

MARISARIA MAUGERI

Private enforcement e diritto antitrust: le prospettive comunitarie.

(Roma, 17 maggio 2007)

INDICE: 1. Il processo di armonizzazione nell'applicazione della disciplina antitrust e lo strumento risarcitorio – 2. Le principali questioni aperte – 3. L'uso del "chiunque" da parte della Corte di Giustizia e la possibilità di limitare la cerchia dei soggetti legittimati ad esperire l'azione di risarcimento dei danni – 4. La funzione di deterrenza

1. *Il processo di armonizzazione nell'applicazione della disciplina antitrust e lo strumento risarcitorio*

In Europa da anni si registra un processo di progressiva armonizzazione nell'applicazione della disciplina antitrust. Le ragioni di una tale armonizzazione sono evidenti: un mercato unico non può tollerare divergenze significative in punto di regole di funzionamento dello stesso.

Il suddetto processo, però, ha coinvolto in dimensione minore le misure privatistiche di reazione all'illecito anticoncorrenziale.

In vero, se si esclude quanto previsto dal secondo comma dell'art. 81 del Trattato CE in relazione all'invalidità delle intese, mancano nel Trattato ulteriori riferimenti a possibili ruoli dei privati.

Non sorprende, pertanto, che in una prima fase l'attenzione sia stata rivolta altrove.

Ma lo strumento privatistico può giocare un ruolo, anche rilevante, sul piano dell'*enforcement* della disciplina antitrust, così come dimostra l'esperienza di altri ordinamenti.

Opzioni diverse sul punto da parte dei differenti stati membri avrebbero potuto determinare, pertanto, almeno in via di principio, una vanificazione del processo di armonizzazione di cui si diceva sopra.

Era prevedibile, quindi, che prima o poi l'attenzione si sarebbe spostata anche sugli strumenti privatistici e, soprattutto, sul rimedio risarcitorio, a cui in questa sede è rivolta specificamente la mia attenzione. Ed infatti, così è stato.

Oggi il tema dell'utilizzo dello strumento risarcitorio in chiave di *enforcement* della disciplina antitrust è all'ordine del giorno tanto delle istituzioni comunitarie quanto dell'accademia.

Prima di avviare una riflessione e di provare a contribuire al dibattito sul punto, sembra utile ripercorrere, seppur brevemente, le tappe che hanno condotto all'attuale situazione.

Come si è detto, il Trattato non prevede nulla sotto il profilo del risarcimento del danno. Così come nulla prevedeva il Regolamento (CEE) del Consiglio N. 17/62 (Primo

Regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, attualmente articoli 81 e 82)¹.

Ancora fino a tempi più recenti, d'altra parte, l'idea che la violazione degli allora articoli 85 e 86 (oggi 81 e 82) del Trattato CE si dovesse tradurre necessariamente nel riconoscimento del diritto dei privati ad ottenere il risarcimento dei danni era tutt'altro che condivisa.

In vero, seppur con qualche indicazione in chiave di indirizzo a riconoscere il risarcimento del danno e seppur avendo affermato a partire dagli anni settanta che gli articoli 85 e 86 del Trattato CE (divenuti 81 e 82) producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare², le istituzioni comunitarie fino al 2001 non avevano ancora deciso se esistesse un vincolo per gli stati membri a riconoscere in capo ai privati il risarcimento del danno in caso di violazione della disciplina antitrust o se, viceversa, fosse sufficiente, ai fini della realizzazione dell'effetto utile garantito dalla presenza delle richiamate norme del Trattato, l'intervento della Commissione e delle Autorità presenti nei diversi paesi.

E' solo con la sentenza *Courage*, per l'appunto del 2001 che la Corte di Giustizia, scioglie la riserva e afferma a chiare lettere che "la piena efficacia dell'art. [81] del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza" (posizione più di recente ribadita anche nella sentenza *Manfredi*).

La Commissione, dopo la presa di posizione della Corte di Giustizia, ha fatto effettuare uno *Studio on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Nel 2004 tale studio ha rivelato che nei diversi ordinamenti degli stati membri le posizioni in punto di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust erano caratterizzate da "*astonishing diversity and total underdevelopment*".

