

Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata

FRANCESCO DENOZZA – LUCA TOFFOLETTI

Versione provvisoria

1.- *Premessa: la presunta contapposizione tra funzione compensatoria e funzione deterrente dell'azione di danni.*
2.- (segue) *Il rapporto tra compensazione e deterrenza non esprime un'alternativa di valori ma un'interferenza tra strumenti.* 3.- *Può l'azione di danni svolgere un'adeguata funzione deterrente?* 4.- *Tre obiettivi di una politica di deterrenza e la giusta misura della sanzione in rapporto a ciascuno di essi.* 5.- *I Danni e il guadagno atteso dell'agente.* 6.- *I Danni e la perdita sociale.* 7.- *I Danni e la gravità dell'infrazione.* 8.- *Il coordinamento di private e public enforcement.*

1.- Premessa: la presunta contapposizione tra funzione compensatoria e funzione deterrente dell'azione di danni

In questo lavoro ci occuperemo di alcuni problemi connessi alla possibile funzione deterrente dell'azione di risarcimento dei danni causati da comportamenti vietati dal diritto antitrust, con particolare riferimento alle azioni dei consumatori, azioni la cui funzione e possibile potenziamento sono stati di recente oggetto di particolare attenzione, anche in conseguenza della pubblicazione da parte della Commissione UE del libro verde che diffusamente se ne occupa ⁽¹⁾.

Il tema richiede alcuni chiarimenti preliminari, data l'esistenza di una letteratura notoriamente sterminata che si occupa in generale della funzione della responsabilità civile e, a volte, della presunta contrapposizione tra funzione deterrente e funzione compensatoria dell'azione di danni.

Sintetizzando al massimo, e al solo scopo di esplicitare delle premesse che servano alla miglior comprensione di quello che segue, noi riteniamo che ogni politica di repressione di attività socialmente indesiderate imponga al regolatore di effettuare scelte che possono essere classificate in almeno tre diversi gruppi.

¹ Commissione CE, *Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672, nel seguito anche il "Green Paper" o il "Libro Verde", con l'annesso *Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper*, di seguito lo "Staff Working Paper" (ove non specificato ci riferiamo all'insieme dei due documenti).

Il primo gruppo comprende le *scelte relative alla definizione dei comportamenti illeciti*. Rientrano in questa categoria anche le scelte con cui viene stabilito il grado di colpa necessario per far scattare le sanzioni, posto che da tali scelte dipendono il grado e le modalità (maggiori o minori precauzioni) con cui determinate attività saranno svolte.

Un secondo gruppo di scelte attiene alla *gestione del rischio* che i comportamenti indesiderati vengano comunque tenuti. Qui si tratta di decidere il livello di eventuali interventi preventivi (ad es. autorizzazioni che subordinano lo svolgimento di certe attività all'adozione di certe misure di sicurezza), gli eventuali controlli, il livello di deterrenza, i meccanismi che consentano la scoperta delle azioni illecite e dei loro autori, ecc.

Il terzo gruppo comprende le scelte che attengono alla *gestione delle conseguenze* dei comportamenti che siano ugualmente tenuti, nonostante la previsione della loro illiceità. Qui si collocano le decisioni in ordine al compenso dovuto alle vittime, all'efficacia punitiva della sanzione, ecc.

Ovviamente le scelte compiute a ciascuno dei tre livelli non sono senza effetto sulle scelte che possono essere compiute negli altri due ambiti. Per esempio, è evidente che la scelta di primo livello tra il vietare certi comportamenti in modo assoluto e il vietarli solo quando sono inefficienti, richiede una gestione del rischio e delle conseguenze tale per cui le scelte di secondo e terzo livello non entrino in contraddizione con la prima scelta.

2.- (segue) Il rapporto tra compensazione e deterrenza non esprime un'alternativa di valori ma un'interferenza tra strumenti

La distinzione tra i tre livelli aiuta però a comprendere un fenomeno che non sembra essere sufficientemente considerato nelle molte discussioni sull'argomento in cui questa distinzione è ignorata. Si tratta del fenomeno per cui è ben possibile immaginare una disciplina, perfettamente coerente, in cui la scelta di primo livello sia ispirata da considerazioni di *equità* (si protegge cioè il diritto, ad es. a non essere vittime di omicidio, a prescindere da ogni calcolo costi/benefici) la scelta di secondo livello è invece ispirata da considerazioni di *efficienza* (si decide che non conviene investire le risorse che sarebbero necessarie ad eliminare ogni rischio di violazione – si rinuncia ad es. ad impiegare due agenti di polizia nella costante sorveglianza di ogni individuo in grado di commettere omicidi – e si stabilisce quindi un certo livello di accettazione del rischio) mentre la scelta di terzo livello è ispirata da ragioni di *giustizia retributiva* (si infligge una

punizione – trenta anni di reclusione – in quanto la si ritiene proporzionata alla gravità del delitto commesso, e non per la sua efficacia deterrente o per la sua idoneità a compensare la vittima).

Se si tiene presente la distinzione tra i livelli qui sottolineata, molte discussioni sulla funzione della responsabilità civile possono apparire inutili o comunque male impostate. È il caso, in particolare, della discussione (che, dato l'oggetto del presente lavoro, più direttamente ci interessa) sul rapporto tra funzione deterrente e funzione compensatoria dell'azione di risarcimento dei danni. Nello schema qui proposto, i due profili giacciono su piani diversi, poiché il primo (deterrenza), attiene alla gestione del rischio della commissione dell'illecito, mentre il secondo (compensazione) attiene alla gestione delle conseguenze di un illecito compiuto.

