

Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust

Pierluigi Sabbatini¹

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

"Il danno antitrust : profili giuridici ed economici", Roma 12 febbraio 2010

Convegno dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito delle celebrazioni dei primi 20 anni di attività

¹ Le opinioni espresse in questo intervento sono quelle dell'autore e da queste non è lecito trarre alcuna inferenza sulla posizione ufficiale dell'Istituzione cui egli appartiene

1 - Introduzione

Negli ultimi anni abbiamo assistito ad un crescente interesse per il risarcimento del danno antitrust. Che le imprese, i consumatori, gli studi legali e di consulenza economica dibattano sul tema sembrerebbe abbastanza ovvio, laddove si consideri che in Europa il *private enforcement* del diritto antitrust sta muovendo solo adesso i primi passi. Ciò che appare meno scontato è che questo recente interesse scaturisca da un inequivocabile e deciso indirizzo di policy da parte della Commissione Europea.

Il libro verde (2005)², quello bianco (2008)³, e il recentissimo lavoro (2009) ⁴ di un team di economisti e giuristi coordinato da OXERA per la Commissione, danno ben conto del recente attivismo di quest'ultima. Ciò inevitabilmente ci porta a riflettere sul nesso tra interesse pubblico e interesse privato con riferimento al risarcimento del danno antitrust. Il mio breve contributo a questo Convegno si propone di offrire alcuni spunti di riflessione su tale nesso.

In particolare, nella prima parte dell'intervento, pagando un inevitabile contributo all'Adamo che è in ciascun economista, illustrerò per quale ragione un'Autorità della concorrenza possa rintracciare un interesse pubblico in un'azione giudiziaria che appare, in prima battuta, come motivata dal mero interesse individuale. Qui il riferimento d'obbligo è alla deterrenza di condotte anticoncorrenziali, chiaramente potenziata dalle azioni di risarcimento del danno. Nel completare questa parte argomenterò che un risarcimento del danno effettuato come sussidio invece che come *lump-sum* (come è attualmente) potrebbe esercitare un benefico impatto sia sulle condizioni dei mercati sia sui costi dell'*enforcement* privato.

Nella seconda parte dell'intervento mi soffermerò su alcune complementarità tra intervento pubblico e privato che, in un'ottica di efficienza complessiva del sistema di *enforcement* antitrust, potrebbero consigliare un più diretto coinvolgimento di un'Autorità della concorrenza nella valutazione del danno di pratiche anticompetitive. Proprio perché inevitabilmente questo intervento, e soprattutto questa seconda parte, affronta problematiche di policy, il consueto *disclaimer* che è apposto in apertura dell'intervento non deve essere inteso come puramente di circostanza.

² Disponibile presso il sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>

³ Disponibile presso il sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>

⁴ Disponibile presso il sito http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf

2 - Interesse pubblico nell'azione privata di risarcimento del danno

A – Deterrenza

Sembrerebbe a prima vista che solo un attivo sistema di risarcimento del danno possa conferire all'intero sistema di *enforcement* antitrust il sufficiente grado di deterrenza. Al riguardo è illuminante la seguente tabella tratta da un lavoro di colui che ha messo in piedi il più completo data set sui cartelli.

Tav. 1 – Severità delle sanzioni e dei danni risarciti in rapporto al valore del danno arrecato da alcuni cartelli internazionali (valori percentuali)⁵

type	US	Canada	EC	Other Gov.	Private suit US	TOT.
Global	43.8	73.9	43.6	0.5	124.2	42.3
N.Amer.	12.5	75.5	-	-	49.3	40.9
Other	-	16.7	6.1	36.2	-	17.6
Bid Rigg.	141.2	111.8	-	28.8	60.0	45.1
All.	43.8	73.9	31.7	12.4	105.9	39.8

