

L'AVVOCATO DELLA CONCORRENZA

“Negli USA, le elezioni presidenziali hanno tradizionalmente un impatto notevole sulla gestione sia del Dipartimento della Giustizia che sulla Commissione Federale per il Commercio, poiché è il Presidente che nomina i vertici di entrambe le Agenzie (...). Questa dinamica è per lo più assente nell'UE. Nella Commissione Europea, soprattutto a causa della sua struttura amministrativa e dell'enorme potere discrezionale dei suoi funzionari, il processo può essere più soggetto all'opinione pubblica e spesso ad un'intensa attività di lobbying”

Telos: Qual è il ruolo della concorrenza e delle sue politiche nell'economia?

Mark Luddy: Buona parte del XX secolo è trascorsa all'insegna della contrapposizione tra le economie di mercato dell'Occidente e quelle a pianificazione centralizzata dell'Unione Sovietica, della Cina, e dei rispettivi Stati satellite. Nelle economie centralizzate, le risorse sono stanziare attraverso una pianificazione del Governo che stabilisce quali merci debbano essere prodotte, il loro prezzo, il loro metodo di distribuzione e di consumo. In un'economia di mercato, le risorse della società sono sulla base del meccanismo del prezzo, dell'impegno e delle scelte economiche e politiche degli operatori del mercato libero per produrre ciò che i consumatori desiderano. Molti Paesi oggi applicano un mix di politiche e regolazioni orientate sul mercato. Ma non è sbagliato dire che dopo la caduta dell'Unione Sovietica nel 1990 e il passaggio della Cina, negli ultimi vent'anni, da un'economia centralizzata ad un'economia mista, pianificata e di mercato, le risorse ed i prodotti del Mondo siano prevalentemente assegnate secondo meccanismi di mercato. Un mercato vivace e concorrenziale aumenta la qualità e la varietà dei beni e servizi, e ne riduce i costi di produzione e distribuzione. Tuttavia i meccanismi del mercato non sono immuni dall'interferenza di soggetti pubblici e privati che diminuiscono il benessere del consumatore e ne riducono la scelta. La politica della concorrenza dovrebbe impedire e superare gli ostacoli artificiali al libero mercato come cartelli, fusioni anticoncorrenziali, alcuni aiuti di Stato, e il perdurare di monopoli che soffocano la concorrenza tramite comportamenti scorretti, esclusori o predatori. La politica della concorrenza non è regolazione in senso tradizionale – non regola i prezzi e non determina chi può entrare nel mercato, né chi sono i vincitori e chi i perdenti (fatta eccezione quando viene applicata scorrettamente). In breve, il diritto della concorrenza gioca un ruolo essenziale nel portare i benefici dei sistemi di mercato al più elevato numero di persone. Considerate, per esempio, i vantaggi per i consumatori dalla feroce guerra dei prezzi e dalla competizione sull'innovazione nell'industria dell'automobile nei decenni passati, e il lavoro ben pagato creato da quell'industria. Basta guardare a quante regolamentazioni della concorrenza vi sono al mondo per apprezzare e misurare il ruolo e la portata sempre più globale della politica della concorrenza. Nel 1971, quando ho iniziato la mia carriera di avvocato specializzato in diritto della concorrenza al Dipartimento USA di Giustizia, c'erano soltanto 4 regolamentazioni in vigore, Stati Uniti, la nascente Commissione Europea, la Germania e il Giappone. Ed il sistema tedesco e quello giapponese erano in gran parte frutto del ruolo che hanno avuto gli Stati Uniti in quei paesi nel dopoguerra. Oggi ci sono più di 100 Paesi con una regolamentazione per il controllo delle fusioni e dei cartelli, molti dei quali si occupano anche di aiuti di Stato ed altre questioni legate a questo tipo di aiuti. Alcune delle più recenti autorità antitrust nazionali sono meno sofisticate, non possiedono le risorse per condurre rigorose analisi economiche, e spesso commettono errori. Ma stanno imparando da quelle più solide e sono per la maggior parte animate da buone intenzioni. Forse ancora più importante è che esiste una convergenza globale sugli elementi basilari delle politiche della concorrenza, per esempio quella sui danni al consumatore che derivano dai cartelli, da alcune combinazioni aziendali che riducono la concorrenza, e l'obiettivo finale dovrebbe essere evitare che il consumatore ne sia danneggiato.