Questo non significa che non esistano problemi, ma significa che il rapporto tra le due funzioni non va collocato sul piano di un'alternativa radicale di valori, ma sul piano delle interferenze che, come si è già notato in via generale, sono sempre possibili, anche tra scelte che si collocano a livelli diversi. Esemplificando, un legislatore che decida di *gestire il rischio* usando lo strumento della deterrenza (invece che quello ad es. della prevenzione) e che decida di affidare il relativo compito all'azione di risarcimento danni, potrebbe modellare quest'ultima stabilendo criteri di determinazione del danno risarcibile funzionali alla deterrenza giudicata ottimale. Al momento di *gestire le conseguenze* dell'illecito potrebbe tuttavia decidere che l'obiettivo di assicurare ristoro alle vittime è prioritario. In questa ipotesi potrebbe bensì acconciarsi a rimodellare i criteri di risarcimento del danno (quali emersi a livello due) che fossero inadatti a questo scopo. Si avrebbero allora interferenze e necessità di bilanciamenti. Potrebbe però anche lasciare questi criteri inalterati e intervenire con sistemi di assicurazione o di sovvenzione pubblica per le vittime non sufficientemente risarcite. In tal modo l'indipendenza tra i due ordini di scelte sarebbe ripristinata.

Queste considerazioni possono essere applicate anche al tema della deterrenza nel diritto antitrust. Stabilito che ci muoviamo al livello due (quindi presupponendo una definizione già data di ciò che è illecito) si tratta di chiarire quale è il rapporto con il livello tre, quello della gestione delle conseguenze. Anche qui, ugualmente a quanto si è appena osservato in via generale, niente impedirebbe al legislatore di modellare l'azione di risarcimento danni in modo da esaltarne l'efficacia deterrente. Poi potrebbe liberamente decidere se le vittime dei trust devono essere lasciate al loro destino (cioè: a recuperare solo quello –

tanto o poco che sia – che casualmente può toccare loro in seguito all'esercizio di azioni di danni non concepite in funzione della loro compensazione) oppure debbano essere comunque ristrate pienamente e proporzionatamente al pregiudizio subito (eventualmente con l'attivazione di strumenti integrativi dell'azione di danni, che possono andare dai sussidi per i poco compensati alla forte tassazione dei danni punitivi eventualmente liquidati in eccesso al danno effettivamente subito).

3.- Può l'azione di danni svolgere un'adeguata funzione deterrente?

Con questa premessa, e in questo contesto, siamo finalmente in grado di indicare gli obiettivi del presente lavoro. Intendiamo richiamare l'attenzione su una serie di difficoltà che in molte situazioni impediscono all'azione privata di risarcimento dei danni così come è attualmente concepita (cioè con quei suoi vincoli di nesso di causalità, di oneri della prova, di criteri per la quantificazione del danno risarcibile, ecc. che sono più o meno presenti in tutti gli ordinamenti europei) di svolgere un'adeguata funzione deterrente. Dalla constatazione di tali fallimenti si possono poi trarre conseguenze sia in ordine al coordinamento tra azione privata e intervento pubblico, sia in ordine all'eventuale modifica della disciplina dell'azione privata. Impregiudicato comunque – ribadiamo – il problema dell'opportunità di compensare le vittime, problema che si pone ad un altro livello e che va risolto per conto suo, e che in ogni caso può essere risolto negativamente, ma anche positivamente, in quest'ultimo caso eventualmente approntando altri strumenti, in grado di correggere gli eventuali effetti negativi conseguenti all'avvenuto rimodellamento della disciplina dell'azione di danni in chiave di deterrenza.

4.- Tre obiettivi di una politica di deterrenza e la giusta misura della sanzione in rapporto a ciascuno di essi

Una politica di deterrenza può perseguire diversi obiettivi. La possibilità di realizzarli e la stessa possibilità di individuarli e formularli chiaramente varia in rapporto alle situazioni e ai tipi di comportamento che vengono in considerazione. In questo lavoro considereremo tre possibili (e a nostro parere ragionevoli) obiettivi, con riferimento ad un contesto di comportamenti volontari (non considereremo perciò i problemi inerenti alle attività di prevenzione -problema probabilmente abbastanza secondario nel diritto antitrust- ad eccezione, come si vedrà, dell'attività di prevenzione che consiste nel non

tenere comportamenti pur ritenuti leciti, per evitare il rischio che errori nella valutazione dell'estensione della fattispecie illecita possano condurre a subire sanzioni anche per comportamenti di cui si potrebbe argomentare la liceità).

I tre obiettivi che prenderemo in considerazione sono i seguenti.

Il primo è quello di disincentivare certi comportamenti in assoluto, a prescindere cioè dal calcolo caso per caso dei loro effetti positivi e negativi.

Il secondo obiettivo è quello di scoraggiare solo i comportamenti da cui l'agente ricava benefici inferiori ai costi che infligge ai terzi.

Il terzo obiettivo è quello di scoraggiare certi comportamenti valutati come negativi, evitando tuttavia di scoraggiarne altri, magari simili, e ritenuti tuttavia neutrali o addirittura positivi.

Questi obiettivi possono essere perseguiti mediante adozione di misure diverse.

Alcune di queste misure possono riguardare l'apprestamento dei mezzi necessari ad evitare che i comportamenti vietati rimangano nascosti. Si tratta delle misure che nella classica formulazione del problema che pone a confronto i benefici netti dell'agente con il costo rappresentato dalla sanzione scontata per le probabilità di accertamento, incidono su quest'ultimo fattore. Incidono cioè sulla probabilità che non si riesca ad accertare l'esistenza del comportamento o l'identità del suo autore. In questo lavoro non ci occuperemo di questo problema. Discuteremo come se ci muovessimo in un contesto (evidentemente implausibile nel diritto antitrust, ma comunque non inutile da esplorare teoricamente) in cui il valore di p sia sempre pari ad uno.

Ci occuperemo perciò esclusivamente dei problemi attinenti alla misura della sanzione. Da questo punto di vista, e tornando ai possibili obiettivi di una politica di deterrenza, è evidente che:

- per il raggiungimento del primo obiettivo è comunque sufficiente che la sanzione sia superiore al guadagno atteso dall'agente; quando si realizza questa condizione, a meno di errori di calcolo da parte dell'agente stesso, il comportamento è disincentivato presso tutti gli agenti razionali.
- per il raggiungimento del secondo obiettivo occorre invece che la sanzione sia esattamente pari al totale netto dei costi sopportati dai terzi; al realizzarsi di questa condizione l'agente razionale deciderà di tenere il comportamento vietato solo quando il suo beneficio netto è superiore ai costi netti imposti ai terzi. Si realizza così un aumento del benessere complessivo.

