

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Il ruolo dell'analisi economica nella valutazione degli effetti di condotte anticoncorrenziali e nella quantificazione del danno *antitrust*

Sommario: I. DANNO RISARCIBILE E SOGGETTI DANNEGGIATI NELLE FATTISPECIE *ANTITRUST*. – II. LA DEFINIZIONE DELLO SCENARIO “CONTROFATTUALE” E IL RUOLO DELL’ANALISI ECONOMICA. – III. BREVE RASSEGNA DEI METODI PIÙ COMUNEMENTE UTILIZZATI PER L’ANALISI DEGLI EFFETTI DI CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI. – IV. DAGLI “EFFETTI” DELLA CONDOTTA ALLA DETERMINAZIONE DEL DANNO. – V. CRITERI DI ORIENTAMENTO PER LA VALUTAZIONE DELLE EVIDENZE ACQUISITE.

I. DANNO RISARCIBILE E SOGGETTI DANNEGGIATI NELLE FATTISPECIE *ANTITRUST*

Dell'illecito *antitrust* si dice correntemente che sia un illecito plurioffensivo.

Le conseguenze pregiudizievoli della condotta anticoncorrenziale, in effetti, sono suscettibili di proiettarsi nella sfera patrimoniale di una pluralità di soggetti, situati a diversi livelli della catena produttiva e distributiva e, allo stesso tempo, di sostanzarsi in danni di diversa natura a carico dello stesso o di diversi operatori, dovendosi ormai pacificamente ricomprendere in tale novero anche il consumatore finale¹.

Usando le categorie tradizionali della responsabilità civile, alla vittima dell'illecito *antitrust* si riconosce il diritto di agire per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale che sia conseguenza immediata e diretta dell'evento, nelle sue componenti tradizionali del danno emergente e del lucro cessante.

Peraltro, muovendo da una nozione di patrimonio individuale inteso non come somma aritmetica di valori, bensì quale entità dinamica strutturalmente unitaria, in virtù dei collegamenti funzionali che intercorrono tra i diversi beni ed utilità che lo compongono, l'interprete è chiamato a considerare il complessivo impatto prodotto dall'evento lesivo sul patrimonio della vittima, definendo e quantificando in denaro – nel caso di risarcimento per equivalente – la perdita o la mancata acquisizione di beni o utilità verificate per effetto dell'illecito.

Da tale ricostruzione discende, in primo luogo, una conferma della notazione secondo la quale la bipartizione tra lucro cessante e danno emergente ha valenza meramente descrittiva e non ontologica. Conferma tanto più evidente ove si tratti di definire il pregiudizio arrecato ad un complesso di beni ed utilità organizzati per l'esercizio di un'attività di impresa, atteso che il “valore” degli *asset* è normalmente funzione della loro idoneità ad essere utilizzati per produrre nuove utilità.

Nel caso del danno da illecito *antitrust*, potranno ragionevolmente classificarsi come danno emergente le spese sostenute dall'attore per reagire alla condotta anticoncorrenziale, nonché – a condizione che si ritenga di ravvisare il nesso di causalità – il complesso dei costi sostenuti per l'accertamento dell'illecito. Per contro, non altrettanto pacifica potrebbe essere, ad esempio, la qualificazione del danno da inutilizzabilità degli investimenti specifici effettuati (c.d. *sunk costs*), la cui perdita di valore è strettamente connessa con la ridotta o annullata capacità di produrre i profitti programmati.

Dalle osservazioni che precedono emerge la centralità dell'indagine sul nesso di causalità quale criterio ineludibile, nel quadro di una nozione esclusivamente compensativa della responsabilità civile, al fine di ritagliare quelle – e solo quelle – tra le perdite e mancate acquisizioni di beni o utilità, che siano eziologicamente riconducibili all'evento dannoso, quale che sia la sfera giuridico-patrimoniale nella quale esse si sono prodotte.

In altri termini, una corretta ricostruzione del nesso di causalità è funzionale sia ad una puntuale definizione dell'area del danno risarcibile (neutralizzando i rischi di sotto o sovra-compensazione, ovvero di duplicazione di risarcimenti), sia alla corretta collocazione del danno in capo al soggetto in cui effettivamente esso si è radicato, vuoi per esservi originaria-

¹ Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207.

mente prodotto, vuoi per effetto di successiva traslazione nell'ambito delle dinamiche del mercato.

Come detto, la prova del nesso di causalità grava sull'attore, il quale può incontrare rilevanti difficoltà connesse con la natura spesso prognostica delle valutazioni e l'alto tecnicismo della materia, aggravate dall'asimmetria informativa normalmente esistente tra l'attore e il convenuto. Per l'assolvimento di tali oneri processuali, le tecniche di analisi economica rappresentano uno strumento di indubbia utilità. La loro applicazione, peraltro, presuppone *iter* logici e valutazioni differenziati a seconda del tipo di illecito *antitrust* che si assuma a riferimento, rilevando in questa ottica, non tanto la classificazione legislativa, quanto la distinzione, fondata sugli effetti prodotti sul mercato, tra pratiche di sfruttamento e pratiche escludenti.

Pratiche di sfruttamento. – Nei casi in cui un illecito *antitrust* – sia esso riconducibile al novero delle intese ovvero degli abusi di sfruttamento – abbia determinato un prezzo sovraconcorrenziale ovvero una riduzione dell'*output*, si produce un trasferimento di ricchezza a favore dell'autore o degli autori dell'illecito, a carico di altri soggetti del mercato, per lo più situati a valle nella catena produttiva/distributiva.

Il sovrapprezzo anticompetitivo pagato da questi ultimi – nei limiti in cui non venga traslato ad altri soggetti – costituisce un pregiudizio di natura patrimoniale che, in presenza degli ulteriori presupposti della responsabilità extracontrattuale, può essere oggetto di una domanda risarcitoria. Emblematica, in tal senso, appare la nota vicenda delle azioni intentate dai consumatori nei confronti delle imprese assicurative sanzionate dall'Agcm².

L'analisi economica si rivela in questi casi un supporto fondamentale per individuare e definire l'area del pregiudizio giu-

ridicamente rilevante e per raggiungere la prova dell'*an* del danno o per individuare elementi su cui fondare un accertamento presuntivo. Analogamente, in sede di quantificazione, le evidenze economiche possono efficacemente svolgere il ruolo di elementi di fatto da assumere a fondamento di una valutazione equitativa.

Il problema della individuazione e quantificazione del danno da sovrapprezzo anticoncorrenziale presenta profili di particolare complessità nei casi – non infrequenti – in cui esso venga traslato dalla prima vittima (acquirente diretto) ai propri clienti (acquirenti indiretti), mediante aumenti di prezzo suscettibili a loro volta di riversare i propri effetti lungo tutta la catena produttiva/distributiva, fino al cliente finale.

La traslazione del danno *antitrust* (fenomeno di c.d. *passing on*) è stata indirettamente presa in considerazione dal Libro Bianco della Commissione il quale, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha riaffermato «l'importanza del principio compensativo e del presupposto che il risarcimento deve poter essere concesso a chiunque abbia subito un danno e possa dimostrare un sufficiente nesso causale con l'infrazione»³, con ciò attribuendo rilievo, ai fini della legittimazione attiva, al c.d. *passing on* offensivo.