Quali sono, a suo avviso, le differenze più importanti tra le politiche della concorrenza UE e USA e la loro applicazione?

I due sistemi regolatori hanno una medesima considerazione di cosa è vietato: cartelli, fusioni che limitano la libera concorrenza, condotte di esclusione indebitamente anticoncorrenziali da parte dei soggetti 'dominanti' etc. Ciascun sistema è formato da funzionari specializzati che perseguono con solerzia la loro missione di proteggere i consumatori e mantenere i mercati competitivi. Ciò nonostante, ci sono parecchie differenze significative tra le due Antitrust.

Per prima cosa, sul tema degli aiuti di Stato, a mio avviso la Commissione Europea conduce una politica più illuminata ed efficace rispetto agli USA. Nessun sistema è perfetto, ma i principi di diritto sugli aiuti di Stato e la loro applicazione servono in Europa per dissuadere i Governi ad usare il denaro che proviene dalle tasse per avvantaggiare ingiustificatamente le aziende nazionali che competono con concorrenti che non ricevono sussidi in tutta Europa e nel mondo. Questi sussidi distorcono i mercati. Sono molti i modi che i Governi hanno a disposizione per favorire le imprese nazionali, e molti semplicemente lo fanno. Ma, secondo me, il sistema UE scoraggia questi incentivi in maniera molto più efficace rispetto all'Amministrazione statunitense, sia federale che dei singoli Stati. Non c'è una legislazione paragonabile, e gli USA hanno molto da imparare dalla normativa europea sugli aiuti di Stato. In secondo luogo, la Commissione Europea è un organismo amministrativo che svolge sia il ruolo di inquirente che quello di decisore. La Direzione della Concorrenza della Commissione Europea da sola può impedire un'operazione di fusione-acquisizione, dichiarare un cartello illegale ed imporre una sanzione, indagare e perseguire