- il raggiungimento del terzo obiettivo richiede interventi più complessi, e in particolare una graduazione della sanzione in rapporto alla gravità del comportamento posto in essere.

In questi tre contesti, definiti in rapporto all'obiettivo che di volta in volta s'intenda raggiungere mediante la determinazione della misura della sanzione, emergono significativi disallineamenti tra le prescrizioni dei modelli di deterrenza ottima e le sanzioni che risultano prodotte dal meccanismo dell'azione di danni in risarcimento alle vittime delle violazioni antitrust.

Svolgiamo di seguito un'analisi di questi disallineamenti che procede sulla base di tre assunti che occorre esplicitare.

Il primo assunto è che l'*unica* conseguenza per chi commetta un illecito antitrust sia la condanna ad un risarcimento del danno alle vittime, e che dunque l'unica possibilità di scoperta dell'illecito sia rimessa all'iniziativa di privati che agiscano in risarcimento. Assumere, in altre parole, che il sistema di applicazione amministrativa (Public Enforcement, o Azione Pubblica) non esista, consente a nostro avviso di meglio illustrare i modi come l'iniziativa privata (Private Enforcement, o Azione Privata) produce, in se stessa, deterrenza. Fatto ciò potremo, al termine di questo lavoro, reintrodurre nel quadro il ruolo concorrente del Public Enforcement nella produzione di deterrenza, e in particolare nella prospettiva che inquadra il problema della convivenza tra i due meccanismi applicativi partendo dalla considerazione che il Private Enforcement è un'attività decentralizzata che non è mossa da obiettivi di policy pubblica. In questa prospettiva si conferma che gli effetti dell'Azione Privata devono essere, anzitutto, misurati in se stessi, con l'obiettivo di disegnare una politica di Azione Pubblica che debba essere con essi coerente, così come dev'essere coerente con le altre circostanze che considera variabili esogene rilevanti in rapporto ai propri obiettivi.

Il secondo assunto riguarda la nozione di danni utilizzata, che coincide con l'entità del risarcimento che le vittime di una violazione antitrust (come di un altro illecito) possono effettivamente conseguire in giudizio. Questa nozione diverge, allontanandosene in certi casi anche drasticamente, dal concetto di costi privati utilizzato nell'analisi economica e dunque nella letteratura sulla deterrenza ottimale. Vogliamo riferirci ad una nozione di danni realisticamente risarcibili (cui di seguito ci riferiremo con "Danni") poiché sono queste entità che entrano nel calcolo dei costi benefici del potenziale autore di un illecito

antitrust (il probabile ammontare di una condanna in giudizio), e così sono queste entità che occorre considerare nel misurare gli effetti di deterrenza dell’Azione Privata. Le ragioni delle differenze con la nozione economica di costi privati sono note. La principale è probabilmente connessa al concetto di causalità giuridica (non tutte le conseguenze costose di una condotta illecita possono dirsi essere causate, nel senso rilevante in un giudizio di risarcimento del danno, dalla condotta medesima). Altre difficoltà, connesse con le regole processuali di prova e quantificazione del pregiudizio, si aggiungono ad incrementare il divario.

Infine, ci limitiamo qui a considerare le azioni dei consumatori (nel senso ampio di clienti dell’autore dell’illecito) con esclusione delle azioni dei concorrenti. Una relazione significativa con il profitto dell’autore dell’illecito esiste infatti solo per il pregiudizio del consumatore, mentre è nota la sostanziale assenza di nesso tra l’attribuzione di un’azione di risarcimento al concorrente ed obiettivi di deterrenza ⁽²⁾.

5.- I Danni e il guadagno atteso dell’agente

Nel primo contesto, in cui consideriamo l’obiettivo di disincentivare l’azione definita come illecita presso tutti gli agenti razionali imponendo una sanzione di misura superiore al guadagno atteso, la semplice formula è la seguente:

$$Danni > Guadagno (*1/p)$$

² Nel caso delle azioni risarcitorie dei concorrenti il mancato profitto (e gli investimenti perduti) di questi ultimi rappresentano importi risarcibili che non hanno alcuna correlazione diretta con il guadagno del monopolista. Cfr., ad es., H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*, St. Paul Minn., 1999, p. 645, e 650, che afferma che l’applicazione di modelli di deterrenza ottima alle pratiche escludenti rappresenterebbe una “radical departure” dall’esistente disciplina del risarcimento dei danni; e precisa poi che le azioni dei concorrenti tuttavia svolgono, pur nella loro attuale forma che non tiene conto delle prescrizioni suddette, alcune funzioni socialmente desiderabili, contribuendo ad esempio alla scoperta tempestiva delle violazioni). Nella prospettiva indicata nelle premesse di questo lavoro, notato che quest’ultima funzione attiene al piano della “gestione del rischio” e non a quello della “gestione delle conseguenze”, si può altrimenti e comunque riconoscere che l’attribuzione ai concorrenti di un diritto all’azione di risarcimento per violazioni antitrust è ispirata ad un fine esclusivo di compensazione; così, se si volesse renderla coerente con il diverso obiettivo della deterrenza occorrerebbe rimodellarne le regole – stabilire regole speciali, diverse da quelle valedoli per le azioni dei consumatori: diversamente è possibile tenere conto di questa disfunzione ed approntare correttivi idonei a riportare il livello di deterrenza vicino all’ottimo. Nella parte finale di questo lavoro proponiamo alcune ipotesi in cui è il coordinamento del Public Enforcement con l’Azione Privata a svolgere una funzione di possibile riallineamento all’ottimo, di deterrenza, date certe caratteristiche dell’Azione Privata, inclusa la sua ineludibile funzione compensatoria.

Il livello di deterrenza prodotto dal riconoscimento di Danni alle vittime ad esito di azioni risarcitorie non necessariamente rispetta questa semplice prescrizione, anche nei casi più semplici.

Violazioni delle più gravi, come i cartelli, mostrano diversi livelli di coerenza con la regola a seconda del loro oggetto.