Il giudizio in chiave di *total underdevelopment* è legato alla circostanza che fino a quella data era stato possibile registrare in tutti gli stati membri un totale di 60 azioni (di cui 12 sulla base del diritto comunitario, circa 32 sulla base di diritti nazionali e 6 sulla base di entrambi), e di queste 60 solo 28 si erano concluse con il riconoscimento del risarcimento dei danni.

Il 19 Dicembre 2005, la Commissione, avendo preso atto della suddetta sottoutilizzazione dello strumento risarcitorio, ha pubblicato un Libro Verde sulle: "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie" con il dichiarato fine di agevolare l'introduzione delle domande di risarcimento del danno e di sviluppare il *private enforcement* del diritto antitrust.

Le questioni sulle quali il suddetto Libro Verde sollecita la riflessione sono, fra l'altro, quelle relative alla possibilità nelle azioni di risarcimento del danno: a) di prevedere norme speciali sulla divulgazione delle prove documentali; b) di prevedere

¹ Qualche generico cenno al risarcimento dei danni fa in vero la Commissione in una Proposizione al Consiglio del 1960: "«*A ces sanctions s'ajoutent la publicité éventuelle de la décision et les risques inhérentes à la nullité de l'entente et aux demandes de dommages et intérêts qui pourraient être formées par des tiers*».

² Sentenze 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT e SABAM, detta «BRTI», Racc. pag. 51, punto 6, e 18 marzo 1997, causa C-285/95 P, Guérin automobiles/Commissione, Racc. pag. I-1503, punto 39).

norme speciali sull'accesso ai documenti in possesso di un'autorità garante della concorrenza; c) di attenuare l'onere a carico dell'attore di provare la violazione delle norme antitrust; d) di definire, anche in modo diverso rispetto a quanto previsto nelle norme generali, il tipo di (e la funzione del) risarcimento da accordare; e) di introdurre le azioni collettive; f) di coordinare l'attivazione dello strumento risarcitorio con l'applicazione della disciplina ad opera delle autorità pubbliche (c.d. *Leniency programme*)³.

L'idea è che la compressione di eventuali interessi "altri", quali ad esempio, quello alla riservatezza nella gestione dell'impresa (mi riferisco alle proposte di considerare quale presunzione di prova il rifiuto di una parte di trasmettere documenti astrattamente probatori), o quello al corretto funzionamento dello strumento pubblicistico (mi riferisco alle ovvie interferenze con i programmi di clemenza) o quello alla competenza degli organi giudicanti o altri ancora su cui mi soffermerò dopo, potrebbe trovare giustificazione considerando che – come afferma la Commissione – "Agevolare l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust non solo consentirà ai consumatori e alle imprese danneggiate da una violazione delle norme antitrust di soddisfare più facilmente la loro pretesa risarcitoria ma rafforzerà, nel contempo, il diritto della concorrenza"... Le azioni di risarcimento del danno rispondono, cioè, ad un duplice obiettivo "in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)".

La Commissione, nel libro verde, appare pronta ad adottare un modello di risarcimento del danno proiettato sulla "funzione di deterrenza e/o sanzionatoria" (mi riferisco, in particolare, alla possibilità prospettata, nell'opzione *sub* 16, di addivenire, in caso di cartelli orizzontali, ad una quantificazione "doppia" del danno, e a quella, prospettata nell'opzione *sub* 17, di far maturare gli interessi a partire dalla data della violazione della disciplina antitrust invece che da quella del pregiudizio).

Il 13 luglio del 2006 la Corte di Giustizia (nella sentenza Manfredi), come si è già detto, ha ribadito quanto affermato nella *Courage*, ma ha aggiunto espressamente in primo luogo che occorre che ci sia *un nesso di causalità fra il danno e la pratica vietata*, e, in secondo luogo, che si deve escludere che l'art. 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall'impresa danneggiante parte dell'intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d'ufficio liquidare al terzo danneggiato il **danno punitivo**, necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'art. 81 del Trattato».

