

Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita.

Francesco Denozza

1. Premessa - Concetti come benessere dei consumatori, dei soci o dei creditori svolgono un ruolo centrale nelle elaborazioni che si richiamano all'analisi economica del diritto. Favorire la massimizzazione del benessere dei consumatori, dei soci, o dei creditori è considerato obiettivo (e chiave di interpretazione) principale, se non esclusivo, di interi corpi di leggi, come, rispettivamente, il diritto antitrust e quello a difesa dei consumatori, il diritto societario, il diritto fallimentare¹

Ciò implica, in concreto, che l'interprete posto di fronte all'alternativa tra due possibili discipline applicabili ad una certa fattispecie sarebbe tenuto a scegliere quella che assicura (o direttamente, o mettendo in modo adeguati meccanismi) ai soci, ai creditori o ai consumatori il maggior benessere complessivo.

Quale sia l'esatta portata di queste nozioni di benessere di soci, creditori e consumatori non è però in genere specificato, quasi che si trattasse di nozioni intuitive dotate di significati evidenti per tutti². Eppure chiunque si rende conto che le implicazioni normative possono essere molto diverse a seconda del significato che si attribuisce alla nozione. La soluzione da preferire è quella che massimizza il benessere di ogni e ciascun componente della categoria? O il benessere di alcuni, ad esempio quello della maggioranza? Oppure quello del componente medio o quello del componente marginale? E, in questi ultimi casi, come si definiscono, ad es., il creditore medio o il socio marginale? Esiste la possibilità di prescindere dal riferimento ai componenti e di fare invece riferimento al benessere della categoria in quanto tale?

Questi interrogativi appaiono tanto più legittimi ove si consideri che le categorie di soggetti in questione (consumatori, soci, creditori) sono frammentate in gruppi molto diversi tra loro. Al di là delle molte e raffinate distinzioni possibili, qualche banale esemplificazione ci ricorda immediatamente che esistono soci che hanno o che aspirano al controllo della società e soci per i

¹ Per una critica illustrazione dello stato dell'arte, cfr. MILLON, *The Single Constituency Argument in the Economic Analysis of Business Law*, Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series No. 2007-01, available at <http://ssrn.com/abstract=954937>. La genealogia, e il ruolo che le nozioni di consumer welfare e di shareholder value attualmente svolgono nel diritto societario e nel diritto della concorrenza non necessitano di particolare illustrazione. Quanto al diritto fallimentare, cfr. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard, 1986. Per un aggiornamento, RASMUSSEN, *Behavioral Economics, The Economic Analysis of Bankruptcy Law*, in *Vanderbilt Law Review* 1998, 1679.

² Esistono interessanti ma rare eccezioni. Tra quelle a mia conoscenza, cfr. CSERES, *The controversies of the Consumer Welfare Standard*, 3 *Competition Law Review* 121 (2007); Id., *Competition and consumer policies: starting points for better convergence*, Amsterdam center for law and Economics. W.P. No.2009-06, disponibile <http://www.acle.nl>; AKMAN, “Consumer Welfare” and Article 82 EC: Practice and Rhetoric, CCP W.P: 08-25, disponibile a <http://ssrn.com=1210802>; WERDEN, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1352032>; PARRET, *Do we (still) know what we are protecting?* TILEC Discussion Paper, DP 2009-010, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1379342>.

L'United States Antitrust Modernization Commission 2007, *Reports and Recommendations*, p.26, n.22, osserva che la Corte Suprema non si è mai specificamente pronunciata sulla nozione di consumer welfare e che l'uso del termine da parte della Commissione “does not imply a choice of a particular definition [!]”

quali l'acquisizione del controllo è fuori da ogni ragionevole orizzonte; esistono creditori volontari, creditori involontari e creditori formalmente volontari, ma sostanzialmente involontari; esistono consumatori ricchi e consumatori poveri.³

La diffusione del ricorso a concetti che sembrano basarsi sulla possibilità di una considerazione indifferenziata dei componenti dei vari insiemi considerati appare poi decisamente sorprendente se si considera che la frammentazione degli insiemi in questione sembra essersi accresciuta in contemporanea e stridente contraddizione con il diffondersi delle teorizzazioni basate su concezioni unitarie delle diverse categorie. Basti anche qui pensare a qualche semplice esempio, come, per i soci, alla comparsa dei vari tipi di investitori istituzionali; per i creditori, agli effetti che la diminuzione del ruolo intermediario delle banche ha avuto sulla segmentazione del mercato del credito o, per i consumatori, ai problemi che la selettiva diffusione di Internet⁴ e la comparsa di nuove tecnologie e di nuove tecniche tariffarie diversamente creano a diverse categorie di clienti.

La domanda circa il reale significato del riferimento indifferenziato a queste categorie il cui grado di omogeneità appare basso, e per di più in diminuzione, sembra perciò più che legittima.

In verità il problema del ricorso ad aggregazioni comprendenti insiemi di soggetti divisi in gruppi eterogenei non riguarda solo l'analisi economica del diritto. Il riferimento aggregato alle categorie indicate (soci, creditori, consumatori) appare da sempre diffuso nel linguaggio comune dei giuristi, specialmente se si sostituisce alla parola benessere (veicolo della recente importazione in ambito giuridico di una nozione elaborata prevalentemente in ambito economico) la parola interessi⁵. Non intendo occuparmi qui di un fenomeno così gigantesco, in cui, peraltro, il ricorso

³ Sui possibili conflitti di interesse tra creditori cfr. DENOZZA, *Il capitale sociale tra efficienza economica ed equità distributiva*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità, prospettive*. Giuffrè, 2007, 563; Id. *Different policies for corporate creditor protection*, in *Efficient Creditor Protection in European Company Law*. Munich, Ludwig-Maximilians-Universität, December 1-3, 2005, in *European Business Organization Law Review* 2006, 7, 409.; Id. *Le funzioni distributive del capitale* in *Giur. Comm.*, 2006, I, 489; Id., *A che serve il capitale?* (piccole glosse a LENRIQUES-J.R.MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*), in *Giur. comm.*, 2002, I, 585; Sui possibili conflitti tra soci, cfr. Id., *Nonfinancial disclosure between "shareholder value" and "socially responsible investing"* in Ferrarini- Wyimeersch (eds.) *Investor Protection In Europe*, Oxford, 2006, p. 365; Id. *La nozione di informazione privilegiata tra "shareholder value" e "socially responsible investing"* in *Giur. Comm.*, 2005, I, 585. Sui conflitti tra consumatori, cfr. DENOZZA-TOFFOLETTO *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, 563; DENOZZA, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, relazione presentata alla 45ma riunione scientifica annuale della società degli economisti, Bologna, 22-23 ottobre 2004, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005/1 supplemento, 49.

⁴ REABAKASH- BORNEMANN-HANSEN- SCHRADER, *Consumer Power: A Comparison of the Old Economy and the Internet Economy*, 29 *Journal of Consumer Policy*, (2006), p. 3.

⁵ Con riguardo ai consumatori il riferimento alla protezione dei loro interessi indifferenziati è anzi molto comune. Nel Trattato CE i consumatori sono menzionati ad es. nell'art 33 (1), 34 (2), 82, b ("a danno dei consumatori"), e soprattutto nell'art. 153 che parla del "fine di promuovere gli interessi dei consumatori" e nell'art. 95 (3) che menziona la "protezione dei consumatori"

In questo ambito, uno dei punti di emersione più rilevanti dei problemi connessi all'aggregazione è sicuramente l'art. 81, 3 (il riferimento letterale è agli "utilizzatori"). Il tema è adeguatamente approfondito nel lavoro di TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento degli interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, di prossima pubblicazione presso l'editore Giuffrè. V. in particolare cap. II, par. 9 dove l'a.

all'aggregazione svolge di solito una funzione puramente (e molto vagamente) descrittiva di generiche finalità perseguite dal legislatore. Intendo occuparmi invece di una specifica funzione prescrittiva (e non puramente descrittiva) che l'operazione concettuale di aggregazione può svolgere e che trova nell'ambito dell'analisi economica del diritto la sua espressione più compiuta.

Mi concentrerò sulla nozione di benessere dei consumatori, sia perché questa nozione vanta, più delle altre, un pedigree culturale che le deriva dall'elaborazione che questa nozione ha ricevuto nel pensiero economico classico, sia perché questa è la nozione che sembra avere riscosso il maggiore successo tra i giuristi, tanto che oramai il retorico richiamo alla finalità di massimizzare il c.d. consumer welfare è diventato una sorta di mantra ripetuto da quasi tutti coloro che si occupano di diritto antitrust e delle norme a tutela dei consumatori.⁶ Molte delle riflessioni che verranno fatte a proposito di questa nozione sono tuttavia agevolmente applicabili anche alle altre nozioni di benessere dei soci o dei creditori.

2. Qualche esemplificazione dei problemi- Prima di affrontare il tema nei suoi termini teorici generali, vorrei illustrare il tipo e le cause dei problemi che il ricorso a nozioni aggregate pone al livello più immediato dell'interpretazione delle singole norme.

Comincerò ragionando su qualche esempio molto specifico e procederò poi ad un allargamento del ragionamento.

Un primo esempio, in cui emergono problemi che riguardano sia il diritto antitrust, sia le norme a protezione dei consumatori, può essere fornito dalla disciplina dell'ipotesi in cui una compagnia aerea procede alla soppressione di un volo.⁷ Qui si pone l'alternativa tra il sottoporre questa evenienza ad una disciplina speciale o lasciarla alla disciplina generale, con conseguente necessità di stabilire se la soppressione del volo è frutto di una decisione volontaria della compagnia, o di una sua negligenza, oppure è conseguenza di cause di forza maggiore. Ragioni di tutela dei viaggiatori rimasti a terra, in particolare l'opportunità di sollevarli dall'onere di affrontare un processo il cui esito dipenderebbe da un accertamento complesso e dall'esito difficilmente prevedibile, possono motivare la scelta di ricorrere ad una disciplina speciale che obblighi le compagnie aeree a risarcire i passeggeri in tutti i casi di soppressione del volo, a prescindere dal fatto che la soppressione dipenda da colpa del vettore. Ovviamente, i maggiori costi che questa decisione impone alle compagnie verranno a far parte dei costi generali di tutte le compagnie e quindi tutte finiranno per scaricare questo costo sul prezzo dei biglietti venduti.

discute il par. 87 delle Linee Diretrici in cui la Commissione fa riferimento all'“impatto sugli utilizzatori dei prodotti sul mercato rilevante considerati globalmente e non l'impatto su singoli membri di questo gruppo di utilizzatori” e sottolinea che l'accento che le Linee peraltro pongono sulla effettiva compensazione degli individui danneggiati sembra però escludere l'adozione da parte della Commissione di una metodologia aggregante alla Kaldor- Hicks.

