

(Draft)

Roberto Pardolesi

Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del *private enforcement* nel diritto della concorrenza.

SOMMARIO: I.- La riscoperta del *private enforcement*. II.- Pubblico e privato a confronto: un abbozzo di analisi economica in chiave di deterrenza e compensazione. III.- Limiti del *public enforcement* e virtù del “doppio binario” IV.- L'azione di danno antitrust: un *primer* della Cassazione. Il (falso) problema dell'ingiustizia del danno. V.- Nesso di causalità e prova del danno: presunzioni e dintorni. VI.- L'altra faccia della causalità: *passing-on* e *remoteness*. VII.- L'incerto decorso della prescrizione. VIII.- Uno sguardo al futuro: “facilitare le azioni di danno antitrust”?

I.- Per cominciare, due rilievi, all'insegna dell'ovvietà.

La possibilità, per i privati, di attivare la disciplina antitrust c'è sempre stata, tanto a livello europeo quanto in ambito nazionale. C'era già al tempo degli esordi (stentati); e, comunque, già a partire dalla metà degli anni '70 la Commissione Ce aveva sottolineato la piena esperibilità degli artt. 81 (con la riserva, imbarazzante, del terzo comma) e 82 del trattato dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali. Più in là, pronunce come *Courage v. Crehan*¹ e, di recente, *Manfredi*² si sono incaricate di avvertire che la piena efficacia delle regole comunitarie sarebbe stata messa a repentaglio se non si fosse garantita al privato la facoltà di far valere le proprie ragioni, vulnerate da una condotta anticompetitiva. Per quanto riguarda il nostro sistema, l'art. 33, comma 2, l. 287/90, pur con tutto il bagaglio di incertezze e, talora, incongruità sistemiche che ne hanno punteggiato la traiettoria applicativa³, non lascia dubbi al riguardo. E l'*incipit*, con il caso *Telsystem*⁴, non è certo passato sotto silenzio.

Secondo rilievo. La possibilità, per i privati, di attivare la disciplina antitrust c'è sempre stata, anche sotto i nostri cieli; ma non se n'è accorto nessuno (o quasi). In tutto, sessanta (più precisamente, 62) azioni registrate fino al 2004 in Europa (una decina fondate sul diritto comunitario, le altre d'ispirazione domestica): quanto basta perché il Rapporto Ashurst potesse parlare, e come smentirlo?, di "totale sottosviluppo". Il fatto è che il giudice nazionale soleva trovarsi, rispetto all'art. 81 del Trattato, in una situazione di sostanziale 'cattività', perché relegato alla funzione (molto marginale) di dioscuoro di un antitrust invocato a mo' di *shield*, cioè come difesa nell'ambito di una controversia interindividuale. Giusto un esempio, per intenderci, ma di quelli famosi, perché hanno segnato tappe fondamentali di un'evoluzione che oggi stentiamo a scrollarci di dosso: il noto caso *Pronuptia de Paris*, dove Irmgard Shillgalis, battagliera *franchisee* di Amburgo morosa nel pagamento degli abiti nuziali, tentava di sottrarsi all'azione esecutiva promossa dal *franchisor* opponendo la nullità del contratto per violazione, appunto, del divieto di intese (verticali) restrittive della concorrenza. Da quella cattività il giudice è stato, almeno formalmente, riscattato col Reg. 1/2003: anche se aleggia il dubbio che la rivoluzione copernicana introdotta dalla disciplina 'modernizzata' continui, in maniera alquanto gattopardesca, a presupporre che il ruolo delle autorità giudiziarie ordinarie, legittimate all'esercizio olistico dell'art. 81, sia ancora e sempre sussidiario, ovvero, secondo l'ambigua formulazione del considerando n. 7, metta capo ad un rapporto di complementarità potenzialmente idoneo a schiudere dimensioni nuove, ma esposto altresì alla tentazione di riproporre l'*understatement* previgente. Resta, cioè, il problema di comprendere se si è davvero ad un nuovo inizio, specie alla

¹ Corte giust. 20 settembre 2001, causa C - 453/99, *Racc.* I-6297.

² Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04 (in *Danno e resp.*, 2007, 19).

³ La competenza del giudice d'appello per le sole controversie antitrust nazionali (e limitatamente a tali profili, sì che le questioni eventualmente collegate a quella principale vanno proposte dinanzi ad altro giudice ed in un diverso grado di giudizio) comporta, a mo' di conseguenza (anomala), che le ordinarie regole in materia di competenza stabilite dal codice di procedura civile continuano a valere per il *private enforcement* della disciplina comunitaria, rimesso dunque allo scrutinio di primo grado del giudice di pace o del tribunale. Per un'analisi dettagliata del riparto della competenza in materia antitrust, v. M. CARPAGNANO, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgment of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04 Manfredi*, 3 *Comp.L. Rev.* 47 (2006).

⁴ App. Milano 18 luglio 1995, *Foro it.*, 1996, I, 276.

luce di prese di posizione –come quella di *Courage*– che non tentennano neppure di fronte alla prospettiva di includere, nel novero dei soggetti ammessi al ristoro, chi, venendo *contra factum proprium*, esibisca le proverbiali *unclean hands*.

Delle due l'una. O il 1° maggio del 2004 è successo qualcosa, un piccolo/grande terremoto all'interno della Commissione europea, che non ha ancora prodotto tutti i suoi rivolgimenti, ma che ha avviato un processo di ridefinizione della dialettica fra *public* e *private enforcement*, mettendo in dubbio la (da sempre scontata) centralità del primo. Oppure si dovrà constatare che, nel segno di una complementarità declinata in modo riduttivo, l'unica dimensione di apertura per il *private enforcement* va ad esser contenuta entro il perimetro delle *follow-on actions*, cioè delle azioni che seguono l'iniziativa attivata dall'autorità preposta, con un contributo dei privati (importante quanto si vuole, ma) sostanzialmente parassitario, perché volto a prendere un *free ride*, un passaggio gratuito, nella scia aperta dalla decisione dell'autorità di turno.

La convinzione che il *private enforcement* si riduca ad una dimensione di questo tipo –antitrust come *shield*, più impiego soltanto 'derivativo' a mo' di *sword*- è stata messa seriamente in discussione dal Libro verde della Commissione⁵, che, da un lato, spinge alla riscoperta dell'apporto giudiziale attivato dai privati (e, quindi, anche della *stand-alone action*, assolutamente autonoma ed 'originale', sì da anticipare o addirittura sostituire l'iniziativa dell'autorità); e, dall'altro, può tenere a battesimo scenari completamente diversi, spianando la strada a quella che, scherzosamente ma non troppo, chiamerei "privatizzazione dell'antitrust".

II.- Se, pur con tutto il distacco imposto dalla necessità di schivare omologazioni all'ammasso, effettuassimo un confronto sommario con l'esperienza nordamericana, scopriremmo, dati alla mano, che negli Stati Uniti oltre il 90% dei procedimenti antitrust è attivato dai privati (nel 2004, per esempio, il 95,7% delle procedure antitrust ha avuto origine privata)⁶. Le ragioni di tale divaricazione non sono punto ovvie.