Allo stesso tempo, la Commissione ha anche ammesso il *passing on* difensivo, in capo agli autori dell'infrazione, atteso che «rifiutare questo argomento di difesa determinerebbe un arricchimento senza causa da parte degli acquirenti che hanno trasferito il sovrapprezzo e un'indebita compensazione multipla per il sovrapprezzo illegale da parte del convenuto»⁴.

In definitiva, l'inquadramento della materia proposto a livello comunitario risulta perfettamente in linea con la richiamata tradizione giuridica nazionale in punto di funzione compensativa della responsabilità civile⁵. Vi sono, per contro,

² Cfr. AGCM, Prov. n. 8546/2000, in *Boll.* 14 agosto 2000, n. 30. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass., 10 maggio 2011, n. 10211.

³ Cfr. Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 2 aprile 2008, COM(2008) 165 def.

⁴ Cfr. *Libro Bianco*, cit.

⁵ Cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, secondo la quale dalla natura compensativa dell'azione risarcitoria discende l'esclusione della legittimazione attiva sostanziale in capo al soggetto che abbia concorso a traslare il danno ai consumatori finali.

significative distanze rispetto alla posizione assunta sul punto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, da un lato, ha escluso che l'autore dell'illecito possa eccepire il *passing on* per ridurre o escludere l'obbligazione risarcitoria⁶ e, dall'altro lato, ha negato la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti, essenzialmente sulla base della duplice motivazione che gli acquirenti diretti sono coloro che ricevono il maggior danno dall'illecito *antitrust*, nonché coloro che si trovano nella posizione più vantaggiosa per agire giudizialmente⁷.

Ciò posto, la maggiore complessità dell'analisi in caso di *passing on* può essere legata alle specifiche modalità con le quali la traslazione è stata effettuata nel caso concreto, soprattutto in ragione del fatto che raramente essa si presenta sotto forma di ricarico *tel quel* sul prezzo di rivendita e in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui la vittima dell'illecito *antitrust* riuscisse a traslare integralmente il sovrapprezzo, essa non verrebbe per ciò solo a compensare integralmente il danno. La traslazione, infatti, comportando un aumento del prezzo di rivendita, produce, a condizioni date, una contrazione dell'*output* del soggetto che la pone in essere.

A fini risarcitori, occorre pertanto considerare l'effetto complessivo della traslazione così come prodotti in concreto, muovendo dalle due ipotetiche situazioni estreme nelle quali la vittima non trasla affatto il sovrapprezzo, ovvero lo trasla integralmente. Nel primo caso si avrà una situazione nella quale la vittima dell'illecito assorbe completamente il sovrapprezzo, sotto forma di aggravio di costi, riportando un danno che, secondo la terminologia tradizionale, può definirsi come danno emergente. Nel caso di traslazione integrale, invece, il pregiudizio in questione sarà completamente trasferito a valle dalla (prima) vittima dell'illecito la quale, peraltro, riporterà un danno da perdita di possibilità di profitti derivante dalla riduzione dell'*output*. Tali essendo le situazioni estreme, il processo di individuazione e quantificazione dei danni ri-

sarcibili deve necessariamente prendere le mosse dalla determinazione del *quantum* di sovrapprezzo anticoncorrenziale che l'operatore, in concreto, è riuscito a traslare a valle.

Quanto al consumatore finale che abbia effettuato l'acquisto pagando un sovrapprezzo anticompetitivo e che intenda agire giudizialmente per richiedere la "restituzione" del *surplus*, non vi è dubbio che il tema da affrontare con gli strumenti dell'analisi economica sia pur sempre quello della determinazione del sovrapprezzo. In questa ottica, non sembra qui assumere alcuna specifica rilevanza il tema tecnico-giuridico degli strumenti concretamente azionabili, avuto riguardo, in particolare, all'ipotesi in cui il dante causa del consumatore non sia autore né partecipe dell'illecito *antitrust* e, pertanto, possa difettare il requisito dell'ingiustizia del danno ai fini dell'esperimento di un'azione risarcitoria nei suoi confronti.

Ciò posto, merita comunque evidenziare come il "danno" di tali soggetti sia un danno qualificabile, in ottica risarcitoria, come danno emergente, essendo per definizione esclusa la configurabilità di un lucro cessante per il consumatore finale.

Vi sarà, piuttosto, un insieme di consumatori potenziali che non hanno perfezionato l'acquisto in ragione del sovrapprezzo, per i quali, a tacere delle difficoltà di ordine probatorio circa il fatto negativo del mancato acquisto e circa il nesso causale, non sembra possa configurarsi un vero e proprio danno di natura patrimoniale.

Pratiche escludenti. – Le pratiche di questo tipo possono realizzarsi attraverso manovre sui prezzi (prezzi predatori, sconti fidelizzanti, *margin squeeze*, *price squeeze*) o per mezzo di condotte di natura diversa, quali accordi di esclusiva, ostacoli all'accesso a *essential facilities*, rifiuti a contrarre, *etc.*

In caso di condotta escludente i concorrenti (tutti o alcuni di essi), se la pratica sortisce effetti, subiscono un effetto negativo sull'*output* che può concretiz-

⁶ Cfr. sentenza *Hanover Shoe* (392 U.S. 481), del 1968.

⁷ Cfr. sentenza *Illinois Brick* (431 U.S. 720), del 1977.

zarsi tanto in una riduzione, quanto in un mancato incremento atteso delle quantità.

Posto che il pregiudizio di natura patrimoniale, in entrambi i casi, dovrà essere valutato in termini di differenza tra flussi di cassa attesi e flussi effettivi, il corretto inquadramento del nesso causale, da effettuarsi sulla base delle evidenze economiche, svolgerà anche in questo caso un ruolo decisivo al fine di circoscrivere l'area del danno risarcibile, espungendo in particolare gli eventuali mancati guadagni lamentati dalla parte che siano eziologicamente riconducibili a circostanze diverse dall'illecito *antitrust*.

In termini non dissimili, l'analisi economica dovrà guidare le valutazioni volte a ricostruire con precisione l'impatto dei mancati guadagni sulla valutazione degli *asset* della vittima dell'illecito, al fine di fugare il rischio che, sotto le forme apparentemente distinte del risarcimento del lucro cessante e del danno emergente, si finisca per compensare più pregiudizi patrimoniali aventi in realtà matrice unitaria.

Un problema peculiare riguarda poi le ipotesi, non infrequenti, in cui l'impresa vittima della pratica escludente viene espulsa dal mercato, presentandosi la necessità, in tali casi, di fare riferimento anche ad un orizzonte temporale (futuro) per la valutazione dei mancati profitti futuri.

Per contro, nessun particolare pregiudizio sembra possa derivare nel breve periodo ai consumatori per effetto delle condotte qui considerate. Gli acquirenti finali, infatti, specie nel caso di prezzi predatori, potrebbero addirittura trarre un vantaggio immediato dalla pratica anticoncorrenziale, salvo porsi in seguito, ove la strategia escludente abbia successo, un diverso problema di pratica di sfruttamento.

