

RIMEDI CIVILISTICI E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA.

I RIMEDI CIVILISTICI. Di Giovanni Taddei Elmi

SOMMARIO: 1. 1. *Il private antitrust enforcement.* - 2. *La nullità delle intese restrittive.* - 3. *La validità dei contratti abusivi di posizione dominante.* - 4. *La validità dei contratti a valle delle intese restrittive.* - 5. *Il rimedio risarcitorio.* - 6. *Le pratiche commerciali scorrette.*

1. *Il private antitrust enforcement.*

Il *private antitrust enforcement*, ossia l'insieme dei rimedi civili azionabili a fronte di una violazione delle norme antitrust¹, ha svolto finora, in Italia come in Europa, un ruolo del tutto marginale nel sistema di applicazione delle norme antimonopolistiche, incentrato sui rimedi di natura pubblicistica.

La legge 10 ottobre 1990, n. 287, prima normativa antimonopolistica italiana, emanata esattamente un secolo dopo lo *Sherman Act* americano e quasi

quarant'anni dopo la ratifica del Trattato CE², ha rappresentato una grande novità nel nostro ordinamento in quanto ha introdotto per la prima volta, accanto alla tutela della concorrenza in senso soggettivo³, la tutela della concorrenza in senso oggettivo

¹ Il *Working paper* annesso al Libro Verde della Commissione CE del 2005 espressamente definisce il *private antitrust enforcement* quale «*enforcement by means of legal action brought by the victim of an anti-competitive behaviour before a court*» (Commissione CE, *Commission Staff Working Paper, Anex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC anti-trust rules*, 19.12.2005, par. 2). Cfr. 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, 2, p. 322.

Sulla nozione di *private antitrust enforcement* v. A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, pp. 1-2.

² In realtà ben prima del 1990 erano già stati suggeriti disegni e proposte di legge, a partire dal disegno di legge Togni risalente addirittura al 1950, ma il clima ideologico e politico di quegli anni aveva impedito l'emanazione di una disciplina a tutela del mercato: G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2008, p. 489; V. DONATIVI, *Introduzione storica*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, pp. 54 ss.; R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994, p. 77 e ss.

³ Sulla distinzione tra concorrenza in senso soggettivo e in senso oggettivo v. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, p. 1429 e ss.; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2003, 4, p. 459; G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè Milano, p. 532: la libertà di concorrenza in senso soggettivo costituisce un'espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dal comma 1 dell'art. 41 Cost. e rappresenta un vero e proprio diritto di libertà individuale.



tivo, come sistema di mercato preferibile, ribaltando così la concezione filo-monopolistica che si desu-
meva dall'impianto originario della Costituzione⁴ e
del codice civile, in cui la concorrenza è considerata
come un fenomeno che riguarda solo le imprese e la
loro libertà economica⁵. Tanto è vero che per il ruo-

La concorrenza in senso oggettivo, invece, individua una particolare struttura di mercato caratterizzata dalla presenza di una pluralità di imprese indipendenti e contrapposto al monopolio. Essa costituisce un bene in sé e viene tutelata non soltanto per garantire la libertà di iniziativa economica individuale di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost., ma perché più efficiente del monopolio, a beneficio dei consumatori e del benessere economico generale oggetto di tutela da parte del comma 2 dell'art. 41 Cost.

⁴ Sottolineano il silenzio serbato dalla Costituzione sulla tutela in senso oggettivo della concorrenza G. GHIDINI, voce *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1976, vol. XXVI, pp. 793-794 e R. NIRO, *op. cit.*, p. 99. V. anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 203 e ss.

La tutela della concorrenza in senso oggettivo trova adesso il suo diretto riferimento anche nel testo Costituzionale (art. 117 Cost.) ed ha ricevuto pieno riconoscimento dalla stessa Corte costituzionale: basti vedere, tra le altre, la sentenza 23.12.2008, n. 439, con la quale è stata dichiarata incostituzionale una norma di una legge della Provincia Autonoma di Bolzano «per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell'art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell'art. 117, primo comma, Cost.».

Cfr. L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. E): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3448; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., p. 1430; A. NERVI, *op. cit.*, p. 379 e ss.

⁵ V. DONATIVI, *op. cit.*, pp. 59 e 68; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 90; G. GHIDINI, *op. cit.*, pp. 812 e ss.; G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione Europea*, cit., p. 197.

A proposito del carattere filo-monopolistico del codice civile può essere qui sufficiente ricordare quanto disposto, in materia di concorrenza, dagli artt. 2596, 2597 e 2598 c.c. che tutelano, come precisato nella *Relazione al codice civile*, esclusivamente la libertà economica individuale delle imprese e non la struttura concorrenziale del mercato in quanto tale.

La libertà di concorrenza viene intesa in tali norme soltanto quale libertà individuale dell'imprenditore, che ne può disporre in maniera piena, anche rinunciandovi tramite la stipulazione di patti restrittivi della concorrenza e di veri e propri cartelli, soggetti solo a limiti di spazio e di tempo (non di contenuto, sicché anche i cartelli di prezzo possono dirsi leciti ai sensi dell'art. 2596 c.c.); limiti, cioè, funzionali esclusivamente a tutelare la medesima libertà delle altre imprese.

Tanto è vero che sul presupposto che si tratti di norme "deontologiche" e meramente interne al ceto imprenditoriale, la stessa legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni da concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. è stata riconosciuta solamente in capo agli imprenditori concorrenti o, al più, alle associazioni professionali e di categoria ai sensi dell'art. 2601 c.c., e il danno risarcibile è stato identificato anzitutto nello "sviamento di clientela" patito dal concorrente vittima di una pratica sleale.