⁶ BRODLEY, *The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress*, 62 *N.Y. Univ. L. R.* 1010 (1987) p.1032 nota che “the term consumer welfare is the most abused term in modern antitrust analysis” e che “... efficiency and consumer welfare have become the dominant terms of antitrust discourse without any clear consensus as to what they exactly mean”. Non mi sembra che nei circa venti anni trascorsi la situazione sia sostanzialmente mutata.

⁷ Il caso è analizzato ad es. da FROEB-PAUTLER, *Consumer Protection*, Vanderbilt University School Law and Economics, W.P.07/10, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=980781>.

Il risultato, visto dal punto di vista del passeggero, è che egli è sostanzialmente obbligato a pagare un prezzo corrispondente non solo al costo del servizio di trasporto in senso stretto, ma anche all'acquisto di quella che in sostanza equivale a un'assicurazione contro la cancellazione dei voli. Si tratta in sostanza di una delle tante forme che può assumere la fattispecie, ben nota al diritto antitrust, del c.d. *tying contract*.

Il dato rilevante è che sia in una prospettiva antitrust (l'impresa in posizione dominante decide di vendere il servizio di trasporto solo insieme all'assicurazione contro la cancellazione), sia in una prospettiva di protezione dei consumatori (un'autorità impone alle imprese il rimborso in ogni caso), si incontra lo stesso dilemma. Se si impone alle imprese (o se si consente loro) di "legare" il trasporto all'assicurazione, i consumatori che valutano il beneficio derivante dall'assicurazione più dell'aumento del prezzo del biglietto saranno avvantaggiati dall'offerta congiunta (trasporto più assicurazione) e il loro benessere complessivo aumenta. I consumatori che preferirebbero pagare meno il biglietto, e correre il rischio della cancellazione, saranno invece svantaggiati, e il loro benessere diminuirà.

Un altro esempio specifico può essere offerto dalla fattispecie del c.d. *mail-in rebate*. Si tratta in questo caso degli sconti che il produttore garantisce al consumatore a condizione che il consumatore osservi alcune condizioni (condizione minima è in genere quella per cui il consumatore deve compilare un *coupon* e spedirlo al produttore entro una certa data).⁸ Qui il fatto è che molti consumatori al momento dell'acquisto si lasciano tentare dallo sconto e poi, al momento dell'adempimento delle condizioni imposte dal produttore, si lasciano sopraffare dalla pigrizia.

In questa situazione il produttore riesce a presentare il suo prodotto come un prodotto scontato, e ad attrarre anche quei consumatori che altrimenti non lo comprerebbero, senza dover tuttavia sopportare integralmente gli effetti dello sconto promesso.

Posti di fronte alla decisione se vietare o non vietare una simile pratica si incontra il solito dilemma. Se si vieta il *mail-in rebate*, si costringono i produttori ad affrontare la prospettiva di dover sopportare integralmente il peso degli sconti e quindi, verosimilmente, li si induce a concedere sconti, bensì certi, ma di entità minore di quella resa possibile dal ricorso al *mail-in rebate*. Una scelta in questa direzione potrebbe incrementare il benessere dei consumatori che di fatto non usufruiscono dello sconto condizionato (essi godrebbero automaticamente di uno sconto, sia pur minore). Allo stesso tempo, però, diminuirebbe il benessere del gruppo di

⁸ Su questa pratica v. SOVEN, *Toward a New Model of Consumer Protection: The problem of Inflated Transaction Costs*, St. John's Legal Studies Research Paper No. 05-002, disponibile <http://ssrn.com/abstract=648052> or DOI: 10.2139/ssrn.10.2139/ssrn.648052; v. anche EDWARDS, *The FTC and the New Paternalism*, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1014652>.

L'AGCM ha recentemente esaminato un caso di pubblicità relativa ad un omaggio condizionato all'invio di un questionario compilato (v. provvedimento PS20 *Danacol* del 29/04/2009, in *Bollettino*. N. 19/2009). L'Autorità non ha sollevato rilievi circa la liceità della pratica (omaggio condizionato) in sé considerata, ma ha valutato con estrema severità la pubblicità relativa, concludendo nel senso della sua illiceità per non avere esplicitato con sufficiente rilievo e chiarezza le condizioni dell'omaggio.

9 WILLIAMSON, *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, 58 *American Economic Review* (1968), p.18. Il caso è usato anche da WERDEN, (nota 2) p.6, proprio per illustrare i problemi connessi alla definizione di consumer welfare.

consumatori che sono invece disposti ad affrontare la fatica di adempiere le condizioni imposte dal produttore pur di ottenere lo sconto.

Più in generale, un problema di potenziale conflitto tra diversi gruppi di consumatori si pone con riferimento a tutte le più importanti scelte di interpretazione delle norme in materia di antitrust e di protezione dei consumatori.

Si può cominciare dall'esempio classico della concentrazione che incrementa l'efficienza dell'impresa risultante dalla fusione, e però le dà un potere di mercato che potrebbe consentirle nell'immediato di aumentare i prezzi.⁹ Qui l'alternativa è tra il bloccare la concentrazione, perdendo nell'immediato i vantaggi di efficienza, e il consentirla, sul presupposto che i concorrenti saranno costretti a migliorare anch'essi la propria efficienza, con la conseguente, più o meno fondata, speranza, che l'intero mercato sia prima o poi ricondotto a condizioni relativamente concorrenziali in un contesto complessivo di maggior efficienza generalizzata.

Qui in realtà non si verifica solo il conflitto usualmente sottolineato tra total surplus e consumer surplus. Dal punto di vista dei consumatori è infatti sin troppo facile immaginare che non tutti siano ugualmente disposti a pagare una tassa al monopolista per tutto l'incerto periodo di durata del suo monopolio, in cambio della speranza che in un incerto futuro si ripristino condizioni di mercato addirittura migliori di quelle che esistevano prima della concentrazione. La scelta in favore dell'una alternativa (consentire la fusione) o dell'altra (vietarla), non è perciò (come i sostenitori dell'analisi economica del diritto tendono a presentarla) una scelta in cui possa essere massimizzato un astratto, quanto incalcolabile, benessere complessivo dei consumatori. Si tratta al contrario di una scelta tra il proteggere gli interessi dell'uno o dell'altro gruppo di consumatori coinvolti.

Un problema analogo si pone quando occorre decidere se consentire ad un'impresa di praticare prezzi considerati predatori. Anche qui possono esistere consumatori interessati a sfruttare il momentaneo ribasso dei prezzi, e a correre il rischio di un successivo rialzo, a fronte di altri consumatori meno disponibili a correre il rischio di ritrovarsi di fronte ad un monopolio.

Un problema di conflitti tra consumatori si pone infine anche nel caso, per molti aspetti ancora più tipico del precedente, in cui si tratti di decidere se attribuire a certe imprese potere (o consentire il libero esercizio di quello che già di fatto hanno) quando ciò possa incrementare i loro incentivi ad innovare. La tendenza a dare per scontato che questo modo di incentivare l'innovazione sia tendenzialmente efficiente e vantaggioso per i consumatori è molto diffusa. A bene vedere si potrebbe tuttavia osservare che molti consumatori, perfettamente razionali, ben potrebbero preferire un più basso tasso di innovazione (quello che comunque è assicurato dal processo concorrenziale) e prezzi più bassi, invece che un'innovazione più veloce indotta dalla creazione, o tolleranza, di posizioni monopolistiche che implicano prezzi più elevati¹⁰.

L'elenco potrebbe anche continuare, ma gli esempi che precedono sono già sufficienti a suggerire qualche appropriata riflessione.

3. Il senso proprio dell'operazione di aggregazione- Un problema di aggregazione nel senso in cui il termine verrà qui utilizzato si pone propriamente solo quando è necessario prendere

¹⁰ Per un'analisi critica delle posizioni inclini a svalutare la portata dei divieti quando entra in gioco l'incentivazione dell'innovazione, v. TOFFOLETTI (nota 5), in particolare il cap.IV.

decisioni che nell'immediato incidono negativamente sulla situazione di alcuni componenti della categoria in questione. Non considero perciò come casi che pongono un problema di aggregazione, in senso stretto, quei casi in cui siano disponibili soluzioni che consentano di aumentare il benessere di tutti i consumatori, o almeno di aumentare quello di alcuni senza diminuire quello di altri.

In sostanza ritengo che casi di questo tipo, a parte il problema della loro relativa rarità, non pongano (almeno dal punto di vista giuridico) problemi di aggregazione in senso proprio, e credo comunque che tutti si possa concordare sul fatto che in presenza di una scelta politica del legislatore favorevole alla protezione dei consumatori, l'adozione, quando possibile, di soluzioni che aumentano il benessere di tutti, o di alcuni consumatori senza diminuire quello di alcun altro, si impongono all'interprete come una scelta obbligata¹¹.

Se la nozione di massimizzazione del consumer welfare si riferisse solo a decisioni che comportano un aumento del benessere di ciascun consumatore (o comunque che non comportano la diminuzione del benessere di alcun consumatore) , la nozione avrebbe di per sé un senso a prescindere da ogni problema di aggregazione, ma sarebbe sicuramente inadeguata a fungere da obiettivo per qualsiasi sensata politica legislativa in materia. Nessuno dei problemi più importanti potrebbe essere risolto in base ai criteri derivabili dalla scelta di questo obiettivo.

La nozione di aggregazione entra in conclusione in gioco quando ci si trova di fronte a due alternative (due possibili interpretazioni di una norma) ciascuna delle quali avvantaggia un gruppo di consumatori e danneggia (rispetto alla soluzione alternativa) un altro. Questa è in effetti la situazione illustrata dagli esempi esaminati nel paragrafo precedente.

Da tali esempi emerge l'esistenza di una varietà di posizioni, e conseguentemente di possibili divergenze di interessi, presenti all'interno della categoria dei consumatori, di fronte alla quale sorge ovvio il problema di capire quale senso possa avere un'operazione di aggregazione che legittima il riferimento al benessere, o all'interesse, indifferenziato dell'intera categoria.