Nei cartelli di fissazione del prezzo, la regola è tendenzialmente rispettata. Normalmente i Danni corrispondono al Guadagno atteso dell'agente. Quest'ultimo è rappresentato dal cosiddetto sovrapprofetto monopolistico, ossia la differenza tra il prezzo di cartello ed il prezzo concorrenziale (anche: il livello di prezzo preesistente alla formazione del cartello o praticato in mercati adiacenti privi di pratiche collusive), moltiplicato per le quantità di prodotto vendute. Mentre i Danni sono costituiti dal medesimo differenziale di prezzo pagato dagli acquirenti, ed in aggregato coincidono con il Guadagno dei membri del cartello (assumendo che tutti i consumatori agiscano in risarcimento, contro tutti i membri del cartello) ⁽³⁾.

Nei cartelli di ripartizione dei mercati l'equivalenza non tiene più. Qui i membri del cartello traggono guadagno da una serie di riduzioni di costo, oltre che dal sovrapprezzo di monopolio. Facendo affidamento su un certo insieme di territori (o di clienti) di loro sicura ed esclusiva spettanza, isolati dalla pressione concorrenziale, essi saranno infatti in grado di evitare i costi di promozione, ridurre gli investimenti in innovazione, e così via.

Dunque, mentre nel caso del cartello di prezzo abbiamo

$$Danni = Sovrapprezzo = Sovrapprofetto = Guadagno$$

nel caso della spartizione dei mercati abbiamo

$$Danni = Sovrapprezzo < (Sovrapprofetto + Costi evitati =) Guadagno$$

³ Come notato, questo lavoro non analizza la questione degli incentivi dei danneggiati ad intraprendere un'azione di danni; questione che tuttavia il Green Paper affronta ed indica come centrale in rapporto al problema della stimolazione delle azioni di danno per le violazioni antitrust, suggerendo forme di soluzione come le azioni collettive e la semplificazione delle regole procedurali per gli "Small Claims" (Staff Working Paper, par. 192, con riferimento alla *Commission's Proposal on an European Small Claims Procedure*, COM(2005)87).

Inoltre, i costi evitati che compongono il Guadagno aggregato ben difficilmente potranno essere misurati, e prima ancora, naturalmente, incorporati nel concetto di danno risarcibile, nell'ambito di un giudizio di risarcimento ⁽⁴⁾.

Il livello di deterrenza prodotto dall'Azione Privata, anche dalla più efficiente (dove "p" equivale ad 1 e tutte le vittime promuovono un'azione risarcitoria) si mostra allora in questo primo contesto: (a) variabile in funzione della natura della violazione; (b) potenzialmente subottimale (underdeterrence).

6.- I Danni e la perdita sociale

Una seconda prescrizione, più articolata, potrebbe ispirarsi al diverso criterio di determinare la misura delle sanzioni in modo che esse non solo prevenivano le condotte definite come illecite, ma anche evitino di prevenire le condotte definite illecite ma che ciononostante possano occasionalmente risultare efficienti.

Si tratta di una proposizione ben nota nell'analisi economica della deterrenza. Il suo scopo ultimo è far sì che il livello di deterrenza prescritto incorpori un parametro di desiderabilità sociale basato sul criterio di efficienza ⁽⁵⁾.

È importante ricordare, nel considerare questa regola di disegno ottimale delle sanzioni nell'ambito del diritto antitrust, che le condotte in questione in questo secondo contesto sono soggette ad un trattamento di stretta illegalità esattamente come nel primo: non ci riferiamo qui a condotte la cui illiceità, anzitutto (ossia mediante la scelta che appartiene al primo dei tre gruppi individuati nelle premesse di questo lavoro), si determina sulla base di un bilanciamento tra i suoi effetti di restrizione della concorrenza e le efficienze che è in grado di produrre (come, ad esempio, avviene in base al test di "esenzione" di cui al par. 3 dell'art. 81 del Trattato CE). In effetti, anche i nudi cartelli (come tutte le altre condotte che il diritto antitrust tratta con una regola di stretta illegalità, le cosiddette "hard core restrictions") possono produrre, occasionalmente, incrementi di efficienza ⁽⁶⁾.

⁴ Al contrario delle efficienze prodotte dalle pratiche considerate nel testo al par. successivo (contesto 2) questo tipo di vantaggi, quelli della "quiet life" goduta dal monopolista (qui dai membri del cartello) non è incluso nei modelli statici su cui l'analisi di deterrenza ottima si basa.

⁵ Si veda, ad es., R. POSNER, *Antitrust Law* (2^a ed.), 2001, p. 267: "To impose a violator a cost (...) equal to the cost that his violation imposed on society (...) is a criterion of efficiency and hence an especially appropriate one to use in designing remedies for antitrust violations". Per un'illustrazione dettagliata v. W.M. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 *U. Chi. L. Rev.*, 652 (1983).

⁶ Sui cartelli efficienti e relativi appropriati rimedi si veda R. POSNER, *op. cit.*, p. 267.

In questo secondo contesto l'obiettivo è dunque determinare la misura della sanzione in modo che l'agente, nel caso in cui le efficienze siano significative, attui comunque la condotta, anche dopo aver pagato la sanzione.

La regola è dunque che i Danni debbano essere uguali (ma non superiori) alla Perdita Sociale Totale, dove la Perdita Sociale Totale è formata dal sovrapprofitto di monopolio, la c.d. perdita allocativa secca da sostituzione inefficiente (deadweight loss o DWL) e tutte le altre perdite (tutti i costi dei terzi) ⁽⁷⁾:

$$Danni = (Sovrapprofitto + DWL [+ altre perdite^{(8)}]) = Perdita Sociale Totale (*1/p)$$

Quando i risparmi di costo prodotti dalle efficienze sono superiori alla DWL, una volta pagati i Danni l'agente rimarrà ancora con un beneficio netto: anche quando il sovrapprofitto di monopolio sarà completamente compensato (essendo incluso nel risarcimento pagato), il Guadagno consisterà nell'avanzo tra le efficienze prodotte e la DWL. E se le efficienze più che compensano le perdite sociali, la società ha un beneficio netto.

Se i Danni fossero equivalenti soltanto al sovrapprofitto di monopolio, la violazione verrebbe posta in essere (l'agente guadagna dalle efficienze) quando vi è, ancora, una perdita sociale netta (riveniente dalla sostituzione inefficiente) ⁽⁸⁾.