Lo stesso art. 2597 c.c., del resto, impone solamente al monopolista legale (e non a quello di fatto, che è perciò assolutamente libero di agire sul mercato) di contrattare con chiunque osservando la parità di trattamento: dal che non solo non discen-

lo centrale assunto nell'ambito della cd. «nuova costituzione economica»⁶, la legge n. 287/90 può essere considerata come una fonte di interpretazione autentica dell'art. 41 Cost.⁷.

Essa, però, sotto il profilo rimediabile (oltre che sotto quello sostanziale), ha mutuato senza alcuna modifica di rilievo le regole e i principi comunitari, rappresentando ancora oggi forse il più evidente e macroscopico esempio di «comunitarizzazione» del diritto italiano⁸.

Ha recepito fedelmente il modello comunitario sia per quanto riguarda la identificazione delle fattispecie rilevanti vietate sia – ed è ciò che qui più interessa – per quanto riguarda il sistema di applicazione, affidato essenzialmente a un'autorità amministrativa indipendente appositamente creata, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e fondato anzitutto sui rimedi di natura pubblicistica.

Solo due norme fanno riferimento a rimedi di natura privatistica: l'art. 2, comma 3, legge n. 287/90, che prevede la nullità delle intese restrittive della concorrenza, analogamente a quanto disposto dall'art. 82 del Trattato CE e l'art. 33, comma 2, legge n. 287/90, che pur apparendo come una novità rispetto al testo del Trattato CE, il quale ignora totalmente il *private antitrust enforcement*, costituisce in realtà la formulazione espressa del principio del sistema binario di applicazione delle norme anti-trust, già elaborato a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e poi ripreso nei più recenti atti normativi⁹.

Pur avendo iniettato nel nostro ordinamento il valore della concorrenza e del mercato, la legge n. 287/90 non ha perciò introdotto un efficace sistema di rimedi civili a tutela dei singoli danneggiati dalle pratiche anticoncorrenziali, adagiandosi sul modello europeo incentrato sul *public antitrust enforcement*.

de alcun disfavore per il monopolio, ma non si trae neppure un divieto di condotte anticoncorrenziali.

⁶ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁷ Secondo P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 15, la legge n. 287/90 non solo specifica il significato dell'art. 41 Cost., ma addirittura lo reinterpreta conferendogli un significato innovativo; v. anche G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA. VV., *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1997, p. 17.

⁸ L'espressione è di G. BENACCHIO, *op. cit.*, p. 490; per P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 14, si tratta di «armonizzazione particolarmente spinta se non totale». Tanto è vero che l'interpretazione delle norme contenute nella stessa legge n. 287/1990 deve avvenire in base ai principi dell'ordinamento della Comunità Europea in materia di concorrenza (art. 1, comma 4, legge n. 287/90).

⁹ Cfr. *Comunicazione relativa alla cooperazione tra giudici nazionale e Commissione nell'applicazione degli artt. 81 e 82 CE del 1993* e, adesso, l'art. 6 del Regolamento CE n. 1/2003.



Tanto che per anni si è ritenuto che diritto della concorrenza e diritto civile fossero due mondi autonomi e incomunicabili e solo recentemente si è osservato che in realtà le regole concorrenziali possono svolgere la funzione di vere e proprie clausole generali del diritto civile, in quanto si occupano entrambe dei rapporti tra soggetti del mercato¹⁰.

Le ragioni della prevalenza accordata al *public enforcement* nei sistemi antitrust europei sono del resto molteplici e affondano le proprie radici fin nelle origini della disciplina antimonopolistica europea¹¹.

Basti pensare che l'antitrust europeo è nato per limitare i monopoli pubblici e ridurre l'intervento dello Stato nell'economia più che per disciplinare i conflitti tra privati o per contrastare i monopoli privati, come invece quello statunitense¹². Inoltre, ave-

va originariamente quale obiettivo primario quello di evitare le segmentazioni del mercato unico per favorire la libertà di circolazione delle merci, ossia un obiettivo pubblicistico prima ancora che privatistico. A favore del *public enforcement* hanno poi pesato non poco l'influenza della Scuola di Friburgo¹³ e l'idea che il diritto antitrust protegga anzitutto un interesse pubblico, ultra-individuale, la cui tutela può essere affidata più efficientemente ad un autorità amministrativa anziché all'azione dei privati dinanzi ai giudici ordinari¹⁴; tanto più in una cultura giuridica quale quella europea che per tradizione non conosce strumenti come i danni punitivi, le azioni di classe e la figura di un *private attorney* cui affidare la tutela anche di interessi pubblici¹⁵.

Sicché si spiega agevolmente perché il *private antitrust enforcement* sia rimasto finora in uno stato di totale sottosviluppo¹⁶, a livello comunitario come a livello nazionale.

¹⁰ In tal senso v. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, cit., p. 237 e ss.; ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 88 e ss.

Utilizza la formula clausole generali del diritto civile C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 6; ID., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 36. Sulla stretta connessione tra disciplina del mercato e disciplina del contratto cfr. anche G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 151.

Sui rapporti tra concorrenza, mercato e contratto, anche in relazione al *private enforcement*, v. A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, p. 117 e ss.

¹¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia di antitrust*, in M. Maugeri, - A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 171 e ss e M.R. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in M. Maugeri, - A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 147 e ss.