La Corte ha, infatti, affermato che "in mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento

³ Per un primo commento al Libro Verde, in Italia, vedi S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321.

del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività”

2. *Le principali questioni aperte*

Provando a sintetizzare si può dire che nel 2001 la Corte di Giustizia - le cui sentenze pregiudiziali, secondo gran parte della dottrina, avrebbero un valore para-normativo o, quanto meno, validità erga omnes⁴ - nel caso *Courage*, ha affrontato e risolto in senso affermativo la questione relativa all'attribuzione o meno del diritto ad ottenere il risarcimento del danno in capo a privati lesi in seguito a violazione della disciplina antitrust, giustificando l'opzione attraverso un duplice ordine di considerazioni:

- 1) Solo lo strumento risarcitorio garantisce l'effetto utile in capo ai privati. Il che sembrerebbe voler dire che anche un'ottima implementazione ad opera del *public enforcement* non riuscirebbe a far ottenere ciò che le norme garantiscono, e cioè un certo tipo di distribuzione delle risorse;
- 2) la piena efficacia degli articoli 81 e 82 del Trattato risulta possibile solo attraverso l'attivazione dello strumento risarcitorio, in quanto strumento idoneo a disincentivare le condotte anticoncorrenziali e certamente utile, al mantenimento, ai fini della deterrenza.

Nel 2005 la Commissione, sempre facendo leva sul suddetto duplice ordine di motivazioni, ha pubblicato un libro verde considerando la possibilità di addivenire ad una disciplina comune tesa a favorire, anche a costo di sacrificare alcuni interessi altri, l'attivazione dello strumento risarcitorio.

Nel 2006 la Corte di Giustizia è intervenuta di nuovo, precisando che occorre pur sempre che ci sia un nesso di causalità, e che in ogni caso non esiste ad oggi un principio comunitario che imponga nel settore dell'antitrust un uso dello strumento risarcitorio in chiave di deterrenza.

Se questo è il quadro le principali questioni ad oggi aperte mi sembrano essere le seguenti.

In primo luogo, con riferimento al profilo più specificamente compensatorio, c'è da chiedersi se l'uso del “chiunque” da parte della Corte di Giustizia escluda che si possa limitare la cerchia dei soggetti legittimati ad esperire l'azione di risarcimento dei danni, o se, invece, il vincolo para-legislativo a concedere il risarcimento del danno riguardi solo i tipi di conflitti risolti nei casi *Courage* e *Manfredi*?

In secondo luogo, la funzione di compensazione e la funzione di deterrenza del risarcimento del danno in caso di violazione della disciplina antitrust, nell'ottica delle istituzioni comunitarie, tenderebbero a coincidere e a non porsi mai in conflitto. Il sacrificio di tutti gli interessi potenzialmente configgenti (che come vedremo non sono pochi) sarebbero di volta in volta giustificati dalla duplice esigenza. Ma è così? Si può sempre predicare l'unidirezionalità delle due funzioni? Ed ancora, cosa significa che attraverso il risarcimento del danno si raggiunge la piena efficacia delle norme antitrust

⁴ Per una sintesi del dibattito sul punto vedi Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, 1996, 262.

previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità? In che modo il risarcimento del danno rende il sistema più efficiente? Ciò che si ha in mente è l'aumento del numero di casi scoperti? O il raggiungimento della deterrenza ottimale?

Senza pretese di risolvere in queste sede le diverse questioni, proverò a fare alcune riflessioni sui diversi punti.

3. L'uso del "chiunque" da parte della Corte di Giustizia e la possibilità di limitare la cerchia dei soggetti legittimati ad esperire l'azione di risarcimento dei danni

La questione relativa al rapporto fra violazione delle discipline affidate al controllo di soggetti pubblici (discipline definite di volta in volta oggettive, pubblicistiche, regolative, seppur in senso lato, o discipline che tutelano beni c.d. indivisibili la cui cura è rimessa a soggetti pubblici), ed il diritto ad ottenere il risarcimento del danno (ed in vero non solo quello) da parte dei soggetti privati che subiscono pregiudizio dalla violazione delle stesse è questione nota in termini generali, e non solo con riferimento al diritto antitrust, da molto tempo in quasi tutti gli ordinamenti europei.

Si pensi storicamente in Italia o in Germania alle questioni relative alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno in caso di violazione delle discipline edilizie o ambientali. Come è noto, la soluzione del conflitto è stata di volta in volta trovata in Italia attraverso l'estensione o la delimitazione della clausola di ingiustizia e in Germania attraverso l'attribuzione del carattere di *Schutznormen* alle discipline violate.