Vi concorre, per certo, la generale riluttanza del sistema europeo ad affidare la deterrenza all'iniziativa giudiziale dei privati, a fronte di un approccio statunitense specularmente ed opposto, che opera ad un tempo come causa ed effetto di scelte procedurali (*treble damages*, *contingency fees*, *class actions*) risolutamente favorevoli agli attori d'oltre Atlantico. Il dato culturale si riverbera sugli strumenti disponibili; e diventa allora difficile, quasi un problema di "chicken and egg", stabilire se la mancata

⁵ *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672, su cui v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, n. 2, 315.

⁶ Si veda il SourceBook of Criminal Justice Statistics Online <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf>, tavola 5.41.2004: nel periodo compreso tra il 1975 e il 2004, sono solo 9 gli anni in cui la percentuale di *private enforcement* è scesa (di poco) sotto il 90%. Per ulteriori elaborazioni cfr. R. VAN DEN BERGH e P. CAMESASCA, *Economic analysis of competition law*, Antwerp, 2006, 26, e C. A. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, 27(1) *World Competition*, 2004, 22 (rapporto di 1 a 10 tra cause civili e provvedimenti amministrativi). Una prima classificazione della casistica in D. H. GINSBURG, *Comparing antitrust enforcement in the United States and in Europe*, 1 *J. Competition L. & Econ.* 427 (2005).

elaborazione europea di istituti di analoga efficacia vada ascritta alle persistenti remore ideologiche o sia essa stessa all'origine della scarsa fortuna sin qui arrisa alla traiettoria compensativa. Per di più, si suole assumere che le azioni per danno antitrust siano ridotte di numero perché, di norma, le vittime dell'illecito hanno una limitata conoscenza del pregiudizio sofferto: consumatori e PMI, si osserva, stentano persino a riconoscere l'esistenza del danno, mentre la singola autorità, sia essa Commissione o Autorità nazionale, dispone di poteri inquisitori penetranti e di una capacità di accesso alle prove particolarmente incisiva. Ancora, si rileva che le violazioni antitrust producono, assai di frequente, danni limitati per un novero elevato di interessati, col risultato, per la verità già sperimentato (e risolto) in altri settori, di elidere l'incentivo individuale a ricorrere in giudizio, anche se la perdita collettiva imposta alla società assume contorni cospicui. La riferibilità del danno ad una pluralità allargata di soggetti rischia, inoltre, di indurre ogni vittima ad aspettare che altri prenda l'iniziativa, attivando un problema di 'azione collettiva' che induce l'impresa o il consumatore di turno a rifiutare i panni del "first mover".

Attenzione, però, a non sopravvalutare gli argomenti testé cennati, specie quelli che fanno leva sui vantaggi strutturali di cui godrebbe il *public enforcement*. E' agevole replicare che in realtà più vicino alla condotta anticompetitiva è proprio il privato: investito in prima persona dai suoi effetti pregiudizievoli ed ovviamente dotato di una migliore capacità di ricostruzione degli elementi della fattispecie, nonché di variegata opportunità di acquisizione delle informazioni connesse. Non a caso, la letteratura economica, da Shavell (1984) a Brodley (1996), suole ripetere che, in linea teorica, i privati dispongono di informazioni più dettagliate sugli illeciti antitrust. Ovvio, allora, che le azioni di danno possano contribuire in maniera significativa all'ampiezza e accuratezza dell'intervento antimonopolistico. Ne fornisce un riscontro plateale il caso statunitense relativo al cartello delle vitamine in "bulk". Nell'ambito del procedimento penale, il DOJ aveva denunciato intese relative a 9 tipi di vitamine per periodi di tempo variamente compresi tra uno e due lustri. Ma, dopo tre anni di intensa *pre-trial discovery*, un attore privato è stato in grado di portare alla luce l'esistenza di accordi cartellistici per ulteriori 7 tipi di vitamine; ed altri ancora hanno contribuito a mettere in chiaro che, per le 9 vitamine originariamente investigate dal DOJ, la durata della collusione era stata, all'atto pratico, considerevolmente più lunga di quanto assunto dall'Antitrust Department. Per chi non s'accontenti, l'*interim report* prodotto da Robert Lande e Joshua Davis per l'American Antitrust Institute nel novembre 2006 si raccomanda come miniera di esempi di iniziative giudiziarie private che hanno impresso maggior precisione e rigore alla repressione antimonopolistica⁷.

A conti fatti, comunque, il più forte argomento in pro del *private enforcement* rinviene dall'insufficienza di quello pubblicistico. Si pensi all'*easy case* degli *hard-core cartels*, le concertazioni considerate irredimibili, perché non c'è modo di sottrarle al vaticinio di Adam Smith, secondo il quale è difficile che, quando si ritrovano per un brindisi comune, i commercianti non finiscano per parlare di prezzi e di come li si

⁷ R. H. LANDE e J. P. DAVIS, *An evaluation of private antitrust enforcement: 29 case studies*, interim report, November 8, 2006, available online at <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/550b.pdf>.

potrebbe ‘aggiustare’ in maniera da rendere la vita per tutti meno sgradevole. Insomma, i cartelli vanno scoperti e repressi.

Ma qual è il tasso di monitoraggio e disvelamento di un cartello, nato per operare in clandestinità? Domanda da cento pistole, si dirà. Eppure esiste, a questo riguardo, una serie nutrita di rilevazioni, condotte sulla base dei dati raccolti con riguardo alla prassi antitrust (per gli Stati Uniti, abbastanza ragguardevole). In un sabbia di cifre neppure troppo ondivaghe, i più inclinano a ritenere che il livello di *detection* dei cartelli si attesti, in via di cruda approssimazione, intorno al 15%⁸. Qualcuno precisa: 16%. Come dire che si scopre un cartello su sette; e non par dubbio che una

⁸ Le stime sul saggio di scoperta dei cartelli sono, a tutto concedere, tentative. La tabella riportata di seguito, che devo alla cortesia di Andrea Renda, consente un quadro riassuntivo delle valutazioni espresse da chi si è cimentato in tale esercizio.