¹² G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, CLUEB, Bologna, 1991, p. 27; G. MAZZEI, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust. Un'analisi di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2004, p. 48.

Basti pensare, per rendersi conto del differente approccio esistente in Europa e in America, che nel 1897, ossia nello stesso anno in cui la Corte Suprema Usa sanzionava con una decisione destinata a rimanere storica il cartello di prezzo nel caso *Trans Missouri (U.S. v. Trans Missouri Freight Association 166 U.S. 290, 1897)* la giurisprudenza tedesca riconosceva, in maniera diametralmente opposta, la liceità del contratto di cartello tra imprese, avviando così quel processo di "cartellizzazione" dell'economia tedesca, culminato con l'emanazione nel 1933 della *Zwangkartellgesetz*, ossia della legge tedesca che rendeva addirittura obbligatoria la creazione di cartelli tra imprese a discrezione del Ministero dell'economia (v. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 5). Il che avrebbe poi indotto gli Stati Uniti d'America, quali vincitori della seconda guerra mondiale, ad

adoperarsi affinché la Comunità Economica Europea si dotasse di una disciplina antimonopolistica (v. L. F. PACE, *op. cit.*, pp. 52 e ss.; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 18).

¹³ Sull'influenza esercitata sull'antitrust europeo dalla Scuola di Friburgo, che per prima elaborò l'idea di affidare l'applicazione delle norme antitrust a un'autorità indipendente e autonoma, di natura "quasi-giurisdizionale", dotata di poteri investigativi e sanzionatori e caratterizzata dall'autonomia, dalla neutralità politica e dall'obiettività v. tra gli altri G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 44; K.J. CSERES, *Competition law and consumer protection*, Kluwer, 2005, The Hague, Netherlands, p. 83 e ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008, p. 21.

¹⁴ E.L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 2, p. 273.

¹⁵ P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 47 ss.; A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 245, p. 241.

Sulla scarsa cultura del mercato e della concorrenza in Europa e in Italia v. anche A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 162; A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, 1, p. 119.

¹⁶ Così si esprime lo studio commissionato dalla Commissione CE, ASHURST, "Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules", del 31 agosto 2004.

Basti pensare che fino al 2004 in tutta Europa si sono contati solo 60 casi di *litigation* interprivata da violazione della normativa antitrust e che anche successivamente, nonostante l'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1/2003, formalmente rivolto alla "privatizzazione" del diritto antitrust, si sono contati solo 96 casi dei quali appena 6 si sono conclusi in senso positivo per i danneggiati (dati tratti dall'*Impact Study* della Commissione CE che accompagna il *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*; cfr. anche E.L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, *op. cit.*, p. 230-231).



Il che differenzia nettamente il sistema europeo da quello americano, nel quale il rapporto tra azioni risarcitorie private e azioni pubbliche è al contrario di 10 a 1¹⁷.

Il modello americano¹⁸, del resto, è fondato proprio sul *private antitrust enforcement* e sulle azioni risarcitorie, cui è assegnata una funzione deterrente e general-preventiva più che compensativa.

Le azioni private, in quell'ordinamento, sono infatti supportate da strumenti come i danni punitivi (*treble damages*), le *class actions* di tipo *opt-out* e le particolari regole riguardanti la legittimazione ad agire, volte alla individuazione del soggetto maggiormente incentivato all'azione piuttosto che del soggetto danneggiato in concreto¹⁹. Tanto che l'attore privato svolge il compito di vero e proprio *private attorney general* in funzione deterrente²⁰, mentre la funzione compensativa del risarcimento passa del tutto in secondo piano.

In Europa solo recentemente si è aperto il dibattito sulla possibilità di affiancare al *public enforce-*

ment anche un sistema completo di rimedi civili. A fronte di alcune, minoritarie, tesi contrarie²¹, la maggior parte della dottrina e degli organi comunitari²² si sono ripetutamente espressi a favore di un'incentivazione delle azioni antitrust private.

Il *private antitrust enforcement*, infatti, consente di raggiungere finalità compensative e di tutela delle vittime, che sono del tutto estranee al *public enforcement*, e aumenta l'effetto deterrente dei divieti antimonopolistici, permettendo di scoprire e sanzionare anche quei casi di minore entità che inevitabilmente sfuggono agli apparati pubblici. Inoltre, da un punto di vista più generale, contribuisce a garantire l'effetto utile delle norme del Trattato, assicurando ai privati la piena effettività dei loro diritti²³ e rendendoli partecipi dell'applicazione delle norme comunitarie, in funzione di veri e propri «guardiani» del Trattato²⁴.

Del resto, sono adesso venute meno le ragioni pubblicistiche che avevano costituito il fondamento originario dell'antitrust europeo e la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE è andata riconoscendo sempre più frequentemente l'effetto diretto delle norme del Trattato anche nei rapporti inter-privati, tanto che proprio in materia antitrust la nota sentenza *Courage* ha espressamente affermato che tutti coloro che sono danneggiati da una pratica anticoncorrenziale hanno diritto al risarcimento²⁵.

¹⁷ C.A. JONES, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, 1999, pp. 14-16, p. 79 e ss., e spec. p. 16; R. O'DONOGHUE - A. J. PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, Hart publishing, Oxford Portland, Oregon, 2006 p. 737; L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *The law of antitrust: an integrated handbook* 2^a ed., 2006, Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2006, p. 953; M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, ed.it., Catania, 2006, p. 17; A.R. POSNER, *Antitrust law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976, pp. 34-35.