Questa tavola riporta l'incidenza (percentuale) delle sanzioni e dei risarcimenti sui danni provocati da alcuni cartelli internazionali per i quali è stato possibile ricostruire l'ammontare di tali danni. Si noti in primo luogo come il grado di deterrenza sia assai basso in quanto le imprese che colludono, quando scoperte, sopportano un costo (per sanzioni e risarcimenti) che costituisce solo il 40 % del danno che hanno arrecato. Si noti che, con riferimento alle sanzioni comminate direttamente da un'Autorità antitrust, la percentuale negli US (43,8) è ben superiore a quella fatta registrare in Europa (31,7). Si noti inoltre, e questo è l'aspetto che più ci interessa in questa sede, come un ben maggiore grado di deterrenza sia assicurato negli US grazie ai risarcimenti ottenuti dai danneggiati (105.9 %). Se considerate congiuntamente, sanzioni e danni risarciti assommano negli Stati

⁵ J.Connor, "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels", *Journal of Industry Competition Trade*, vol.6, December 2006, pp.195-223.

Uniti a circa il 150% del danno arrecato dai relativi cartelli. Tale livello assicurerebbe una efficace deterrenza solo se la probabilità di scoprire un cartello fosse pari a 0.66. Da vari studi si ritiene che tale probabilità sia effettivamente meno di un terzo di tale valore. Quindi anche negli Stati Uniti il grado di deterrenza sembrerebbe sub-ottimale. Tale problema si presenta però in termini assai meno drammatici rispetto all'Europa, dove, in ragione del basso valore delle sanzioni (e dell'assenza del *private enforcement*), viene a volte da chiedersi perché le imprese non colludano sistematicamente. Si nota agevolmente che la differenza tra US e Europa in termini di deterrenza è soprattutto dovuta dal *private enforcement*. Non deve dunque stupire l'attivismo della Commissione Europea.

Il Prof. Prosperetti, nel suo interessante volumetto, manifesta al riguardo un'opinione differente. Egli infatti sostiene che il grado di severità assicurato dalle sanzioni comminate in Europa negli ultimi anni ha raggiunto un livello tale da assicurare la necessaria deterrenza di comportamenti anticompetitivi. Da dove trae alimento tale convinzione? Fondamentalmente essa si basa sul livello delle sanzioni recentemente inflitte dalla Commissione Europea e da simulazioni basate sulle recenti linee guida comunitarie. Prosperetti dà conto del forte incremento, a partire dal 2005, dell'ammontare complessivo delle sanzioni che la Commissione Europea ha inflitto per intese restrittive. In una figura egli mostra come nell'ultimo periodo esse siano state 6/7 volte superiori al periodo precedente⁶. Queste informazioni non contraddicono necessariamente quelle di Connor, basate su un sottoinsieme di intese restrittive. Occorre infatti notare che l'incremento delle sanzioni è stato principalmente trainato dalla scoperta di alcuni cartelli internazionali che hanno generato elevatissimi danni. Dal momento che quello che conta ai fini della deterrenza è l'incidenza delle sanzioni sul danno, la figura di Prosperetti non sembra dirimente. Prosperetti cita anche un articolo nel quale si sostiene che le recenti linee guida della Commissione Europea in tema di sanzioni assicurano la necessaria deterrenza⁷. Questo articolo però non contiene alcuna stima statistica del grado di severità delle sanzioni effettivamente comminate in Europa, bensì presenta una simulazione "teorica" di come le recenti linee guida della Commissione consentano di poter infliggere sanzioni di accettabile severità. Per quanto riguarda gli abusi di posizione dominante (o i casi di monopolizzazione, come essi vengono definiti negli US), non abbiamo dati che ci possano guidare. Però è opinione condivisa che generalmente le sanzioni per i casi di restrizioni *hard core* (cartelli) sono ben più severe che per gli abusi. Difficile ritenere quindi che le percentuali evidenziate da Connor sottostimerebbero il grado di severità con riferimento agli abusi.

Le evidenze prodotte dal Prof. Prosperetti non sembrerebbero dunque idonee a ribaltare la conclusione che avevamo raggiunto sulla base dei dati di Connor. Con riferimento soprattutto all'Europa dobbiamo constatare come permanga un problema di insufficiente deterrenza di comportamenti anticompetitivi e che uno sviluppo del *private*

⁶ L. Prosperetti, "Il danno antitrust: una prospettiva economica", Il Mulino, 2009, Bologna, Fig.5.1, pag.98.