II. LA DEFINIZIONE DELLO SCENARIO "CONTROFATTUALE" E IL RUOLO DELL'ANALISI ECONOMICA

Il problema principale nella determinazione del danno da illecito *antitrust* consiste nel fatto che gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza non sono (direttamente) osserva-

bili. Il solo scenario osservabile è quello nel quale avviene (o che incorpora) la condotta. In altri termini, si può osservare soltanto ciò che è accaduto, ma non come sarebbe stata la realtà se tutto fosse rimasto identico, ma senza che la condotta "incriminata" avesse avuto luogo.

L'approccio più comunemente utilizzato per colmare questo *gap informativo* è quello di costruire uno scenario "controfattuale", con il quale comparare la realtà, la quale, per definizione, incorpora gli effetti della condotta. Ad esempio, nel caso di un cartello o di un abuso di sfruttamento economico lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima del prezzo che tenga conto di tutti i fattori che incidono sul prezzo stesso ad eccezione del cartello (o dell'abuso). Comparando il prezzo effettivo con quello dello scenario controfattuale si può ottenere una stima del cosiddetto sovrapprezzo da cartello (*cartel overcharge*), ovvero quanto hanno speso in più gli acquirenti del bene (sia imprese che consumatori finali) per via del cartello tra le imprese produttrici di quel determinato bene. Nel caso di un abuso escludente (prezzi predatori, *refusal to deal*, *tying & bundling* e altri), lo scenario controfattuale dovrà produrre una stima dei costi sostenuti e/o delle vendite che l'impresa esclusa avrebbe realizzato in assenza dell'abuso da parte dell'impresa dominante. Alla stessa stregua, comparando le vendite stimate dello scenario controfattuale con quelle effettivamente realizzate dall'impresa, è possibile ottenere una stima delle vendite non realizzate per via dell'esclusione.

La costruzione dello scenario controfattuale rappresenta dunque il momento centrale di qualsiasi esercizio volto a misurare l'effetto di un cambiamento del regime concorrenziale o, più in generale, di qualsiasi intervento di *policy*. Se, da una parte, il problema della ricerca del tassello mancante per la determinazione del danno è teoricamente ben definito, dall'altra, come debba essere effettivamente costruito lo scenario controfattuale è più controverso. Ciò perché, come vedremo nella sezione successiva, esistono una pluralità di metodi utili a tale fine, molto diversi da loro, che si basano su ipotesi

più o meno restrittive, che richiedono una quantità di dati e informazioni più o meno significativa e, soprattutto, che se applicati allo stesso problema possono dare risultati anche molto diversi tra loro. La sezione che segue tratterà, sebbene in maniera non esaustiva, le metodologie più comunemente utilizzate per la determinazione del danno. Si tratta, implicitamente, di approcci alternativi che mirano allo stesso obiettivo, ovvero alla costruzione dello scenario controfattuale.

III. BREVE RASSEGNA DEI METODI PIÙ COMUNEMENTE UTILIZZATI PER L'ANALISI DEGLI EFFETTI DI CONDOTTE ANTICONCORRENZIALI

Esiste un'ampia gamma di metodi e modelli per l'analisi degli effetti delle condotte anticoncorrenziali, con ciò intendendo sia le pratiche di sfruttamento che quelle escludenti. Tali metodi possono essere classificati in modi diversi, ma in realtà mirano tutti alla costruzione dello scenario controfattuale a ciò che viene osservato e che, per definizione, incorpora la condotta delle imprese. D'ora in avanti, si farà, pertanto, riferimento indistintamente alle condotte anticoncorrenziali essendo i metodi e i modelli non differenziati per fattispecie e utilizzabili sia per quantificare il sovrapprezzo dovuto alla pratica di sfruttamento sia le mancate vendite connesse alla condotta escludente. Inoltre, sempre per finalità espositive, alcuni metodi verranno descritti prendendo come riferimento il sovrapprezzo causato da un ipotetico cartello; ovviamente, per quanto detto sopra, nulla vieta di applicare le medesime tecniche per la quantificazione delle vendite che non si sono realizzate per via dell'esclusione dal mercato.

I metodi più comunemente utilizzati possono essere raggruppati nelle seguenti tre categorie: *i*) metodi che si basano su comparatori (o "*yardstick*"); *ii*) metodi di natura finanziaria e *iii*) metodi basati su modelli economici che descrivono il comportamento delle imprese.

i) I metodi basati su comparatori (*comparator*) utilizzano dati non influenzati dalla condotta della quale si vogliono

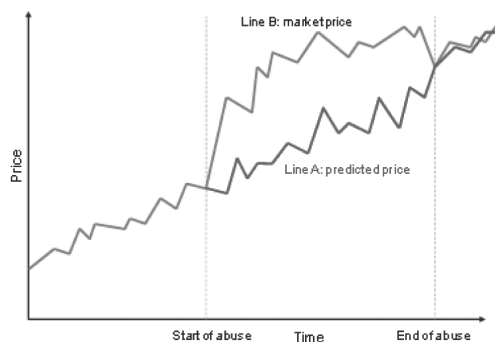
misurare gli effetti al fine di pervenire alla costruzione di uno scenario "controfattuale" (da comparare a quello fattuale che, per definizione, incorpora anche gli effetti della condotta). Tali dati possono riferirsi ad "altri mercati", a periodi temporali diversi da quelli nei quali si realizza l'*infringement*, oppure a mercati diversi sullo stesso arco temporale nel quale si verifica la condotta. La scelta di quale approccio utilizzare dipende essenzialmente dalla qualità e dalla quantità dei dati e delle informazioni disponibili. Esempi di "altri" mercati possono essere sia mercati nazionali dello stesso bene ma in aree geografiche diverse da quelle in cui si realizza la condotta sia mercati esteri dello stesso bene. Perché i dati provenienti da altri mercati possano essere validamente utilizzati per la costruzione dello scenario controfattuale è necessario che in essi non operino le imprese che hanno posto in essere la condotta restrittiva né che in tali mercati siano presenti condotte simili poste in essere da imprese diverse. Ad esempio, se si volessero misurare gli effetti di un presunto cartello tra imprese attive solo in alcune province italiane, il prezzo dello scenario controfattuale potrà essere stimato calcolando una media (semplice o ponderata in maniera adeguata) dei prezzi del medesimo bene nelle rimanenti regioni d'Italia (o in mercati esteri non troppo "dissimili" dall'Italia). Qualora la numerosità degli "altri mercati" sia particolarmente elevata è opportuno costruire modelli empirici controfattuali che tengano conto anche di possibili differenze tra mercati (che incidono sul prezzo di equilibrio e quindi sugli effetti della condotta). Ad esempio, i "diversi" mercati potrebbero differenziarsi per via del numero di imprese in essi presenti. Dato che la struttura di mercato (numero di imprese) è una variabile concorrenziale che impatta sul prezzo finale, se nei mercati usati come comparatori il numero di imprese è diverso da quello nel mercato in cui avviene l'*infringement*, comparando i dati di prezzo dell'uno con quelli degli altri non si avrebbe una stima soltanto dell'effetto del cartello (la sola cosa che qui interessa) ma una stima degli effetti del cartello che incor-

pora anche le differenze di prezzo dovute a *differenze nella struttura del mercato*. L'utilizzo di modelli empirici opportunamente costruiti consente appunto di pervenire alla stima del prezzo nello scenario controfattuale "neutralizzando" tutte le differenze di prezzo tra mercati ad eccezione del cartello (che, si ricorda, è l'unico determinante del prezzo di cui si vogliono misurare gli effetti).