¹⁸ Sul sistema rimedi antitrust americano e per una sua comparazione con il sistema europeo v. H.L. BUXBAUM, *Private enforcement of competition law in the United States, - Of optimal deterrence and social costs*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, edited by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 44; D.J. GERBER, *Private enforcement of competition law: a comparative perspective*, in *The Enforcement of Competition Law in Europe*, edited by T.M.J. Mollers, A. Heinemann, Cambridge University Press, 2007; E. ELHAUGE - D. GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 11; C.A. JONES, *Private enforcement of antitrust law*, cit., p. 80.

¹⁹ Cfr. i casi *Associated General Contractors of Cal v. Cal State Council of Carpenters* (459 US 519, 536 n 33, 1983); *Holmes v. SIPC* (503 US 258, 272, n 20, 1992) e *Blue Shield v. McCready* (457 US 465, 1982) in cui la Corte Suprema Usa ha elaborato il criterio della *proximate causation* (o *remoteness rule*) per affermare la legittimazione ad agire solo dei soggetti più vicini all'infrazione e perciò più incentivati; e i casi *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* (392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231, 1968) e *Illinois Brick Co. v. Illinois* (431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707, 1977), nei quali la Corte Suprema ha affermato la *indirect purchaser rule* (o *passing-on doctrine*), ossia la regola in base alla quale hanno diritto al risarcimento solo i contraenti diretti dell'autore dell'infrazione e non i contraenti indiretti, in quanto maggiormente incentivati e maggiormente in grado di esperire azioni vittoriose.

²⁰ D.J. GERBER, *op. cit.*, p. 437; E. ELHAUGE - D. GERADIN, *op. cit.*, p. 11; H. L. BUXBAUM, *op. cit.*, p. 44; C.A. JONES, *Private enforcement of antitrust law*, cit., p. 80.

²¹ Secondo W.P.J. WILS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in *World Competition*, 2003, 26, 3, pp. 473-488, la privatizzazione del diritto della concorrenza non servirebbe a raggiungere né l'obiettivo della deterrenza né quello della compensazione, in quanto il *public enforcement* disporrebbe di maggiori poteri investigativi e sanzionatori e sarebbe meno costoso del *private enforcement*. Una critica specifica di tale tesi è svolta da C.A. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, in *World Competition*, 2004, 27, 1, pp. 13-24.

Per una sintesi delle tesi contrarie allo sviluppo del *private antitrust enforcement* in Europa v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 8, nota 34.

²² V. Commissione CE, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 2.4.2008, par. 1.2, p. 3.

²³ V. l'ampia analisi in tal senso di A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, pp. 8-11; considerazioni analoghe di J. BASEDOW, *Introduction*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, ed. by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 4; M. NEGRI *Giurisprudenza e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 43.

²⁴ È l'espressione usata da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an Emperor? and other essays on European integration*, Cambridge, 1999, p. 20.

²⁵ Corte giust. CE, 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in Foro it., 2002, 2, IV, 75 e poi Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*. In precedenza, nel caso *Brt v. Sabam* (Corte giust. CE, 30.1.1974, C-127/73) la Corte si era limitata ad affermare la competenza dei giudici nazionali a valutare le conseguenze di una violazione delle norme antitrust sul piano della validità dei contratti stipulati in occasione dell'infrazione, mentre nel caso *Marty v. Estee*



Al fine di favorire lo sviluppo delle azioni risarcitorie private la Commissione CE ha pertanto provveduto a pubblicare un Libro Verde e un Libro Bianco in tema di risarcimento dei danni antitrust, destinati a costituire la base di una futura disciplina comunitaria che, a differenza di quella statunitense, dovrebbe essere caratterizzata dalla funzione compensativa, prima ancora che deterrente, del *private antitrust enforcement*.

Tali aperture comunitarie non hanno peraltro mancato di produrre riflessi anche a livello nazionale.

La Corte di Cassazione ha infatti immediatamente recepito le indicazioni della Corte di Giustizia, mutando il proprio orientamento in punto di legittimazione ad esercitare l'azione risarcitoria per i danni antitrust e affermando che la legge n. 287/90 è la legge di tutti i soggetti del mercato e non solo degli imprenditori²⁶. Mentre il legislatore, nel varare l'azione risarcitoria di classe (art. 140 *bis* del Codice del Consumo), ha espressamente previsto che essa può essere esercitata per il risarcimento dei danni derivanti da pratiche anticoncorrenziali.

Ma ancora manca, a livello comunitario come a livello nazionale, una disciplina compiuta ed esauritiva del *private antitrust enforcement*, che consenta una tutela davvero effettiva delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali.

Lauder (Corte giust. CE, 10.7.1980, C-37/79) aveva dichiarato in linea di principio che «dato che i divieti sanciti dagli artt. 85 n. 1 e 86 del Trattato CEE sono atti per la loro stessa natura a produrre direttamente effetti nei rapporti tra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare».

L'occasione per affermare il diritto al risarcimento si era presentata alla Corte nel caso *Banks*, quando lo stesso Avvocato generale, *Walter van Gerven*, nelle sue conclusioni affermò chiaramente che alla vittima di una pratica antitrust si sarebbe dovuto riconoscere il diritto al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di una violazione delle norme antitrust del Trattato (v. l'*opinion* dell'Avvocato generale resa il 27.10.1993 nel caso C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd v. British Coal Corporation*, in *Reports of Cases before the Court of Justice*, 1994, 4, I, p. 1212), ma la Corte non affrontò il problema (Corte giust. CE, 13.4.1992, C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd v. British Coal Corporation*). Nè il diritto al risarcimento fu affermato chiaramente nel successivo caso *Guerin*, ove rimase oggetto di un *obiter dictum* (Corte giust. CE, 1997, C-282/95P, *Guerin Automobiles v. Commission*).