| Source | Probability | Comment |
|----------------------------|----------------|---|
| Landes (1983) | 0.33 | Merely an illustration |
| USSD (1986:15) | 0.10 | Contains a transcript of 1987 testimony of DAAG for Antitrust Ginsberg; probably refers to domestic cartels 1970-1980s |
| Cohen and Scheffamn (1989) | 0.33 | No source; probably influenced by Landes 1983 |
| Beckstein and Gabel (1982) | Less than 0.50 | A large anonymous survey of antitrust lawyers in ABA, mean response 3.6 |
| Feinberg (1985:379) | Less than 0.50 | An anonymous confidential survey of antitrust lawyers working in Brussels and observing EC, the mean response was 4.4 |
| Werden-Simon (1987) | Less than 0.10 | Quoting the 1987 testimony of DAAG for Antitrust Ginsberg |
| Bryant-Eckard (1991) | 0.13-0.17 | Quantitative estimate derived from an event study of US prosecuted cartels 1961-1988 |
| OECD (2002: 19) | 0.13-0.17 | Accepts Bryant and Eckard |
| Golub et al. (2005) | 0.13-0.17 | Replicated Bryant and Eckard (1991) using US cartels from later periods and finds few differences in deterrence |
| Wils (2005:30) | Less than 0.33 | Cites with approval Bryant and Eckard (1991) but the author believes that the US probability has increased since 1961- 1988 and is lower in EU than in US, 0.33 is a conservative upper limit for the EU. |
| Wils (2006: 24) | 16% | Cites with approval Bryant and Eckard (1991), and assumes 16% is still a conservative estimate for the EU, due to weaker investigative powers of EU authorities. |
| Schinkel (2006:25) | 0.15 | Cites only Bryant and Eckard (1991) but considers it controversial and dated |
| Bush et al. (2004) | 0.10-0.33 | Summary of most of the sources in this table |
| Stucke (2006:47) | unknown | Although without certainty, the author favourably cites USSG (1986), OECD (2002) and Bryant and Eckard (1991) |

piena valorizzazione della migliore informazione detenuta dai privati potrebbe contribuire a correggere uno *score* così disperante..

Non basta. Perché, procedendo sempre con valutazioni di larga massima, si apprende che la redditività media del cartello domestico è computata (sulla base delle intese effettivamente accertate e punite) intorno al 20%, mentre per quelli internazionali il valore mediano del sovrapprezzo monopolistico è stimato nell'ordine del 36%, con punte che possono ampiamente superare il 50%.

Sulla base di questi stime, si può tentare di tracciare, a colpi d'accetta, un bilancio del profilo repressivo derivante dal *public enforcement*. Guardiamo in particolare alla situazione europea, sensibilmente diversa da quella d'oltreoceano, dove la violazione cartellistica comporta condanna penale (mentre nel Vecchio Continente, con le uniche eccezioni di Regno Unito e Irlanda, la deterrenza passa normalmente per ammende amministrative). L'ultima comunicazione della Commissione sulla determinazione della loro entità, datata 2006, ha portato ad un aumento 'selvaggio' del livello sanzionatorio rispetto a quello precedentemente praticato: si arriva ad applicare una forcella fino al 30% del fatturato inciso dalla pratica restrittiva, da moltiplicare per ogni anno di attuazione effettiva. Si aggiunge poi quello che viene chiamato, con vezzo curioso, *entry ticket* (o *entry fee*), che può arrivare fino al 25% e va assommato all'importo di base. Da mettere nel giro, ancora, le aggravanti, tra le quali spicca la recidiva, particolarmente minacciosa anche perché i termini dell'iterazione rimangono alquanto incerti. Il tetto del 10% del fatturato complessivo, mai seriamente attinto in passato, appare ora davvero a portata di mano.

Eppure, nonostante la ruvidità di queste cifre, il livello di capacità deterrente della disciplina antitrust europea è comunemente considerato ben lontano dallo standard ottimale. Il perché è presto detto, se solo ci si accontenta di stime rozze quanto coraggiose. Infatti, a detta dello studio più recente in materia⁹, le sanzioni imposte dalle autorità pubbliche, nel periodo compreso tra il 1990 ed il 2005, corrisponderebbe ad una somma inferiore al 10% del sovrapprezzo imposto dai partecipanti al cartello, a fronte del 15-18% attinto dalle ammende d'oltre Atlantico. Un confronto più minuzioso, condotto però a ridosso di soli 5 cartelli ecumenicamente condannati negli U.S., in Canada e in Europa, mostra che le sanzioni statunitensi veleggiavano in un *range* compreso tra il 27 ed il 67%, del sovrapprezzo, quelle canadesi tra il 28 ed il 92%, quelle europee tra il 23 ed il 79% (mentre, per inciso, l'impatto dei *settlements* nordamericani per le azioni di danni è compreso tra l'83 ed il –udite, udite!- 313%, a riprova del fatto che a questi ultimi spetta la parte del leone, nella repressione dei cartelli).

A questo punto, basta incrociare i dati e il gioco è fatto. La collusione non è scoraggiata frontalmente dal *public enforcement*, perché la penalizzazione rimane ampiamente inferiore all'entità dei guadagni illeciti. Ma, soprattutto, manca la deterrenza prospettica, posto che *l'expected fine*, risultante dalla moltiplicazione

⁹ J. M. CONNOR e C. G. HELMERS, *On modern international cartels* (2006), disponibile all'indirizzo www.ssrn.com.

dell'importo effettivo per la (contenuta) probabilità di disvelamento dell'illecito, risulta decisamente contenuta, delineando un rischio che vale cinicamente la pena di correre¹⁰.

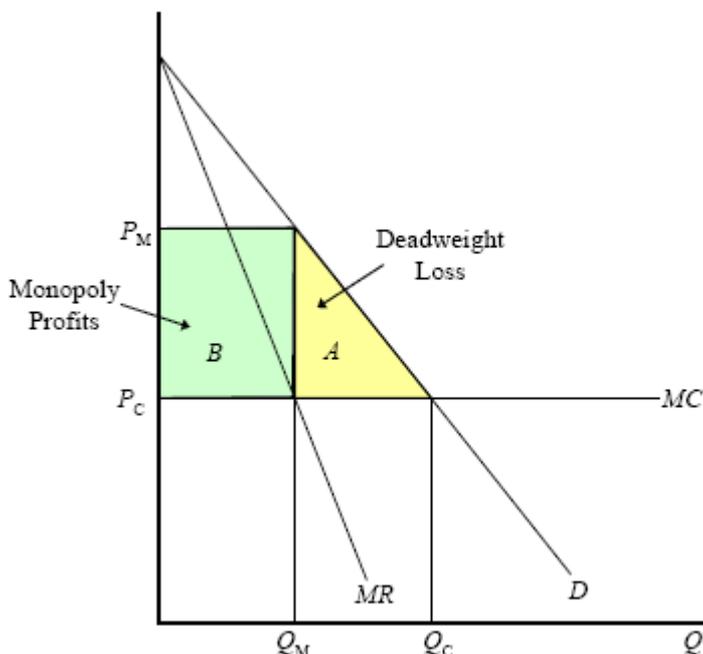
Una mano di conti aiuta a rendere più esplicito il discorso. Fra il 2002 ed il 2007, le sanzioni irrogate dalla Commissione Europea sono state pari a € 6,24 miliardi¹¹ (prima delle applicazioni delle riduzioni di pena). Assumendo, con deliberato ottimismo, un tasso di scoperta del 30% e valendosi della stima maggiormente conservativa (70%) in ordine al rapporto tra le sanzioni imposte ed i sovrapprezzi effettivamente praticati, si rileva come l'impatto totale dell'*overcharge* da cartello –ossia, i profitti di tutti i cartelli (scoperti o rimasti segreti)- sfiori i 30 miliardi di euro, ammontare cui dovrebbe uniformarsi la penalizzazione pecuniaria per garantire la deterrenza ottimale. Il divario si commenta da sé.

