

Breve sintesi del Convegno “Le nuove regole della concorrenza”

di Paolo Buccirossi

Lear ha raccolto all'interno di un volume, pubblicato dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, le relazioni svolte in occasione del convegno “Le nuove regole della concorrenza”, organizzato nel luglio 2003 da Lear e dalla Fondazione Luigi Einaudi.

Gli estratti dei singoli interventi sono disponibili online nel sito di Lear: www.learlab.it.

La prima parte degli interventi è dedicata alla cosiddetta “modernizzazione”, vale a dire alle novità istituzionali e sostanziali introdotte dal Regolamento n. 1 del 2003 che, sostituendo il regolamento n. 17 del 1962, disciplina l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. La seconda parte raccoglie gli interventi che hanno animato la tavola rotonda sulla nuova disciplina del controllo delle concentrazioni e sulle linee guida sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali, testi ancora in forma di proposta al momento dell'incontro.

Opinione condivisa da tutti i relatori è che le novità normative introdotte a livello comunitario, sebbene non comportino una rivoluzione della disciplina della concorrenza, segnano una modifica non marginale di alcuni suoi caratteri. Le norme antitrust nell'Unione Europea (oggi allargata a 25 Stati Membri) gradualmente e inesorabilmente evolvono lungo un sentiero che cammina sempre più parallelamente a quello di altre giurisdizioni e che segue le indicazioni di un sapere che lega indissolubilmente economia e diritto. Il disegno del nuovo tracciato è incominciato diversi anni fa. La prima occasione è stata la modifica dei regolamenti che disciplinano l'esenzione dal divieto posto dall'art. 81, prevista al paragrafo 3 dello stesso articolo, a diverse categorie di intese verticali. L'adozione di quel regolamento fu preceduta da un vivace e ricco dibattito in cui emerse l'esigenza di ancorare le decisioni antitrust ad una valutazione economica delle fattispecie, abbandonando un approccio formalistico che era prevalso nella lettura della Commissione e degli organi giurisdizionali. Non sono del tutto convinto che gli interventi normativi che hanno fatto seguito al dibattito (il Regolamento CE n. 2799/99 e le successive linee guida) abbiano soddisfatto appieno questa esigenza. Tuttavia, l'idea che i comportamenti delle imprese debbano essere giudicati non in virtù della loro coincidenza con forme supposte lecite o illecite, bensì avendo riguardo per i loro possibili effetti sugli equilibri dei mercati e sul benessere del consumatore si è radicata, quantomeno nelle dichiarazioni di intento di autorità della concorrenza e giudici. Le nuove norme forniscono ulteriore impulso a questa aspirazione e, auspicabilmente, occasione per darvi concreta attuazione.

La novità più rilevante apportata dal Regolamento 1/2003, descritta nei testi di Alberto Pera e Mario Siragusa, riguarda l'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato CE. Il comma 2 dell'art. 1 del Regolamento recita “Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso”. Il rapporto tra divieto e esenzione è così definito dall'applicazione del principio che ha preso il nome di “eccezione legale”: l'eccezione stabilita dalla norma assume valore costitutivo della liceità dell'intesa. Le implicazioni di questa riforma sono discusse nelle prime due relazioni qui raccolte. A me preme evidenziare che, per suo effetto, oneri e onori di un'esaustiva (anche se non conclusiva) valutazione delle intese incomberà direttamente sugli operatori che le porranno in essere. La novità non è affatto di poco peso, se vista dalla prospettiva dei destinatari delle norme, soprattutto se l'onere valutativo si combina con una modifica dell'approccio che guida tale valutazione, sostituendo l'analisi formale con un esame sostanziale fondato sull'analisi economica.

La modifica normativa non investe in modo diretto solo le imprese. Il principio di eccezione legale ha come implicazione l'applicabilità diretta dell'art. 81.3 anche da parte delle autorità nazionali di concorrenza e dei giudici. L'architettura istituzionale che si forma a seguito del regolamento 1/2003 si caratterizza per una pluralità di soggetti ciascuno dei quali è in grado di assumere decisioni pienamente cogenti. Marco D'Alberti nel suo intervento fornisce una sapiente descrizione della rete delle autorità europee della concorrenza e dei suoi modi di operare. La parità di trattamento dei cittadini e delle imprese europee sarà garantita dal principio di supremazia del diritto comunitario della concorrenza sulle norme nazionali e dal ruolo guida affidato alla Commissione insieme al potere di avocare la competenza per decidere i casi di interesse comunitario. Nelle maglie di questa rete i giudici eserciteranno i loro poteri di sindacato di legittimità dei provvedimenti adottati dalle autorità amministrative e di risoluzione delle controversie tra privati in cui assumano rilievo questioni antitrust. È lecito chiedersi in che modo potrà essere garantita un'applicazione coerente delle norme a tutela della concorrenza (coerente, si badi bene, rispetto ai suoi fini) in quest'assetto policentrico. La risposta, a mio parere, risiede, ancora una volta, nell'affermazione di una cultura economica diffusa tra tutti i partecipanti al gioco.