²⁶ In Italia afferma l'ingiustizia dei danni antitrust patiti dai consumatori e il loro diritto al risarcimento Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 4, I, 1014 e poi Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1097. In precedenza avevano negato il carattere ingiusto dei danni patiti dai consumatori Cass. civ., sez. I, 9.12.2002, n. 17475, in *Danno e responsabilità*, 2003, 4, p. 390 e Cass. civ., sez. I, 4.3.1999 n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2000, II, 421.

2. La nullità delle intese restrittive

La nullità delle intese restrittive è prevista espressamente dall'art. 81, comma 2, del Trattato CE (come nullità «*di pieno diritto*») e dall'art. 2, comma 3, l. n. 287/90 (come nullità «*ad ogni effetto*»).

La sua disciplina non pone particolari problemi, perché essa opera sicuramente quale rimedio demolitorio dell'accordo illecito, di cui l'ordinamento non vuole gli effetti in quanto contrastanti con l'utilità sociale e con l'interesse generale alla libera concorrenzialità del mercato.

Non si tratta di una nullità di protezione, in quanto la sua *ratio* non si rintraccia nella tutela di una delle parti dell'accordo, ma piuttosto nella necessità di minare la stabilità dei cartelli per evitare effetti restrittivi della concorrenza a danno del benessere sociale²⁷, come emerge chiaramente anche dall'analisi economica del fenomeno²⁸.

La nullità in questione è perciò assoluta e opera *erga omnes*²⁹, è imprescrittibile, ha effetto *ex tunc* e può essere rilevata d'ufficio³⁰.

Non ha carattere necessariamente parziale, sicché si estende all'intero accordo secondo il criterio della volontà ipotetica delle parti di cui all'art. 1419 c. 1 c.c.

In proposito, peraltro, occorre tenere conto che la Corte di giustizia CE ha talvolta richiamato il principio della oggettiva separabilità delle clausole, onde trarre il carattere parziale dell'invalidità. La stessa Corte però ha sempre rimesso ai singoli ordinamenti interni la valutazione della separabilità della clausola³¹ e ha comunque messo in luce che la

²⁷ M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 176.

²⁸ R. COOTER -U. MATTEI -P.G. MONATERI -R. PARDOLESI -T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 232.

²⁹ Corte giust. CE, 20.9.2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*.

³⁰ A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 150 e ss.; W. VAN GERVEN, *Substantive remedies for the private enforcement of EC antitrust rules before national courts*, in *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, ed. by C.D. Ehlermann, I. Atanasiu, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon.

³¹ Corte giust. CE, 13.7.1966, C-56,58/64, *Consten-Grundig*; sent. 14.12.1984, C-319/82, *Ciments et Betons*; sent. 30.6.1966, C-56/65, *Société Technique Minière*; caso 56/65 *LTM v. Maschinenbau Ulm*; e caso 319/82 *Kerpen & Kerpen*, nelle quali la Corte ha affermato che la nullità non si estende all'intero contratto ove la clausola anticoncorrenziale sia oggettivamente separabile dalla restante parte dell'accordo secondo i principi dell'ordinamento interno.

Nella Comunicazione del 27.04.2004, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, la Commissione ha ribadito che «quando le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non sono soddisfatte, l'accordo è nullo di pieno diritto. Tale nullità si applica tuttavia ai soli elementi

parzialità non sarebbe volta a protezione di una parte negoziale, bensì a garantire la conservazione del rapporto nella parte in cui esso non è toccato dall'accordo anticoncorrenziale.

In virtù di tali caratteristiche quella delle intese può dunque certamente definirsi come la nullità europea che meno si discosta dal modello codicistico della nullità sanzione³².

Presenta sì alcuni aspetti speciali, quale il fatto che dipende da elementi estrinseci al contratto, come l'assetto del mercato e la consistenza della restrizione della concorrenza³³, ma nel complesso, sotto il profilo della funzione, non si pone quale rimedio di una parte, bensì quale sanzione demolitoria dei cartelli. Sicché segue senza particolari deviazioni il regime della nullità delineato dal codice civile.

Qualche dubbio permane circa il suo fondamento, che la dottrina ha ravvisato ora nell'illiceità dell'oggetto³⁴ ora in quella della causa³⁵. Esso però può fondatamente rinvenirsi nel contrasto con la

dell'accordo che sono incompatibili con l'articolo 81, purché tali elementi siano separabili dall'accordo nel suo insieme. Se solo una parte dell'accordo è nulla, le relative conseguenze per la restante parte dell'accordo sono stabilite dalla legislazione nazionale applicabile». Cfr. M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 176.

In argomento v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 156; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4^a ed., Utet, Torino, 1996, p. 472 ss.; M. TAVASSI - M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 297; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in Trattato del contratto, diretto da V. Roppo, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, p. 635 e ss., 702-703; M. SCHININA, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 2, p. 411; G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 3, p. 503 e ss.

³² In tal senso V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 201-202.

³³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 741, p. 752-753. Altri profili di specialità della nullità delle intese sono dati dal fatto che essa colpisce anche gli accordi anticoncorrenziali stipulati prima dell'entrata in vigore della l. n. 287/90 quale nullità sopravvenuta *ex nunc* (v. Cass. civ., sez. I, 1.2.1999, n. 827), nonché dal fatto che essa, in attesa dell'autorizzazione dell'AGCM ai sensi dell'art. 4 l. 287/90, si atteggia a nullità sospesa: sia permesso un rinvio, per maggiori dettagli, a G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust*, in G. Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Cedam, Padova, 2005, pp. 199 e ss.