⁷ M. Motta, "On cartel Deterrence and fines in the EU", *European Competition Law Review*, 2008, pp.209-220.

enforcement potrebbe almeno parzialmente risolvere tale problema. Occorrono comunque due puntualizzazioni.

In primo luogo, ci si può chiedere il motivo per il quale non siano le stesse Autorità della concorrenza a risolvere il problema, innalzando il livello delle sanzioni. Si tenga conto che sono proprio queste Autorità che dovrebbero essere direttamente responsabili di assicurare un sufficiente grado di deterrenza. Inoltre non sembrerebbero esservi problemi giuridico-economici per un inasprimento delle pene. Per l'Europa ci torna comodo proprio il poc'anzi citato articolo di Motta, che ci spiega come, sulla base delle attuali linee guida, le sanzioni possano essere assai severe. Inoltre il caso americano mostra che l'esitazione a infliggere sanzioni più elevate non dipende dal rischio di fallimento delle imprese condannate. Se ciò fosse vero non si spiegherebbe come sia stato possibile che tali imprese abbiano potuto poi pagare danni per un valore più che doppio delle sanzioni inflitte dal Dipartimento di Giustizia. Dunque quali sono i motivi che ostacolano un inasprimento della politica sanzionatoria da parte delle autorità della concorrenza? Non è questa la sede per l'approfondimento di questo problema. Qualche valutazione preliminare basata su analisi standard di *public choice*, è contenuta in un paper presentato all'ultima conferenza della European Association of Law and Economics⁸. In generale sembrerebbe che, per ragioni legate alle prospettive di carriera e al meccanismo di controllo, le Autorità della concorrenza abbiano pochi incentivi a mostrare una sufficiente severità in campo sanzionatorio.

La seconda puntualizzazione riguarda il diverso "*scope*" dell'*enforcement* antitrust pubblico e privato, soprattutto se consideriamo il modesto ricorso alla *class action*. Vi possono essere casi in cui il risarcimento del danno è assai modesto rispetto a quanto sarebbe necessario in relazione all'effettivo danno sociale: ad esempio, nel caso in cui l'eventuale pratica escludente sia stata attuata in un mercato che altrimenti non sarebbe stato protetto da altre barriere all'entrata. In questo caso il danno in cui è incorso il potenziale entrante, il cui tentativo è stato contrastato dall'*incumbent*, potrebbe essere modesto. In assenza di tale comportamento escludente l'entrata avrebbe avuto successo ma lo stesso successo avrebbe arriso ad altre imprese. I profitti che si sarebbero potuti conseguire su quel mercato sarebbero stati dunque modesti (proprio perchè non vi sono barriere all'entrata). Questo ad esempio è stato il ragionamento seguito dal giudice nel caso del risarcimento a Telesystem. Va notato che in questo caso il danno sociale è invece elevato e corrispondente alla differenza tra un prezzo di monopolio e uno di concorrenza. Quindi la sanzione dovrebbe essere elevata (il contrario di ciò che è avvenuto con il risarcimento del danno Telesystem). Il problema nasce dalla circostanza che l'attore in una causa di risarcimento del danno è generalmente colui che ha subito un danno diretto.

⁸ P.Sabbatini " *Funding the budget of a competition authority with fines it imposes*", presentato alla European Association of Law and Economics, XXVI Conference, Rome, 17-19 September 200. Paper disponibile sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492666.

Mentre coloro che sono danneggiati indirettamente (i consumatori in ultima istanza) generalmente sono inerti, a meno della presenza di meccanismi che rendono agevole il ricorso alla *class action*. In definitiva ci sono delle esternalità di cui la procedura di risarcimento del danno non può tener conto. Ne segue che non possiamo affidare al solo risarcimento del danno il compito di garantire un adeguato grado di deterrenza.