L'altra grande famiglia di metodi basati su comparatori è quella che utilizza dati provenienti dallo stesso mercato in cui avviene l'*infringement* ma in un diverso momento temporale (generalmente prima o dopo). Tali metodi si distinguono in due grandi categorie, quelli, più semplici, "a linea retta" e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, l'assunto di fondo è che lo scenario controfattuale alla condotta possa essere desunto da dati ed informazioni precedenti o successivi o durante l'attuazione della condotta. I metodi "a linea retta" sono dei metodi molto apprezzati soprattutto per la loro semplicità; tuttavia, come vedremo, il grado di imprecisione di questi metodi può essere notevole. I principali metodi a linea retta sono tre: "Before", "After" e "Before/After". Il metodo "Before" assume semplicemente che il prezzo nello scenario controfattuale sia quello immediatamente precedente l'inizio della condotta. "After" assume, invece, che il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza della condotta è quello immediatamente successivo alla fine della stessa. Il metodo "Before/After" assume, infine, che, i prezzi che sarebbe prevalsi in assenza del cartello sono quelli che si trovano lungo una retta che congiunge il prezzo immediatamente prima dell'inizio della condotta "Before" con quello immediatamente dopo "After". Il vantaggio principale del metodo "Before", che, come ricordato si basa su dati precartello, è quello di fornire un controfattuale non contaminato dagli effetti del cartello; può essere tuttavia difficile accertare il momento nel quale il cartello inizia a produrre effetti. Lo svantaggio principale del metodo "After" è che il cartello può continuare a produrre effetti anche dopo la fine "ufficiale" dello stesso;

ciò comporta che il controfattuale sia in qualche modo "inquinato" dagli effetti del cartello. Anche in questo caso, la disponibilità di dati di buona qualità può consentire lo svolgimento di esercizi di natura econometrica, che consentono di stimare il prezzo che sarebbe prevalso nel mercato in assenza del cartello in maniera più attendibile di quanto (non) facciano i metodi a linea retta. La figura che segue illustra precisamente questo. La linea B (*Line B*) mostra lo scenario fattuale, ovvero l'andamento del prezzo del bene oggetto del cartello prima, durante e dopo il cartello stesso; la linea A, che rappresenta lo scenario controfattuale, è quello che si può ottenere mediante l'utilizzo di metodi econometrici. La superiorità di tali metodi rispetto ai metodi a linea retta deriva essenzialmente dal fatto che i primi sono in grado di fornire una stima del prezzo nello scenario controfattuale che tiene conto anche del cambiamento intervenuto in altri fattori (che rilevano per il prezzo) ma indipendenti dal cartello. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato il cartello è cambiato anche il prezzo degli *input* del bene (per ragioni indipendenti dal cartello) utilizzando opportunamente i metodi econometrici sarà possibile produrre un controfattuale che tenga anche conto della variazione del prezzo dell'*input* intervenuta contemporaneamente al cartello, evitando, quindi, di imputare tutta la variazione di prezzo al cartello, sovra o sottostimandone gli effetti.

Esempio di applicazione dei metodi basati su serie storiche



Fonte: Figura riprodotta da Oxera (2009).

Laddove fossero disponibili, per gli anni nei quali ha operato il cartello, sia dati per il mercato nel quale avviene l'*infringement* sia dati per altri mercati dello stesso bene, si può adottare una tecnica, ancora più sofisticata, definita in gergo *difference-in-difference*. Tale tecnica consente di isolare abbastanza bene gli effetti del cartello sul prezzo da altri fattori come costi, domanda, fattori istituzionali che pure impattano sul prezzo ma non hanno niente a che vedere con il cartello. Supponiamo, ad esempio, che nel periodo del cartello il prezzo del bene sia aumentato del 20% e che il prezzo del principale *input* per produrre tale bene sia aumentato del 40%. Se l'incremento di prezzo del bene (20%) fosse interamente attribuito al cartello, con ogni probabilità gli effetti del cartello verrebbero sovrastimati perché non si terrebbe conto del fatto che anche i costi per le imprese sono aumentati. La porzione di aumento del prezzo dovuto al solo aumento dei costi può tuttavia essere misurata sulla base dell'incremento del prezzo medio sugli 'altri mercati', che per definizione non sono influenzati dal cartello. Sempre continuando con il nostro esempio, supponiamo che sullo stesso periodo di tempo del cartello il prezzo in tali mercati sia mediamente aumentato del 7%. L'effetto del cartello può essere quindi stimato sottraendo l'aumento dei prezzi dovuto al solo aumento dei costi (7%) all'aumento del prezzo di mercato del bene oggetto del cartello (20%), producendo, nel nostro esempio, una stima dell'effetto del cartello sul prezzo del bene pari al 13%. L'ipotesi alla base della metodologia *difference-in-difference* è che sia il mercato dove avviene il cartello sia gli altri mercati rispondano tendenzialmente allo stesso modo ad (eventuali) *shock* sul prezzo intervenuti durante il periodo del cartello e che, pertanto, l'unica differenza tra i due *set* di mercati sia la presenza del cartello in uno ma non negli altri. Il metodo appena descritto può essere applicato anche qualora non fosse possibile disporre di dati sui prezzi dello stesso bene negli 'altri' mercati (e sul medesimo arco temporale), ma soltanto di dati relativi ad un bene merceologicamente affine (ad es.

pane e pasta), che, in qualche modo possa essere interessato dagli stessi *shock* del bene oggetto del cartello. In altre parole, se per ipotesi il cartello interessasse il mercato della pasta secca, la crescita, sullo stesso periodo, del prezzo medio del pane può essere utilizzata per depurare l'aumento di prezzo della pasta dall'aumento di costo intervenuto sullo stesso periodo. Anche in questo caso è possibile utilizzare tecniche di natura econometrica per svolgere esercizi più sofisticati e/o stimare l'effetto di interesse tenendo conto di altri fattori che impattano sul prezzo dei beni.