³⁴ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 473.

³⁵ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433; ID., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237; ID., *La causa nei patti limitativi tra imprese*, in G. Olivieri - A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit. p. 110; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 203. In giurisprudenza v. App. Torino, 6.7.2000, in *Danno e resp.*, 2001, 1, p. 46.

norma imperativa che vieta gli accordi con oggetto o effetto anticoncorrenziale, in quanto l'antigiuridicità che si vuol reprimere va oltre la funzione del contratto o la sua meritevolezza e si rivolge alle conseguenze dell'atto contrastante con la concorrenza in senso oggettivo e con l'utilità sociale garantita dall'art. 41, comma 2, Cost.³⁶. Sicché, anche in assenza della espressa previsione testuale, lo stesso permanere in vita del contratto-intesa sarebbe incompatibile con il divieto normativo e la conseguenza civile inevitabile sarebbe in ogni caso la nullità³⁷.

3. La validità dei contratti abusivi di posizione dominante

A differenza di quanto previsto per le intese, il legislatore nazionale, come quello europeo³⁸, nulla dispone in merito alla validità o invalidità dei contratti che realizzano un abuso di posizione dominante.

Secondo un'opinione diffusa, sia a livello comunitario che italiano, i contratti che realizzano un abuso di posizione dominante sarebbero nulli per violazione di norma imperativa³⁹. In particolare, si

³⁶ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, cit., p. 225.

³⁷ In tal senso è chiarissimo V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 741, secondo il quale la nullità posta dall'art. 2 della legge antitrust è una «nullità testuale superflua», in quanto «anche senza il comma 3 la conclusione della nullità scaturirebbe pacificamente dalla natura senza dubbio imperativa della norma di cui al comma 2, violata dall'intesa».

³⁸ Ciò è probabilmente dovuto al fatto che la disciplina comunitaria dell'abuso di posizione dominante è stata influenzata dal modello tedesco, che rimetteva ad un'autorità indipendente le decisioni in materia di abuso di posizione dominante, mentre sulla disciplina delle intese ha pesato il modello francese che già ne prevedeva la nullità: v. M. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 183.

³⁹ L'affermazione della nullità virtuale dei contratti che realizzano un abuso di posizione dominante è abbastanza frequente in dottrina e in giurisprudenza: M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., pp. 433-462; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 340, nt. 116; C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.* 3, 1992, IV, 128-136; GIUSEPPE ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, nota a Trib. Alba, 12/1/95, in *Giur. it.*, 3, 1996, I, sez. II, 213-222; A. FRIGNANI, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertaini (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, pp. 309-398, per il quale, però, la nullità, possibile in teoria, è in realtà di scarsa utilità (v. p. 367); G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (L. 10.10.1990 n.287)*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e com-*



tratterebbe di una nullità di protezione, relativa e necessariamente parziale, posta a tutela del contraente vittima dell'abuso.

Diversi argomenti vengono addotti a sostegno di tale conclusione: il fondamento della nullità viene ravvisato semplicemente nella violazione della norma antitrust imperativa, nell'analogia con quanto disposto in materia di intese (ma allora non dovrebbe trattarsi di nullità di protezione), nell'applicazione analogica dell'art. 36 del Codice del Consumo (ma la *ratio* delle norme antitrust è ben diversa da quella del Codice del Consumo⁴⁰) o nell'applicazione analogica dell'art. 9 della l. 192/98 in tema di abuso di dipendenza economica⁴¹ (ma allora la nullità sarebbe invocabile soltanto nei rapporti tra imprese).

Secondo altri, infine, la nullità di protezione potrebbe essere invocata a tutela della vittima dell'abuso di posizione dominante perché essa, quale rimedio di natura conformativo e non demolitorio, avrebbe assunto nel nostro ordinamento un rilievo tale da poter essere applicata in via analogica

menti sul nuovo diritto dei contratti, Cedam, Padova, 1999, p. 447.

In giurisprudenza v. Trib. Milano ord. 4/8/00 e 5/9/00, *Europa TV c. Napoli ASC spa*, in *Contratti*, 2/2001, 127; in *Giur. it.*, 2001, 57; in *Riv. dir. comm.*, 7-8/9-10, 2000, 267; Trib. Roma, ord. 14/8/2000, *Europa Tv c. Stream spa*, in *Giur. it.*, 2001, 1, 57; App. Roma, ord. 16/1/2001, *Stream spa c. Telepiù spa*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, p. 284; App. Torino, 6/7/00, *Indaba Incentive Company srl c. Juventus F.C. spa*, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 1, p. 46; Trib. Milano, 13/3/1985 in *Dir. comunit. scambi int.*, 1987, p. 439.

Per la dottrina comunitaria v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, pp. 159-160.

In senso contrario alla nullità virtuale dei contratti abusivi v. l'opinione dell'Avvocato generale WARNER nel caso 22/79, *Greenwich Film Production v. Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)*, in *ECR*, 1979 p. 3296; R. WISH, *Competition law*, Londra, 2003, p. 296; A. JONES - B. SUFRIN, *EC Competition law. Text, cases and materials*, Oxford, 2008, p. 1325.