un'azienda presumibilmente dominante. Diversamente che negli Stati Uniti, in Europa non vi è alcun bisogno di ricorrere alla giustizia per dimostrare la bontà o meno di un'operazione. Questo elemento dà alla Commissione Europea un'enorme discrezionalità, non del tutto limitata alle fusioni e acquisizioni (di fatto, la verifica giudiziaria delle decisioni della Commissione Europea in materia di fusioni non è possibile nella stragrande maggioranza dei casi poiché queste transazioni non possono attendere i tre o più anni necessari affinché l'appello si concluda). Discrezionalità e la natura amministrativa conferiscono alla Commissione un potere di veto sulle transazioni, e quindi, a mio avviso alcune sue decisioni non sono rigorose, adeguatamente istruite e motivate. Inoltre, è nella natura delle cose che, in qualsiasi ambito legale, è più probabile che qualsiasi struttura amministrativa non controllata da alcuno, consenta a variabili extra-legali quali l'opinione pubblica, i pregiudizi personali, ed altri fattori non legati alla concorrenza di interessare le sue decisioni. Negli USA, in tutti i casi di ricorso contro una transazione, un cartello o un monopolio, le agenzie Antitrust (il Dipartimento di Giustizia, la FTC-Commissione Federale del Commercio) devono essere pronte ad andare in giudizio dinanzi alla Corte e dimostrare la violazione delle norme sulla concorrenza dinanzi ad un giudice federale. I convenuti hanno il diritto al confronto con i testimoni e ricusare la versione dei fatti fornita dai Governi, le sue teorie, ed i suoi esperti. La prospettiva di dover affrontare l'onere della prova in giudizio, nel caso le parti decidano di ricorrere contro la decisione governativa, ha costretto le agenzie per la concorrenza ad essere estremamente caute nel considerare i fatti e rigorose nella loro analisi economica. Questo inoltre diminuisce la possibilità di influenza delle terze parti, che hanno un interesse sul caso, a meno che non siano disposte a presentarsi in giudizio ed essere sottoposte al contraddittorio. Il sistema USA non è perfetto e alcuni giudici sono poco preparati, ma prima che le agenzie portino un caso in giudizio (senza sapere chi sarà il giudice) devono essere consapevoli che le loro teorie e conclusioni fattuali saranno rigorosamente contestate nell'ambito del dibattito pubblico prima ancora che da un organo giuridico obiettivo. Questa prospettiva aiuta ad evitare che eccessi di zelo, pregiudizi e fattori extra-legali si intrufolino nella valutazione degli organismi Antitrust. Infine, in una visione più ampia, a mio avviso l'applicazione delle regole della concorrenza negli USA differisce da quella UE perché tradizionalmente la Commissione, qualche volta ma non sempre in maniera giustificata, ha mostrato di avere meno fiducia nelle forze del mercato rispetto alle agenzie e alle corti statunitensi. Vista la discrezionalità di cui gode la Commissione (*vedi sopra*), è più probabile che intervenga, perlomeno per i casi risolti, nella sincera speranza di migliorare le dinamiche competitive del mercato. Questo può essere benefico, per esempio, se l'intervento è finalizzato verso specifiche condotte escludenti da parte di un 'dominante'. Ma può essere parimenti pericoloso se il rimedio non è costruito con cura e limitato ad una specifica condotta anticoncorrenziale. Ripensando all'applicazione delle regole della concorrenza negli USA negli ultimi 60 anni, i monopoli che sono stati avversati quali Alcoa, IBM, Kodak, Microsoft e tanti altri, sono stati tutti spazzati dalle forze del mercato, sia dai concorrenti che dall'avvento delle nuove tecnologie, e non dai Governi. Per un periodo, una o anche più di queste aziende possono aver esercitato il potere di monopolio (che alcuni considerano come la giusta ricompensa per innovazione o efficienza) ma col tempo ciascuna è stata sconfitta dalle forze del mercato. Molti economisti ritengono che nel mercato il processo di 'distruzione creativa' dovrebbe essere lasciato agire da sé e che la maggior parte del tempo, dei costi e dei rischi dell'intervento dei governi non siano giustificati. Dall'altra parte, anche gli economisti poco convinti del *laissez-faire* e gli avvocati concordano sul fatto che i governi debbano intervenire in caso di cartelli, fusioni che portano ad un regime di monopolio, e casi nei quali l'impresa dominante intraprende una condotta palesemente escludoria senza alcuna giustificazione. Questi insistono comunque sul fatto che bisogna stare molto attenti ad evitare di fare più male che bene agli stimoli all'innovazione e al mercato.

La politica riveste un ruolo nelle decisioni delle autorità antitrust negli USA e nell'UE? Se sì, fino a che punto?