Nell'ambito di questo più generale problema al giurista interessa essenzialmente il profilo normativo dell'operazione di aggregazione. Interessa cioè stabilire se abbia senso, ed eventualmente che senso abbia, il ricorso a nozioni aggregate (i soci, i creditori, i consumatori) al fine di identificare gli obiettivi del legislatore ed i vincoli che la definizione di questi obiettivi pone all'interprete. Più specificamente, si tratta di chiedersi, ad es., quale significato e quali implicazioni per l'interprete possa avere l'attribuzione al diritto antitrust della finalità di massimizzare il benessere dei consumatori, o al diritto fallimentare di quella di massimizzare il benessere dei creditori. Si tratta cioè di stabilire se si tratta di finalità sensate, in grado di

¹¹ Anche questa affermazione potrebbe essere in realtà contestata. In una concezione del benessere inteso come soddisfazione delle preferenze, quali che esse siano, dei soggetti interessati, non si dovrebbe poter prescindere dalle preferenze "invidiose". In termini semplici, non si dovrebbe prescindere, ad es., dal fatto che un consumatore potrebbe considerare il suo benessere peggiorato dall'aumento del benessere di un altro. Se si decide, come è ragionevole, di non tenere conto dell'invidia, un'obiezione più seria nasce dalla presenza dei c.d. positional goods. Sul tema, v. HIRSCH, *Social limits to growth*, Harvard University Press, 1976, p.2s. La nozione di bene posizionale coglie il fenomeno per cui " the satisfaction that individuals derive from goods and services depends in increasing measure not only on their own consumption but on consumption by others as well". Ad es. " .the utility of expenditure on a given level of education as a means of access to the most sought after jobs will decline as more people attain that level of education".

sintetizzare coerenti scelte di politica legislativa, e di esplicitare il senso di scelte riferite all'intera categoria, anziché a singoli componenti della stessa.

Questo è il problema che cercherò di affrontare nel prosieguo del presente lavoro, lasciando invece da parte il problema, forse in parte diverso, dell'utilità del ricorso ad aggregazioni non a fini normativi, ma a fini descrittivi e comparativi (come quando si aggregano varie componenti nel prodotto interno lordo al fine di misurare l'andamento annuale di questo aggregato).

4. La funzione del ricorso all'aggregazione nell'analisi economica del diritto.

L'illegittimità delle operazioni di aggregazione, e in particolare di quelle che aggregano il benessere, l'utilità, la felicità, ecc. di individui diversi è in generale ben nota¹². In assenza di criteri di misurazione oggettivi e cardinali non è possibile compiere nessun calcolo ragionevole in cui sommando e sottraendo benessere, o altro, esperiti da persone diverse sia possibile pervenire ad un risultato dotato di senso. Non vi sarebbe neppure bisogno di tornare sul punto se non fosse per la singolare storia che il tema dell'aggregazione ha vissuto negli ultimi decenni nell'ambito del pensiero giuridico ispirato dall'analisi economica del diritto.

In verità il tema dell'aggregazione non è stato ignorato dai cultori dell'analisi economica del diritto ed è stato oggetto di attenzione soprattutto nel periodo in cui il movimento stava raggiungendo la sua maturità¹³. Ciò che è piuttosto singolare è che il problema, pur essendo rimasto totalmente irrisolto, è stato, almeno da un certo momento in poi, semplicemente accantonato e tutti hanno cominciato a ragionare come se il problema non esistesse. Dopo decenni in cui le nozioni aggregate di benessere dei consumatori, dei soci, dei creditori, sono state usate come se fossero categorie scientifiche, senza neppure più porsi il problema del loro esatto significato, credo sia possibile e utile richiamare l'attenzione sulle implicazioni più strettamente giuridiche di questo uso, sulla sua assoluta infondatezza e inaccettabilità, e sull'impostazione alternativa che dovrebbe essere correttamente seguita.

In questa prospettiva non tanto interessa qui ribadire quello che tutti sanno (e cioè l'illegittimità e l'insensatezza di operazioni di aggregazione che ignorano la separatezza degli individui¹⁴), quanto esaminare la funzione specifica che l'operazione di aggregazione svolge nei ragionamenti giuridici ispirati dall'analisi economica del diritto.

In questo ambito, la già segnalata funzione normativa delle categorie in questione (mi riferisco all'uso delle nozioni di benessere dei consumatori- o di altri- come criteri di interpretazione delle norme) si legittima in base al seguente ragionamento. La premessa di partenza è l'assunzione per cui il legislatore avrebbe fatto la scelta, politica, di avvantaggiare una certa categoria (tendenzialmente identificata con quella la massimizzazione del cui benessere implicherebbe, di volta in volta, la massimizzazione del benessere complessivo). Si procede poi-

¹² Sulle difficoltà dell'operazione di aggregazione, cfr. tra i contributi più recenti, BREWER, *Is welfare an independent good ?*, in *Social Philosophy and Policy*, 2009, p.96; HARDIN, *Utilitarian aggregation*, Ibidem, p. 30; NORCROSS, *Two dogmas of deontology: aggregation, rights and the separateness of persons*, Ibidem, p.76; RILEY, *The interpretation of maximizing utilitarianism*, Ibidem, p. 286.

¹³ V. ad es. i saggi raccolti in *Symposium on Efficiency as a Legal Concern*, 8 *Hofstra L. Rev.* 485 (1980), dove il tema delle difficoltà dell'aggregazione è spesso direttamente o indirettamente incombente.

¹⁴ Secondo la ben nota critica di RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA Harvard Uni. Press, 1971, 29.

in base a criteri non espressamente dichiarati- ad una implicita operazione di aggregazione dei benessere dei componenti della categoria in questione. Si conclude sostenendo che la massimizzazione del benessere dell' aggregato, in quanto conforme alla scelta politica del legislatore, si impone all'interprete come obiettivo vincolante, anche là dove la decisione che massimizza il benessere dell'aggregato svantaggia alcune sue componenti, che sarebbero invece avvantaggiate da una scelta diversa¹⁵.

In sostanza, e questo è il punto centrale su cui concentrerò l'attenzione, l'elaborazione dell'analisi economica del diritto afferma la possibilità di dedurre scelte interpretative, obbligatorie per l'interprete, dalla semplice scelta politica favorevole alla protezione degli interessi di una certa categoria.

Per meglio chiarire i termini della questione anticipo immediatamente la diversa tesi che sosterrò nel presente lavoro. A mio avviso, la scelta politica di proteggere una certa categoria composta da soggetti portatori di differenziati interessi e preferenze, non consente la meccanica deduzione di soluzioni in grado di determinare univocamente la decisione su quale, tra le diverse possibili, debba essere la disciplina applicabile ad una data fattispecie. Questa decisione richiede al contrario un'altra scelta politica, chiamiamola di secondo livello, relativa, questa volta, a quale tra i diversi interessi presenti nella categoria deve essere privilegiato. Richiede, cioè, una valutazione comparativa tra i diversi interessi che fanno capo ai diversi soggetti che compongono la categoria in questione.

La necessità di questa scelta (non tecnica, ma) politica di secondo livello viene occultata dall'analisi economica del diritto attraverso l' operazione di aggregazione. Si suppone cioè che i diversi interessi e preferenze propri dei diversi membri della categoria possano essere aggregati in

¹⁵ Ovviamente, posti di fronte al problema nei suoi termini teorici, anche i sostenitori dell'analisi economica del diritto devono ammettere che l'esercizio intellettuale implicato dalla pretesa massimizzazione dei vari benessere, è impossibile o insensato. Talora ripiegano perciò sull'affermazione per cui la massimizzazione (del benessere dei consumatori, ad es.) non sarebbe uno "strumento operativo" ma una "finalità tendenziale" verso un ottimo in realtà inarrivabile, e quindi già sapendo che bisognerà accontentarsi del "migliore dei mondi possibili, per quanto è in nostro potere" (Così PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.1/2007, 119ss., a 126; v. anche BRUZZONE- BOCCACCIO, *Identifying infringements of competition rules: the role of economic and legal thinking*, in "Antitrust Between EC Law and National Law" VIII Conference, Treviso, 22-23 May 2008). Devo confessare che non capisco come una nozione cui non si riesce a dare un contenuto sensato e preciso, al punto da non poterla usare come strumento operativo, possa invece fungere da finalità tendenziale per arrivare al migliore dei mondi possibili. Tendenziale va bene, ma verso cosa esattamente? Quali sarebbero le caratteristiche dell'"ottimo irraggiungibile" verso cui muoviamo? Il migliore mondo possibile, d'accordo, ma il quesito che il presente lavoro ripropone, e a cui non è stata data risposta, è: migliore in che senso e migliore per chi?

base a criteri neutrali (che non richiedono, cioè, valutazioni politiche). La conseguenza di questa operazione è, come già sottolineato, la soppressione della necessità di procedere ad una valutazione comparativa tra i diversi interessi presenti nella categoria. L'interprete, posto di fronte alla scelta tra diverse discipline, ciascuna delle quali comporta conseguenze più vantaggiose per alcuni membri di una categoria e meno vantaggiose per altri, dovrebbe astenersi da ogni valutazione comparativa tra gli interessi avvantaggiati e quelli svantaggiati, e dovrebbe invece verificare quale delle soluzioni alternative massimizzi il benessere dell'intero aggregato.

Sosterrò, invece, che una operazione di aggregazione neutrale (che prescindendo cioè da una valutazione comparativa tra i diversi interessi comunque presenti nella categoria) è impossibile o insensata. Sosterrò pertanto che la scelta (politica) di proteggere una certa categoria (in cui siano presenti interessi e preferenze divergenti) deve essere necessariamente integrata da un'altra scelta, di secondo livello, ma altrettanto politica, avente ad oggetto la comparazione tra i diversi interessi presenti nella categoria stessa.

Come in ogni altro caso, il legislatore può decidere di compiere egli stesso questa scelta di secondo livello, vincolando così l'interprete ad una precisa valutazione. Oppure può decidere di dare all'interprete indicazioni più o meno vaghe su come operare la comparazione. Quello che è certo è che in entrambi i casi questa scelta di secondo livello è una scelta politica implicante una valutazione comparativa di interessi, e non una meccanica operazione di aggregazione. Il ricorso all'aggregazione consente in sostanza all'analisi economica del diritto di occultare la scelta di secondo livello. Essa può così presentare le scelte che a suo dire aumentano, ad es., il c.d. consumer welfare come scelte neutre, operate in favore di tutti i consumatori costituiti in unico aggregato, anziché per quello che sono, e cioè scelte che privilegiano gli interessi di alcuni gruppi di consumatori a scapito di quelli di altri.

Dal punto di vista rilevante per il giurista, dalla impossibilità o illegittimità dell'operazione di aggregazione deriva che il problema centrale è l'*identificazione del soggetto "tipico", protetto come esponente rappresentativo della categoria*. Si tratta di un soggetto che non è identificabile mediante un'operazione neutrale di aggregazione, ma solo attraverso una analisi delle valutazioni comparative che il legislatore ha compiuto tra i diversi interessi presenti all'interno della categoria. Il riferimento a tale soggetto costituisce anzi giuridicamente *il modo migliore di sintetizzare l'insieme delle valutazioni comparative di interessi che danno concretezza alla scelta (di primo livello) di proteggere gli interessi di una certa categoria*.

La conclusione del presente lavoro sarà che lo schema appropriato in cui inquadrare, spiegare, e interpretare le diverse discipline che fanno riferimento alle categorie menzionate, *non è rappresentato dalla coppia analitica maggiore protezione / minore protezione di ciascuna categoria*, ma *dalla ricostruzione dello spettro di interessi presenti nella categoria, confrontato con l'interesse, o gli interessi, che ciascuna disciplina privilegia a scapito di altri*¹⁶.