La disciplina comunitaria del controllo delle concentrazioni anch'essa si appresta a subire modifiche significative. Nella tavola rotonda dedicata a questo tema i diversi relatori si sono confrontati prevalentemente sui criteri di valutazione proposti nel nuovo regolamento e, soprattutto, nelle linee guida predisposte dalla Commissione. Nel suo intervento introduttivo il Commissario Europeo per la Concorrenza, Mario Monti, illustra le ragioni della riforma, ma le sue riflessioni vanno ben oltre gli aspetti più tecnici della normativa. È sicuramente interessante notare come l'introduzione di nuove norme, o la proposizione di criteri di interpretazione delle stesse norme, sia stata accompagnata da una serie di riforme procedurali e istituzionali. Tra queste è di rilievo l'istituzione della figura del *Chief Competition Economist* e l'introduzione di diverse istanze (più o meno indipendenti), nell'ambito del procedimento comunitario, di approfondimento e di critica dell'analisi economica posta a base delle decisioni della Commissione. La più importante di queste istanze rimane, tuttavia, il controllo giurisdizionale esercitato dal Tribunale di Primo Grado e dalla Corte di Giustizia. Lo conferma la dichiarazione di Monti secondo la quale il processo di riforma del controllo delle concentrazioni, sebbene avviato in modo autonomo dalla Commissione, ha subito una spinta ed è stato ampiamente influenzato da una serie di sentenze del Tribunale di Primo Grado avverse alle decisioni che la Commissione aveva assunto in merito ad alcuni progetti di concentrazione.

Nel dibattito che è seguito all'intervento introduttivo di Monti sono emersi numerosi spunti critici. Essi hanno come comune denominatore la richiesta di dare più spazio e maggiore fondamento alle valutazioni economiche che fondano i provvedimenti delle autorità di concorrenza in materia di concentrazioni. Gli interventi di Enrico Granata e Paola Valbonesi affrontano il difficile tema del rapporto tra concentrazioni, efficienza e innovazione. Piero Tedeschi confronta i due criteri di valutazione delle concentrazioni (quello della dominanza e quello della riduzione sostanziale della concorrenza) su cui si è concentrato il dibattito che ha preceduto l'adozione delle proposte legislative della Commissione. Stefano Micossi denuncia il rischio di una degenerazione regolatoria del diritto comunitario della concorrenza ed in particolare del sistema di controllo delle concentrazioni. Roberto Pardolesi individua le difficoltà di ordine teorico e soprattutto istituzionale che incontra una diffusa e consistente utilizzazione della conoscenza economica nel campo del controllo delle concentrazioni. Carlo Scarpa, pur individuando i limiti dell'analisi economica, richiama la necessità di una maggiore applicazione degli strumenti quantitativi di analisi empirica per accertare l'effettiva validità dei modelli teorici rispetto ai fatti oggetto di istruttoria da parte di un'autorità della concorrenza. Infine, Michele Grillo chiude il dibattito riprendendo e approfondendo molti dei temi emersi. Di particolare interesse è il richiamo all'apporto fornito dagli

economisti teorici all'identificazione delle condotte delle imprese suscettibili di alterare il confronto concorrenziale a danno del benessere dei consumatori.

Volendo individuare il tratto più significativo del nuovo assetto della disciplina antitrust, così come delineato dagli interventi dei diversi relatori, emerge sopra tutti il richiamo ad una lettura delle norme guidata dall'analisi economica. Questo spiega perché una società di economisti, la RBB Economics, e un centro di studi economici, quale la Fondazione Luigi Einaudi, hanno deciso di organizzare l'incontro. Potremmo dire che ce l'aspettavamo. Né credo che il richiamo sia suonato nuovo al pubblico che ha affollato la sala. Esiste dunque un consenso unanime sulla necessità di una pervasiva e rigorosa applicazione della scienza economica alla materia antitrust? Le affermazioni di principio, si sa, arano il terreno per la semina di distinguo, dubbi, eccezioni. E tra le pieghe dei diversi interventi si leggono timori e scetticismi. La scienza economica è sufficientemente solida e affidabile per svolgere il compito che le si vuole affidare? La conoscenza economica è sufficientemente diffusa? Imprese, autorità, giudici sono attrezzati alla bisogna? Gli assetti procedurali e istituzionali sono adeguati? E infine, le decisioni delle controversie antitrust devono essere affidate esclusivamente agli economisti di professione?