In vero, non si è mai giunti a riconoscere il danno a chiunque. Anche il "colui" che per effetto della violazione delle norme di edilizia ha subito danno, di cui al secondo comma dell'art. 872 c.c. non è mai stato ritenuto idoneo a fondare la legittimazione di "chiunque".

E' certamente vero che ad oggi il *discrimen* fra soggetti che subiscono un pregiudizio "speciale" a cui riconoscere il risarcimento del danno e soggetti cui non riconoscerlo è difficilmente individuabile.

Non è possibile, ovviamente, in questa sede provare ad elaborare una teoria convincente idonea a tracciare il confine fra le diverse posizioni nei diversi ordinamenti. Non è qui possibile, in altre parole, affrontare la questione della funzione cui assolve, ad esempio, in Italia il requisito dell'ingiustizia del danno.

Vorrei qui solo provare a chiedermi a quale logica può rispondere l'esclusione della legittimazione al "chiunque", non sotto il profilo dell'implementazione delle norme in discussione (di questo parlerò dopo), ma proprio – per riprendere le parole della Corte di Giustizia – sotto il profilo dell'effetto utile in capo ai privati.

Le domande da cui vorrei partire sono le seguenti: è così sicuro che l'attribuzione della legittimazione ad agire a "chiunque" si traduca in un vantaggio per il "chiunque" stesso? E' così sicuro che, sul piano economico, il "chiunque" non possa ricevere – come dice Posner *as a by product* - vantaggi maggiori, o se vuole svantaggi minori, attribuendo la legittimazione ad agire al solo soggetto pubblico (o a questo e pochi altri)? A ben riflettere, le azioni costano, i giudici – che comunque sono una risorsa limitata -

devono essere distolti da altro, la preparazione diventa sempre meno qualificata via via che si aggiungono competenze, le altre cause verranno rallentate. Tutti questi sono costi della collettività. La stessa collettività cui appartiene il “chiunque”. Lo stesso “chiunque”, dunque, potrebbe ricevere dalla circostanza che gli venga riconosciuto il risarcimento danni maggiori rispetto alla situazione in cui non gli venga riconosciuta.

E' ovvio, che la convenienza o meno a vedersi riconoscere il risarcimento cambierà a seconda della posizione del “chiunque” rispetto al tipo di illecito.

E così, potrebbe essere conveniente per il “chiunque” “vicino” ottenere il risarcimento del danno in caso di violazione delle norme urbanistiche, mentre potrebbe non essere utile per il “chiunque” “viandante” che passi per la strada su cui insiste l'obbrobrio urbanistico. Il rispetto della norma urbanistica garantisce anche il viandante ma i costi per l'attribuzione a questi del risarcimento potrebbero essere maggiori rispetto a quanto da lui astrattamente ottenibile in via di risarcimento.

Alla luce, delle precedenti considerazioni si potrebbe, forse, tentare di razionalizzare la scelta, in chiave di limitazione, che ci è stata consegnata dalla tradizione.

Ritornando alla questione del diritto antitrust, e alla luce di quanto detto, si potrebbe quindi provare a distinguere, sotto il profilo del risarcimento del danno, fra soggetti che subiscono un pregiudizio “speciale” e soggetti altri. Ho ritenuto di poter fare un tentativo di questo tipo, con riferimento alla disciplina italiana, distinguendo fra violazione dell'art. 2 e violazione dell'art. 3 della L. 287/90. La soluzione da me proposta può anche essere ritenuta non convincente, ma credo che occorra in ogni caso avviare una riflessione sull'opportunità di porre un limite al diritto di ottenere il risarcimento del danno.

La riflessione non dovrebbe, secondo me, essere paralizzata dall'uso del chiunque da parte della Corte di Giustizia. Questo, in vero, può essere letto alla stregua di mero *obiter*.

Dubito che l'utilizzo di nuovi strumenti processuali, quali le *class actions*, possano condurre a ritenere che il problema dei costi da affrontare per riconoscere il risarcimento del danno in capo a “chiunque” possa dirsi superato.

Preme, inoltre, mettere in evidenza che se ci si ferma al profilo della compensazione non c'è ragione alcuna pre trattare in modo particolare la questione delle *class actions* in relazione al diritto antitrust.