Continuando a lavorare d'accetta, scopriremmo, peraltro, che l'*optimal deterrence* è alquanto lontana dalla *corrective justice*. In altre parole, il pregiudizio causato dalla violazione antitrust è presumibilmente più elevato dei guadagni assicurati dall'intesa restrittiva. In proposito, la teoria economica ci rimanda al mitico triangolo della *deadweight loss*, della perdita di benessere sociale¹². Gli economisti opinano che, per il

¹⁰ Sempre CONNOR e HELMERS, cit., rilevato il *trend* di aumento delle sanzioni inflitte nei tre lustri considerati, sottolineano il persistere, nello stesso torno di tempo, di un'accentuata inclinazione alla recidività (più di 170 casi). Nemmeno a dirlo, "extensive recidivism implies that present cartel sanctions are inadequate to deter cartel formation".

¹¹ European Commission, *Cartel Statistics 2002-2007*, updated April 18, 2007.

¹² Teoria (statica) vuole che i mercati trascorsi da condotte volte a restringere la quantità prodotta ed aumentare i profitti per l'impresa o le imprese agenti risultano inferiori, in chiave di benessere sociale, a mercati dove la concorrenza ha modo di dispiegarsi senza ostacoli.



Il ragionamento è noto, così come la sua rappresentazione grafica. La figura su riportata, autentico *locus classicus* della materia, mostra chiaramente come il monopolista possa decidere di fissare il prezzo in P_M , in corrispondenza del punto in cui la propria curva dei ricavi marginali (MR) incontra quella dei costi marginali, anziché in P_C , cui corrisponde l'equilibrio perfettamente concorrenziale. Tale comportamento determina una restrizione della quantità prodotta nel mercato (il triangolo A rappresenta la perdita secca

periodo considerato, il “peso” di questo triangolo ammonta –sulla base degli assunti manualistici di linearità della domanda, costi unitari costanti ed elasticità unitaria--, a 15 miliardi di euro. Quanto dire che l'*antitrust injury*, il pregiudizio complessivo inflitto alla società, si aggira intorno ai 45 miliardi di euro¹³: a tanto sarebbero dovute ammontare le *penalties* miranti ad azzerare la partita, sul duplice versante della perdita sociale netta da inefficienza allocativa e dei trasferimenti tra venditori ed acquirenti. Se, a questo punto, per chiudere in bellezza sul punto, mettessimo nel conto anche i cartelli domestici, si approderebbe ad un impatto pari allo 0,5% del prodotto interno lordo dell'Europa dei 27 nel 2005!

Alle corte. Secondo stime forse discutibili ma comunque indicative, per assicurare (con l'attuale livello di sanzioni), una deterrenza/compensazione ottimale, occorrerebbe ricorrere ad un fattore moltiplicativo nell'ordine di (almeno) 6 o 7: qualcosa che appare, a tutto concedere, fuori della portata del correttivo proposto dalla Comunicazione sugli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23.2, lett. a), Reg. 1/2003*, là dove (§ 31) agita la minaccia di tener conto della “necessità di aumentare la sanzione per superare l'importo degli utili illeciti realizzati tramite l'infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile”.

III.- Se tutto questo non bastasse –ma davvero si stenta a capire perché mai dovrebbe essere così-, la lista degli argomenti in pro di un doppio binario di tutela potrebbe essere ulteriormente integrata. Mi limiterò ad elencarli in ordine sparso, senza alcun tentativo di elaborazione organica.

V'è, innanzi tutto, il problema della cronica scarsità delle risorse disponibili. I *budget constraints* che affliggono in ogni dove le amministrazioni pubbliche, ivi comprese le autorità indipendenti preposte all'*enforcement* della disciplina antimonopolistica, rendono ragione della loro involontaria “timidezza”. E' persino ovvio che i soggetti privati, mossi dal fine di tutelare i propri interessi attraverso il conseguimento di un “premio” *sub specie* di risarcimento del danno, potrebbero ovviare al basso livello di deterrenza pubblica. Negli U.S., dove operano meccanismi deputati a propiziare quel risultato, il contributo privato alla scoperta dei cartelli è più che tangibile. Il già ricordato studio di Lande e Davies riscontra, sulla base dell'analisi di 29 casi di violazioni antitrust, come più del 70% dei danni recuperati provenga da azioni indipendenti.

D'altro canto, l'attuale sistema, imperniato sul primato indiscusso dell'iniziativa pubblica, è esposto al pericolo di gravi distorsioni. La questione si pone in forma acuta allorché un unico ente svolge sia la funzione investigativa che quella sanzionatoria delle condotte anti-concorrenziali. Con riguardo a tale contesto una voce insospettabile, prendendo liberamente a prestito suggestioni da *public choice*, evoca la possibilità che i funzionari, incaricati della fase investigativa, anelino a giustificare (nei confronti dei propri superiori) le scelte e gli sforzi compiuti, cercando conferme piuttosto che

sociale, il rettangolo B il trasferimento di ricchezza dai consumatori agli azionisti dell'impresa in monopolio).

eventuali lacune nelle loro analisi¹⁴. Con la complicità di un sindacato debole sui provvedimenti resi da questi enti, secondo lo stile corrente in ambito europeo, il rischio di errori di tipo I e II (falsi positivi e falsi negativi) potrebbe rivelarsi eccessivamente elevato.

Neppure è dato credere, ancora con Wouter Wils, che, ferma restando l'opportunità di perseguire obiettivi di giustizia correttiva, una più efficiente composizione degli interessi in gioco potrebbe essere raggiunta col semplice espediente di far sì che le sanzioni siano pari alla perdita netta causata alla società dal comportamento illecito (ecco rispuntare, una volta di più, il triangolo della *deadweight loss*), moltiplicata per l'inverso della probabilità che una sanzione sia effettivamente imposta, con l'aggiunta dei sovrapprezzi pagati dagli individui in ragione dell'esistenza delle intese anti-concorrenziali (rettangolo B)¹⁵. A tacer d'altro, un ulteriore inasprimento delle sanzioni nei confronti dei soggetti (pochi) colpiti dal provvedimento di condanna scaverebbe un solco troppo profondo, iniquo ai limiti dell'intollerabilità, rispetto agli autori delle violazioni rimaste sotto traccia.

L'esplorazione del *cahier de doléances* e delle sue implicazioni richiederebbe molto altro spazio. E tempo, che ovviamente non c'è. Ma anche da una ricognizione così rapsodica è dato ricavare una morale spicciola. Se il *public enforcement* è incapace di fronteggiare come si conviene l'attività cartellistica, allora ben vengano le azioni private. L'antitrust va privatizzato, attribuendo alle corti un compito che comunque compete loro e che aspetta soltanto di essere adeguatamente valorizzato.