ii) I metodi di natura finanziaria comprendono un insieme di strumenti che vengono applicati per quantificare alcuni indicatori di natura finanziaria nello scenario controfattuale. La differenza principale rispetto ai metodi descritti in precedenza è più da ritrovarsi nell'ambito di applicazione dei metodi (applicati ad indicatori di natura finanziaria) che non nelle tecniche stesse. Un esempio tipico di applicazione dei metodi finanziari consiste nel determinare (direttamente) la redditività di impresa che ritiene di essere stata danneggiata dalla condotta di una o più imprese nello scenario "controfattuale" e compararla con quella effettivamente osservata al fine di quantificare il danno subito per via della condotta. La redditività dell'impresa (esclusa) potrebbe, ad esempio, essere stimata facendo riferimento al proprio costo del capitale, ovvero al tasso di profitto *minimo* che un'impresa dovrebbe realizzare in mercati competitivi per remunerare i propri portatori di capitale (sia di rischio che di debito). Laddove il tasso di profitto realizzato fosse inferiore al costo del capitale e si dimostrasse che ciò è una conseguenza della condotta (escludente) di un'impresa, la differenza tra i due tassi di rendimento potrebbe essere imputata all'abuso. Alternativamente, la profittabilità nello scenario "controfattuale" potrebbe essere misurata sulla base dei profitti effettivamente realizzati da altre imprese che operano all'interno della medesima industria e/o di imprese che operano in settori comparabili in termini di rischiosità dell'investimento e della struttura di

mercato e/o sulla base dei profitti realizzati dall'impresa esclusa prima dell'inizio e/o dopo la fine della condotta. Anche i metodi di *bottom-up costing* sono generalmente ricompresi tra i metodi di natura finanziaria. Questi ultimi forniscono una stima del prezzo che si sarebbe osservato in assenza del cartello in base di criteri di natura contabile, costruendo il prezzo nello scenario controfattuale applicando un *mark-up* al costo unitario di bene. Il costo unitario è quello delle imprese appartenenti al cartello; il *mark-up* viene generalmente stimato mediante tecniche di analisi finanziaria applicate in mercati comparabili ma competitivi.

iii) Infine, i metodi basati su modelli economici assumono che gli esiti di mercato (prezzi e quantità) possano essere considerati come equilibri di modelli nei quali, data la funzione di domanda di ciascuna impresa, le imprese competono tra loro per massimizzare i rispettivi profitti. L'interazione tra imprese può avvenire in modi diversi: in alcuni casi le imprese competono definendo in maniera strategica il prezzo del proprio prodotto; in altri le imprese decidono la quantità prodotta lasciando che sia il mercato a definire il prezzo. I beni prodotti dalle imprese possono essere differenziati (ciascuna impresa produce un bene che è sufficientemente differenziato – o almeno percepito come tale – da quello prodotto da un'altra) o omogenei (tutte le imprese producono lo stesso identico bene). I costi delle imprese possono essere simmetrici (uguali per tutte le imprese) o meno. L'applicazione di tali metodi per la stima degli effetti di una determinata condotta presuppone: 1) la scelta di una forma di interazione tra imprese; e 2) la stima dei parametri della funzione di domanda e/o della funzione di costo di ciascuna impresa. Combinando 1) e 2) è possibile ottenere un equilibrio di mercato (prezzi, quantità e profitti per ciascuna impresa) nello scenario "controfattuale", da comparare con quello fattuale (che incorpora anche gli effetti della condotta). Ovviamente, dato che assunzioni diverse relati-

vamente a 1) e 2) daranno inevitabilmente luogo a equilibri di mercato diversi, e quindi a stime diverse degli effetti del cartello, è essenziale che tali assunzioni vengano effettuate nella maniera più coerente possibile con quanto avviene nella realtà e, possibilmente, con l'aiuto di specialisti del settore in grado di indirizzare tali scelte.

IV. DAGLI "EFFETTI" DELLA CONDOTTA ALLA DETERMINAZIONE DEL DANNO

Oltre alla stima degli effetti della condotta sulla variabile rilevante (prezzo nei casi di cartello e/o abuso di sfruttamento, vendite nei casi di abusi escludenti), la quantificazione dei danni da condotte anticoncorrenziali richiede elementi ulteriori. Nei casi di cartello, la determinazione dei danni subiti dalle imprese acquirenti il bene oggetto del cartello richiede anche una stima del *pass-on*, ovvero, della parte di danno da "sovraprezzo" che l'acquirente del bene oggetto del cartello non riesce a trasferire a valle⁸. Ad esempio, nel caso di un ipotetico cartello tra produttori di cemento, tutte le imprese che acquistano il cemento sono costrette a pagare un prezzo più elevato di quello che avrebbero corrisposto in assenza della condotta. Quanto tali imprese siano effettivamente penalizzate dal cartello (che ha incrementato il prezzo di un loro *input*), dipende dalla misura in cui esse riusciranno a riversare l'aumento di prezzo a valle. Ciò posto, effettuare una stima credibile del *pass-on* richiede l'applicazione di tecniche piuttosto complesse, la cui trattazione esula dallo scopo del presente contributo. In linea generale, si può affermare come vi sia una differenza tra il caso in cui le imprese a valle comprano tutte dal cartello e il caso in cui soltanto alcune di esse comprano dalle imprese colluse. Nel primo caso, secondo un risultato ben noto nella teoria economica, il *pass-on* è compreso tra il 50%, come avverrebbe se l'impresa acquirente fosse un monopolista con una domanda lineare (a valle), e il 100% se il mercato a

⁸ Ovviamente, non c'è necessità di considerare

il *pass-on* quando gli acquirenti del prodotto oggetto del cartello sono i consumatori finali.

valle delle imprese coinvolte nel cartello è concorrenziale. In altre parole, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è al massimo pari al 50% di quanto pagato in eccesso sui propri acquisti (se l'acquirente è monopolista)⁹ mentre, se il *pass-on* è il 100%, il danno (da *overcharge*) per l'impresa che acquista un fattore produttivo a prezzi di cartello è pari a zero (in quanto l'aumento di prezzo viene riversato completamente a valle). Nel secondo caso (soltanto alcune delle imprese nel mercato a valle acquistano l'*input* al prezzo del cartello), il *pass-on* per queste imprese sarebbe prossimo allo zero, in quanto, operando in tale mercato anche imprese non soggette all'aumento dei costi (per via del cartello a monte), le imprese che acquistano a prezzi di cartello difficilmente riuscirebbero a trasferire a valle l'aumento dei costi. In linea di principio, stimare empiricamente il *pass-on* effettivo in un caso specifico non è impossibile. Ciò richiede l'applicazione di tecniche econometriche a dati (affidabili) sui prezzi di acquisto dei fattori produttivi, sui prezzi finali e sui volumi effettivamente venduti, i quali possono essere di non facile reperimento.

La considerazione del *pass-on* effettivo non esaurisce la determinazione del danno per le imprese che acquistano un bene oggetto di cartello. In altre parole, quando anche le imprese acquirenti di tale bene fossero in grado di riversare completamente a valle l'aumento di costo, esse sarebbero comunque danneggiate in quanto, essendo la curva di domanda di un'impresa negativamente inclinata, ciascuna impresa venderà comunque meno unità del suo prodotto, realizzando profitti inferiori (danno da volume). In linea generale, la quantificazione del "danno da volume" richiede una stima dell'elasticità della domanda dell'impresa (per stimare la riduzione delle vendite causate da un aumento del prezzo per via dell'aumento del costo marginale di produzione) e del margine di

profitto che l'impresa avrebbe realizzato su tali vendite¹⁰. Qualora tali informazioni non siano disponibili, il danno da volume può essere quantificato a partire da alcune ipotesi sul prezzo di riferimento adottato nel cartello (monopolistico o meno) e sulla tipologia di mercato oligopolistico nello scenario "controfattuale".