Si tenga presente, che negli Stati Uniti, dove come è noto esistono le *class actions*, la legittimazione ad ottenere il danno triplo è limitata dalla prova dell'*antitrust injury*. E si tenga presente che, in ragione di ciò, ad esempio, è stato escluso che la circostanza che alcuni soggetti avessero fissato dei prezzi bassi (illecito per sé) ma non predatori, desse luogo al risarcimento del danno in capo a chi, in ragione dell'accordo illecito, aveva dovuto abbassare anche i propri prezzi (Maricopa).

Quello che voglio dire è che anche negli USA si sente il bisogno di una distinzione fra danni risarcibili e pregiudizi che, pur derivando da una violazione della disciplina antitrust sul piano causale, non si traducono in posizioni giuridicamente tutelate.

4. La funzione di deterrenza

Come ho già detto, la funzione di compensazione e la funzione di deterrenza del risarcimento del danno in caso di violazione della disciplina antitrust, nell'ottica delle istituzioni comunitarie, tenderebbero a coincidere e a non porsi mai in conflitto.

Ma, ripeto, è così? Si può sempre predicare l'unidirezionalità delle due funzioni?

Per rispondere correttamente occorre, in primo luogo, capire cosa significa che – come sostengono le istituzioni comunitarie - attraverso lo strumento risarcitorio si raggiunge la piena efficacia delle norme antitrust e si rafforza l'applicazione del diritto della concorrenza.

Sul punto né la Corte né la Commissione danno indicazioni chiare. E questo credo sia il punto incontrovertibilmente deludente dell'approccio comunitario: non c'è un'adeguata tematizzazione delle questioni.

Tutto si sovrappone, sfugge, si lascia al non detto. Non si capisce bene quali siano gli interessi in gioco, in nome di cosa si chiedi la modifica e la compressione di interessi fino ad oggi garantiti nei diversi ordinamenti.

Sembra che dietro alcune proposte ci sia banalmente l'idea che negli Stati Uniti il *private enforcement* nel diritto antitrust, a certe condizioni, è utilizzato e funzioni, mentre la letteratura statunitense sul punto ci informa che negli Stati Uniti il *private enforcement* è sì utilizzato ma forti dubbi si nutrono circa la sua utilità. Vari autori, infatti, considerano lo strumento privatistico, pernicioso, dannoso, ineffettivo⁵.

Ritornando all'approccio seguito dalle istituzioni comunitarie, si può dire che a volte sembra che l'uso dello strumento privatistico venga caldeggiato in quanto si ritiene di per sé positivo l'incremento dell'intensità di intervento (nel senso del numero di casi scoperti). Si pensi, ad esempio, a quanto affermato nella relazione del Gruppo di Studio, che accompagna il libro verde, al punto n. 6: "*Increased private enforcement will enlarge the range of infringements for which competition law will be enforced as well as the level of enforcement generally*".

A volte, invece, pare si faccia riferimento al concetto di deterrenza ottimale elaborato dalla letteratura di *Law and Economics*, sembrerebbe nella sua variante "classica", secondo la quale la sanzione ottimale dovrebbe essere fissata a un livello pari al danno sociale diviso per la probabilità di accertamento⁶.

Non è qui possibile affrontare *funditus* la questione. Mi limiterò, a qualche breve osservazione tenendo in considerazione i due diversi possibili scopi.

Prima di far ciò, però, è bene chiarire che:

⁵ In realtà la Commissione sa bene che il sistema statunitense è accusato da più parti di cattivo funzionamento (al punto che al n. 47 il Gruppo di studio afferma che "*The US system is often perceived as encouraging unmeritorious or vexatious litigation. This system should be examined carefully and lessons drawn from it, as well as from the experiences of other foreign jurisdictions in this field, as appropriate. The protection of rights deriving from Community competition law is important, but it is also important to keep excessive litigation in check and to try to achieve some form of moderation in the enforcement system*) ma questo non induce ad essere cauti nell'affermazione secondo la quale concedere il risarcimento del danno si rivela utile sul piano dell'efficienza del sistema.