⁴⁰ Mentre il Codice del Consumo tutela i consumatori contro le asimmetrie informative nei rapporti con i professionisti, il divieto di abuso di posizione dominante mira ad evitare le inefficienze connesse alla contrattazione in ambiente monopolistico a prescindere dalla qualifica di consumatore di una delle parti.

In tal senso cfr. M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 187, che espressamente afferma che «la disciplina posta a tutela del consumatore, a differenza di quella antitrust, ha il mero fine di tutelare il mercato contro quella specifica forma di market failure che discende dall'asimmetria informativa» e E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 11, II, p. 419, che sottolinea la diversità di *ratio* delle norme a tutela dei consumatori rispetto a quelle a tutela delle vittime dei domini di mercato.

⁴¹ M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., pp. 248-249.

ogni qual volta ricorra la *ratio* di tutela della parte debole del negozio⁴².

Tali soluzioni tuttavia non risultano pienamente convincenti, soprattutto ove formulate in termini così generali⁴³.

Anzitutto, per impostare correttamente il problema occorre distinguere tra abusi di sfruttamento, ossia quei comportamenti con cui l'impresa dominante fa uso della propria posizione di forza sul mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti sovracompetitivi, e abusi escludenti, ossia quei comportamenti che, anziché danneggiare la controparte contrattuale, sono rivolti a estromettere i concorrenti dal mercato o a impedire loro di farvi ingresso o di aumentare le proprie quote di mercato, riducendone così la libertà di concorrenza soggettiva⁴⁴.

⁴² G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 245 e ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 413 e ss.; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Cedam, Padova, 2008, p. 240 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, ESI, Napoli, 2002; G. GIOIA, *Nullità di protezione, tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 602 e ss.; ID., *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1332 e ss.; R. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1143 e ss.; M. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 693 e ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, ESI, Napoli, 2001; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Jovene, Napoli, 2005.

Sulla nullità di protezione v. inoltre M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 155 e ss.

⁴³ M. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 185.

⁴⁴ Sulla distinzione tra pratiche di impedimento (o escludenti) e pratiche di sfruttamento nella dottrina antitrust v. VAN BAEL - BELLIS, *Competition law of the European Community*, Kluwer Law Int., 2005, p. 904; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Utet, Torino, 2007, p. 481; M. MOTTA - M. POLO, *op. cit.*; P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 139; R. PARDOLESI, *Art. 2. Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubetazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. I, p. 291 e ss. Nella dottrina civilistica M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, ed.it, 2006; EAD., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 185 e ss.; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anti-concorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TOFFOLETTO, *op. cit.*; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., p. 19.

In giurisprudenza la stessa Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 82 del Trattato si applica non solo ai casi nei quali l'abuso danneggia direttamente la controparte dell'impresa dominante, ma anche quando esso implica una diminuzione della concorrenza sul mercato, danneggiando indirettamente i consumatori: così Corte giust. CE, 21.2.1973, C-6/72, *Europemballage e Continental Can v. Commissione*.

Solo in relazione ai primi potrebbe infatti parlarsi di nullità di protezione, mentre i secondi dovrebbero semmai essere affetti da nullità assoluta, a tutela non già della controparte, quanto dell'interesse generale alla concorrenza e di quello delle imprese escluse.

La soluzione della invalidità, però, non convince in nessuno dei due casi.

In relazione agli abusi di sfruttamento essa trova un ostacolo difficilmente sormontabile nel fatto che, allo stato dell'arte, la nullità di protezione non può invocarsi in via virtuale per la violazione di norme che pongono regole di condotta a carico di una parte contrattuale⁴⁵.

La nullità virtuale *ex art.* 1418, comma 1, c.c. non può infatti derivare dalla violazione di una norma di condotta, né, tanto meno, dalla violazione della regola di buona fede nella fase precontrattuale, ma solo dalla violazione di una regola di validità, ossia di una regola relativa alla struttura o al contenuto del negozio⁴⁶.

Sicché la nullità di protezione, salvo che non sia espressamente prevista dalla legge, non può mai discendere dalla violazione di una regola di condotta.

Dal che deriva che i contratti abusivi di sfruttamento non possono dirsi nulli *ex art.* 1418 c. 1 c.c., perché il divieto di abuso di posizione dominante di sfruttamento colpisce un contegno dell'impresa dominante e non il contenuto del negozio in sé considerato.

⁴⁵ Esprimono considerazioni contrarie alla configurabilità della nullità virtuale di protezione G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993; G. GUIZZI, *Merito concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 1-4, pp. 90 e ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1002-1003; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 5, pp. 536 e ss. Anche E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 421, sottolinea che associare l'invalidità di protezione alla violazione di una qualsiasi regola di comportamento produrrebbe conseguenti dirompenti per il sistema, facendo tra l'altro saltare la distinzione tra reati contratto e reati in contratto.

⁴⁶ Si tratta della tesi ribadita da Cass. Sez. Un., 19.12.2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 785, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. V. in proposito il commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, 104 ss.

V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., pp. 536 e ss. chiarisce opportunamente che la sentenza delle Sezioni Unite non ha limitato la nullità virtuale alla violazione di norme imperative attinenti la struttura del contratto e consente di invocare tale rimedio anche per la violazione delle norme che vietano la stipulazione del contratto in presenza o in difetto di determinate condizioni.

A contrastare con il divieto di abusare della posizione dominante, infatti, non è il contenuto contrattuale, ma il comportamento illecito che conduce a quel risultato negoziale, analogamente a quanto accade nei cd. "reati in contratto"⁴⁷.