¹⁶ Con questo vorrei rispondere anche alla giusta domanda posta da POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.1/ 2007, 129 ss., a p.133, e cioè di quale sia il modo migliore per rendere palesi, e perciò più consapevoli, le scelte distributive che anche le interpretazioni del diritto antitrust inevitabilmente comportano (come Michele Polo stesso giustamente riconosce). Risponderei che il riferimento ad una categoria ufficialmente presentata come indifferenziata (consumatori) e a una nozione (surplus) che sembra misurare il benessere aggregato dell'intera categoria, non è il modo migliore per rendersi trasparenti. Forse se si cominciasse a ragionare, come qui propongo, in termini di quali interessi e di quali "tipi" di consumatori sono effettivamente protetti, la situazione, in termini di consapevolezza e trasparenza, potrebbe migliorare.

5. I requisiti che potrebbero rendere giuridicamente accettabile un'operazione di aggregazione

- Abbiamo definito la nozione di aggregazione rilevante ai fini del presente lavoro come l'operazione che a fronte di decisioni che migliorano la situazione di alcuni componenti di una categoria e peggiorano quella di altri (rispetto ad altre possibili decisioni), ritiene di poter giudicare ogni singola decisione dal punto di vista della sua idoneità a migliorare o a peggiorare la situazione complessiva della categoria intesa come un aggregato. Abbiamo visto altresì quale sia la specifica funzione che questa operazione svolge nell'ambito dell'analisi economica del diritto.

A questo punto dobbiamo distinguere due distinti profili. Uno attiene alla possibilità stessa di compiere il giudizio in questione. Si tratta cioè di stabilire se esista la possibilità di dare un qualche senso pratico all'affermazione per cui una certa categoria di soggetti sta nella situazione (1) meglio di quanto stia nella situazione (2) nonostante il fatto che nella prima situazione un certo numero di componenti della categoria sta peggio di quanto stia nella seconda.

Il secondo profilo attiene alla legittimità di un simile giudizio. Attiene cioè alla possibilità di argomentare razionalmente in favore del giudizio per aggregati che conduce a preferire la situazione (1) alla situazione (2).

Poiché nel presente contesto (valutazione delle operazioni di aggregazione dal punto di vista normativo) il secondo profilo appare immediatamente come non meno decisivo del primo, invertiamo l'ordine logico della trattazione e, prima ancora di chiederci se l'aggregazione sia un'operazione sensata, proviamo a chiederci se, e a quali condizioni, possa essere un'operazione legittima. Questa inversione faciliterà l'esame della prima prospettiva. Aniché esplorare tutte le possibilità di dare un qualche senso all'operazione di aggregazione, potremo chiederci se esista la possibilità di dare all'operazione di aggregazione un senso in grado di farla apparire come un'operazione legittima.

Come abbiamo già accennato il giudizio basato sull'aggregazione qualifica come scelta in favore di una certa categoria la scelta che migliora la situazione complessiva della categoria anche quando la scelta in questione peggiora (rispetto ad un'altra scelta possibile) la situazione di un certo numero di membri della categoria stessa. Allo stesso tempo, il giudizio basato sull'aggregazione sostiene la legittimità di questo tipo di scelte nei contesti in cui la protezione degli interessi di una categoria sia stata assunto come obiettivo politico prioritario. Riepilogando per esteso il ragionamento già illustrato nel paragrafo introduttivo, il punto di partenza è la supposta esistenza di una scelta politica generale, favorevole alla protezione di un'intera categoria (ad es. quella di massimizzare il benessere dei consumatori). Si assume che questa scelta, grazie ad una neutrale operazione di aggregazione, possa, di per sé (e cioè senza la necessità di compiere ulteriori valutazioni politiche), legittimare, o addirittura imporre, decisioni con cui si danneggiano alcuni componenti della categoria (si danneggiano alcuni consumatori) purché tali decisioni siano in grado di avvantaggiare la categoria nel suo complesso.

A mio avviso la legittimità di questa tesi dipende dalla possibilità di elaborare un criterio in cui la nozione di vantaggio per la categoria si coniughi con l'imparziale distribuzione del vantaggio stesso tra tutti i membri della categoria stessa. A prescindere cioè dalle questioni (che non abbiamo ancora affrontato) relative alla nozione di vantaggio, e al modo di calcolarlo, il tema della legittimità del giudizio basato su aggregazioni pone a mio avviso un vincolo al criterio utilizzabile per l'aggregazione. Ritengo infatti che l'adozione di un criterio non imparziale determinerebbe l'inaccettabilità del ragionamento riassunto pocanzi, il ragionamento cioè che parte da una scelta politica in favore della protezione di una categoria e, su questa semplice base,

legittima scelte che possono svantaggiare alcuni membri della categoria a condizione che sia avvantaggiata la categoria come aggregato. La mia tesi è che scelte che avvantaggiano la categoria come aggregato (qualunque cosa questo possa voler dire) non possono legittimarsi in base alla scelta politica generale di avvantaggiare questa categoria se non a condizione di realizzare una distribuzione imparziale di vantaggi e svantaggi all'interno della categoria considerata.¹⁷ Una serie di scelte che sistematicamente avvantaggiassero i membri della categoria dotati di alcune caratteristiche, e sistematicamente svantaggiassero altri, non potrebbero fondare la loro legittimità sulla scelta politica generale di proteggere la categoria in questione, ma avrebbero bisogno di essere legittimate da scelte politiche più specifiche in cui le differenze esistenti all'interno della categoria fossero prese in esplicita considerazione.

Quanto alla possibilità di dare un senso all'affermazione per cui un aggregato sta in una certa situazione meglio di quanto stia in un'altra, abbiamo già ricordato che qui il problema, come è ben noto a tutti, è quello di trovare un criterio che consenta ragionevoli misurazioni della condizione in cui si trova ciascun membro dell'aggregato e di quest'ultimo nel suo complesso. Scontata l'impossibilità di una soluzione *teoricamente* soddisfacente, possiamo tuttavia chiederci se esista la possibilità di dare comunque all'operazione di aggregazione un senso *praticamente* accettabile e come tale utilizzabile nella prospettiva pragmatica che è propria di tanti concetti giuridici.

6. Qualche tentativo di aggregazione “semplice”: maggioranza e media.

Ribadita l'inaccettabilità teorica di un'operazione di aggregazione basata sulla semplice sommatoria di benessere di individui diversi, chiediamoci allora se esistano altre possibilità, magari anch'esse inaccettabili teoricamente, ma dotate almeno di un certo livello di ragionevolezza pratica e in grado di soddisfare i due requisiti posti al paragrafo precedente.

Un tentativo in questa direzione potrebbe essere quello di riferire l'aumento di benessere non a ciascun consumatore, ma al consumatore “medio” oppure alla maggioranza dei consumatori. La massimizzazione del consumer welfare sarebbe così identificata non con la massimizzazione del benessere di ciascun consumatore, ma con la massimizzazione del benessere di un consumatore in qualche modo rappresentativo o con quella del benessere della maggioranza dei consumatori.

Discuteremo ora di queste possibili soluzioni alternative dal punto di vista della loro eventuale idoneità a risolvere problemi di aggregazione in maniera giuridicamente accettabile. Non si tratterà perciò di stabilire se la scelta di avvantaggiare un consumatore medio, o la maggioranza dei consumatori, possa essere una scelta sensata, ma di stabilire se possa essere *presentata* come la scelta che massimizza il benessere dei consumatori e se possa perciò svolgere la funzione che il riferimento al consumer welfare svolge nell'elaborazione dell'analisi economica del diritto.

Cominciando da quella relativa alla maggioranza, l'inaccettabilità di una aggregazione basata su un simile riferimento è facilmente dimostrabile. Questa operazione si scontra immediatamente con ostacoli ben noti.¹⁸

¹⁷ Sul tema cfr. NARVESON, *When if ever do we aggregate and why?* in *Social Philosophy and Policy*, 2009, p.48, a p.72.

La natura di questi ostacoli è agevolmente illustrata da un semplice esempio. Supponiamo di avere di fronte la scelta tra due alternative di cui (1) comporta per tutti i componenti di un gruppo un periodico e lieve mal di testa, mentre (2) comporta per uno di essi atroci sofferenze e per gli altri la liberazione dal lieve mal di testa. E' evidente che se il gruppo fosse composto da due persone nessuno esiterebbe a ritenere che (1) debba essere preferito a (2). La soluzione cambia se si assume che il gruppo sia composto da tre, da mille o da un milione di persone? In altre parole, quanto deve essere grande la maggioranza modestamente avvantaggiata per giustificare un rilevante sacrificio della minoranza?

E' evidente che nessuna decisione sensata può essere presa sulla base della semplice considerazione che una certa decisione avvantaggia la maggioranza. Occorre invece una valutazione comparativa dei vantaggi (della maggioranza) e degli svantaggi (della minoranza). Siamo perciò fuori da una semplice operazione di aggregazione e abbiamo invece bisogno non solo di una scelta generale di primo livello (diamo al gruppo in questione il massimo benessere possibile) ma anche di una scelta specifica di secondo livello, relativa all'urgenza che riconosciamo all'uno o all'altro bisogno soddisfatto o insoddisfatto.

Quanto al ricorso ad una nozione di consumatore medio, l'ostacolo è dello stesso tipo e altrettanto rilevante. Per costruire una media al fine di operare un'aggregazione occorre possedere un'unità di misura con cui calcolare la media. Non esistono uomini medi in senso proprio, ma solo uomini di altezza media o di peso medio, cioè quelli dotati di un'altezza o di un peso corrispondente a quelli identificati come medi grazie ai calcoli consentiti dall'aver assunto l'una o l'altra unità di misura. Dato che una unità di misura naturale non esiste e che l'eventuale unità di misura deve essere scelta, la decisione di favorire una certa categoria, pur integrata dal riferimento al membro medio della categoria stessa, non consente la deduzione di specifiche soluzioni concrete, se non sia ulteriormente integrata da un'altra scelta che indichi i criteri per la definizione del componente della categoria che debba essere considerato tale. A prescindere perciò dal fatto se sia possibile indicare una unità di misura effettiva e sensata su cui calcolare una media, il tentativo di riferirsi al consumatore medio è di per sé inidoneo a rendere superfluo il ricorso a scelte di secondo livello e quindi non può colmare quella che abbiamo identificato come la lacuna del ragionamento per aggregazione.