⁶ Sulla differenza fra la c.d. teoria classica della sanzione e teoria c.d. moderna in cui l'attività di enforcement viene vista come una variante di policy, ed in cui la sanzione ottimale può essere soddisfatta attraverso una infinità di combinazioni vedi Grillo, L'ottimalità delle sanzioni antitrust, Relazione presentata alla Conferenza su Analisi Economica e Diritto Amministrativo, Venezia 28-29 Ottobre 2006.

- 1) darò per scontato che lo strumento pubblicistico debba essere mantenuto (e d'altra parte questo ad oggi non mi sembra essere mai stato seriamente revocato in dubbio. Le ragioni di ciò non possono essere qui neanche sintetizzate);
- 2) la questione che mi porrò non è quella relativa alla possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento la figura del pagamento di una somma di denaro ad un privato in funzione di punizione (d'altra parte il nostro ordinamento già conosce figure di danno punitivo⁷), bensì quella di riconoscere ciò in presenza di un ruolo già attribuito alle autorità pubbliche ed in presenza di questioni complesse come quelle relative ai funzionamenti di mercato.

Consideriamo la prima delle due ipotesi, e cioè che, secondo le istituzioni comunitarie, lo strumento privatistico debba essere incrementato perché consentirebbe di scoprire casi che altrimenti rimarrebbero impuniti.

In primo luogo, occorre chiedersi se ed in che misura ciò sia in concreto vero.

A questo proposito è utile precisare che i dati che ci provengono dagli Stati Uniti devono essere considerati con molta cautela perché l'*enforcement* pubblicistico li opera in maniera diversa. Come è stato già detto, "*in the Us context .. public enforcement appears to be essentially limited to criminal prosecution of hard-core price fixing, bid riggings and market allocation cases*" (Wils, 124). In Europa, come è noto, non è così.

Per comparare i dati occorrerebbe, dunque, capire rispetto a quali violazioni il *private enforcement* si è mostrato utile.

Occorrerebbe poi capire quante sono state le c.d. *follow-on actions*. La letteratura statunitense ci informa, infatti, che "*many of the private treble damage cases follow government cases*".

E' evidente che le c.d. *follow on actions* non agiscono sul piano dell'incremento di casi che altrimenti andrebbero impuniti ma, eventualmente, sul piano della quantificazione della sanzione. Le migliaia di cause intentate in Italia in seguito alla scoperta del cartello delle assicurazioni, ad esempio, non hanno fatto scoprire alcunché di nuovo.

Occorrerebbe poi capire se questo numero di casi nuovi scoperti attraverso i soggetti privati siano stati correttamente affrontati dalle corti. Secondo Posner, ad esempio, molti dei casi affrontati e risolti dalle corti statunitensi con la concessione del risarcimento del danno sono frutto di analisi sbagliate. Qualunque sia il giudizio sull'analisi di Posner non è difficile credere che le corti europee oggi **non** siano attrezzate ad affrontare analisi complesse che spesso anche i più maturi cultori dell'antitrust faticano ad effettuare.

L'eventualità che le decisioni dei giudici siano tecnicamente non corrette, le possibili distorsioni in chiave ricattatoria dello strumento privatistico (più volte denunciate negli Stati Uniti), la possibile esiguità del numero di azioni "nuove", la

⁷ Così Belfiore, Appunti per gli studenti, par. XI: "la figura del risarcimento punitivo non è ignota nel nostro ordinamento. A parte l'art. 938 cod. civ. (che esigerebbe lunghi discorsi) si possono considerare: 1) l'art. 3, L. 1990, n. 386 ("Il mancato pagamento dell'assegno bancario per difetto di provvista obbliga l'emittente a corrispondere .. una penale pari al 10% della somma non pagata"; 2) l'art. 3, L. 1998, n. 192 ...; 3) l'art. 12, L. 1948, n.47.

possibilità in alternativa di migliore l'effettività dello strumento pubblicistico, consigliano una certa dose di cautela nello sposare l'affermazione delle istituzioni comunitarie secondo le quali il *private enforcement* consente la piena efficacia della disciplina comunitaria, almeno se con ciò ci si riferisce all'aumento dei casi investigati.

Non sembra, cioè, che ad oggi ci siano dati sufficienti che spingano verso l'incremento dell'uso dello strumento privatistico. Il che ovviamente non significa negare il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da parte dei privati (che inevitabilmente fa andare incontro allo stesso tipo di rischi sopra descritti), ma solo non incrementare – dati i suddetti rischi – l'uso dello stesso.