La quantificazione del danno per l'impresa esclusa richiede, oltre alle vendite che non hanno avuto luogo per via del comportamento dell'*incumbent*, una stima dei costi sostenuti e/o dei profitti che l'impresa non ha realizzato (per via dell'esclusione). Spesso la perdita di profitto per l'impresa che ha subito l'abuso viene stimata applicando i margini di profitto realizzati dall'impresa alle vendite non realizzate per via dell'esclusione. Il problema principale nella prova di queste tipologie di danno non è di tipo concettuale, ma sta nelle difficoltà per l'impresa che ne chiede il risarcimento di quantificarlo in maniera adeguata, di provare il nesso causale tra danno lamentato e condotta abusiva, nonché di separare l'effetto della condotta escludente da altri fattori che potrebbero aver concorso alla riduzione delle vendite (incompetenza del *management*, mancanza di risorse, ciclo economico avverso e altri fattori).

V. CRITERI DI ORIENTAMENTO PER LA VALUTAZIONE DELLE EVIDENZE ACQUISITE

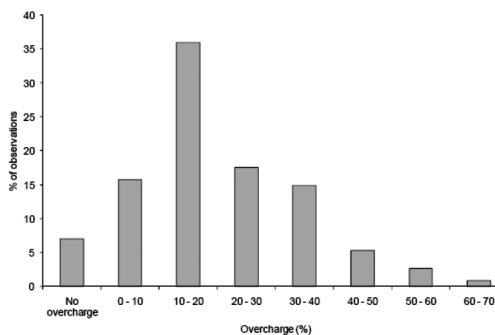
Come mostrato nella sezioni precedenti, esistono una serie di metodi comunemente utilizzati per la determinazione del danno causato da un illecito concorrenziale. In linea generale, nessun metodo è assolutamente superiore ad un altro, ma possiede determinate caratteristiche che lo rendono più o meno adatto per essere applicato ad un caso specifico. Nell'ambito della presente sezione verranno, pertanto, forniti alcuni criteri di orientamento per valutare le evidenze acquisite in materia di determinazione del danno in sede giudiziale o in altro contesto.

⁹ Formalmente, l'eccesso di spesa per via del cartello può essere espresso moltiplicando il sovrapprezzo da cartello (cfr. nota successiva n. 11) per la quantità acquistata del fattore produttivo.

¹⁰ L'elasticità della domanda di un'impresa indica la riduzione della quantità vendute a seguito dell'aumento del prezzo da parte della stessa impresa.

La premessa di fondo alla trattazione che segue è che in nessun caso la valutazione dei danni in un caso specifico dovrebbe essere effettuata sulla base di informazioni storiche sugli effetti dei cartelli in quanto c'è un rischio molto concreto che gli effetti del cartello possano essere sovra o sottostimati. La figura che segue mostra, infatti, come, considerando un numero piuttosto elevato di cartelli avvenuti in passato, il sovrapprezzo da cartello sia variato in un intervallo piuttosto ampio, compreso tra 0 (il cartello non ha prodotto alcun aumento di prezzo) e il 70% (il cartello ha aumentato i prezzi del 233%). In altre parole, dato che in base ai dati storici il sovrapprezzo da cartello, la cosiddetta *cartel overcharge*, varia da 0 al 70%, considerarne la media (pari al 15-20%) può comportare che vengano attribuiti effetti significativi ad un cartello che, di fatto, non ne ha avuto alcuno; diversamente, nel caso di effetti 'reali' pari al 70%, potrebbe accadere che gli effetti reali del cartello siano anche più del triplo di quelli stimati¹¹.

Distribuzione del sovrapprezzo da cartello in studi empirici di cartelli avvenuti nel passato



Fonte: Figura riprodotta da Oxera (2009).

I metodi basati su comparatori sono certamente in grado di fornire elementi utili alla valutazione del danno da illecito *antitrust*. Tuttavia, affinché tali metodi riescano effettivamente ad isolare l'effetto

del cartello (o di altra condotta) da altri fattori devono essere soddisfatte alcune condizioni. In primo luogo, i mercati utilizzati alla base delle comparazioni devono "assomigliare" quanto più possibile al mercato nel quale avviene l'illecito in tutti i principali aspetti che incidono sulla formazione del prezzo.

Ad esempio, se i mercati utilizzati come comparatori presentano un maggiore grado di concentrazione di quello nel quale ha luogo il cartello, il prezzo medio del bene in tali mercati potrebbe addirittura superare quello del bene oggetto del cartello, mostrando un impatto *negativo* del cartello sul prezzo! Ciò non è ovviamente una limitazione intrinseca del metodo, ma una conseguenza del fatto che esso è stato applicato a mercati eterogenei dal punto di vista del grado di concentrazione.

Un esempio ulteriore nel mercato del credito bancario appare particolarmente calzante. È noto come il credito (bancario e non) nelle regioni del Sud Italia sia più costoso che nel Nord Italia per diverse ragioni, ma soprattutto perché, a parità di condizioni, la rischiosità degli investimenti nel Sud supera quella nel Nord. Una eventuale comparazione dei tassi d'interesse Nord-Sud dovrà, pertanto, tenere inevitabilmente conto di queste differenze per evitare che la stima degli effetti di una condotta sia distorta verso l'alto (se il cartello avvenisse nelle regioni del Sud e le regioni del Nord fossero utilizzate come comparatori) o verso il basso (se il cartello avvenisse nelle regioni del Nord e le regioni del Sud fossero utilizzate come comparatori). La disponibilità di dati su altre variabili (concentrazione, costi, quantità prodotte, *etc.*) che incidono sulla determinazione del prezzo può consentire l'utilizzo di metodi econometrici, che, per loro natura sono in grado di tenere presenti le differenze osservabili tra mercati, aumentando quindi notevolmente la precisione di questi esercizi. Occorre, tuttavia, rilevare, come anche tale approccio non sia completamente risoluto-

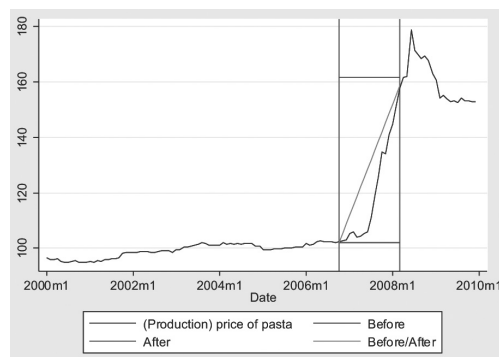
¹¹ Il sovrapprezzo da cartello è definito, infatti, dalla seguente formula:

$$\frac{\text{Prezzo}_{\text{cartello}} - \text{Prezzo}_{\text{controfattuale}}}{\text{Prezzo}_{\text{cartello}}}$$

tivo in quanto esiste sempre una componente di eterogeneità non osservabile (in gergo *unobserved heterogeneity*), che può inficiare la bontà dell'esercizio. In questo senso, perché tale esercizio non presenti le limitazioni appena descritte è importante che venga effettuato comparando i dati di prezzo (e, se possibile, delle proprie determinanti) del mercato dove avviene il cartello con quelli di altri mercati (comparatori) su più periodi di tempo. Il metodo *difference-in-difference* rappresenta una delle alternative più promettenti per lo scopo prefigurato.