Qui possiamo aggiungere qualche riflessione ulteriore, in considerazione del fatto che il riferimento al consumatore medio è saldamente presente nella legislazione europea,¹⁹ dal che qualcuno potrebbe anche essere indotto a credere che sia il legislatore stesso a dare indicazioni su come risolvere il problema dell'aggregazione del benessere dei consumatori. In realtà è evidente che la categoria del consumatore medio, come utilizzata nel diritto europeo, non è in grado di risolvere nessun problema di aggregazione. Si tratta infatti di una categoria che non ha nessuna pretesa di identificare un "medio" sulla base di una qualche unità di misura (come sarebbe necessario, lo si è già notato, per usare questa figura a soluzione di problemi di aggregazione).

¹⁸ Cfr. TEMKIN, *Aggregation within lives*, in *Social Philosophy and Policy*, 2009, p.1ss. a p. 4, che riprende ed elabora un argomento di PARFIT, *Reasons and persons*, Oxford University Press, 1984, 388

¹⁹ Sulla nozione di consumatore medio nel diritto europeo, cfr. in una prospettiva prevalentemente critica, INCARDONA-PONCIBO', *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, 30 *J. Consum Policy*, p. 21. Rileva che "in practice few, if any, consumers will be rated average across the wide range of characteristics that serve to define the consumer" WEATHERILL, *Who is the "Average Consumer"?*, in Weatherill- Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29*, p. 115.

Neppure essa è frutto di un'indagine statistica che abbia misurato il modo in cui una qualche oggettiva caratteristica sia distribuita tra i consumatori europei²⁰.

Si tratta infatti di una categoria con finalità normative, in cui il consumatore medio non è definito come colui che possiede certe oggettive proprietà, ma come colui che si comporta in un certo modo. Il consumatore medio è colui che si informa, presta attenzione, diffida. Il fatto che il consumatore europeo tenda effettivamente a comportarsi così non sembra rilevante, e non sembra essere stato oggetto di un particolare accertamento. La funzione della nozione non è infatti quella di descrivere il modo in cui i consumatori europei *mediamente si comportano*, ma è invece quello di descrivere il modo in cui *devono comportarsi* se vogliono ottenere adeguata protezione.

Al di là della opportunità di ricorrere a questa o ad altre definizioni di consumatore medio a fini normativi, se si volesse osservare la definizione dal punto di vista dell'obiettivo della massimizzazione del benessere dell'insieme dei consumatori (finalità che, ribadisco, non è quella per cui la nozione è stata costruita) lo scenario che ne emergerebbe sarebbe a mio avviso addirittura inquietante.

Dato che la nozione di consumatore medio svolge come si è detto la funzione di filtro tra ciò che è protetto e ciò che non lo è, sembra ovvio che la legge può assicurare il massimo livello di protezione dei consumatori là dove tutti si comportino come il consumatore medio assicurandosi così il più elevato grado di protezione messo a disposizione dalla legge.

Può darsi che quello di costringere tutti i consumatori a comportarsi come il consumatore medio sia un obiettivo politico ragionevole o in qualche modo addirittura inevitabile in questo contesto legislativo. Non credo però che dal punto di vista del benessere dei consumatori si possa parlare propriamente di massimizzazione. Forse il termine più esatto sarebbe massificazione, nel senso che la scelta di concentrare la protezione sul consumatore medio non punta affatto alla soddisfazione più ampia possibile delle diverse preferenze di tutti i consumatori (comprese ad es. quelle relative a quanto valga la pena investire in attività di informazione e vigilanza). Non mira quindi alla massimizzazione del benessere complessivo dei consumatori intesa come massima soddisfazione delle loro preferenze. L'obiettivo sembra piuttosto quello di imporre un'unificazione forzosa del modo di comportarsi di tutti i consumatori. Il che, ripeto, potrà anche essere un obiettivo ragionevole, ma certamente non un obiettivo in qualche modo connesso alla massimizzazione del benessere di tutti i consumatori, in qualche modo aggregato.

7. Qualche aggregazione più “sostanziosa”? Consumer surplus e consumer welfare. - In realtà, come tutti sanno, il ricorso a nozioni quali quelle di benessere dei consumatori prima, e dei soci o dei creditori a seguire, non è un'invenzione suggerita da riflessioni intuitive dei giuristi, ma è il frutto dell'importazione di categorie che hanno trovato la loro più raffinata elaborazione nella scienza economica. E' perciò con queste elaborazioni che occorre in definitiva fare i conti.

Anticipo anche qui per semplicità la mia tesi. L'apparato concettuale degli economisti, al di là della sua raffinatezza (che ne rende tra l'altro impossibile un dettagliato esame ad opera del sottoscritto in questa sede) si caratterizza non per la sua capacità di risolvere i problemi dell'aggregazione in senso proprio, ma per la sua capacità di aggirarli. Per la sua capacità, cioè, di riferirsi a situazioni artificialmente definite in modo da evitare che sorgano i problemi tipici

²⁰ “ The Court took into account the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect without ordering an expert’s report or commissioning a consumer research poll” Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, Caso C-210-96, n.31

dell'aggregazione, e, in particolare, la necessità di comparare la perdita di benessere di alcuni membri della categoria con i guadagni di altri.

Le situazioni in relazioni alle quali sono in prima battuta elaborate le nozioni fondamentali di surplus del consumatore e di consumer welfare, sono tutte situazioni nelle quali l'aggregazione non è necessaria, essendo costruite in modo che esista sempre la possibilità di legare miglioramenti e peggioramenti in modo che quelli che investono uno dei componenti della categoria si riflettano *con lo stesso segno* anche su tutti gli altri membri. In effetti se si osserva il fenomeno consistente nella semplice variazione del prezzo di uno specifico prodotto, il fattore, aumento del prezzo, che causa la diminuzione del benessere di un singolo consumatore - così come quello (diminuzione del prezzo) che ne causa l'aumento -, provoca altresì un movimento, nella stessa direzione, del benessere di tutti gli altri. L'ipotesi in cui l'aumento del benessere di un consumatore sia ottenibile solo al prezzo della diminuzione di quello di un altro, è qui esclusa a priori. Essa è in sostanza esclusa dal modo stesso in cui il problema è stato definito. Se si confrontano le situazioni dei consumatori di un dato prodotto e si assume come fenomeno rilevante il possibile cambiamento di prezzo di questo prodotto, la supposizione per cui nessun consumatore di quel prodotto veda il suo benessere diminuire in conseguenza di una diminuzione del prezzo del prodotto stesso, può sembrare (invidia e c.d. positional goods a parte, v. supra, nota 11) abbastanza ragionevole. In situazioni di questo genere, come si è già più volte ripetuto, un problema di aggregazione in senso proprio neppure si pone²¹.

Il fatto è che o si resta all'interno di queste situazioni semplificate, e però si rinuncia a pretendere di avere fatto generalizzazioni *praticamente* rilevanti, oppure ci si scontra con insuperabili difficoltà. Si prenda la nozione di surplus del consumatore che sostanzialmente si identifica con quella di benessere del consumatore, o è comunque considerata come una misura più o meno approssimata di tale benessere.²² Fino a quando la nozione viene elaborata con riferimento al singolo consumatore, problemi di aggregazione interpersonale non si pongono per definizione.²³ Quando si deve passare al benessere dei consumatori nel loro complesso, quest'ultimo viene semplicemente definito, nei manuali, come la somma dei surplus individuali dei consumatori.²⁴

²¹ Basta immaginare situazioni appena un po' più complicate per trovarsi di fronte a gravi problemi, come succede nel caso di certe intese verticali che possono provocare guadagni al consumatore marginale e perdite a quelli inframarginali. Cfr. COMANOR, *Comment: Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, And The Antitrust Policy*, 98 Harv.L.Rev. (1985) 983, p.999.

²² V. ad es. VARIAN, *Microeconomic Analysis*, third ed., W.W. Norton and Company, Inc., 1992, p. 168s. Lo stesso Varian segnala tuttavia una serie di difficoltà che impediscono di considerare il consumer surplus come misura invariante e certa del consumer welfare. Che la questione sia molto complicata risulta altresì dalle osservazioni di JUST-HUETH-SCHMITZ, *The Welfare Economics of Public Policy*, Edward Elgar, 2004, p.98ss.

²³ In realtà esisterebbero anche problemi di aggregazione intrapersonale (cfr. TEMKIN, cit. nota 18) ma non mi risulta che il problema sia tenuto in gran considerazione dagli economisti.

²⁴ V. per tutti KRUGMAN-WELLS, *Microeconomics*, Worth Publishers, 2005, p.138.

²⁵ L'analisi in termini di benessere finisce tuttora per sfociare nel ricorso alla nozione di efficienza paretiana, V.ad es. VARIAN, n. (20), p. 222-227.

Con il che si ripresenta il solito problema. O ci si immagina in una delle solite situazioni ultra semplificate, (mercati isolati, c.d. equilibri parziali, prodotti omogenei, condizioni che si differenziano solo per il prezzo praticato, ecc.) e allora i problemi di aggregazione non sorgono perchè i consumatori sono allineati lungo una linea continua (le varie combinazioni quantità prezzo) in cui ciascuno ha un suo posto definito e può progredire, o peggiorare, solo con spostamenti della linea che fanno contemporaneamente progredire o peggiorare tutti gli altri. Oppure ci si trova in una situazione realistica e allora si pone il problema di come “pesare” le diminuzioni e gli aumenti di benessere di ciascun consumatore. Alla fine si scopre che l’unico criterio disponibile per confronti sensati è sempre e solo il criterio di Pareto²⁵, criterio che quando è usato non a fini descrittivi ma a fini normativi (si può passare dallo stato S1 allo stato S2 solo quando il passaggio migliora la condizione di alcuno senza peggiorare quella di alcun altro) ha effetti così paralizzanti da risultare completamente inutile²⁶.

In sintesi, tutto quello che ci resta è la possibilità di identificare lo svantaggio per i consumatori (necessariamente per tutti i consumatori) con l’ aumento del prezzo al di sopra del livello concorrenziale e il vantaggio con la diminuzione del prezzo in direzione di questo livello.²⁷ La nozione di consumer welfare attinge così i vertici di una concezione che, come è stato autorevolmente sottolineato, ha il pregio della scientificità.²⁸ Purtroppo ha però anche il difetto della inutilizzabilità al fine di risolvere i casi ben più complessi che si verificano nella realtà. Si provi ad esempio ad applicare questa scientifica concezione ai casi tratteggiati qui nel secondo paragrafo, e ci si renderà immediatamente conto della sua inidoneità a fornire non diciamo soluzioni, ma anche solo ragionevoli impostazioni, dei relativi problemi di disciplina.