Nella mia esperienza, negli USA l'intervento politico nell'applicazione delle regole della concorrenza (intendendo con questa espressione un politico che cerca di influenzare le decisioni antitrust per obiettivi politici) è raro. Lo scandalo *Watergate* degli anni Settanta, che incluse il tentativo della Casa Bianca di Nixon di convincere il Dipartimento di Giustizia a chiudere un caso della Corte suprema, ha prodotto una legislazione che scoraggia questo tipo di azione e soprattutto dissuade i politici dal tentare di alterare il normale corso di una procedura antitrust. Questo retaggio dura ancora. Dall'altro canto, di recente alcuni negli USA apparentemente credono che la contrarietà del Dipartimento di Giustizia all'acquisizione AT&T di Time Warner possa avere delle motivazioni politiche perché il Presidente Trump nella campagna elettorale, aveva dichiarato la propria avversione verso la CNN, che è proprietà della Time Warner. Nella Commissione Europea, soprattutto a causa della sua struttura amministrativa e dell'enorme potere discrezionale dei suoi funzionari, il procedimento può essere più soggetto all'opinione pubblica e ad un'intensa attività di lobbying da parti terze interessate. Questo non va bene, a mio avviso, perché i casi di concorrenza dovrebbero essere decisi esclusivamente sulla base di elementi economici e giuridici e non sulla base della faziosità di parti terze, dell'opinione pubblica o dell'agenda politica. Detto questo, nella mia esperienza, nella maggior parte dei casi in Europa l'effettivo intervento politico rappresenta l'eccezione piuttosto che la regola. D'altro canto, se per politica intendiamo i risultati delle elezioni, allora c'è una bella differenza tra USA ed Europa. Negli USA, le elezioni presidenziali hanno un impatto notevole sulla gestione sia del Dipartimento della Giustizia che sulla FTC, perché è il Presidente che nomina i vertici di entrambe le Agenzie. L'applicazione delle norme antitrust era considerata più aggressiva durante la Presidenza Obama rispetto alla Presidenza di George W. Bush, mentre le nomine della Presidenza Trump suggeriscono che sarà portato avanti un metodo più conservativo, ma è ancora troppo presto per dire se sarà così. Questa dinamica politica di rilievo è in gran parte assente nell'UE. Negli USA, il 'prendere e lasciare' e il susseguirsi di diverse teorie su come si debbano applicare le norme antitrust è salutare e fornisce la base per un continuo e vivace confronto sulle loro prassi esecutive. La diatriba che dura da decenni tra la cosiddetta Scuola di Harvard (più interventista) e quella di Chicago (meno interventista) ha generato molto rigore intellettuale che ha migliorato sia le politiche sulla concorrenza che la loro applicazione sia negli USA che nel resto del mondo. Questa dialettica è quasi del tutto assente in Europa.

Per sei anni lei ha guidato uno studio legale con una presenza globale. Questo le ha permesso di avere il polso della situazione mondiale. Dove pensa stiano prendendo forma i cambiamenti più entusiasmanti?

Sì è vero, Cleary Gottlieb ha 16 uffici, 14 dei quali si trovano al di fuori degli USA, ed includono Abu Dhabi, Pechino, Buenos

Aires, Londra, Mosca. In Italia ne abbiamo due. Rappresentiamo Governi, piccole e grandi aziende e individui. L'obiettivo del nostro Studio è quello di essere coinvolto nelle materie più complesse e difficili sia di portata nazionale che internazionale, e siamo fortunati ad avere avuto alcuni importanti successi. Negli ultimi decenni il numero e la complessità delle transazioni e le contese, che superano i confini nazionali e coinvolgono più ordinamenti giuridici e parametri applicativi, sono notevolmente aumentate. Rappresentano una sfida enorme per gli avvocati così come per i clienti in cerca della migliore consulenza possibile su questioni di *business* e legali per le quali non ci sono facili risposte. Bisogna essere esperti in valutazione del rischio ed imparare ad avere a che fare con l'incertezza e con le contingenze prevedibili e imprevedibili. Il fatto positivo che mi colpisce di più è l'osservare in tutto il mondo, sia nei paesi sviluppati che in quelli in via di sviluppo, il potere che ha la libertà politica ed economica nel far crescere il benessere a tutti i livelli della società, a partire dai micro finanziamenti ai giovani tecnici e ai giovani imprenditori. Dare alle persone l'educazione, l'opportunità e lo stimolo a creare prodotti e servizi che i consumatori desiderano va a vantaggio di tutti ed è un motore per la crescita e per il benessere sociale. Guardiamo cosa ha fatto la Cina in soli due decenni di (relativa) apertura della propria economia che prima era totalmente centralizzata. Quello negativo, è il costatare quanto la crescita dell'uguaglianza del reddito sia una sfida profonda per i mercati liberi e per le società democratiche, così come lo è il peggioramento dell'ambiente dovuto alla mancanza di attenzione per le conseguenze negative di una crescita incontrollata. La mia principale preoccupazione per il futuro è al contempo la mia più grande speranza, quello che una gestione comune ed illuminata del mondo della politica e di quello degli affari permetta di far raggiungere accordi sulle politiche della concorrenza e su quelle ambientali che potenzino il libero mercato ma allo stesso tempo riducano l'ineguaglianza e proteggano l'ambiente. Le enormi divisioni che attualmente dominano le politiche nazionali e globali rende difficile essere ottimisti, ma bisogna fare queste scelte o tutti staremo molto peggio di come stiamo adesso.