Vedremo, tra un momento, che questo è il 'lato buono' della forza. Appena un passo più in là aleggiano interrogativi inquietanti.

IV.- Nemmeno a dirlo, la riscoperta del *private enforcement* implica un drammatico mutamento di campo, di modo di pensare l'antitrust. Nel dar corpo all'idea, cui si cennava in apertura, che quello del giudice non sia il ruolo di un gregario, chiamato soltanto a supportare un *enforcement* che vive altrove e di cui occorre semplicemente cogliere i riflessi, si tocca con mano la necessità di rivisitare, con coscienza critica, più di un passaggio nevralgico nell'elaborazione della responsabilità civile relativa al versante antitrust.

Il compito sembrerebbe essere agevolato dal contributo apportato da un fresco *exploit* della Cassazione (est. Spirito)¹⁶, che non solo ribadisce con convinzione l'esperibilità dell'azione di danno ad opera del consumatore pregiudicato da una pratica cartellistica, ma s'imbarca nell'ambizioso tentativo di definire i dettagli applicativi rimasti sin qui inesplorati.

Quanto al primo profilo, che mira a 'sistematizzare' l'esistente, la pronuncia ricostruisce lucidamente la convulsa vicenda interpretativa snodatasi tra la sentenza

¹⁴ Questa è la tesi di W. P. J. WILS, *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal economic analysis*, in *World Competition*, 2004, 205.

¹⁵ Si veda W. P. J. WILS, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, disponibile su www.ssrn.com.

¹⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Foro it.*, 2007, I, 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

Fittipaldi, sul finire del 2002¹⁷, e l'intervento delle Sezioni unite (est. Berruti), all'inizio del 2005¹⁸. L'idea di un diritto antitrust ad uso esclusivo degli imprenditori, con tanto di diniego della legittimazione del consumatore all'azione di danni ex art. 33, comma 2, l. 287/90 (salva la possibilità, di problematica decifrazione, di seguire la traiettoria generale ex art. 2043 c.c.), viene smentita senza incertezze; e, con essa, anche il corollario strumentale che vedeva, nel contratto intercorso tra consumatore e membro del cartello, una monade isolata, indifferente alla nullità della previa intesa restrittiva della concorrenza. I *Folgeverträge*, spiega ora la corte nel solco della sentenza del 2005, sono inscindibilmente collegati al cartello da cui promanano, rappresentano il momento realizzativo, in danno del consumatore, della volontà anticompetitiva "residente a monte": insomma, coronano strumentalmente il disegno cartellistico e ne condividono, a colpi di collegamento funzionale, le sorti. Orbene, secondo quanto sembra di capire, quei contratti attuativi, di cui viene appunto adombrata la nullità riflessa, rilevano non in quanto fenomeni negoziali ma come elementi di una fattispecie d'illecito.

Riannodato così il filo di Arianna che porta al risarcimento del danno, la sentenza-manifesto del Supremo collegio si fa carico del tema dell'ingiustizia del danno, disperdendo i dubbi che potrebbero discendere dall'incerta sorte dell'*economic loss* e dal tradizionale disfavore per la *Differenztheorie*. Forte della 'spallata' a suo tempo assestata da Cass. 500/99, l'estensore non ha difficoltà ad individuare una messe di dati normativi idonei ad attribuire rilevanza ordinamentale all'interesse "ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale". Sull'aporia di una situazione giuridica subiettiva che assume contorni ultraindividuali non sarà il caso di soffermarsi più di tanto. Meglio sottolineare che l'occasione invitava alla franchezza, schivata da tanti, ma nel nostro caso più necessaria che altrove: il danno ingiusto, come dimensione del *contra ius* da ricercare nel *vulnus* inflitto a diritti soggettivi innominati, da coniare *ad hoc*, non esiste più. Con fare quasi maramaldo, ci si disfa di un problema solo immaginario.

Di là dal (falso) problema dell'ingiustizia del danno, c'è da chiedersi, piuttosto, se la riconduzione dell'azione di danno antitrust all'alveo generale dell'art. 2043 c.c., con la sola deviazione dettata (con riguardo alla competenza) dall'art. 33, comma 2, l. 287/90, non prospetti una soluzione peggiore di quella che si andava definendo nella prassi. Si è osservato, infatti, che, in assenza di validi strumenti processuali di aggregazione degli *small claims*, il nuovo corso della Cassazione, pur impeccabile sul piano concettuale, "nei fatti soffoca (rispetto alla regola giurisprudenziale precedente) qualunque pretesa di tutela che il consumatore o l'impresa che lamenti un piccolo danno patrimoniale possa legittimamente vantare"¹⁹. L'accentuato squilibrio delle risorse finanziarie tra le parti in causa è scontato quando si tratti di consumatori o microimprese (che, per di più, lamentano danni di modesta entità). E che tale squilibrio sia idoneo di

¹⁷ Cass., sez. I., 9 dicembre 2002, n. 17475, *Foro it.*, 2003, I, 1121. Per un'analisi più approfondita del problema, v. R. PARDOLESI, *Cartello e contratto dei consumatori: da Leibniz a sansone?*, nota a Cass., sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, *Foro it.*, 2004, I, 469.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *Foro it.*, 2005, I, 1014, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*,

¹⁹ Così M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 769, 773.

per sé a disincentivare i potenziali attori dal portare in giudizio un fondato caso antitrust –magari per tema di dover pagare, in caso di soccombenza, le spese processuali di controparte- è inconveniente innegabile. Solo che la sua causa precipua sta nella premessa, ossia nell’indisponibilità, allo stato, di procedure collettive atte a rimettere in gioco quelli che un tempo eravamo soliti chiamare interessi diffusi. È questo il piano su cui, non soltanto per la materia che ci occupa, andrebbero ricercati i correttivi più acconci.

V.- Naturalmente, chi invochi il risarcimento del danno ha l’onere di dimostrare la ricorrenza del nesso causale fra comportamento illecito e pregiudizio lamentato. La Cassazione valorizza, al riguardo, l’inscindibilità, teorizzata in precedenza, fra intesa-madre, causa “remota”, e singolo contratto attuativo, che porta a compimento il disegno anticoncorrenziale. Quanto basta perché il giudice possa “desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto probabilistico tra antecedente e dato consequenziale”. Parte di qui una riflessione sintetica sulla causalità (materiale, in quanto rapporto naturalistico di derivazione del danno ingiusto dalla condotta e, soprattutto) giuridica, intesa, secondo la deriva di un orientamento minoritario²⁰, come quella per cui “i fatti sopravvenuti, idonei di per sé soli a determinare l’evento, interrompono il nesso con tutti gli antecedenti causali”. Soccorrono, all’uopo, criteri di probabilità scientifica o, se tutto manca, di logica aristotelica (qualunque essa sia, posto che i suoi precetti restano ignoti a tutti, meno, s’intende, che alla Cassazione): siamo, insomma, in piena *bagarre* da sentenza *Franzese* e dintorni, con la logica probabilistica destinata a prevalere sul riscontro statistico perché capace di apprezzare le circostanze differenziali del caso di specie.