A ciò si aggiunga, ad un livello più polemico, che se davvero l'obiettivo della massimizzazione del consumer welfare coincidesse con l'imposizione alle imprese dell'obbligo di praticare il prezzo più basso possibile, ne deriverebbe la necessità di costringere tutti i mercati verso il modello di concorrenza perfetta, che è quello in cui la minimizzazione del prezzo si realizza nella misura più elevata possibile. Non sembra, però, che proprio questo sia l'obiettivo proposto dai sostenitori dell'analisi economica del diritto, né sembra che questo sia un obiettivo oggi seriamente proposto da alcuno.²⁹

8. L’ultima spiaggia: un’aggregazione non di benessere ma di risorse? – Arriviamo così all’ultima possibilità e cioè a quella di abbandonare definitivamente ogni pretesa di misurare il benessere, ripiegando sul più modesto obiettivo di massimizzare qualche assegnazione di risorse. Il riferimento alla massimizzazione del benessere sarebbe semplicemente un modo retorico e pomposo per riferirsi al concetto molto più semplice e, secondo una ben nota tesi³⁰, moralmente

²⁶ V. per tutti CALABRESI, *The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 *Yale Law Journal*, (1991) pp. 1211-1245

²⁷ GERBER, *The Future of Article 82: Dissecting the Conflict*, in Ehlermann- Marquis (eds), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008.

²⁸ GERBER, cit., n. precedente.

²⁹ “...if one took literally the objective of maximising consumer surplus, this would lead to pricing at marginal costs, with firms exiting the industry in the long-run or having to be subsidised to cover fixed costs, not a reasonable idea” MOTTA, *Competition policy*, Cambridge University Press, 2004, p.21.

³⁰ POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 *Journal of Legal Studies*, 103 (1979).

superiore, della massimizzazione della ricchezza. Questo è probabilmente il senso implicito che la maggior parte di coloro che usano il concetto di massimizzazione in questi contesti attribuisce a questa espressione. Il senso dell'espressione viene ricavato, cioè, dalla misurazione della quantità di risorse che viene posta a disposizione della categoria nel suo complesso. Così, massimizzazione del benessere dei soci vuol dire semplicemente che le capacità produttive della società devono essere sfruttate in modo da far sì che ad essi soci e non ad altri, sia attribuito il valore (nel senso del guadagno) più alto possibile nella situazione data. Massimizzazione del benessere dei creditori vuol dire che sia destinata alla loro soddisfazione la somma più alta e, quanto ai consumatori, che sia messa a loro disposizione la più grande quantità possibile di beni al prezzo più basso possibile.

Neppure questa estrema riformulazione della nozione, che prescinde dal benessere e si concentra sulla risorsa, riesce però ad identificare una sostanza comune in grado di superare i problemi connessi all'esistenza dei conflitti. Il fatto è che in presenza di conflitti e di divergenze di valutazione così complessi quali quelli che esistono nei contesti considerati, nessuna risorsa, neppure il denaro, si presenta come *naturalmente* idonea a fungere da unità di misura della situazione della categoria.

Non si tratta solo del ben noto problema inerente al diverso valore che la stessa somma di denaro ha per un ricco rispetto a quella che ha per un povero. Si tratta, più in generale, del fatto che la stessa misurazione dipende dalle valutazioni e dalle preferenze dei soggetti interessati. Ha più valore l'assoluta certezza di ricevere dieci euro oggi, o la possibilità, assolutamente incerta, di ricevere un milione di euro tra cento anni? Hanno più valore dieci euro donati con gentilezza, o undici euro gettati in faccia? Ha più valore un milione di euro guadagnato rispettando un codice etico o due milioni guadagnati facendo lavorare i bambini del terzo mondo? In quali delle tre coppie di casi l'assegnazione di risorse alla categoria si deve considerare massimizzata?³¹

Più concretamente, ci si potrebbe chiedere ad esempio quale sia il maggior guadagno della categoria quando alcuni soci preferiscono maggiori dividendi immediati e altri una rivalutazione della quota nel lungo periodo, o quando alcuni creditori preferiscono comunque (a prescindere cioè da ogni possibile tasso di sconto) un pagamento immediato a uno differito, o quando alcuni consumatori preferiscono qualità più alta, anziché prezzi più bassi. Del resto basta provare ad applicare un criterio "risorsista" agli esempi iniziali esaminati al par. 2, per rendersi immediatamente conto della difficoltà di ipotizzare sensate misurazioni delle quantità di risorse assegnate da ciascuna delle varie discipline ipotizzabili.

Ancora una volta riappare la necessità di integrare la scelta politica in favore della categoria con un'altra scelta che precisi il criterio in base al quale misurare quale assegnazione di risorse migliora la situazione della categoria e quale la peggiora.

A ciò va aggiunto un altro aspetto che a mio avviso ancora una volta esclude la possibilità di considerare legittima una aggregazione basata semplicemente sulla misurazione della quantità di

³¹ Il problema non riguarda solo l'evidente difficoltà di immaginare mercati in grado di prezzare i sentimenti, i valori o l'incertezza assoluta. Il fatto è che neppure l'improbabile esistenza di questi mercati potrebbe escludere l'eventualità che qualcuno abbia valutazioni personali divergenti da quelle del mercato e si consideri perciò non compensato per la perdita di qualcosa cui tiene, neppure nel caso in cui gli venga versata una somma corrispondente al relativo prezzo di mercato.

Un interessante sviluppo del concetto per cui una stessa quantità di beni può essere valutata di più o di meno secondo il modo in cui è prodotta e distribuita, in LEWINSON-ZAMIR, *In Defense of Redistribution through Private Law*, 91 *Minnesota L. Rev.*, 326ss. (2006).

risorse messa a disposizione della categoria. Si tratta questa volta del requisito della imparzialità. In assenza di meccanismi che garantiscano che le maggiori risorse disponibili siano distribuite imparzialmente tra tutti gli appartenenti alla categoria, non è possibile riferirsi alla categoria come ad un aggregato. La ragione molto semplice è che in assenza di criteri di distribuzione imparziale delle risorse messe a disposizione della categoria, un aumento complessivo delle risorse stesse che possa comportare la diminuzione delle risorse a disposizione di alcuni, *non significa in nessun senso ragionevole che è migliorata la situazione della categoria, ma significa solo che è migliorata la situazione di coloro che hanno maggiori probabilità di trovarsi nel gruppo favorito o che sono comunque disposti, pur di avere una chance di ottenere di più, a correre il rischio di trovarsi in quello sfavorito.*

9. Uno schema analitico senza aggregazioni- Arrivando a qualche conclusione, e semplificando un discorso che potrebbe essere ancora più complesso, la domanda è : come dobbiamo affrontare tutte le affermazioni, talora provenienti addirittura dal legislatore, secondo cui lo scopo di una certa legge, è quello di proteggere una certa categoria di soggetti? A mio avviso, se si scarta, come si deve, la via dell'aggregazione restano solo due possibilità. O si dimostra che le norme in questione avvantaggiano in qualche modo tutti i membri della categoria in questione oppure bisogna procedere ad una *decostruzione*, identificare cioè tutti gli specifici interessi in gioco, valutarne il livello di comunanza all'interno della categoria ed elaborare criteri che consentano di stabilire quale interesse è o deve essere protetto e per quali ragioni.

La mia tesi è che in presenza di categorie i cui componenti hanno interessi che possono convergere o divergere a seconda delle circostanze, la scelta di favorire o proteggere la categoria in quanto tale è una scelta necessariamente incompleta che deve essere necessariamente completata dalla identificazione dello specifico interesse, interno alla categoria, che viene assunto come necessariamente comune o viene comunque giudicato come maggiormente meritevole di protezione, anche a scapito di altri interessi pur condivisi da alcuni (o anche da molti) appartenenti alla categoria stessa.

In conclusione si può ben affermare, in ipotesi, che il legislatore fallimentare ha inteso proteggere l'interesse dei creditori, ma occorre che sia chiarito quale preciso interesse di costoro ha assunto come necessariamente comune, e deve essere comunque chiaro che questa scelta, che ho chiamato di secondo livello, non è meno politica di quella di primo livello, cioè della scelta che decide di proteggere gli interessi dei creditori anziché quelli del debitore, dei lavoratori, dell'economia nazionale, ecc.

Questo significa, e si tratta della conclusione a mio avviso più importante (non perché sia una particolare scoperta, si tratta anzi di cosa che molti avrebbero dato un tempo per scontata) che *noi possiamo inquadrare i diversi modelli di disciplina non in base alla entità della protezione che accordano agli interessi di soci, creditori o consumatori, e quindi in base alla coppia analitica maggiore o minore protezione di questa o quella categoria, ma in base alla ricostruzione dello spettro di interessi facenti capo ai membri della categoria e alla selezione degli specifici interessi che ciascun modello di disciplina assume come caratterizzanti ciascuna delle categorie in questione.*

Questa diversa prospettiva dovrebbe non solo mettere in guardia contro il ricorso ad aggregazioni in senso proprio, come qui definite, ma anche segnalare gli ampi spazi di ambiguità spesso presenti nelle più semplici generalizzazioni cui talora il linguaggio giuridico ricorre pur senza caricarle delle pesanti implicazioni che le aggregazioni svolgono nel sistema dell'analisi

economica del diritto. Per fare un semplice esempio, l'affermazione per cui l'interesse sociale è nelle società quotate comprensivo "della destinazione funzionale alla massimizzazione del prezzo di mercato delle azioni, cioè alla creazione di ricchezza individuale per (tutti) gli azionisti mediante l'incremento di valore degli strumenti finanziari azionari"³², se vera- cosa che su cui non è questa la sede per pronunciarsi- andrebbe comunque a mio avviso interpretata nel senso che il legislatore avrebbe scelto di proteggere uno dei diversi possibili interessi dei soci, interesse che però *non si può presumere come necessariamente condiviso da tutti nella stessa misura*. Basti infatti pensare all'esistenza di soci non disponibili ad accettare che i loro investimenti vengano valorizzati attraverso attività e mezzi che essi ritengono riprovevoli³³ o a soci che vorrebbero sfruttare proprietà specifiche³⁴ di una certa impresa in una prospettiva temporale non condizionata dalle esigenze di continuo incremento della valutazione mercantile dell'azione.

In sostanza, il riferimento a categorie composte da soggetti eterogenei va sempre interpretato: può darsi che il riferimento sia agli interessi di tutti i componenti della categoria, o all'interesse che il legislatore o l'interprete giudica comune, o a quello che viene giudicato prevalente, ecc. Il riferimento alla categoria come "aggregato" va invece respinto perchè introduce una finzione che occulta questa essenziale operazione di identificazione dei reali interessi in gioco.

Tornando al tema specifico delle aggregazioni dell'analisi economica del diritto, la prospettiva suggerita potrebbe consentirci di scoprire che la teoria dello shareholder value non protegge gli interessi, e non massimizza il benessere, di tutti i soci, ma privilegia al contrario l'interesse del socio concepito come un investitore speculatore che momento per momento cerca di trarre profitto dall'andamento dei mercati e modifica continuamente la composizione del suo portafoglio di titoli. Potremmo scoprire che l'obiettivo di massimizzare il benessere dei creditori di un'impresa insolvente non protegge tutti i creditori, ma solo i c.d. creditori adjusting, quelli cioè in grado di "aggiustare" ad ogni diversa circostanza le condizioni alle quali accettano di diventare creditori di questo o di quel debitore.

