interseca con la tematica dei *leniency programmes*, è quella della scarsa deterrenza del sistema comunitario del diritto antitrust a confronto con quello statunitense.

Si è osservato più volte come, nella prospettiva dell'impresa che intenda collaborare con l'autorità, il programma di clemenza comunitario, per molti profili di carattere tecnico, debba ritenersi addirittura più convincente ed affidabile di quello statunitense, almeno nella sua formulazione letterale: si pensi, in tal senso, all'applicazione flessibile del principio del “*first-in-the-door*”, alla decisa riduzione della sfera discrezionale della Commissione o, ancora, alla definizione precisa della clausola morale.

Eppure la *leniency policy* europea, in concreto, registra ancora una applicazione relativamente scarsa e risultati non pienamente convincenti se posta a confronto con quella americana: la circostanza per cui uno strumento teoricamente efficiente, si rivela poi concretamente inefficace trova principale spiegazione nella scarsa forza deterrente del sistema comunitario antitrust che non incentiva affatto le imprese al tradimento del cartello¹⁵⁰.

Da questo punto di vista, non pare priva di fondamento la tesi di quanti sostengono la necessità di aprire anche la normativa antitrust europea alle sanzioni penali contro dipendenti, amministratori e dirigenti delle imprese coinvolte nel cartello: il modello, in tal senso, non deve essere cercato oltreoceano, ma è sufficiente l'esempio di realtà nazionali come quelle tedesca, francese, inglese ed irlandese. La forza dissuasiva della sanzione detentiva, infatti, andrebbe a rendere estremamente più elevato il valore della sanzione attesa (S_a) nella citata equazione [$S_a = A (S_e + R)$], comportando un proporzionale maggiore incentivo alla adesione ai programmi di clemenza. Ciò aprirebbe, inoltre, l'ordinamento comunitario ad una ulteriore prospettiva applicativa delle politiche di clemenza: quella dei programmi individuali, sperimentati con successo non soltanto negli Stati Uniti¹⁵¹.

Ciò nonostante, qualora non volesse percorrersi la strada dell'introduzione di sanzioni penali nel diritto antitrust, una soluzione differente potrebbe essere quella dell'inasprimento

¹⁴⁹ Sul punto, vedi M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., nonché S. BLAKE – D. SCHNICHELS, *op. ult. cit.*, p. 771 ss.

¹⁵⁰ Analizza le problematiche connesse al deficit di deterrenza del diritto antitrust comunitario P. ROTH, *Bellamy and Child: European Community Law of Competition*, London, 2001, *passim*. Vedi anche W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, cit., p. 68 ss.

¹⁵¹ Per una ricostruzione di carattere generale circa le problematiche connesse alla capacità di deterrenza dei moderni sistemi antitrust, cfr. G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History Market*, Oxford - Portland Oregon, 1997 (trad. it. *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998).



delle ammende pecuniarie attualmente esistenti, collegandole ancor più profondamente alla durata del cartello oppure addirittura ai profitti eventualmente ricavati dallo stesso¹⁵².

In effetti, il problema della minor forza del quadro sanzionatorio comunitario rispetto a quello statunitense potrebbe comportare, anche nel breve periodo, non soltanto il fallimento della *leniency policy* europea, ma anche il proliferare di condotte anticoncorrenziali nel mercato comunitario, visto che le imprese potrebbero essere indotte a localizzare le proprie attività illecite nello spazio giuridico dotato di minore capacità inibitoria¹⁵³.

Il discorso circa la complessiva capacità deterrente del sistema comunitario non può non comportare una riflessione sull'immobilismo del *private enforcement* nell'ordinamento europeo. Sotto questo profilo, infatti, la non applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in virtù dell'adesione ad un *leniency programme* non comporta di per sé l'esenzione dalla responsabilità civile nei rapporti con i terzi. Su questo punto, il paragrafo 39 della Comunicazione della Commissione del 2006 chiarisce che la concessione dell'immunità totale o parziale in relazione alle ammende irrogabili non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile relative alla violazione della normativa antitrust. Come ampiamente esposto, negli Stati Uniti questa problematica è stata (almeno in parte) risolta nel 2004, in seguito all'approvazione del *Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, che stabilisce, a favore del denunciante ammesso all'immunità, la non applicazione del principio del "*treble damage*" e il venir meno della responsabilità solidale nei confronti degli altri componenti del cartello¹⁵⁴.

Ciò non toglie che, nella prospettiva dell'incentivo all'adesione dei programmi di clemenza, paradossalmente, la circostanza per cui il *private enforcement* è praticamente inesistente nell'ordinamento comunitario potrebbe rappresentare un incentivo. In considerazione del fatto che il costo del risarcimento del danno ai terzi, in Europa, è più un valore teorico che reale, l'impresa che aderisce alla *leniency policy* comunitaria, con la

¹⁵² Sul punto, si veda S.D. HAMMOND, *Detecting and Detering Cartel Activity through Effective Leniency Programs*, cit., p. 4, che discorre di "*fear of detection*". In tema, anche G.J. WERDEN – M.J. SIMON, *Why Price Fixers Should Go to Prison*, in *Antitrust Bull.*, 1987, p. 928 ss.