Discorso complicato, forse oltre il segno della necessità. Occorre convenire, comunque, che il problema è spinoso, anche se non tutto sotteso alla snodo concettuale cui vorrebbe ricondurlo la corte. Il passaggio pregiudiziale è costituito, infatti, dall’individuazione del danno, inevitabilmente legato ad un giudizio prognostico, da effettuare sulla base di uno fra i numerosi modelli economici a disposizione dell’interprete. Nel caso cui si riferisce la pronuncia, si può assumere, con un po’ di buona volontà, che il parametro adottato sia la c.d. *yardstick theory*, che raffronta il livello di prezzo all’interno del mercato nel quale è stata posta in essere la concertazione con quello registrato in altri mercati, esenti da collusione.

Ma, dando per concesso tutto quanto precede, quel sovrapprezzo è davvero dovuto all’intesa o discende da altri fattori, che hanno variamente inciso sulla scena economica?²¹ Le incertezze sollevate da quest’interrogativo minacciano un’*impasse*,

²⁰ La causalità giuridica viene così ricondotta al procedimento (tutto giuridico) mediante il quale si espungono dal rapporto causale tutti gli antecedenti che appaiono inadeguati rispetto alla produzione di un dato evento, assegnando rilevanza eziologica alle sole condotte che si pongono in una relazione di regolarità causale (o di prevedibilità) rispetto alla causazione del fatto illecito. Ciò val quanto scindere il processo della causalità materiale in due *sub* procedimenti, lasciando fuori dal giro l’accertamento dei danni risarcibili. In questi termini si esprime, da ultimo, Cass. 19 maggio 2005, Pauletti, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 6.

²¹ Non sorprende, dunque, che la riconducibilità all’intesa della maggiorazione tariffaria, con conseguente imputabilità all’assicuratore del pregiudizio risentito dalla controparte, sia stata oggetto di pronunciamenti

che la sentenza si sforza di scongiurare: a) dapprima invocando il ragionamento probabilistico, in forza del quale il giudice potrà individuare l'intesa illecita come "condotta preparatoria rispetto alla condotta finale, costituita dall'aumento di polizza" e configurare il danno come "maggiore esborso"²²; b) e, poi, ripiegando sul piano della ripartizione dell'onere probatorio.

Per quanto riguarda il profilo *sub a*), c'è da credere che l'apparato concettuale invocato sia persino eccedentario rispetto al bisogno. A tacer d'altro, i molti contorcimenti che mozzano il respiro quando si abbia a ragionare in chiave di giudizio controfattuale a ridosso di condotte illecite omissive sono, nella circostanza, un fuor d'opera. La concertazione cartellistica, cui si rapportano inscindibilmente le condotte finali, mira a incrementare i prezzi; questi ultimi risultano in fatto maggiorati. L'uno e l'altro sono fatti storici, accertati. Con tali presupposti (che sono, poi, quelli tipici di un illecito commissivo), la dimostrazione del nesso di causalità, in termini di *conditio sine qua non* -ma anche di causalità adeguata-, fila liscia, non foss'altro perché qui di controfattuale non c'è neppure l'ombra (se non per quanto attiene alla tecnica di computazione putativa del *quantum*, in alternativa agli altri metodi disponibili e, quando tutto manchi, al salvifico ricorso alla valutazione *ex aequo et bono*). Spetterà al convenuto -e si approda così al profilo *sub b*)- dimostrare, se del caso, l'interruzione del nesso causale ad opera di altri eventi, autonomamente idonei o alternativamente concorrenti a determinare il rincaro.

Nella sostanza, sembrerebbe lecito concludere che, in presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, il nesso causale si dà per (pressoché) presunto, salva prova contraria, la cui praticabilità consente di respingere come "aberrante" l'idea di un danno *in re ipsa*, senza gravare oltre misura la posizione dell'attore. Sennonché, il discorso si rivela, nei fatti, più complicato. E' ben vero, infatti, che, ad avviso della Cassazione, l'acquirente diretto deve solo allegare il provvedimento di condanna dell'Agcm, oltre all'esistenza del rapporto entro il quale ha operato, illecitamente, il potere di mercato di controparte: nel che è dato cogliere un autentico viatico per le *follow-on actions*. Ma, si è obiettato, se pure dalla vittima dell'*infringement* non si pretende la prova esatta della

diversi di uno stesso organo giurisdizionale (nella specie, la Corte d'appello di Napoli). Da una parte si è sostenuto che l'aumento del costo della polizza rca può considerarsi derivante, in termini di normalità e verosimiglianza, all'intesa illecita, sì che la compagnia coinvolta è tenuta a risarcire il danno in tal modo cagionato al proprio cliente (cfr. App. Napoli 3 maggio 2005, *id.*, 2005, I, 1880, con osservazioni di A. PALMIERI; il danno è stato liquidato equitativamente, in misura pari al venti per cento dell'importo totale del premio versato); dall'altro, si è rigettata, per difetto del nesso causale, la domanda risarcitoria proposta dal cliente, sul rilievo che la partecipazione all'intesa --sanzionata invero sulla base dell'avvenuto scambio di informazioni commerciali sensibili, senza alcun accertamento in ordine ai suoi effetti-- non costituisce di per sé causa immediata e diretta dell'incremento del premio (cfr. App. Napoli 9 febbraio 2006, *id.*, 2006, I, 1184, e *Danno e resp.* 2006, 1133, con nota di S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*; in questa circostanza il collegio ha evidenziato che la crescita dei premi era stata accompagnata da un aumento dei costi particolarmente sostenuto e che comunque non appariva esclusa la possibilità di stipulare una polizza con imprese diverse da quelle coinvolte nell'intesa). Da notare come Cass. 2305/07 abbia cassato la prima delle decisioni partenopee testé menzionate (App. Napoli 3 maggio 2005, *cit.*)

²² Risultato cui, chiosa la Cassazione, si approderebbe anche ricostruendo, una volta di più sulla base di ragionamenti probabilistici o di presunzioni, la vicenda pregiudizievole in termini di perdita della *chance* di ottenere migliori condizioni di polizza. Ma la congruità di questo passaggio appare assai dubbia: cfr. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 764, 768 s.

misura del danno, una qualche specificazione del criterio per la sua valutazione, anche approssimativa, deve pur essere fornita²³: pena, altrimenti, la riproposizione strisciante di quel danno *in re ipsa* che la corte respinge sdegnosamente, perché in contrasto con le coordinate del sistema. La precisazione mira dichiaratamente ad arginare azione “frivole”; ma ha il torto di affidarsi ad un crivello decisamente sfuggente e, con ogni probabilità, idoneo a creare più problemi di quanti contribuisca a risolverne. Uno per tutti: basta l’indicazione del differenziale del 20%, estrapolato a furor di popolo da un *benchmarking* di larga massima contenuto nella decisione dell’Agcm, ad imprimere contorni sufficientemente precisi al danno patito?