Come mostrato in precedenza, i metodi basati su serie storiche possono essere distinti in due grandi categorie, quelli, più semplici, "a linea retta" e quelli, più complessi, su basi di natura econometrica. In entrambi i casi, si assume che lo scenario "controfattuale" della condotta in violazione delle norme sulla concorrenza possa essere desunto da dati ed informazioni immediatamente precedenti o successivi all'espletamento della condotta. Esiste, tuttavia, un'importante differenza nella performance delle due categorie di metodi in relazione alla determinazione dello scenario "controfattuale" in quanto, a differenza dei metodi econometrici, i metodi "a linea retta" non riescono per loro natura a "produrre" uno scenario controfattuale che tenga anche conto dei cambiamenti intervenuti ad altri fattori esogeni alla condotta delle imprese. Ad esempio, se durante il periodo nel quale ha operato un cartello si registra anche un cambiamento significativo del prezzo dei fattori produttivi utilizzati dall'impresa e/o della quantità prodotta, il prezzo di vendita dell'impresa varierà anche per tali ragioni, che i metodi 'a linea retta' non riescono a catturare. Ciò fa sì che qualsiasi differenza tra il prezzo osservato (frutto della condotta e del cambiamento dei costi e/o della quantità prodotta dall'impresa) e quello dello scenario controfattuale sarà imputata alla condotta delle imprese, ancora una volta sovrastimando o sottostimando gli effetti della condotta. In particolare, gli effetti della condotta verranno sovrastimati se nel periodo del cartello i costi delle imprese saranno aumentati per ragioni esogene e sottostimati nel caso inverso. La figura seguente mostra appunto le criticità appena descritte facendo riferimento ad un caso concreto di cartello, che nella figura è individuato dalle due rette verticali, dove, durante il periodo in cui ha funzionato il cartello è intervenuto un aumento significativo dei costi delle imprese che partecipavano al cartello. Come si può vedere, l'applicazione dei metodi a linea retta "After" (linea orizzontale in alto che collega le rette verticali che individuano il cartello) e "Before/After" (linea obliqua che collega le rette verticali che individuano il cartello) produce una stima negativa degli effetti del cartello in quanto le stime di prezzo prodotte da questi due metodi sono inferiori ai prezzi di cartello (il cartello ha ridotto il prezzo!). Il metodo "Before" (linea orizzontale in basso che collega le rette verticali che individuano il cartello), invece, produce una stima del prezzo che sarebbe prevalso nel mercato se non ci fosse stato il cartello che non tiene conto dell'aumento dei costi (di natura esogena) per le imprese e, pertanto, produce una sovrastima dell'effetto del cartello.

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi a linea retta

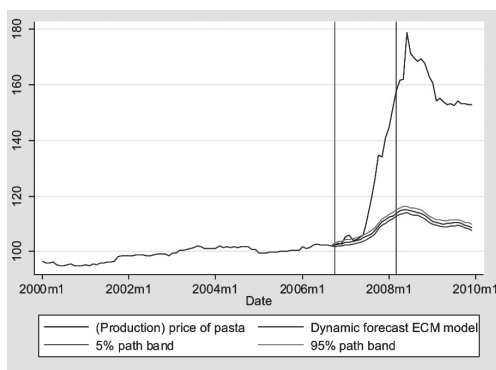


Le considerazioni appena svolte portano quindi a sconsigliare l'applicazione di tali metodi quando si registrano importanti variazioni nei costi e nelle quantità prodotte delle imprese nel periodo in cui la condotta vietata avrebbe esplicito i suoi effetti. In altre parole, per poter essere prese in considerazione, le evidenze prodotte sugli effetti di una determinata

condotta ottenute applicando tali metodi dovrebbero essere accompagnate da altrettante evidenze sul fatto che i costi e le quantità prodotte non sono variati in maniera significativa nel periodo in cui la condotta avrebbe avuto attuazione¹².

Da questo punto di vista, le evidenze ottenute sulla base dei metodi econometrici applicati alle serie temporali non presentano le (vistose) limitazioni appena discusse. In particolare, essi, se ben costruiti, sono in grado di produrre scenari controfattuali che tengano conto del fatto che la condotta delle imprese non è l'unica cosa che può essere cambiata prima e dopo l'illecito concorrenziale, come, ad esempio, i costi e le quantità prodotte dalle imprese. La figura che segue illustra alcune elaborazioni ottenute sulla scorta di metodi di natura econometrica applicati alle serie temporali per lo stesso caso considerato nella figura precedente, nel quale si verificava anche un aumento dei costi di produzione nel periodo del cartello. La figura, mostra, infatti come il prezzo dello scenario controfattuale aumenta (per via dell'aumento dei costi) durante il periodo nel quale il cartello ha operato, ma non fino a raggiungere il prezzo di cartello. La differenza tra il prezzo che si è realizzato nel mercato (frutto sia della concertazione tra imprese

Prezzi nello scenario controfattuale ottenuti con i metodi econometrici



¹² Con riferimento alle quantità prodotte si osserva come, per definizione, il comportamento coordinato di una o più imprese tenda a ridurre le quantità prodotte, comportando un aumento dei costi unitari di produzione per via delle economie

sia dell'aumento dei costi) con quello dello scenario controfattuale (frutto dell'aumento dei costi ma non della concertazione) può dare un'idea di quanto ha inciso il cartello sul prezzo di mercato.

È, tuttavia, necessario che i metodi econometrici vengano applicati in maniera corretta altrimenti anch'essi potrebbero dare delle indicazioni fuorvianti. In particolare, è essenziale che i modelli utilizzati siano ben specificati, stimati in maniera corretta e tengano adeguatamente conto delle caratteristiche dei dati alla base della stima.

I metodi *difference-in-difference* costruiscono lo scenario controfattuale sulla base di quanto accaduto nel periodo in cui ha avuto luogo il cartello in mercati che, in qualche modo, si comportano come quello nel quale ha avuto luogo la condotta contestata. In particolare, l'effetto di un'ipotetica concertazione tra le imprese X, Y e Z avente ad oggetto il prezzo di un bene nella regione (A), potrebbe essere misurato prendendo come riferimento l'evoluzione del prezzo dello stesso prodotto in un'altra regione (B), dove le imprese X, Y e Z non operano. In altre parole, l'andamento del prezzo nella regione B dovrebbe già incorporare l'impatto di tutte le altre forze che determinano il prezzo del bene ad eccezione della condotta, in maniera tale da permettere di isolare "quanta parte" del prezzo è imputabile alla sola condotta delle imprese. Nonostante tale metodo sia attraente, implementarlo in maniera corretta è meno immediato di quanto possa sembrare. La difficoltà che si presenta più comunemente è la mancanza di comparatori appropriati e, di conseguenza, la scelta, o la necessità, di considerare comparatori che si prestano meno al caso in questione. Ad esempio, se la condotta riguarda il bene (A), come comparatore potrebbe essere utilizzato un bene (B), merceologicamente vicino ad (A), commercializzato nello stesso ambito geografico di (A) da

di scala che verrebbero perse. Si suggerisce, pertanto, di tenere conto dell'andamento delle quantità prodotte nei settori caratterizzati da economie di scala.