Resta da chiedersi se sia vero che la quantificazione della sanzione possa dirsi più vicino all'ottimo se si attiva il *private enforcement*, cosicché i rischi cui si va incontro nell'incrementare l'uso dello strumento privatistico potrebbero essere compensati dal raggiungimento di questo risultato.

In primo luogo, c'è da dire che è dubbio che attraverso il *private enforcement*, quale che sia l'incentivo che si voglia proporre, si riesca a portare in giudizio qualunque tipo di violazione della disciplina antitrust.

Si pensi, ad esempio, a quanto poco spazio possa esserci per lo strumento risarcitorio nell'ipotesi in cui più imprese si accordino per non fare ricerca in un determinato settore, o si accordino per ritardare l'immissione di un prodotto sul mercato.

Supponiamo, infatti, che più imprese produttrici di ferri da stiro (o di altro) vengano a patti per non farsi per un anno concorrenza sul piano della ricerca scientifica. Tralasciando l'aspetto teorico, ci si può chiedere quanto sia plausibile sul piano concreto che i soggetti che non hanno potuto beneficiare dell'eventuale nuovo prodotto riescano, quale che sia la facilitazione che si voglia loro offrire sul piano processuale o sul piano della quantificazione doppia o tripla, ad ottenere un risarcimento del danno.

Ed ancora, supponiamo che sia stato inventato un ferro da stiro più agevole e che le imprese con grandi scorte del vecchio modello si accordino per ritardare di sei mesi l'immissione sul mercato del nuovo ferro. E' credibile, di nuovo, che i privati riescano in questo caso ad ottenere il risarcimento dei danni?

Scegliere di rafforzare l'*enforcement* privatistico a fronte di quello pubblicistico, in vero, significa accettare che alcuni tipi di illeciti possano essere scoraggiati inevitabilmente più di altri e ciò a prescindere dalla perdita di benessere sociale che essi possono determinare.

Questo potrebbe non essere un problema, sul piano dell'ottimo di *deterrence* se il giudice potesse liberamente moltiplicare il danno sociale per un coefficiente punitivo pari all'inverso delle probabilità di *enforcement*.

Non un numero fisso, dunque, pari a tre (come si fa negli Stati Uniti) o due (come propone la Commissione) ma un numero che vari a seconda del tipo di illecito. E non il danno del singolo che agisce, e neanche della classe, che comunque deve essere omogenea, ma di tutti, mi sia consentita un'espressione non tecnica, i tipi di classe.

Se si tenesse conto solo del danno ai concorrenti (e non di tutti gli altri attori del mercato), per esempio, e si moltiplicasse per un coefficiente punitivo pari all'inverso delle probabilità di *enforcement*, avremmo una situazione di *underdeterrence*, a meno che, per l'appunto, o il giudice fosse autorizzato a tener conto del danno complessivo o fosse

autorizzato a moltiplicare ulteriormente tenendo conto della possibilità che le altre classi non vadano in giudizio.

Il giudice, cioè, dovrebbe essere trasformato in funzionario che commina una sanzione del tutto sganciata dalla questione che gli si pone davanti (a quel punto, è palese, l'espressione risarcimento del danno sarebbe del tutto impropria, si tratterebbe di un istituto altro), autorizzato a fare anche calcoli presuntivi. Non vi è chi non veda come tutto ciò non potrebbe funzionare. A ciò si aggiunga che nascerebbero seri problemi di coordinamento con le altre autorità legittimate ad intervenire.

Se così è, bisogna chiedere alla Commissione una certa cautela nell'affrontare la questione dell'uso dello strumento privatistico in chiave di raggiungimento dell'ottimo di deterrenza. Un conto è riconoscere la possibilità di compensare i soggetti lesi, altro conto è caricare tale risarcimento di una funzione positiva che potrebbe veramente non avere.

Il che, ovviamente, non significa che il sistema di deterrenza non possa essere migliorato, ma che la via possa essere un'altra e cioè quella di una rivisitazione dei criteri di determinazione delle sanzioni pubblicistiche, un aumento delle risorse delle stesse, e, eventualmente, la creazione di sedi periferiche delle autorità.