B – Un’idea per i casi di cartelli: sussidio invece che lump-sum

Normalmente un danno antitrust viene risarcito “per equivalente”, come una somma forfettaria (*lump-sum*), che corrisponde alle perdite che un soggetto ha complessivamente subito da una condotta anticoncorrenziale. Si noti dunque che almeno con riferimento alle intese orizzontali anticompetitive, il modo in cui un danno viene arrecato è completamente differente dal modo in cui esso viene risarcito, e ciò ha rilevanti conseguenze sull’assetto dei mercati. Il danno che un cartello arreca corrisponde generalmente ad un aumento dei prezzi di un input che, incidendo sui costi variabili delle imprese a valle, ha un effetto sul *pricing* di tali imprese e via via sul prezzo dei beni finali. A sua volta il risarcimento del danno alle imprese direttamente danneggiate, cioè quelle che acquistano l’input, viene attualmente liquidato con una *lump-sum* che non può aver alcun effetto sul *pricing* dei beneficiari. In definitiva mentre un danno incide sull’assetto dei mercati, il suo risarcimento non ha alcun effetto su di essi.

Va inoltre tenuto presente che spesso le modifiche prodotte da una condotta anticompetitiva tendono a persistere anche se tale condotta è stata scoperta e sanzionata. Un esempio che abbiamo sotto gli occhi è quello della pasta. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha scoperto e sanzionato un’intesa orizzontale tra i principali produttori di pasta, decisione peraltro anche confermata dai giudici di appello. Tale intesa ha determinato un incremento dei prezzi che sembra persistere a tutt’oggi. In definitiva, avviene spesso che una pratica collusiva provochi un aumento dei prezzi che non regredisce quando tale pratica viene scoperta⁹. Questo ci autorizza ad avanzare un’idea, che è ancora presto per definire proposta, dovendo delimitarne il campo applicativo e valutarne appieno le implicazioni.

Ci si può chiedere dunque se il danno non possa essere risarcito in “forma specifica”, nello stesso modo in cui esso è stato cagionato, in guisa che l’azione risarcitoria possa anche avere una funzione di ripristino di uno status quo preesistente alla condotta anticoncorrenziale. In concreto, nei casi di cartello, i diretti danneggiati collocati a valle rispetto al bene oggetto della pratica collusiva, potrebbero essere risarciti non con un *lump sum* ma con un sussidio (cioè uno sconto) rispetto al prezzo di quell’input, per un periodo pari alla precedente durata del cartello. Lo sconto dovrebbe essere della stessa entità dell’incremento di prezzo frutto della collusione e dovrebbe essere applicato al livello di prezzo in essere nel momento in cui viene valutato il risarcimento. Una volta fissato

⁹ Ciò dovrebbe peraltro legittimare anche un risarcimento di danni futuri.

questo prezzo esso potrebbe essere modificato nel periodo di vigenza del provvedimento risarcitorio solo in funzione dell'andamento di un prestabilito indice di prezzo che tiene conto di eventuali shock di costo.

Più in particolare, l'idea è legata a tre condizioni e a una assunzione. Il risarcimento dovrebbe essere regolato nella forma specifica poc'anzi evocata in presenza delle seguenti condizioni: 1) nei casi di cartello; 2) se tale tipo di risarcimento è richiesto dal danneggiato; 2) se i prezzi che il cartello ha illecitamente fatto lievitare non si sono riportati ai valori che avevano prima della condotta collusiva.