Ovviamente non può essere questa la sede per verificare se queste scoperte siano davvero a portata di mano. Mi limiterò perciò nell'ultimo paragrafo a qualche semplice indicazione di ricerca riferita al tema specifico del benessere dei consumatori, e volta più che altro a dare qualche maggior concretezza, e a meglio chiarire le implicazioni del suggerimento metodologico che ritengo di avere ricavato dalla precedente indagine.

10. Quale "tipo" di consumatore? Il consumatore "imprenditore di se stesso"- Riferita al tema dei consumatori, la mia tesi è che il senso complessivo delle scelte compiute sia a livello di diritto antitrust, sia a livello di disciplina a tutela dei consumatori, possa essere meglio ricostruito se si abbandona il parametro del consumer welfare e si sostituisce uno schema analitico basato sulla coppia maggiore/ minore protezione del benessere dei consumatori, con uno schema in cui è invece centrale l'identificazione di quale tra i diversi interessi dei consumatori è oggetto di

³² L'affermazione è di GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Giuffrè, 2007, p.175s, che la fonda su una serie di ragioni approfonditamente argomentate.

³³ DENOZZA, *La nozione*, (nt. 3).

³⁴ Ovviamente il ragionamento presuppone che esistano investitori sensibili alle opportunità di guadagno connesse a caratteristiche idiosincratice (nel senso di non fungibili con altre caratteristiche reperibili altrove) di determinate imprese, e perciò con preferenze di investimento non suscettibili di essere realizzate da una semplice politica di oculata formazione del portafoglio.

particolare considerazione e quindi, per dirla in altri termini, di quale sia il “tipo” di consumatore che è effettivamente oggetto di protezione.

A mio avviso, questo (secondo) schema consente di dare un senso complessivo ad una serie di scelte il cui reciproco legame può non apparire immediatamente evidente. Nella prospettiva prima chiarita, e cioè come semplice tentativo di illustrazione delle potenzialità del metodo suggerito, proverò a collegare alcune (controverse) scelte in materia di diritto antitrust con la scelta della definizione di consumatore medio operata dalla legislazione europea in materia.

Il primo tema riguarda la disciplina di alcune intese verticali. Come è noto, un orientamento propugnato dall'analisi economica del diritto e che ha avuto successo anche nel diritto antitrust europeo, tende a ritenere lecite le intese c.d. intrabrand, e cioè le intese verticali che limitano la concorrenza tra i distributori dei prodotti di una singola marca, in tutti i casi in cui gli effetti interbrand di queste intese siano assenti o trascurabili³⁵.

Proviamo ad esaminare una possibile implicazione concreta di questa impostazione. Supponiamo di ricavarne la conseguenza per cui quando sia presente sul mercato un numero di potenziali distributori sufficiente a consentire l'ingresso di altri produttori, il produttore già presente è in linea di massima autorizzato a vincolare i suoi distributori a distribuire solo i suoi prodotti. Questa soluzione potrebbe essere motivata dalla convinzione (che qui sarebbe troppo complicato esplicitare e criticare in dettaglio) per cui il produttore adotterà un sistema del genere solo quando la sua adozione gli consenta di realizzare un risparmio di costi o un aumento di qualità e di battere (che è l'unico obiettivo che gli interessa) la concorrenza. Se ne deduce che la liceità di questo tipo di intese verticali massimizza il benessere dei consumatori perchè consente prezzi più bassi e servizi migliori.

AmMESSO (e tutt'altro che concesso) che le cose stiano così, possiamo chiederci se davvero l'ammissibilità di questi patti di esclusiva avvantaggi allo stesso modo tutti i consumatori. Prendiamo il caso di prodotti non standardizzati, quelli in relazione ai quali il consumatore deve accertare quale marca, e quale tra i diversi modelli di una certa marca, soddisfa meglio le sue esigenze. Da questo punto di vista è evidente che l'ammissibilità dell'esclusiva aumenta i costi di informazione del consumatore. Per ridurre il problema ai suoi termini più banali, prendiamo un mercato in cui siano presenti cinque produttori ciascuno dei quali produce tre modelli. Qui, in assenza di esclusiva, il consumatore, con tre visite ad altrettanti distributori multi marca, può compiere tre confronti interbrand e tre confronti intrabrand per ciascuno dei modelli (può cioè confrontare presso un solo distributore caratteristiche, e prezzi, dei prodotti di ciascuna delle cinque marche e con le ulteriori due visite i prezzi praticati da ciascuno dei tre distributori per i tre modelli della stessa marca). In totale avrà ottenuto informazioni su quarantacinque unità di prodotto. Per ottenere la stessa massa di informazioni in un sistema di distribuzione esclusiva deve compiere invece quindici visite ad altrettanti distributori, tre per ognuna delle cinque marche³⁶.

³⁵ Questo è l'impianto concettuale che descrivevo già in *Antitrust – Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna (1988). Per un aggiornamento delle motivazioni in favore della liceità delle intese verticali, cfr. tra i tanti KLEIN-LENER, *Procompetitive justifications for exclusive dealing: preventing free-riding and creating undivided dealer loyalty*, disponibile a http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219980.htm

³⁶ STEINER, *The Nature of Vertical Restraints*, in *Antitrust Bulletin*, 1985, 143. DENOZZA, *Raising Consumers Costs as an Antitrust Problem: A Sketch of the Argument from Kodak to Microsoft (the European proceedings)*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Pub., 2003, 197

Al di là dell'importanza pratica che si voglia dare a questo esempio, esso illustra un tipico conflitto tra consumatori indifferenti ai costi di informazione (o perché le quindici visite non costano loro molto, o perché ritengono di non aver bisogno di tante informazioni) e, perciò, interessati unicamente ad ogni pur minima diminuzione dei prezzi, e consumatori che potrebbero preferire un prezzo leggermente più alto, pur di non essere posti nell'alternativa tra il sopportare alti costi di ricerca e correre il rischio di compiere un acquisto sbagliato.

A partire da questo esempio banale, proviamo ad iniziare una generalizzazione riferita a due tipi potenziali di consumatori, uno in grado di controllare i potenziali errori cui possa essere indotto o in cui possa comunque cadere, l'altro più esposto a questo tipo di rischio.

Qui potrebbe essere inquadrata ad es., la fattispecie oggetto del famoso caso *Kodak*³⁷ (allo stato, mi sembra, l'ultimo sussulto non Chicagoan della Corte Suprema degli Stati Uniti). Anche questo caso può essere infatti esaminato nella prospettiva della contrapposizione tra due tipi di consumatori. Il caso riguardava la liceità del comportamento di Kodak che aveva ad un certo punto deciso di non vendere più i pezzi di ricambio a riparatori indipendenti e aveva in tal modo riservato a sé stessa il mercato della riparazione delle sue macchine. Dal punto di vista dei consumatori si trattava di stabilire se Kodak avrebbe potuto approfittare di questo monopolio per far pagare le riparazioni da lei effettuate ad un prezzo superiore a quello concorrenziale. Ancora una volta prescindendo dalle molte sottigliezze del caso specifico, uno dei temi rilevanti in casi come questo riguarda la capacità previsionale dei consumatori. Quelli che prima dell'acquisto della macchina si informano sui costi di riparazione e che sono in grado di prevedere quante volte la macchina si romperà, sono al riparo da ogni rischio: prima di scegliere la marca del prodotto che acquisteranno sommeranno il prezzo richiesto da ciascun produttore per la singola macchina con il costo prevedibile delle riparazioni e confronteranno le spese totali. Questi consumatori non hanno perciò bisogno di essere protetti dal divieto di una pratica (l'acquisizione del monopolio della riparazione delle proprie macchine) che potrebbe anche essere per altri aspetti efficiente. Altri consumatori meno avveduti e dotati di minori capacità divinatorie potrebbero avere invece bisogno di protezione.

In questa prospettiva, potremmo trovare una contrapposizione, per alcuni aspetti, affine, nel contesto di un altro problema del diritto antitrust, quello dei c.d. prezzi predatori. Qui, semplificando ancora una volta il problema, si tratta di stabilire l'orientamento da assumere nei confronti delle vendite sottocosto operate da un'impresa in posizione dominante, tenendo conto da una parte, della possibilità per l'impresa in questione di cacciare dal mercato i suoi concorrenti e di aumentare in tal modo il suo potere di mercato, e dall'altra della possibilità che altre imprese entrino sul mercato appena l'impresa dominante tenti di rialzare i prezzi con conseguente frustrazione di tutta la manovra. Prescindendo ancora da un'analisi dei molti complessi aspetti dell'intera questione, basterà osservare che anche qui possiamo contrapporre due categorie di consumatori diversamente interessati, alcuni ad una maggiore, e altri ad una minore, severità nei confronti di queste pratiche. E' ovvio che consumatori disposti al rischio (che la pratica abbia successo e il predatore divenga effettivamente monopolista) e pronti ad approfittare sia delle vendite sottocosto operate dall'impresa nella fase in cui cerca di cacciare i concorrenti, sia, allo stesso modo, dell'arrivo di nuovi concorrenti nella fase in cui l'impresa dominante avesse a rialzare i prezzi, possono avere buoni motivi per preferire soluzioni più tolleranti nei confronti della liceità di questa pratica. Il giudizio sull'aumento del benessere dei consumatori che potrebbe derivare dall'intera operazione, e la conseguente propensione a considerare i prezzi predatori per lo più innocui, potrebbero cambiare ove si scoprisse che esistono anche consumatori avversi al

³⁷ *Eastman Kodak CO.v. Image Technical Service Inc*, 112 S Ct. 2072

rischio di dover subire prezzi monopolistici in caso di successo del piano del predatore e che per abitudine, diffidenza o semplice mancanza di informazione, potrebbero non essere così pronti a saltellare da una marca all'altra, approfittando di tutte le occasioni offerte dall'alternanza di prezzi predatori e prezzi sovracompetitivi.

L'elenco potrebbe continuare ma siamo già in grado, credo, di abbozzare il ritratto del tipo di consumatore che le tesi favorevoli ad una blanda applicazione del diritto antitrust hanno in mente. Si tratta di un consumatore che è propenso al rischio, è pronto a cogliere ogni opportunità che il mercato gli offre, è in grado di investire adeguate risorse per controllare e governare il suo comportamento sul mercato e soprattutto è in grado di stabilire il livello di investimento ottimale richiesto da ogni decisione. Questo, come si vede, è un consumatore che possiede tutte le qualità principali di un imprenditore. E' l' *homo oeconomicus* non più partner di uno scambio, ma imprenditore di se stesso, teorizzato da Foucault nelle sue lezioni al Collège de France sulla nascita della biopolitica³⁸.