VI.- Piuttosto, mette conto sottolineare che il quadro, tutto sommato promettente, tracciato dalla Cassazione racconta soltanto una parte della storia. Vale, cioè, per le ipotesi di danno diretto, e non per i casi in cui il comportamento anticoncorrenziale abbia palesato idoneità astratta a propagarsi “secondo lo schema della reazione a catena”²⁴. Si faccia il caso dell’imposizione di un sovrapprezzo incidente sui costi di un intermediario, che opera per rivendere a valle. Quanta parte di quell’*overcharge* verrà traslata sui successivi acquirenti? Può l’autore dell’illecito difendersi nei confronti dell’acquirente diretto col dire (e provare) che quest’ultimo non ha, mettiamo, subito pregiudizio alcuno, perché l’aumento è stato totalmente ribaltato sui successivi compratori (uso difensivo del *passing-on*)? E possono gli acquirenti che si collocano al secondo livello, o magari più in giù nella filiera produttiva/distributiva, agire direttamente nei confronti del monopolista, allegando (e provando) di esser stati loro, in ultima analisi, a saldare il conto (uso offensivo del *passing-on*)?

Questi interrogativi sono al centro di un dibattito serrato, da quando, prima in *Hanover Shoe Inc. v United Shoe Machinery Corp.* (1968)²⁵, e poi in *Illinois Brick Co. v. Illinois* (1977)²⁶, la Corte Suprema U.S. ebbe a stabilire, rispettivamente, che al convenuto in un’azione antitrust era precluso l’uso difensivo del *passing-on* e che, per una sorta di contrappasso logico, gli acquirenti indiretti non avevano titolo per chiedere danni dai contorni disperatamente speculativi. Da allora, almeno 36 Stati hanno polemicamente emanato leggi locali intese ad elidere, in tutto o in parte, il blocco di *Illinois Brick*; e fra le raccomandazioni espresse, nell’aprile scorso, dall’Antitrust Modernization Commission figura l’esplicita richiesta di un intervento legislativo federale atto a rimuovere la regola. Senza entrare nei meandri di un dibattito che ci porterebbe troppo lontano, varrà la pena di ricordare che gli agguerriti difensori degli ‘Illinois walls’ non negano affatto che l’acquirente indiretto possa sopportare conseguenze pregiudizievoli per effetto della traslazione del sovrapprezzo. La causa dell’esclusione dal risarcimento è un’altra: si vuole, in sostanza, che tutto si concentri nelle mani del *direct purchaser*, del soggetto più ‘vicino’, che ha subito il danno frontale (e a prescindere dal fatto che l’abbia scaricato a valle), nel presupposto che egli abbia un interesse di maggior spessore rispetto ai compagni di sventura (da lui eventualmente vittimizzati...) e, quindi, più consistenti incentivi ad attivarsi in giudizio,

²³ Cfr. AFFERNI, cit., 767.

²⁴ In questi termini si esprimeva, alludendo alla problematica del *passing-on* (su cui *infra*), Cass. 15538/03, cit.

²⁵ 392 U.S. 481 (1968).

²⁶ 431 U.S. 720 (1977).

oltre che minori difficoltà probatorie²⁷. L'idea sottesa, per farla corta, è che la deterrenza conta più della compensazione.

Ma l'esperienza europea segue una traiettoria decisamente diversa. Proprio qui, anzi, si avverte più nitida la portata dei principi fissati nella sentenza *Manfredi*. Ci viene chiesto di pensare in termini di *compensation*, di *restitutio in integrum*, di ripristino della situazione e quindi di riposizionamento del soggetto inciso nella stessa curva di indifferenza su cui si sarebbe trovato se la pratica illecita non fosse esistita; e non si tarda a scoprire che l'ottica compensativa contrasta con la possibilità dell'ingiustificato arricchimento da parte di un soggetto che ottiene ristoro per un pregiudizio non subito, anche ove ciò sia funzionale alla logica della deterrenza. In altre parole, gli acquirenti indiretti, stando alla deriva di *Manfredi* e al torno complessivo del sistema della responsabilità civile 'continentale', hanno titolo, non diversamente dagli altri soggetti incisi dalla pratica anticompetitiva, alla *restitutio in integrum*; e la riconosciuta difficoltà nell'individuare lo 'spessore' degli effetti di *pass-on* non giustifica l'abdicazione da qualsivoglia funzione compensatoria. Né vale replicare che, man mano che si scende lungo la catena, l'entità del danno diminuisce e con esso gli incentivi, perché ciò non preclude la possibilità di ricostruire il circuito virtuoso in termini di *class action* o, comunque, di azioni rappresentative che portino alla riagggregazione degli interessi lesi, rilanciando, anche a questo livello, la praticabilità concreta del *private enforcement*.

Anche per i casi di *passing-on*, in definitiva, sembra preferibile orientare la rilevazione del nesso causale sul riscontro probabilistico, a forte caratura teorica, di fattori oggettivi quali l'elasticità della curva di offerta dell'intermediario rispetto alla propria curva di domanda, la relazione temporale (nel lungo periodo è dato immaginare che gran parte del sovrapprezzo venga scaricato a valle), la politica di prezzi adottata, il tipo di costo (variabile, fisso) alterato dalla condotta illecita. Ed è appena il caso di aggiungere che analogo ragionamento andrebbe proposto per altre categorie di soggetti potenzialmente in grado di dimostrare di aver sofferto un danno a causa della condotta anticompetitiva. L'inventario, che si presta ad essere ordinato secondo una sorta di *sliding scale* di 'lontananza' dall'illecito (ma resta aperto ad ulteriori addizioni), annovera:

- fornitori di beni e servizi ai partecipanti all'intesa o all'impresa dominante, i quali potrebbero avere subito un danno derivante dalla restrizione della quantità richiesta in seguito al maggior prezzo imposto;
- fornitori di beni e servizi ad imprese che vendono prodotti comunque legati a quelli oggetto dell'intesa o condotta anticompetitiva, i quali potrebbero soffrire una riduzione delle quantità vendute come risultato del prezzo sopra-competitivo imposto dall'intesa;

²⁷ Presupposto discutibile in vista dei vincoli dissuasivi che potrebbero discendere proprio dalla *vicinitas* e dalla sussistenza di "long-lasting relationships": il lavoro di W.H.PAGE, *Class certification in the Microsoft indirect purchaser litigation*, 1 *J. Competition L. & Econ* 303 (2005), ha documentato che, nel cospicuo novero di azioni intentate da privati, fra il 1999 ed il 2004, a seguito della condanna ottenuta dal DOJ in primo grado a carico di Microsoft (*U.S. v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C)), non figura alcuna iniziativa di acquirenti diretti.