⁷ La proposizione è così espressa da W.M. LANDES, *op. cit.*, p. 656: "The rule for determining the optimal fine or damage award is simple to state: the fine should equal the net harm to persons other than the offender".

⁸ Tra i costi dei terzi da considerare ve ne sono alcuni, come ad es i costi della lite ed altri costi di enforcement che rappresentano in effetti una perdita allocativa secca e possono essere inclusi in questa nozione (la loro esistenza fa aumentare l'entità della DWL rispetto al caso che essa sia determinata soltanto dalla sostituzione inefficiente dei prodotti da parte dei consumatori non più in grado di acquistare il prodotto che rappresenta la loro prima scelta). Altri costi di terzi di diverso tipo, da includere ai fini dell'analisi di deterrenza, sono quelli derivanti dagli investimenti dei concorrenti quando essi sono illegittimamente esclusi dal mercato (cfr. H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 651, ed anche ID., *Antitrust Protected Classes*, 8 *Mich. L. Rev.* (1989), 1, in part. a p. 17 ss. ove l'autore afferma che quest'ultimo tipo di costi, particolarmente rilevanti, causano una sistematica sottostima del costo sociale delle violazioni, e conseguentemente effetti di underdeterrence). La nozione di Perdita Sociale Totale intende dunque includere i costi di tutte le parti diverse dall'agente).

⁹ Questa è poi la ragione per cui la sanzione non deve essere *inferiore* alla somma del sovrapprofitto e della DWL: quando vi sono efficienze prodotte da un cartello o da altre condotte illecite, queste stesse efficienze possono rendere profittevole la violazione anche se sono inferiori alla DWL cioè alle perdite sociali (in altri termini, se esse sono, non importa quanto piccole ma, inferiori alla DWL, esse andranno sempre a beneficio dell'agente che abbia pur pagato dei Danni di un'entità equivalente al sovrapprofitto soltanto). Ma se i Danni non incorporano l'entità della

Al contrario, quando i Danni sono superiori alla Perdita Sociale Totale, in caso di efficienze una condotta socialmente desiderabile (in questa prospettiva) sarebbe scoraggiata.

Consideriamo ora in via esemplificativa due tipi diversi di intese: di blocco dell'innovazione, e di discriminazione di prezzo.

Quando gli agenti colludono per ritardare l'introduzione di un processo o di un prodotto innovativo sul mercato (ad esempio, per riuscire a commercializzare fino ad esaurimento linee di prodotto esistenti ma inferiori) ⁽¹⁰⁾ sorge una serie di costi privati, di un tipo assai difficile da misurare; ma si tratta di costi certi, diffusi e di entità significativa: sono i benefici perduti in termini di miglior qualità, sicurezza, protezione ambientale, e così via, che il nuovo prodotto o il nuovo processo avrebbero arrecato. Ciò significa che i Danni sono inferiori alla Perdita Sociale Totale: una situazione che produce underdeterrence.

Se invece lo scopo della collusione è effettuare discriminazioni di prezzo tra acquirenti, i Danni risarcibili saranno equivalenti all'incremento di prezzo subito da alcuni degli acquirenti e la Perdita Sociale Totale sarà formata dagli incrementi di prezzo aggregati (più la DWL da sostituzione inefficiente) *meno* le diminuzioni di prezzo aggregate che scaturiscono dalla discriminazione (coloro che pagano meno di prima lucrano la

DWL l'agente avrà motivo di porre in essere la violazione pur risarcendo il sovrapprezzo e si avrà così una pratica socialmente indesiderabile non sufficientemente scoraggiata. Nota H.HOVENKAMP, *Antitrust Protected Classes*, cit., p. 30 s., che l'inclusione della perdita da inefficiente sostituzione nei Danni risarcibili si scontra con l'ostacolo rappresentato dal fatto che si tratta di un costo sopportato da soggetti che non sono i diretti acquirenti del prodotto oggetto della pratica illecita (si tratta dei consumatori che non acquistano più il prodotto monopolizzato a seguito dell'incremento del suo prezzo, e rivolgendosi ad un prodotto sostituito per definizione inferiore – non l'avrebbero acquistato in assenza della pratica monopolistica – subiscono una diminuzione del proprio consumer surplus), e che pertanto possono incontrare problemi di legittimazione all'azione di risarcimento.

¹⁰ Il tema, con analogo esempio, è sollevato da M. MAUGERI, *Private enforcement e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, Roma, 17 maggio 2007, p. 9. Al tema del blocco dell'innovazione è dedicato il simposio pubblicato in 66 *Antitrust L.J.* 415 (1998), dal titolo *Antitrust and the Suppression of Technology in the United States and Europe: Is there a remedy?*, tra i cui contributi si segnala in particolare J.J. FLYNN, *Antitrust Policy, Innovation Efficiencies, and the Suppression of Technology*, ivi a p. 487 ss. E v. F. SCHERER, *Economia industriale*, trad. it., Milano, 1985, p. 470, che cita lo studio di L. WHITE, *The Automobile Industry Since 1945*, Cambridge Mass., 1975 in relazione al comportamento delle grandi imprese automobilistiche americane rispetto all'introduzione delle utilitarie, ritardata per permettere un incremento della domanda tale da corrispondere alla produzione di tutte le imprese presenti, per evitare asimmetrie nei profitti e nelle quote di mercato. F. SCHERER, *op. cit.*, p. 478 ss., cita inoltre ulteriori studi empirici di settore dai quali risulta un rallentamento del tasso d'innovazione dovuto al coordinamento realizzato dalle maggiori imprese concorrenti nel settore.

differenza). Qui i Danni sono allora superiori alla Perdita Sociale Totale e si determina una situazione di overdeterrence.

La situazione illustrata nell'ultimo esempio potrebbe poi risultare di rilevanza generale alla luce della posizione che la Corte di Giustizia mostra di avere assunto in tema di legittimazione all'azione risarcitoria da violazione antitrust (i casi *Courage* e *Manfredi*, dove "chiunque" è la parola usata per indicare i legittimati) ⁽¹¹⁾.