Molto vicino a questo tipo di consumatore è il consumatore medio nella definizione che ne è data nel diritto europeo al fine di guidare l'applicazione del diritto europeo stesso e in particolare della parte relativa alla disciplina delle c.d. pratiche commerciali scorrette, e cioè il consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto.³⁹

La mia tesi è che diritto antitrust e disciplina delle pratiche scorrette siano riconducibili ad un comune principio ispiratore non perché entrambe tendono a massimizzare il benessere di tutti i consumatori o perché assicurano ai consumatori protezioni equivalenti o assimilabili sul piano funzionale. Credo che l'elemento sistematicamente unificante sia piuttosto rappresentato dal comune riferimento ad un *tipo* di consumatore che è quello in entrambi i casi assunto come oggetto di protezione ed è altresì quello i cui interessi sono effettivamente ed esclusivamente protetti.

La somiglianza⁴⁰ si coglie tanto di più ove si ponga la figura del consumatore informato, avveduto e attento a confronto non con una singola decisione (come usualmente avviene nella casistica giurisprudenziale), ma con la infinità di decisioni che un consumatore deve continuamente assumere, tra investire o no in obbligazioni strutturate che solo un matematico finanziario è in grado di interpretare, tra piani tariffari per telefonini il cui valore può essere comparato solo con complicati esercizi di previsione e introspezione, tra cibi la comprensione della cui composizione

³⁸ FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*. Tr.it., Feltrinelli, sec. ed. 2007, p.186. Ho già usato questa citazione con riferimento al tipo di risparmiatore tutelato dalla MIFID (cfr. DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"* in corso di pubblicazione in *I servizi del mercato finanziario*, Atti del convegno in ricordo di G. Santini, Giuffrè, 2009).

³⁹ Cito dal cons.18 della Direttiva 2005/29 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, in GUCE, 11.6.2005, L 149/22.

⁴⁰ Sul punto cfr. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta del consumatore)* in *Annali Italiani del Diritto d'Autore (AIDA)*, 2008, pp. 297-308, la quale sottolinea (p.300) la complementarità tra l'interesse del consumatore a porre in essere scelte non falsate da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive protetto dai divieti di pratiche scorrette, e quello protetto dal diritto antitrust.

biologica richiede nozioni sia legali (quale percentuale di OGM può non essere dichiarata, cosa significa “a basso contenuto di sodio”, ecc.) che scientifiche, ecc.

In questa prospettiva si può dire che al consumatore si richiede un'attenzione di tipo professionale⁴¹. Il consumatore per professione è appunto quello in grado di fare adeguate scelte di investimento, in questo caso di investimento delle sue non illimitate energie nell'acquisizione delle informazioni di volta in volta necessarie a compiere la scelta per lui migliore.

Non si tratta qui tanto del tema, pur rilevante, sollevato dalla scoperta di una serie di fattori che possono indurre anche il consumatore medio a comportarsi in maniera irrazionale.⁴² Si tratta invece di ammettere che possono esistere consumatori *diversamente* razionali. Ciò consente di immaginare la contrapposizione tra il consumatore medio, come pocanzi definito, e altri tipi di consumatore, ad es. con un tipo di consumatore, che semplicemente ha il problema di trasformare il suo reddito in beni di consumo, senza l'ossessione della massimizzazione, e che farebbe volentieri a meno dei rischi che il perseguimento di questo obiettivo necessariamente comporta. Possiamo immaginare che un consumatore di questo tipo potrebbe preferire l'esistenza di due spazi alternativi: uno, protetto da norme cogenti in cui effettuare la trasformazione (del reddito in beni di consumo) senza dover compiere troppe scelte e senza troppi rischi, e un altro in cui magari esercitare le sue doti di massimizzatore del suo benessere.

L'orientamento che ho sintetizzato nella concezione del consumatore come imprenditore di se stesso tende ad ignorare la prima esigenza (quella di uno spazio protetto) ed a concentrare l'attenzione esclusivamente sul secondo spazio. Se si ammette invece che almeno alcuni consumatori potrebbero essere interessati alla presenza anche del primo spazio, le prospettive della disciplina a tutela dei consumatori potrebbero in parte cambiare.

Non è questo il luogo per esplorare tutte le implicazioni di questo mutamento di prospettiva. Mi limiterò perciò ad una semplice e generale considerazione.

Il processo di scelta del consumatore si compone di (almeno) due distinti elementi. Uno attiene alle opzioni tra cui può scegliere. L'altro attiene alle modalità con cui tali opzioni gli sono presentate. L'accento sul secondo elemento enfatizza l'obiettivo di porre il consumatore nella condizione di fare scelte effettivamente corrispondenti ai suoi bisogni, impedendo approfittamenti o inganni da parte dei produttori. L'accento sul primo elemento pone come centrale il diverso tema di quali scelte sono rese effettivamente possibili. In questa prospettiva, il processo

⁴¹ GRUNDMAN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, 4 *European Review of Private Law*, 553, a p. 576 (2008) rileva che anziché costringere il consumatore ad informarsi adeguatamente su tutte le infinite scelte che deve compiere potrebbe essere più opportuno, nel quadro di un'appropriata divisione del lavoro, “to define typical material information and see whether the cheapest information supplier can supply it routinely- i.e. with relatively low costs- and of course limit this supply to what is really material to a typical transaction in this field (no information overkill)”.

⁴² Il tema è notoriamente molto vasto. Per una prima informazione cfr. INCARDONA-PONCIBO', (nt.18); RISCHKOWSKY-DOERING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, 31 *J. Consum Policy* (2008), 285; SHAFIR, *A behavioral perspective on consumer protection*, 15 *Competition and Consumer Law Journal* (2008), 302.

concorrenziale va valutato anche dal punto di vista della quantità e della qualità delle alternative che pone a disposizione dei consumatori.⁴³

Limitando il discorso al tema delle pratiche commerciali scorrette, l'alternativa nell'interpretazione della relativa disciplina può essere posta chiedendosi se il giudizio di scorrettezza possa cadere esclusivamente sugli elementi estrinseci (ingannevolezza e aggressività) incidenti sulle modalità di conclusione del contratto o anche sul contenuto del contratto stesso.

Alcuni mesi fa la Corte di Giustizia⁴⁴ ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto comunitario di una legge belga, disciplinante le vendite combinate, costruita con il meccanismo della regola (la vendita di prodotti combinati è vietata) e delle eccezioni (elenco di casi in cui la vendita combinata è ammessa). La Corte, constatato che la vendita combinata non rientra in nessuna delle ipotesi contemplate dalla lista di trentuno casi espressamente qualificati nell'Allegato 1 della direttiva come scorretti "in ogni circostanza", ha ritenuto che la legge belga finisse (in ogni caso diverso dalle eccezioni espressamente contemplate) per rendere tale pratica illecita di per sé, a prescindere cioè da una analisi caso per caso della sua potenzialità decettiva e che, per tale profilo, si ponesse in contrasto con il divieto per gli stati di adottare misure più restrittive di quelle previste nella direttiva stessa.

La sentenza risolve il problema ad essa sottoposto sfruttando la contrapposizione tra illiceità per sé e valutazione secondo le circostanze. Evita così di affrontare una questione più radicale che il caso avrebbe potuto porre. La vendita combinata, come il mail-in rebate, rappresenta una pratica che riguarda il contenuto stesso del contratto che viene offerto al consumatore. La domanda è: questo tipo di pratiche è sindacabile⁴⁵ con gli stessi criteri con cui possono essere sindacati gli elementi estrinseci (le affermazioni false e le minacce che riempiono gli elenchi delle pratiche senz'altro vietate), è sindacabile con criteri diversi o si tratta addirittura di pratiche non contemplate dalla direttiva e perciò da questo punto di vista insindacabili?⁴⁶

⁴³ L'orientamento che svaluta l'importanza del processo concorrenziale in favore dell'accertamento caso per caso degli effetti delle pratiche in questione sul consumer welfare, ben può essere considerato anch'esso espressione di una svalutazione delle esigenze di protezione dei consumatori che attengono non alle modalità di scelta, ma al tipo di alternative tra cui la scelta è concretamente possibile. La quantità, e soprattutto il tipo, delle scelte che sono proposte ai consumatori in un mercato caratterizzato da una forte rivalità tra un gran numero di imprese non è identico a quello proposto da un mercato oligopolistico e collusivo. Questo è un tema tipicamente connesso all'esistenza del mercato e al suo modo di funzionare concretamente. Non c'è quindi nulla di intrinsecamente illiberale o paternalistico nel porre il problema della *preselezione* del set di opzioni tra cui il consumatore può scegliere. Questa preselezione può essere affidata al processo concorrenziale, quando funziona in maniera che si ritiene adeguata, o può essere affidata ad un intervento autoritativo. Il problema è se si ritiene, o non si ritiene, importante che il consumatore sia posto di volta in volta di fronte ad un insieme di scelte da cui alcune, per lui presuntivamente più pericolose, siano già state escluse, risparmiandogli così la necessità di investire ogni volta le risorse necessarie per evitare di compiere per errore scelte particolarmente dannose.

⁴⁴ 23 aprile 2009, casi riuniti C-261/07 e C- 299/07, *VTB-VAB Nv c. Total Belgium NV e Galatea BVBA c. Sagoma Magazines Belgium NV*.

⁴⁵ Il tema si intreccia con quello della funzione della clausola generale che definisce l'intera categoria delle pratiche commerciali scorrette, su cui v. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 73 ss.

⁴⁶ Si noti che neppure la diffusa tesi secondo cui la disciplina delle pratiche sleali protegge solo la libertà di scelta (v. per tutti GENOVESE, n. 40) è in grado di risolvere il problema. Nel caso del mail-in rebate, ad

Credo abbastanza evidente che dalla risposta a questa domanda possono discendere conseguenze pratiche non irrilevanti. Al di là delle singole conseguenze pratiche credo tuttavia che questo problema interpretativo sia uno dei tanti luoghi in cui, tornando alla bella immagine di Foucault, siamo posti di fronte all'alternativa tra il proteggere il consumatore come il partner di uno scambio che può aspirare ad essere oggetto di offerte contrattuali di per sé, e cioè per il loro contenuto, non sleali, o come un imprenditore di se stesso, che può solo aspirare ad essere messo in grado di destreggiarsi al meglio tra le offerte esistenti.

es., si tratta infatti di decidere se la libertà di scelta è più tutelata dalla possibilità che alcuno venga attratto da uno specchietto per le allodole (tale considerando la promessa condizionata di rimborsi) da cui è libero di non farsi incantare o dal divieto di piazzare specchietti.