La prima condizione chiarisce che non ci si vuole occupare di danni per condotte escludenti. In questi ultimi casi infatti è l'azione stessa dell'antitrust, o del giudice civile, che fa venire meno la condotta e presumibilmente i suoi effetti, dal momento che l'entrata del nuovo concorrente può finalmente aver luogo. La seconda condizione, non costituisce un mero richiamo di quanto già disposto dal Codice Civile. Essa ci dice che tale forma di risarcimento deve essere quella preferita dal danneggiato. Ciò presumibilmente si verificherà quando vi sia stata traslazione dell'aumento dei prezzi dell'input oggetto della pratica collusiva e/o quando l'analisi del *pass on* si presentata particolarmente laboriosa. Si noti che l'interesse pubblico nel tipo di risarcimento proposto risiede proprio in quei casi in cui vi sia stata una traslazione nell'incremento dei prezzi tale da danneggiare i consumatori finali. La terza condizione chiarisce la finalità della proposta. Se i prezzi sono tornati al livello normale pre-collusivo, non vi è alcun motivo per adottare un risarcimento di questo tipo; anzi, esso sarebbe dannoso perché intralchierebbe il buon funzionamento dei mercati. E' solo quando vi sono fenomeni inerziali, e i prezzi collusivi permangono nonostante la cessazione della pratica anticoncorrenziale, che l'idea che qui si avanza potrebbe esercitare un effetto positivo.

La proposta si basa sull'assunto che un aumento di prezzo di un input viene traslato sul prezzo del bene sottostante nello stesso modo in cui viene traslata una sua diminuzione. Tale assunto sembra ragionevole almeno in prima approssimazione, nella misura in cui i soggetti che hanno subito l'aumento sono anche quelli che beneficerebbero della diminuzione. Di conseguenza non è irrilevante se la procedura di risarcimento del danno interessa tutti, o almeno i principali, acquirenti dell'input monopolizzato¹⁰.

Quali vantaggi arreherebbe questa proposta? Essi scaturiscono dalla circostanza che il risarcimento avrebbe delle esternalità positive che si rifletterebbero sul benessere dei consumatori e sugli stessi costi e tempi del azione risarcitoria.

¹⁰ Se, ad esempio, la procedura di risarcimento interessa solo un'impresa tra le varie che in precedenza avevano acquisito l'input a prezzi di cartello, saremmo propensi a ritenere che la diminuzione di prezzo frutto del tipo di risarcimento proposta non dovrebbe essere traslata a valle, o lo sarebbe in modo certamente inferiore all'intensità della traslazione fatta registrare nella fase di aumento di prezzo.

In primo luogo il tipo di risarcimento proposto basato su un sussidio rende superflua l'analisi del cosiddetto *pass on*. Infatti una volta che l'ammontare dello sconto sia fissato pari all'incremento di prezzo attribuito al cartello, il risarcimento sarà (in forza dell'assunzione poc'anzi illustrata) pari al danno subito dall'acquirente dell'input e quindi non vi è bisogno di una specifica analisi sulla traslazione delle variazioni di prezzo. Ci aspettiamo che le imprese ricorrano a questo tipo di risarcimento in quei casi in cui vi sia stata effettivamente una traslazione del danno. In questi stessi casi l'unica possibilità che hanno i consumatori finali di ottenere un effettivo risarcimento è quella di ricorrere ad una *class action*, di cui ben conosciamo le difficoltà nonché i costi di implementazione. Con la proposta che qui si avanza tale azione risulterebbe superflua in quanto i consumatori verrebbero risarciti nello stesso modo in cui essi sono stati danneggiati. In definitiva si semplificherebbe sensibilmente l'onere in capo al sistema giudiziario in tema di risarcimento del danno antitrust.

I vantaggi per il benessere complessivo derivano soprattutto dalla circostanza che sarebbe posto un rimedio al prolungarsi inerziale dell'aumento di prezzo provocata da un cartello. Questo tipo di risarcimento potrebbe essere dunque idoneo ad annullare gli effetti della condotta collusiva.

Veniamo ora ai problemi che questa proposta comporta. La lista potrebbe essere lunga e qui mi limito alle principali prevedibili obiezioni. Esse in generale sono obiezioni tipiche a un intervento regolamentare cui questa forma di indennizzo indubbiamente somiglia.

In primo luogo vi potrebbe essere un effetto "boomerang" alla fine del periodo di vigenza dello sconto risarcitorio. Anche se ciò avvenisse si tratterebbe probabilmente di un effetto di intensità minore a quella della misura, cosicché comunque vi sarebbe un beneficio netto.