In un sistema in cui la legittimazione fosse concepita in termini particolarmente ampi, molte situazioni di questo tipo, oltre alla discriminazione di prezzo (con la sua intrinseca dualità tra clienti favoriti e clienti danneggiati), possono essere immaginate. Se, per esempio, i dipendenti dovessero vedersi riconosciuti legittimati all'azione, coloro che perdessero il posto di lavoro in conseguenza di una pratica di predazione abusiva, che determini la liquidazione o il fallimento del loro datore di lavoro (l'impresa preda, esclusa dal mercato) potrebbero citare il predatore per danni, consistenti nei salari perduti; ma questi costi (e forse tutti i costi dei terzi, l'intera Perdita Sociale Totale) potrebbero essere più che compensati dai danni evitati ai dipendenti *del predatore*: coloro che sarebbero stati licenziati in assenza della pratica predatoria, per effetto della (insostenibile) pressione competitiva che il predatore subirebbe dai suoi rivali esclusi, se fossero ancora presenti sul mercato.

7.- I Danni e la gravità dell'infrazione

Infine, in un terzo contesto l'analisi di deterrenza ottima fornisce l'indicazione che la misura delle sanzioni debba essere determinata così da non scoraggiare l'intrapresa di azioni legali efficienti che sono tuttavia simili alle azioni illegali da sanzionare.

Qui l'obiettivo è completamente differente dai precedenti, in quanto la condotta illegale non riesce ad essere definita con precisione: l'opposto dei cartelli e delle hard core restrictions (sia che i cartelli producano sia che non producano, alle volte, efficienze compensanti, esiste una ragionevole certezza che essi normalmente non lo facciano e per questo sono soggetti ad un regime di illegalità *per se*).

Quando non è possibile fare affidamento su definizioni precise, com'è il caso per molte violazioni antitrust, s'impone di considerare la deterrenza marginale.

¹¹ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, in *Racc.*, 2001, I, p. 6297 e 13 luglio 2006, in cause riunite da C-295/04 a C-298/04 *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni, et al.*, in *Racc.*, 2006, I, p. 6619. Sul punto v. anche M. MAUGERI, *op. cit.*, in part. a p. 6.

L'analisi di deterrenza marginale invoca sanzioni che possano essere finemente graduate. S'immagini ad esempio che la sanzione comminata per le molestie sessuali sia innalzata allo stesso livello di quella prevista per lo stupro: in questo ipotetico ordinamento si manifesterebbe non soltanto un probabile incremento dei reati del secondo, più grave tipo, ma anche una diminuzione di una serie di attività certamente lecite e benefiche come gli inviti a cena, l'invio di omaggi floreali, e così via.

In questa prospettiva la regola che indica l'analisi economica della deterrenza è allora di graduare le sanzioni in funzione della gravità dell'offesa, così che le condotte legali ed efficienti (nell'esempio: gli atti di corteggiamento) ma difficilmente distinguibili da quelle illecite (poiché nel contesto del primo gruppo di scelte, quelle attinenti alla definizione dei comportamenti illeciti, non è stato possibile – o si è scelto di non – individuare l'oggetto del divieto in base a definizioni precise) non siano inutilmente disincentivate.

Venendo al profilo di disallineamento con i Danni anche in questo contesto, l'Azione Privata non riesce a rispettare questa prescrizione perché produce sanzioni non graduabili: i Danni sono sanzioni del tipo “on/off”, nel senso che una volta che l'illiceità della condotta è accertata (e così la responsabilità dell'agente), i danni debbono essere risarciti nella loro interezza ⁽¹²⁾.

Un esempio che bene illustra la questione è il trattamento antitrust degli sconti. Gli sconti sono la tipica pratica che si situa molto vicina ad una serie di condotte legali ed efficienti. Anche le concezioni più severe, quelle più inclini a sottoporre a divieto, a certe condizioni, i ribassi di prezzo, ammettono pacificamente che esistono sconti che meritano di essere incoraggiati, in quanto riconosciuti efficienti.

Un recente caso americano mostra in proposito come la prospettiva di una condanna al risarcimento dei Danni possa produrre livelli molto alti, e probabilmente sproporzionati, di deterrenza. Si tratta di un'azione risarcitoria promossa da alcune farmacie (nel contesto di una class action che ne includeva decine di migliaia) che sostenevano che le imprese

¹² I Danni possono essere una sanzione migliore di una multa ad importo fisso; come nota H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 644, in un cartello di prezzo (e in presenza della regola di danno triplo) gli agenti sono scoraggiati dal fissare un più consistente incremento di prezzo, così rendendo la collusione più visibile, in confronto alla strategia di fissare un sovrapprezzo modesto ma godendo di una bassa probabilità di essere scoperti e sanzionati. Se, però, i cartellisti rischiassero di essere sanzionati con una multa ad importo fisso, essi preferirebbero piuttosto fissare un alto sovrapprezzo: aumenterebbe così solo un rischio (quello di essere scoperti) e non due (essere scoperti e pagare una sanzione – in termini di danni da risarcire – più elevata). Nel testo tuttavia facciamo riferimento alla possibilità che esiste nel nostro ordinamento e in quello comunitario di fissare sanzioni amministrative in importi altamente variabili.

farmaceutiche avevano cospirato nel negare loro gli sconti che invece concedevano, per i medesimi farmaci, agli ospedali ed altre grandi organizzazioni sanitarie ⁽¹³⁾.

I Danni risarcibili erano rappresentati dall'importo degli sconti negati moltiplicato per le quantità acquistate: un ammontare estremamente elevato con alto potenziale deterrente. Sebbene sia possibile immaginare che, data la natura della violazione, ci fosse ampio spazio per una difesa efficace, la grandezza del rischio creato dall'ammontare del risarcimento potenziale risultò sufficiente incentivo per accettare una transazione da parte delle imprese farmaceutiche. L'accordo fu raggiunto per 408 milioni di dollari: un importo che si fatica a commisurare alle ben inferiori sanzioni amministrative che negli ordinamenti europei, sarebbero state irrogate a fronte di una violazione di questa natura, da Autorità antitrust dotate del potere di graduare le sanzioni in funzione della gravità dell'illecito ⁽¹⁴⁾.