Le risposte a queste domande sono necessariamente incerte, con l'eccezione dell'ultima. Gli economisti non aspirano ad avere l'ultima parola nelle questioni antitrust. Essi riconoscono che la scienza giuridica, nel farsi diritto positivo, fornisce la necessaria istituzionalizzazione di una politica della concorrenza e che l'applicazione delle norme che la forgiato deve conciliarsi con assetti più ampi che servono a contemperare una pluralità di interessi che talvolta si completano, talaltra configgono. Solo gli interpreti del diritto dispongono degli strumenti idonei a compiere questo esercizio. A mio parere, non è il ruolo dell'economista che risalta nelle relazioni del convegno, quanto l'affermazione che autorità, giudici, amministratori di imprese, avvocati e consulenti sono tutti "economisti" nel momento in cui prendono una decisione in applicazione delle norme a tutela della concorrenza o propongono una soluzione ad una questione antitrust. Non è un caso che le legislazioni antitrust, sebbene molto diverse nel loro tenore letterale, hanno prodotto in tutto il mondo un corpo di decisioni di straordinaria omogeneità. Gli articoli 1 e 2 dello Sherman Act negli Stati Uniti condividono assai poco con gli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Eppure, è notevole la possibilità di trasporre i criteri di valutazione di fattispecie quali gli accordi di cartello, i contratti leganti o i prezzi predatori (solo per fare qualche esempio) da una giurisdizione all'altra. Il diritto della concorrenza credo che sia una delle poche sfere del diritto in cui sia possibile citare le decisioni di corti di altre giurisdizioni per giustificare l'applicazione di norme apparentemente diverse. Se ciò è possibile lo si deve ad un notevole consenso tra gli economisti di professione su alcune delle teorie che sono a fondamento della concreta applicazione del diritto della concorrenza. Teorie che sono diventate patrimonio non più esclusivo, ma a cui attingono tutti gli esperti di antitrust, siano essi giuristi o economisti come formazione.

Rilevare questo consenso non vuol dire negare che esistano voci discordi, perché consenso equivale all'unanimità dei convincimenti solo in sistemi di idee dottrinari che hanno tratti genetici opposti a quelli della scienza. Né equivale a sostenere che il passaggio dalla teoria alla pratica sia facile e immediato. Michele Grillo nelle sue conclusioni alla tavola rotonda mette in risalto la funzione fondamentale dell'economista teorico. Questi, studiando il funzionamento dei mercati e i modi in cui le scelte strategiche delle imprese ne determinano l'assetto, individua nell'insieme delle strategie praticabili da un'impresa quelle che impediscono alla concorrenza di produrre i suoi effetti benefici a favore dei consumatori e che, pertanto, devono considerarsi illecite. È questo economista (e non quello che "fa di conto") che fornisce un apporto rilevante al lavoro delle autorità antitrust. Sono solo in parte d'accordo con Grillo, perché l'economista teorico spesso, sempre più spesso, non è in grado di effettuare una netta partizione dello spazio delle strategie, dividendole tra lecite e illecite. Il suo lavoro si conclude con l'individuazione di una serie di condizioni necessarie affinché

un comportamento produca conseguenze desiderabili o indesiderabili. Condizioni che possono riguardare il grado di sostituibilità tra prodotti concorrenti, l'esistenza e l'altezza di barriere all'entrata, la misura dei costi e la loro natura, ecc. L'economista che poi applica questi modelli (sia esso un'autorità della concorrenza o un giudice) è costretto a "far di conto" perché non può esimersi dall'accertare se certe condizioni sono o non sono soddisfatte. Questa esigenza porta con sé problemi tutt'altro che facili da risolvere. L'impressione che la scienza economica sia inadeguata a fondare decisioni oggettive appare un dato di fatto proprio quando agli economisti si chiede di fare i conti. Gli aneddoti sulla ambiguità della statistica sono numerosi e fin troppo facili e l'econometria è stata talvolta descritta come una tecnica con cui si torturano i dati finché non confessano. Eppure, nessuna disciplina scientifica ormai poggia su solide strutture deterministiche. Se ad esse si vuole ricorrere per fondare una decisione è inevitabile affidarsi al calcolo probabilistico. Solo per fare qualche esempio: l'affidabilità di un farmaco nella cura di una malattia è accertata sulla base di cognizioni statistiche; i modelli econometrici sono costantemente utilizzati dalle autorità di politica monetaria di tutto il mondo. Chi può consentire a questi metodi quantitativi di avere altrettanta capacità persuasiva nel campo dell'antitrust?

Il mio convincimento è che il ruolo più importante in questa opera di consolidamento dell'analisi economica applicata al diritto antitrust sia quello dei giudici. Solo se coloro a cui spetta l'ultima parola ammetteranno la possibilità di un confronto senza limiti anche sugli aspetti più squisitamente economici di una controversia antitrust, si favorirà una piena diffusione della cultura economica, l'affinamento e il consolidamento delle tecniche di indagine e il pieno adeguamento degli assetti istituzionali. Altrimenti, si tornerà inesorabilmente, e contro ogni apparente volontà, ad una lettura formale dei precetti antitrust.