In secondo luogo vi potrebbe essere un incentivo per le imprese che hanno colluso a mantenere elevato il prezzo dei prodotti per annullare l'effetto della misura. Si tratta di valutare quanto tale tipo di risarcimento modifichi comportamenti che già si sono presentati con il modo corrente di risarcire un danno¹¹. In ogni caso, sarebbe difficile ipotizzare che il prezzo dell'input cresca ulteriormente. In definitiva lo sconto, determinando un ritorno alla quotazione ex ante dell'input risarcirebbe il danneggiato per i danni prospettici piuttosto che per quelli passati: i primi sembrerebbero comunque ben superiori ai secondi.

Un terzo tipo di obiezioni ha a che fare con la scelta di un appropriato indice di prezzo da utilizzare per conferire alla misura l'opportuna flessibilità in occasione di shock di costi. Potrebbe infatti non essere semplice trovare un indice di prezzo che abbia contemporaneamente queste due proprietà: 1) non essere influenzabile dalla imprese su

¹¹ J.Harrington, "Post-cartel pricing during litigation, *Journal of Industrial Economics*, vol.52, pp57-533.

cui grava la misura risarcitoria; 2) essere effettivamente capace di evidenziare la presenza di shock di costo che richiedono una variazione nel prezzo dell'input.

Un quarto tipo di obiezioni riguarda il rischio che tale tipo di misura possa ingessare eccessivamente il mercato. Da una parte chi ha subito il danno dovrebbe continuare a rifornirsi dall'impresa che lo ha danneggiato, dall'altra il tipo di input non dovrebbe subire modifiche qualitative. Questo tipo di obiezioni suggeriscono che la misura risarcitoria non dovrebbe prolungarsi per un periodo eccessivo, che dovrebbe dipendere dal tipo di settore economico interessato.

L'ultimo genere di obiezioni riguarda non tanto la praticabilità della proposta quanto la sua plausibilità. Se le sanzioni fossero fissate seguendo le prescrizioni della teoria della sanzione ottima ci aspetteremmo che, grazie alla deterrenza, non vi sarebbero infrazioni anticompetitive tali da generare un danno alla collettività maggiore del beneficio che arrecano all'impresa che le intraprende. Detto in altri termini, in presenza di sanzioni ottime, le uniche infrazioni alla concorrenza sono quelle che generano un benessere addizionale per l'intera collettività. Se è dunque giusto che esse siano sanzionate (per dare un esempio agli altri) non sarebbe altresì opportuno che esse venissero inibite e che si tornasse allo status quo ante. Questa obiezione certamente suggestiva, viene presentata solo per completezza. Per quanto è dato di sapere, e i dati che abbiamo riportato in precedenza ne offrono ampia evidenza, le sanzioni sono attualmente fissate a livelli ampiamente inferiori a quelli ottimi.

In definitiva si è ben consapevoli dei limiti di questa proposta. Però essa, in alcune circostanze, potrebbe rivelarsi utile per i danneggiati, diretti e indiretti, per i costi e i tempi del sistema giudiziario e per il ristabilimento di condizioni concorrenziali sui mercati. Ovviamente se nel corso dell'indagine si dovesse accertare che il comportamento collusivo non ha avuto alcuno strascico inerziale, e che i prezzi sono tornati al livello cui erano prima dall'azione anticompetitiva, è opportuno che il risarcimento venga erogato nel tradizionale modo forfettario.

2 - Complementarità tra intervento pubblico e risarcimento del danno

Nel precedente paragrafo abbiamo mostrato i motivi per cui un'Autorità della concorrenza può avere un interesse diretto nel risarcimento di un danno antitrust. In questa seconda parte del mio intervento verranno messe in evidenza alcune complementarità - nell'azione delle Autorità e nei procedimenti giudiziari per il risarcimento del danno - che potrebbero essere meglio sfruttate al fine di rendere più efficiente l'intero sistema di *enforcement* del diritto antitrust.

Nell'ambito di una procedura risarcitoria occorre accertare l'illecito della condotta, i suoi effetti e quale parte di essi ha danneggiato l'attore. Nell'ambito di quest'ultimo accertamento particolare rilievo assume l'analisi del cosiddetto "*pass on*".