8.- Il coordinamento di private e public enforcement

I fallimenti dell'Azione Privata in rapporto alle prescrizioni del modello di deterrenza ottimale che abbiamo illustrato possono suggerire, come si è notato, diversi tipi di interventi correttivi. Un primo intervento consisterebbe nell'agire sulle regole che riguardano il risarcimento del danno (le regole di legittimazione, di prova, di quantificazione, quelle attinenti al nesso di causa, e così via) in funzione dell'obiettivo di ottenere misure di sanzioni vicine all'ottimo di deterrenza. Si è anche notato che questo tipo di intervento s'informerebbe ad una scelta effettuata al secondo dei tre livelli considerati, quello della gestione del rischio, così superando il tradizionale orientamento delle regole risarcitorie alla funzione, che sta sul livello tre della gestione delle conseguenze (*supra*, par. 1) della compensazione delle vittime.

Se più realisticamente si assume che le regole sul risarcimento del danno continuino ad essere informate agli obiettivi che operano sul livello tre della gestione delle conseguenze, i fallimenti sopra analizzati possono suggerire un secondo tipo di intervento, che agisca a livello dell'interazione tra Azione Pubblica e Azione Privata.

¹³ *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation* (N.D. III. June 21, 1996), 7 *Trade Reg. Rep. (CCH)* P71, 449. Un'illustrazione del caso e dei termini della transazione in S. CALKINS, *An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions*, 39 *Ariz. L. Rev.*, 413 (1997).

¹⁴ Da ultimo v. gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 della Commissione (2006/C 210/02)* in *G.U.C.E.*, 2006, C210/2.

Quest'ultima possibilità è poi suggerita dal Green Paper della Commissione, che nell'invocare la necessità di promuovere l'Azione Privata per le violazioni antitrust, e nell'analizzare le varie circostanze che ne hanno sin qui frenato lo sviluppo, insieme ai possibili rimedi che si prospettano per invertire la tendenza, contiene l'enunciazione di una posizione che concepisce l'Azione Privata e l'Azione Pubblica come strumenti *complementari* di enforcement che si pongono tra loro, in rapporto alla funzione di deterrenza, in una relazione lineare. Noi pensiamo che questa concezione, che non tiene conto dei fallimenti dell'Azione Privata che abbiamo poc'anzi illustrato, non sia corretta nell'impostazione. Mentre è opportuno ed anzi necessario riflettere sulle interazioni tra private e public enforcement in connessione con il progetto di interventi di rafforzamento e promozione dell'Azione Privata di cui il Green Paper è espressione, crediamo che il modo come i due meccanismi di attivazione interagiscono tra loro debba essere più attentamente valutato.

L'assunto di fondo da cui muove l'iniziativa della Commissione è che l'enforcement antitrust debba essere decentralizzato ⁽¹⁵⁾. In linea con una più ampia linea di riforma, riforma che ha nella Modernizzazione (Reg. 1/2003) un passo fondamentale, l'ulteriore distribuzione dell'onere dell'applicazione dei divieti antimonopolistici sui privati cittadini svolge la funzione di liberare le risorse scarse della Commissione affinché il loro utilizzo possa concentrarsi su compiti più limitati ma più importanti in base alla graduatoria di priorità della sua politica di intervento. Se così è, poiché l'Azione Pubblica ha soltanto funzione deterrente e non certo compensatoria, l'impostazione riflessa nel Green Paper finisce per assumere che l'Azione Privata, rimossi gli attuali ostacoli alla sua diffusione, possa, in certi contesti, *sostituire*, almeno parzialmente, l'Azione Pubblica nella produzione di deterrenza. A questa idea sembra affiancarsi una concezione di un rapporto lineare tra le misure di deterrenza che l'uno e l'altro meccanismo applicativo possono produrre:

¹⁵ Il Libro Verde prende in considerazione la funzione di compensazione come la funzione di deterrenza dell'azione risarcitoria. Sia la prima ("it is desirable that victims of competition law violations are able to recover damages for loss suffered, if competition law is to better reach consumers and undertakings and enhance their access to forms of legal action to protect their rights", Staff Working Paper, par. 4), sia la seconda ("Enhanced private enforcement will (...) increase the incentives of companies to comply with the law, thus helping ensure that markets remain open and competitive", *ibid.*, par. 5) sono dichiarate funzioni rilevanti dell'azione risarcitoria. La Commissione tuttavia non prende posizione su quale delle due funzioni debba prevalere, né su come le loro interazioni debbano essere gestite.

incrementata l’Azione Privata di una unità, si può (si deve, se si risiede già sulla frontiera dell’ottimo) ridurre di una unità la quantità di Azione Pubblica.

Crediamo invece che la complementarità dell’Azione Privata con quella Pubblica risieda nel fatto che esse producono diverse *qualità* di deterrenza. Ne deriva che la loro compresenza debba essere studiata non in rapporto alla possibilità che l’una si sostituisca all’altra (e così acriticamente, come sembra fare il Libro Verde, assumendo che interventi volti a rafforzare e diffondere le azioni di risarcimento dei privati possano consentire un minor impegno dell’Azione Pubblica), ma in rapporto al rischio che la loro congiunta disponibilità e attivazione produca di volta in volta misure insufficienti o eccessive di deterrenza.

Si profila allora l’opportunità di uno studio delle conseguenze dell’interazione tra Public e Private enforcement in relazione alla produzione di deterrenza. Su questo piano in effetti il Libro Verde manca di prendere posizione, se non in quanto si preoccupa di difendere l’efficacia dei programmi di clemenza, con esenzioni volte a proteggere il denunciante dalle azioni risarcitorie ⁽¹⁶⁾. Anche in questo caso peraltro la Commissione esprime, indirettamente, soltanto la preoccupazione di un calo del livello di deterrenza. Mentre gli effetti dell’azione di Danni possono condurre anche a fenomeni di overdeterrence: come si è illustrato la possibilità che si abbia sovra- o sotto-deterrenza dipende dalla fattispecie che di volta in volta si ha di fronte, dal soggetto che intraprende l’azione, dalle specifiche difficoltà di prova in rapporto al peso di certe voci di danno, e così via.