Marco Sonsini

Editoriale

2001 fusione GE - Honeywell approvata negli USA
2001 respinta dalla Commissione Europea.
2011 fusione NYSE - Deutsche Börse approvata negli USA
2012 respinta dalla Commissione Europea
2016 fusione AT&T - Time Warner approvata dalla Commissione Europea
2017 il Dipartimento di Giustizia USA si oppone alla fusione.

Il 12 giugno 2018 il giudice federale Richard Leon approva la fusione al termine di un teso processo durato settimane. *‘Siamo delusi dalla decisione della Corte ed esamineremo le motivazioni e decideremo i prossimi passi’* afferma Makan Delrahim, viceministro di Giustizia che comanda l'Antitrust Division: di gran lunga la più potente delle istituzioni a tutela della concorrenza, in un sistema come quello americano dove l'antitrust si applica soprattutto per la via giudiziaria. E deluso sarà anche il presidente Donald Trump che, quando era un semplice candidato alla Casa Bianca, aveva indicato la possibile fusione tra AT&T e Time Warner come un esempio pericoloso di concentrazione di potere *‘nelle mani di pochi’*. Sono solo alcuni significativi esempi di proposte di fusione che sono state analizzate e valutate in maniera opposta in USA e nell'UE. Come disse l'*Assistant U.S. Attorney General* Charles A. James, che al tempo era a capo della divisione antitrust del Ministero della giustizia, la decisione della Commissione Europea sul GE-Honeywell *‘riflette un'enorme deviazione’* dalla sentenza del regolatore. Ma è stata solo una divergenza di vedute sull'operazione o riflette delle differenze più sostanziali su come il diritto antitrust, e anche le politiche della concorrenza, sono applicati e interpretati negli USA e nell'UE? Questa e altre domande PRIMOPIANOSCALAc ha posto all'avvocato Mark Leddy, uno dei maggiori esperti mondiali di antitrust e concorrenza, reputazione costruita in 14 anni al Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, dove nel 1984 è stato nominato *Deputy Assistant Attorney General*, di fatto il funzionario numero uno della divisione Antitrust. Ha anche svolto attività di avvocato del diritto della concorrenza a Bruxelles negli anni '90. Dal 2011 a fine 2017 Leddy ha guidato Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, lo studio legale americano presente da 70 anni in Europa oltre che nel resto del mondo. Oggi Leddy è a capo della pratica antitrust dello studio legale. Una cosa da chiarire sin da subito è che l'annuncio di una fusione o di una acquisizione da parte di un'azienda è solo il primo passo di un lungo processo che potrebbe non giungere mai a conclusione. Alcuni dati freschissimi: in Europa dal primo gennaio al 31 marzo 2018 sono state annunciate operazioni di M&A per un controvalore complessivo di 454,7 miliardi di dollari (con un incremento del +152% rispetto ai 180,5 miliardi dello stesso periodo del 2017); negli Stati Uniti invece, i volumi sono ammontati a 443,7 miliardi (con un incremento del 59% rispetto ai 279,1 miliardi del primo trimestre 2017). Se tuttavia si guarda alle operazioni di M&A annunciate ed effettivamente già completate, quelle giunte a conclusione negli Stati Uniti, per un controvalore di 258,5 miliardi, superano abbondantemente quelle relative all'Europa che raggiungono solo i 117,8 miliardi. Cosa significa? Che quelle completate sono passate al vaglio delle autorità antitrust che hanno dato il via libera. Questo via libera è essenziale per le aziende coinvolte. Gli annunci infatti non avvengono sulla base di una semplice stretta di mano, ma sono il frutto di mesi di lavoro da parte delle imprese, che investono, nella semplice preparazione di queste operazioni, tempo, risorse e danaro. Oltre a quello necessario per la transazione finanziaria. Comprendere quindi le politiche antitrust, oltre che il *semplice* diritto antitrust, nelle varie giurisdizioni, è un elemento di grande importanza per le imprese. Leddy, in un'intervista articolata e profonda, ci fornisce una serie di elementi fondamentali per questo esercizio di comprensione, anche culturale. Secondo Leddy, l'impatto dell'applicazione del diritto antitrust sull'economia è fondamentale, e se i regolatori hanno delle visioni diverse su cosa si intenda per concorrenza, beh ci sono dei problemi. Ad esempio, e qui Leddy risponde al quesito che ci siamo posti sin da subito, è pacifico che gli USA e l'UE concordino su tutto ciò che è illegale *‘cartelli, fusioni che abbassano il livello della concorrenza, posizioni dominanti, etc.’* In altri settori invece, ci sono significative differenze. Cito solo una di queste. Secondo Leddy la UE è molto più avanti nell'impedire e sanzionare gli aiuti di stato: *‘gli USA hanno molto da imparare dal sistema europeo sugli aiuti di stato’*. In altri campi forse meno. Parleremo poi di Politica e Concorrenza, con argomentazioni raffinatissime su cosa si intenda per politica, e su come a seconda dell'interpretazione che si dà al termine, incida più o meno nelle due parti del mondo, per poi concludere