Nell'ambito di una procedura antitrust dinanzi a una Autorità della concorrenza certamente si deve accertare l'eventuale illiceità di una determinata condotta. Quindi almeno un tipo di accertamento risulta comune alle istruttorie antitrust e alle procedure risarcitorie. Anche se si tratta di procedure indipendenti, è indubbio che il preventivo accertamento da parte dell'Autorità della concorrenza esercita una qualche influenza sulle decisioni del giudice nell'ambito di un'azione risarcitoria.

Ci dobbiamo adesso chiedere se sarebbe opportuno che un'Autorità della concorrenza si cimentasse anche nella quantificazione degli effetti di una pratica anticompetitiva. Cercheremo di rispondere a questo quesito esaminando dapprima le ragioni per le quali una Autorità dovrebbe effettuare tale analisi e, in un secondo momento, se essa sia adatta a svolgere questa funzione.

Molto spesso le Autorità della concorrenza devono mostrare che una certa pratica ha prodotto degli effetti per accertarne l'illiceità. Questo accertamento è però ben diverso da quello relativo alla precisa quantificazione di questi effetti. Perché un'Autorità dovrebbe essere indotta a svolgere questa più approfondita analisi?

In primo luogo tale analisi potrebbe essere propedeutica per una più precisa quantificazione della sanzione. Come è noto, la teoria economica sulle sanzioni richiede che esse siano fissate in modo tale da renderle pari al danno diviso la probabilità di condanna. Se fissate in questo modo le sanzioni possono esercitare appieno la loro funzione deterrente (nei confronti delle condotte anticompetitive "inefficienti"). Non che tale preciso accertamento sia necessariamente richiesto in punto di diritto. Le linee guida comunitarie in tema di sanzione vanno certamente nella medesima direzione, ma non giungono al punto di richiedere che la quantificazione degli effetti di una condotta costituisca una fase prodromica per la fissazione della sanzione. Questo però non esclude che il modello della sanzione ottima non possa essere applicato e che dunque possa risultare opportuna una quantificazione degli effetti della condotta anticompetitiva.

C'è un secondo motivo per il quale una Autorità della concorrenza potrebbe trovare opportuno quantificare gli effetti delle condotte che ha giudicato illecite e che ha pertanto vietato. Tale motivo riguarda l'*accountability*. Le Autorità devono in qualche modo giustificare il proprio operato rispetto ai loro principali *stakeholder* (consumatori, imprese, e loro rappresentanti). Per far questo una stima degli effetti anticompetitivi di condotte che sono state individuate e inibite potrebbe essere considerato il modo più corretto per dare pieno conto del modo in cui sono impiegate le risorse pubbliche. Alcune importanti istituzioni antitrust (americane, inglesi, olandesi e, di recente, anche la Commissione Europea) in effetti usano pubblicare annualmente un dato che si riferisce all'impatto globale della loro azione. Tale impatto è in una certa misura specularmente connesso con

gli effetti delle condotte anticompetitive che sono state individuate e inibite¹². Non è certamente un caso che la maggiore attenzione che in Europa si comincia a prestare al risarcimento dei danni si sia accompagnata ad un'analogia attenzione da parte delle Autorità della concorrenza europee rivolta alla valutazione d'impatto della loro azione. Per una rassegna relativamente recente delle attività svolte in questo campo rimando ad un numero monografico dedicatogli dal *De Economist*¹³ nel 2008.