¹⁵³ In tema, A.I. GAVIL – J.B. BAKER - W.E. KOVACIC, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, *American casebook series*, St. Paul, 2002, *passim*, nonché M.M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, 2003, *passim*.

¹⁵⁴ Cfr. W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, cit., p. 70 ss. Come osservato da M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., sui partecipanti al cartello che non abbiano aderito al programma di clemenza, «in aggiunta alla normale responsabilità, viene addossato anche l'onere di corrispondere ai danneggiati la parte del danno (cioè il doppio del danno dimostrato) che non grava più su chi beneficia del programma di clemenza. In definitiva, gli incentivi a denunciare i cartelli sono stato ulteriormente rafforzati». Vedi anche W.C. HOLMES, *Antitrust Law Handbook: 2003 Edition*, *Antitrust Law Library*, St. Paul, 2003, *passim*.



concessione dell'immunità, potrebbe ritenere così di evitare l'unico *cost* effettivo legato al cartello (*id est*, l'ammenda pecuniaria)¹⁵⁵.

Non può trascurarsi, tuttavia, la possibilità che proprio l'applicazione dei programmi di clemenza possa comportare un incentivo per i privati a servirsi dello strumento risarcitorio, visto che i danneggiati sarebbero notevolmente avvantaggiati dal punto di vista della soddisfazione dell'onere probatorio. L'applicazione dei *leniency programmes*, infatti, implica il più delle volte l'accertamento della condotta illecita da parte delle autorità e, di conseguenza, nel "costruire" le proprie azioni risarcitorie, i privati sarebbero tenuti a dimostrare esclusivamente l'entità del danno subito ed il nesso di causalità con un illecito già accertato dall'organo di controllo del mercato¹⁵⁶. Questa prospettiva di incentivo del *private enforcement* comunitario per il tramite dell'applicazione delle *leniency policies* (non soltanto nazionali), utilizzate quasi a sorta di "volano", è chiaramente collegata alla capacità di ciascuna *competition authority* europea di dialogare, nel rispetto della *confidentiality* del materiale istruttorio prodotto dai *leniency applicants*, con le proprie corti statali di riferimento, eventualmente nel ruolo di *amicus curiae*¹⁵⁷.

In definitiva, la tematica dell'introduzione di una *leniency policy* in un ordinamento è strettamente collegata a quella della forza del *private enforcement*, visto che, senza l'adozione di opportuni correttivi sull'esempio statunitense, l'adesione ai programmi di clemenza potrebbe essere scoraggiata in quei sistemi dove il costo dei risarcimenti è molto elevato. Eppure, nelle realtà giuridiche come quella comunitaria, ove il *private enforcement* soffre di una evidente "crisi di crescita" a confronto con lo sviluppo complessivo del diritto antitrust, proprio l'introduzione di politiche di clemenza potrebbe comportare una riscoperta – *rectius*, scoperta – dello strumento risarcitorio¹⁵⁸.

In conclusione, le soluzioni che gli ordinamenti nazionali e sovranazionali offriranno, nei prossimi anni, rispetto a queste problematiche non potranno che definire e connotare quelli che sono destinati ad essere i tratti essenziali dei programmi di clemenza "di terza

¹⁵⁵ *Inter alios*, J. MEDINGER, *Antitrust Leniency Programs*, cit., p. 1470 ss. Vedi anche D.D. FRIEDMAN, *Why not Hang Them: The Virtues of Inefficient Punishment*, in 107 *J. Pol. Ec.*, 1999, p. 259 ss.

¹⁵⁶ In tema, D. VAUGHAN – S. LEE – B. KENNELLY – P. RICHES, *EU Competition Law General Principles*, Richmond, 2006, *passim*, e M. HOLMES – L. DAVEY, *Practical Guide to National Competition Rules across Europe*, *International Competition Law Series*, vol. 13, The Hague, 2004, *passim*. Vedi anche L. IDOT, *Droit communautaire de la Concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, cit., p. 156 ss.

¹⁵⁷ *Amplius*, P.G. MONATERI, *The "Weak Law": Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)*, in 13 *Trans. L. & Contemp. Probs.*, 2003, p. 575 ss.

¹⁵⁸ Vedi I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit., *passim*. Sia consentito anche il rinvio a V. D'ANTONIO, *La clemenza tra regole di diritto e di mercato*, cit., p. XIV, ove si è avuto modo di scrivere che, nell'ottica dei consumatori e dei professionisti del foro, non è improbabile che nel prossimo futuro i programmi di clemenza, accompagnati anche dall'utilizzo della *class action*, rappresentino uno strumento importante per lo sviluppo del *private enforcement* in ambito comunitario.



generazione”, la cui gestazione l’interprete, utilizzando la lente della comparazione giuridica, già riesce ad intravedere proprio all’interno dello spazio giuridico europeo attraverso l’opera uniformatrice realizzata per il tramite dell’*ECN Model Leniency Programme*.