con una digressione su come Leddy, dal suo punto di vista di osservatore privilegiato, vede il futuro. Con luci ed ombre e con la speranza che *‘la politica e le imprese giungano ad un accordo su politiche concorrenziali e ambientali che permettano lo sviluppo dei mercati, senza dimenticare di ridurre le diseguaglianze economiche e proteggere l’ambiente’*.

Un ultimo commento. Sin dal tempo di Mario Monti, Commissario Europeo alla Concorrenza, l’Europa ha dato l’impressione che il principio ispiratore di molte fusioni negate sia stato il principio ‘troppo grande per essere controllato’. Invece negli USA non è così. Delrahim ha sostenuto in tante occasioni pubbliche che *‘per la legge americana grande non è sinonimo di cattivo; dobbiamo intervenire se chi è grosso si comporta male. Non è negativo se le aziende cercano di conquistarsi la massima quota di mercato, finché lo fanno offrendo prodotti migliori, non usando metodi illeciti’*. Divergenze insanabili?

Mariella Palazzolo



Mark Leddy è co-presidente della pratica ‘Concorrenza ed Antitrust’, a livello globale dello Studio legale Clearly Gottlieb. La sua *practice* è dedicata al diritto della concorrenza in Europa e negli USA, e si occupa della rappresentanza legale dinanzi le autorità regolatorie per la concorrenza e le corti federali USA nei processi civili e penali. L’avv. Leddy è diventato partner dello studio legale nel 1986 e dal 2011 al 2017 lo ha gestito a livello globale. Dal 1991 al 1994 ha lavorato presso la sede di Bruxelles. Prima di entrare a far parte di Clearly Gottlieb, Leddy ha fatto parte del Dipartimento di Giustizia statunitense per quattordici anni, in particolare della Divisione Antitrust a New York e nel 1972, è diventato Capo della Divisione Procedimenti speciali a Washington. Nel 1978 è stato nominato *Deputy Assistant Attorney General*, la posizione più alta nella Divisione Antitrust.

Leddy è un grande lettore e i generi che preferisce sono le biografie -in questo momento sta leggendo “*Stalin*” di Khlevniuk- ed i romanzi. Tra i suoi autori preferiti, ci sono W.G. Sebald, Elena Ferrante, J.M. Coetzee, ed Elizabeth Strout. Ama andare in bicicletta, correre e nuotare.

Marco Sonsini