imprese che non hanno partecipato alla concentrazione (eg. pane e pasta). Oppure, alternativamente, se la condotta contestata riguardasse imprese attive su tutto il territorio nazionale, si potrebbe utilizzare come comparatore il prezzo dello stesso bene (A) ma commercializzato (da imprese diverse) in uno o più paesi esteri. Non è, tuttavia, difficile immaginare, in entrambi i casi, fattori che potrebbero inficiarne l'utilizzo come comparatori nel nostro esempio. È, infatti, piuttosto probabile che il prezzo di (B), merceologicamente attiguo ad (A), oppure, il prezzo di (A) in paesi esteri siano soggetti a forze diverse da quelle che impattano su (A) nel territorio nazionale oltre alla condotta contestata, come, ad esempio, differenza negli *shock* di domanda e offerta (nel primo caso) o cambiamenti nell'assetto istituzionale (nel secondo caso). Le considerazioni appena svolte non devono portare a considerare come inaffidabile e quindi, non prendere in considerazione qualsiasi evidenza prodotta sulla base di metodologie *difference-in-difference*, ma, si prefiggono, piuttosto, di fornire al lettore alcuni elementi per poter valutare il grado di 'bontà' delle evidenze acquisite. A tale riguardo, sarebbe opportuno che le evidenze sugli effetti della condotta presentate sulla base di tali metodologie fossero accompagnate da altre evidenze che giustificino le scelte dei *comparator* effettuate. Ciò potrebbe semplicemente essere effettuato presentando alcune evidenze che mostrino come, in un periodo diverso da quello nel quale si è realizzata la condotta, l'andamento del prezzo oggetto della condotta sia stato piuttosto simile a quello del bene utilizzato come *comparator*. È bene tener presente come il *test* appena suggerito sia una condizione necessaria ma non sufficiente perché le evidenze presentate siano considerate attendibili in quanto, almeno in teoria, è sempre possibile che oltre alla condotta, vi siano altri *shock*, contemporanei alla condotta, che impattano nel tempo sul bene oggetto della condotta non concorrenziale in maniera diversa da come impattano sui *comparator*.

Le limitazioni principali dei metodi di natura finanziaria sono sostanzialmente

di due tipi. Per quanto riguarda l'analisi della profittabilità nello scenario controfattuale, è essenziale che le imprese utilizzate come *comparator* siano effettivamente comparabili alle imprese danneggiate dalla condotta. Ciò potrebbe essere opportunamente valutato comparando la *performance* dell'impresa danneggiata con quella dei propri *comparator* in un arco temporale diverso da quello in cui si è realizzata la condotta. Per quanto riguarda i metodi di *bottom-up costing*, è essenziale che i costi di produzione utilizzati alla base dell'esercizio, ovvero quelli delle imprese appartenenti al cartello, siano opportunamente efficientati in quanto alle condotte collusive è generalmente associato anche un certo grado di inefficienza produttiva.

La criticità principale dei metodi basati su modelli economici risiede nella circostanza che la loro implementazione richiede che venga effettuato un numero più o meno elevato di ipotesi semplificatrici, che può essere confermato o meno nella realtà. Esempi di tali ipotesi sono la natura della competizione tra imprese, la struttura dei rispettivi costi, la forma della domanda di ciascuna impresa, la quantità di informazioni che ciascuna impresa ha dei propri concorrenti, nonché altre ipotesi. Con ciò non si vuol dire che tali metodi siano di fatto inapplicabili, ma più semplicemente che qualsiasi evidenza presentata sulla base di tali tecniche debba quantomeno essere accompagnata da documentazione che mostri come le ipotesi effettuate consentano in qualche modo di replicare la realtà di mercato osservata. Ad esempio, nel caso di un cartello, l'applicazione dei modelli proposti dovrebbe produrre una stima del prezzo (medio) di mercato in un periodo nel quale il cartello non ha operato non troppo diverso da quello effettivamente osservato (nello stesso periodo).

Quanto detto finora riguarda gli effetti di condotte anticoncorrenziali, a prescindere dalla fattispecie. Sono però necessarie due precisazioni, una per la quantificazione del danno nel caso di pratica di sfruttamento e l'altra nel caso di condotta escludente. Nel primo caso, ai fini della quantificazione del danno per l'impresa

che acquista a prezzi sovraconcorrenziali è necessario vagliare anche le evidenze prodotte su quanta parte del sovrapprezzo l'impresa è riuscita a trasferire a valle (*pass-on*). In genere, il *pass-on* è compreso tra il 50% e il 100% (nel qual caso si ricorda che il danno da sovrapprezzo sarebbe pari a zero). In linea generale, è possibile immaginare un livello del *pass-on* inferiore al 50%, che comporta un danno maggiore per l'impresa, in circostanze particolari come, ad esempio, nei casi di cartello al quale non aderiscono tutte le imprese produttrici. Ciò perché, laddove ricorra tale evenienza, le imprese che acquistano il bene dal cartello sono soggette alla pressione concorrenziale delle altre e, pertanto, possono ribaltare il sovrapprezzo a valle in maniera più limitata. Peraltro, in tali casi ci si aspetterebbe un sovrapprezzo da cartello non elevato per via del vincolo competitivo rappresentato a monte dalle imprese non appartenenti al cartello.

Nel secondo caso, la quantificazione degli effetti delle condotte escludenti sulle *performance* delle imprese escluse (mancate vendite, mancati profitti e altri elementi), richiede anche la prova del nesso di causalità tra condotta e deterioramento della *performance*. Ciò comporta che l'impatto della condotta sulla *performance* debba essere separabile da altri fattori che concorrono alla performance dell'impresa stessa, come, ad esempio, inefficienze di varia natura, capacità del *management*, mutamenti del contesto di mer-

cato e altri fattori. Dato che i metodi proposti possono cogliere alcuni di questi aspetti ma non tutti, è necessario acquisire elementi ulteriori per testare la veridicità dei *claim* presentati e la misura in cui essi siano in grado di influenzare gli effetti attribuiti alla condotta.

GIOVANNI NOTARO - GILBERTO GUARDAVACCARO

Bibliografia

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007*, 2007; G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO (a cura di), *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, 2007; R. BLUNDELL - M. COSTA DIAS, «Evaluation Methods for Non-Experimental Data», in *Fiscal Studies*, 2000, vol. 21, no. 4; BUNDESKARTELLAMT, *Private Kartellrechtsdurchsetzung: Stand, Probleme, Perspektiven*, Discussion Paper, 2005; G. FLORIDIA, «Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto *antitrust*», in *Il diritto industriale*, 2011, 313; G. NOTARO, «Assessing Methods for the quantification of *Antitrust* Damages: An Application to the Pasta Cartel in Italy», forthcoming in *Journal of Competition Law and Economics*; OXERA - A. KOMNINOS *et al.*, *Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-binding Guidance for Courts*, study prepared for the European Commission, 2009; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, 1996; G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, 2005.