- coloro i quali avrebbero comprato i beni oggetto dell'accordo restrittivo, ma che, in ragione del prezzo eccessivo, sono stati spinti a rinunciare all'acquisto o si sono rassegnati ad acquistare beni di minore qualità;
- coloro i quali assumano di essere stati estromessi dal mercato in ragione della condotta anticompetitiva;
- dipendenti che abbiano perso il posto in seguito alle restrizioni della produzione.

Recuperare all'area del danno risarcibile anche questi interessi è compito impervio, cui però non è dato sottrarsi e che postula, com'è stato osservato, un processo di razionalizzazione delle diverse situazioni bilaterali tipiche di ingiustizia²⁸.

VII.- Nella recente sentenza, più volte richiamata, la Cassazione tocca anche il tema della decorrenza del termine di prescrizione. Nel farlo, per inciso, la corte esclude che la definitività dell'accertamento amministrativo, con tanto di suggello del Consiglio di Stato, operi a mo' di pregiudiziale all'azione di danno aquiliano: a significativa conferma del fatto che la via aperta dall'art. 33, comma 2, l. 287/90 è del tutto indipendente dall'eventuale attivazione dell'Agcm e dai suoi eventuali sviluppi²⁹.

Si specifica poi, a colpi di art. 2935 c.c., che il momento in cui si produce il danno è diverso da quello in cui la vittima ne ha percezione fenomenica. Solo quando il titolare del diritto sia adeguatamente informato dell'esistenza del pregiudizio e della sua attribuibilità all'autore dell'illecito, solo allora, dicevamo, l'inerzia del danneggiato diviene rilevante ai fini della prescrizione. Occorre, in altre parole, l' "esteriorizzazione" del danno, che si traduce in un quadro cognitivo completo quanto basta per consentire alla vittima di esercitare la pretesa risarcitoria; e tocca al giudice di merito accertare quando questo quadro si sia formato.

La 'lungolatenza' del danno antitrust, così stabilita, intende rispondere alle preoccupazioni ventilate dalla Corte di giustizia nel caso *Manfredi*. I giudici del Kirchberg, partendo dal presupposto che in Italia la tutela contro gli effetti negativi derivanti da un'intesa anticompetitiva diventa efficace a partire dal giorno in cui quest'ultima sia stata posta in essere (sì che il termine di prescrizione della domanda di risarcimento fondata sull'art. 81 decorre a partire dal quel momento), avevano osservato che un'impostazione siffatta minaccia di "rendere praticamente impossibile l'esercizio" dell'azione di danno, "in particolare qualora la norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso"³⁰: nel caso di

²⁸ Così M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 240.

²⁹ Il punto è quanto mai controverso. In molti ritengono che alle decisioni delle autorità antitrust dovrebbe essere riconosciuta forza vincolante per il giudice ordinario. In quest'ordine di idee, la legislazione tedesca appare al momento il fronte più avanzato: la settima novella del *GWB* ha introdotto una previsione che riconosce la pregiudizialità di una decisione amministrativa definitiva non solo dell'autorità nazionale di concorrenza, ma di ogni altra autorità di uno degli Stati Membri. Ma la traiettoria indicata appare difficilmente conciliabile con la libertà della giurisdizione. Non a caso, il britannico OFT, nel Discussion paper *Private actions in competition law: effective redress for consumers and business* (aprile 2007), si limita ad auspicare che, in vista dei problemi di coerenza ed uniformità che deriveranno dal moltiplicarsi di azioni private di danno davanti ai giudici ordinari, questi ultimi prestino riguardo alle decisioni delle autorità britanniche preposte alla concorrenza, precisando che "have regard to" significa "give serious consideration to" e non che "the court is bound".

³⁰ Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04, cit., par. 78.

infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione dell'azione potrebbe addirittura estinguersi prima che sia cessata l'infrazione, precludendo il ricorso a chi abbia subito danni dopo tale scadenza³¹. Orbene, è indubbio che l'esteriorizzazione richiesta dalla Cassazione come momento d'inesco del termine prescrizione spazzi via queste perplessità. Ma il prezzo pagato è elevatissimo. In quale momento il soggetto scopra (=debba scoprire), per indagini proprie o per virtù informative mass-mediatiche, di esser stato 'taglieggiato' è domanda cui non è più dato rispondere in astratto: difficile che il nostro non sia reso edotto dall'apertura di un procedimento istruttorio ad opera dall'Agcm, ma non si dà certezza neppure su questo punto.

Per una disciplina, come quella della prescrizione, che di certezze suole nutrirsi, l'esito non è dei più facili da metabolizzare. Ma, nella prospettiva del *private enforcement*, la scelta -pur esposta al rischio di alimentare un contenzioso scomodo in ordine alla prova dell'avvento della "oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di smettere la sua inerzia"- ha il pregio di apparire decisamente orientata in senso *pro-plaintiff*.

VIII.- Altri profili avrebbero meritato attenzione. Sul piano positivo, di là da qualche perplessità in merito al ruolo della colpa e alla possibilità di presumerla, spicca quello relativo alle tecniche di quantificazione del danno: troppo spesso lasciata in secondo piano --perché non ci si vuole sporcare le mani o forse, più semplicemente, per difetto di validi strumenti analitici e, comunque, di capacità di governarli-, mentre è chiaro che si tratta di questione vitale per la stessa praticabilità del *private enforcement*. Ma non sono meno spinosi i problemi di asimmetria informativa, di accesso alle prove, di correlativi poteri del giudice, di confidenzialità delle informazioni prodotte in giudizio.

Per questa via, che non mi è dato coltivare, il discorso tende inevitabilmente a stingere in valutazioni di politica del diritto (meglio un giudice specializzato? quali opportunità derivano dall'abbandono, per "lenzuolata Bersani", del divieto tradizionale nei confronti del patto di quota lite?) e in prospettive *de iure condendo* (quale futuro per i danni punitivi in forma di multiplo del pregiudizio provato, quanto meno per le violazioni più gravi? conviene far cadere la solidarietà fra coautori dell'illecito nei confronti di chi chieda l'applicazione del programma di clemenza?).

Su questi interrogativi, e sullo slogan che li anima --"facilitare le azioni di danno antitrust in ambito comunitario"³²-, fornirà lumi il Libro Bianco della Commissione, atteso per la fine dell'anno. Il dibattito è aperto; e già questo solo fatto rappresenta un progresso nella direzione dei "diritti presi sul serio". Serpeggia la sensazione che si sia compiuto un passo, giusto il primo, che però non ammette ritorno.

³¹ *Ibid.*, par. 79.

³² Slogan che il *Commission Staff Working Paper*, annesso al Libro Verde [COM (2005) 672 final] traduce in quattro obiettivi fondamentali: "enhanced deterrence", "corrective justice", "bringing competition closer to the citizen", nonché contributo a "growth and employment".