¹⁶ Staff Working Paper, par. 224 ss., in part. al par. 231. Sul tema della interazione tra public e private enforcement sono state formulate alcune proposte di coordinamento. D. ROSENBERG – J.P. SULLIVAN, *Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law*, Harvard Discussion Paper n. 523, 8/2005, <http://ssrn.com/abstract=795524>, propongono ad es. di mettere all’asta il diritto di promuovere una class action, per aggiudicarla al migliore offerente tra i privati e l’autorità pubblica di enforcement. Un’idea simile (in un contesto diverso ed espressa in termini molto più generali) è in R. POSNER, *op. cit.*, p. 276, che suggerisce che un diritto di prelazione sulle azioni di danni sia assegnato alle autorità amministrative. J. RÜGGERBERG – M.P. SCHINKEL, *Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in line with Efficient Private Enforcement*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2006-04, <http://ssrn.com/paper=903282>, suggeriscono invece di concentrare nelle mani dell’Autorità amministrativa la fase di quantificazione del danno risarcibile, in modo che sia poi possibile alle singole vittime fruirne, pro-quota, nell’ambito di singole – meno costose – domande di condanna. Dubbi potrebbero forse essere avanzati sulla fattibilità e la parzialità di queste soluzioni. Qui intendiamo sottolineare che nel testo proponiamo, diversamente, delle motivazioni per impostare la questione dell’interazione tra le due Azioni nei termini di una subordinazione operativa dell’Azione Pubblica all’Azione Privata.

Si è detto subito che le funzioni compensatoria e deterrente operano su piani diversi; e che pertanto esiste la possibilità che, su ciascuno di questi piani, il regolatore faccia scelte che privilegino ora l'una, ora l'altra funzione: questa possibilità deve tuttavia fare i conti con le interazioni che certamente si verificano tra i diversi piani, così che si possano disporre le opportune compensazioni dati le finalità e le priorità prescelte. Date queste premesse, se diamo per assunto che le caratteristiche principali dell'azione risarcitoria e la sua prevalente funzione compensatoria rimangano invariate, sul piano della gestione del rischio rimane possibile tentare di ottimizzare il livello complessivo di deterrenza modificando il livello di attività applicativa rimesso all'Azione Pubblica. Oppure, possiamo ipotizzare che le caratteristiche dell'azione risarcitoria vengano modificate, ciò che in effetti si profila in base al Libro Verde, e considerare gli effetti delle modifiche sul piano della gestione del rischio; di qui poi individuare ulteriori possibili interventi sul piano dell'Azione Pubblica, sempre in vista del mantenimento di un livello ottimale di deterrenza, date certe priorità.

Un esempio che ci pare significativo è rappresentato dalla progettata introduzione di forme di azione collettiva, più o meno simili alla class action americana ma comunque in grado di produrre un drastico incremento delle azioni di risarcimento dei privati, per la loro idoneità a rimuovere il problema – cruciale – della sottoincentivazione delle azioni singole in rapporto alla sproporzione tra ricavi attesi e costi giudiziali. Qui assumiamo che l'effetto dell'introduzione di un simile strumento sia, in ogni caso, provocare precisamente un improvviso e cospicuo aumento delle azioni di Danni, per numero e per valore complessivo delle domande: un effetto che, sul piano della gestione del rischio, comporterebbe sicuramente un incremento del livello aggregato di deterrenza.

Richiamando l'illustrazione dei tre profili di disallineamento, l'azione di Danni conduce in via prevalente ad overdeterrence nel contesto 3. Mentre allora nei primi due la quantità di deterrenza prodotta dall'Azione Privata, insufficiente rispetto all'ottimo, può sempre essere compensata da appropriati aggiustamenti dell'Azione Pubblica, in presenza di overdeterrence nessuna correzione è più possibile. Entro questo ambito, la class action si dimostra strumento appropriato per le fattispecie descritte nei contesti 1 e 2, e sconsigliabile per quelle in rapporto alle quali la considerazione della deterrenza marginale diventa preponderante. In prima approssimazione si profila l'opportunità di un uso selettivo della class action: concessa per i cartelli (e magari le altre pratiche soggette ad un divieto per se) e preclusa per le pratiche la cui illiceità si determina in base ad un

test più complesso (rule of reason o test di esenzione in base al par. 3 dell'art. 81, o bilanciamento di restrizioni ed efficienze che dir si voglia).

Operando queste scelte il regolatore avrebbe considerato in via preponderante il livello 2 della gestione del rischio, scendendo a compromessi sul piano della gestione delle conseguenze (livello 3): non tutte le vittime delle violazioni antitrust sarebbero in questa prospettiva trattate allo stesso modo essendo riservata solo ad alcune la possibilità di avvalersi di un così potente strumento come l'azione collettiva.

Di fronte ad un regolatore che invece scegliesse di trattare allo stesso modo tutte le vittime, offrendo indistintamente lo strumento dell'azione collettiva, l'Azione Pubblica dovrebbe essere rimodellata (sul distinto piano della gestione del rischio) in modo da evitare il più possibile (anche attraverso un'attività di monitoraggio della proposizione e degli esiti delle azioni di Danni) di intervenire nei settori in cui maggiore sia il rischio di overdeterrence.

In entrambi i casi appare evidente che il coordinamento dev'essere ispirato, quale che sia la scelta del regolatore su ciascuno dei tre piani considerati, ad un aggiustamento dell'Azione Pubblica in funzione delle scelte operate rispetto alle caratteristiche dell'Azione Privata. Intanto, il perseguimento dell'obiettivo della compensazione delle vittime può solo essere raggiunto per tramite delle azioni di Danni. Se si ritiene che questo sia un obiettivo imprescindibile – come sembra fare la Commissione nel Libro Verde – dati certi effetti sul diverso piano della gestione del rischio del potenziamento delle capacità compensatorie, l'Azione Pubblica non può che adattarsi rimodellando la propria politica di intervento. Quand'anche poi il regolatore effettuasse delle compensazioni tra i due obiettivi, orientando l'intervento di potenziamento dell'azione di danni anche in funzione degli effetti di deterrenza (come nell'ipotesi di un uso selettivo della class action), l'Azione Pubblica sarebbe sempre in grado di ulteriormente adattare il livello aggregato di attività di enforcement dosandolo in funzione delle diverse necessità che la rimodellata Azione Privata avrebbe determinato nei diversi contesti.