Venendo al secondo punto, le Autorità preposte alla tutela della concorrenza hanno in generale adeguate risorse tecniche per valutare le stime sugli effetti della condotte anticompetitive eventualmente presentate dai danneggiati. Sono Autorità dotate di una esplicita funzione tecnico-economica che esercitano per esaminare la eventuale natura anticompetitiva di condotte o di concentrazioni. Nei tempi recenti con la messa in discussione di un approccio formalistico, le decisioni antitrust sono sempre più guidate da una valutazione degli effetti. Così è per il controllo preventivo delle concentrazioni (con un uso sempre più frequente dei modelli di simulazione) così è anche per l'analisi delle condotte: si veda tra tutti il recente dibattito che in Europa ha portato alla redazione delle nuove linee guida sugli abusi di posizione dominante. Coerentemente molte Autorità della concorrenza hanno ulteriormente potenziato il proprio bagaglio tecnico economico con l'istituzione della funzione del Chief Economist. Si noti che sono stati proprio i giudici europei ad aver sollecitato, con alcune decisioni di particolare rilevanza, tale evoluzione.

In generale, un'Autorità della concorrenza europea è dunque capace di valutare la bontà di una analisi degli effetti ad essa sottoposta nell'ambito di un procedimento istruttorio. Essa è probabilmente anche in grado di produrre autonomamente queste stime. Ricordo che poco meno di tre anni fa l'Autorità italiana ha organizzato un workshop, cui hanno preso parte i *chief economist* di numerose autorità della concorrenza europee (Commissione inclusa), in cui si discuteva proprio di tecniche di stima degli effetti. Il workshop è stato tenuto da Halbert White (Università della California, San Diego), econometrico di chiara fama, e una sezione è stata dedicata proprio alle tecniche di stima degli effetti di un cartello.¹⁴

Veniamo adesso ad esaminare gli interessi dei danneggiati. Per essi un'eventuale pronuncia dell'Autorità della concorrenza in merito alla quantificazione dei danni potrebbe rivelarsi assai utile. In primo luogo, per valutare se è conveniente affrontare le

¹² In effetti non vi è alcuna certezza che l'aver condannato una condotta che ha provocato un certo danno al benessere complessivo farà sì che questo danno scomparirà nel periodo successivo. In punto di fatto però l'unico modo che ha una Autorità per contabilizzare gli effetti della sua azione è proprio quello di stimare i danni della condotte anticompetitive che ha intercettato.

¹³ *De Economist*, 2008, n.4, vol. 157, pp.273-357.

¹⁴ White ha presentato un paio di lavori, uno teorico, "Times series estimation of the effects of natural experiments", *Journal of Econometrics*, pp.527-566 (2006) e uno più discorsivo "The measurement of economic damages in antitrust civil litigation", *Antitrust Law Economics Committee Newsletter*, (primavera 2006), quest'ultimo scritto insieme a Robert Marshall e Pauline Kennedy.

spese e i tempi di un procedimento civile per il recupero dei danni. In secondo luogo, per le ripercussioni sullo stesso procedimento civile. Non voglio certamente affermare che esiste un automatismo tra le decisioni dell'Autorità e quelle dei giudici civili, essendo queste ultime formalmente indipendenti dalle prime. Ma indubbiamente un processo che seguisse un pronunciamento dell'Autorità non potrebbe trascurare completamente il suo giudizio. Questo giudizio non riguarderebbe i danni subiti da una specifica impresa. Però la stima del danno complessivo (l'unica che una Autorità della concorrenza può realizzare) prodotto da una condotta anticompetitiva costituisce lo snodo più complicato (insieme alla valutazione del *pass on*) di un esercizio del genere.

Ci si aspetterebbe dunque che le stesse imprese che si presentano dinanzi alle Autorità della concorrenza per denunciare comportamenti anticompetitivi di cui sono state vittime, anticipino la discussione sull'impatto della condotta anticompetitiva nell'ambito del procedimento dinanzi all'autorità della concorrenza senza procrastinare tale fase alla causa civile. Se andiamo a ben vedere però ciò in generale non succede. Sono assai rari i casi in cui le imprese presentano, nell'ambito di un procedimento antitrust, studi quantitativi finalizzati a determinare il danno complessivo causato dalla presunta condotta anticompetitiva. Non deve dunque sorprendere che tali valutazioni non siano dunque presenti nei provvedimenti finali delle Autorità della concorrenza. Alla luce delle considerazioni qui svolte c'è da chiedersi se tale strategia processuale non debba essere modificata.