Il che trova conferma nel fatto che la pattuizione contrattuale, in sé e per sé, ossia a prescindere dall'abuso compiuto da una parte, non è illecita, perché le norme antitrust non intendono stabilire quale è il prezzo giusto, o quali sono le condizioni contrattuali eque, ma mirano soltanto a garantire che il regolamento contrattuale si formi nel rispetto delle regole del gioco concorrenziale, in un mercato competitivo⁴⁸.

L'unico rimedio esperibile dalla vittima dell'abuso può essere perciò quello risarcitorio, conseguente alla violazione della norma di condotta, e non già quello invalidatorio⁴⁹.

Tanto più che non risulta del tutto convincente neppure la tesi della sostituzione automatica di clausole *ex art.* 1339 c.c.⁵⁰, giacché questa si scon-

⁴⁷ Nei reati in contratto la norma penale tutela il corretto procedimento di formazione del negozio e l'interesse di una parte nei confronti dell'altra (es. truffa), sicché sul piano civilistico non sono nulli; nei reati contratto, viceversa, la norma penale proibisce lo stesso contenuto del contratto, a tutela dell'interesse generale, con la conseguenza che essi sono nulli per violazione di norma imperativa. In argomento v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Giuffrè, Milano, 2002, I. LEONCINI, *Reato e contratto*, Giuffrè, Milano, 2006; A. LIBERATI, *Contratto e reato*, Giuffrè, Milano, 2004; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 447 e ss.

⁴⁸ In tal senso anche E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 125, il quale sottolinea che «la legge non intende vietare quella misura di corrispettivo, bensì il semplice fatto della sua artificiale determinazione».

Lo stesso N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 101-102 mette in evidenza, in maniera chiarissima, che per le regole giuridiche del mercato, e dunque, anzitutto, per le norme antitrust, «il prezzo non è, nei singoli casi, né giusto né ingiusto: esso semplicemente è, quale si determina nel libero gioco delle forze economiche e nell'incontro tra la domanda e l'offerta. La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara», ossia le regole antitrust. E ciò perché si vuole non tanto «sostituire un prezzo giusto a un prezzo effettivo, ma proteggere la libertà della parte».

⁴⁹ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 1960, p. 169, notando la diversa disciplina prevista per le intese e per l'abuso di posizione dominante, trae l'idea che i contratti abusivi non possono considerarsi nulli, ma al tempo stesso afferma che «non credo comunque possa negarsi (ed anche alla controparte dell'imprenditore che ha praticato l'atto abusivo, oltre che agli imprenditori concorrenti) il diritto al risarcimento dei danni».

Nello stesso senso, seppur con riferimento ai contratti a valle delle intese restrittive, Cass. civ., sez. III, 11.6.2003, n. 9384, in *Danno e responsabilità*, 2003, 11, p. 1068.

⁵⁰ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 64.

tra con la critica secondo cui il meccanismo previsto da tale norma può operare solamente in caso di pre-determinazione positiva della clausola sostitutiva, mentre nella specie l'individuazione del prezzo sostitutivo sarebbe rimessa a indicazioni solo tendenziali, rimesse alla individuazione, ad esempio, del prezzo praticato su altri mercati⁵¹.

A conclusioni analoghe non può che giungersi – *a fortiori* – anche per i contratti che realizzano un abuso escludente.

Secondo alcuni tali contratti potrebbero dirsi nulli per contrasto con l'ordine pubblico economico di direzione ricavabile dai divieti posti dall'art. 82 Tr. Ce e dall'art. 3 l. 287/90⁵². E si tratterebbe, in particolare, di una nullità assoluta e rilevabile d'ufficio, giacché preordinata a tutelare non la controparte contrattuale dell'impresa dominante ma i concorrenti, attuali o potenziali, terzi rispetto al contratto ed esclusi dal mercato.

Il divieto di abuso escludente, tuttavia, analogamente al divieto di pratiche di sfruttamento, colpisce non tanto un singolo contratto o il suo contenuto, quanto l'insieme dei contratti che nel complesso producono l'effetto escludente dal mercato.

Pertanto, anche in questo caso, come nel caso dell'abuso di sfruttamento, la norma imperativa violata non attiene alla validità del singolo regolamento negoziale, ma al comportamento complessivo tenuto a monte dall'impresa dominante, in quanto vieta la stipulazione di una pluralità di contratti producenti nel loro insieme l'effetto escludente⁵³. Di talché anche in questo caso non può trovare applicazione il rimedio della nullità, ma solo quello risarcitorio.

Basti pensare, del resto, all'ipotesi dei prezzi predatori: ciascun singolo contratto stipulato ad un prezzo sotto costo di per sé non è sufficiente a escludere dal mercato i concorrenti dell'impresa dominante, in quanto tale conseguenza si produce soltanto per effetto della stipulazione dell'insieme di

tutti i contratti contenenti clausole di prezzo eccessivamente basse. Sicché è chiaro che la tutela dei concorrenti esclusi non può passare dall'invalidità di tutti i contratti escludenti (che peraltro si scontrerebbe anche con l'affidamento ingenerato nei contraenti beneficiari dei prezzi ridotti), ma deve rinvenirsi sul piano risarcitorio.

4. La validità dei contratti a valle delle intese restrittive

Considerazioni analoghe a quelle svolte per i contratti abusivi valgono anche per i contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza, tanto più considerando che un cartello produce gli stessi effetti di un abuso di posizione dominante⁵⁴.

La dottrina e la giurisprudenza in materia hanno in proposito affermato ora la nullità derivata, che si trasmetterebbe dall'intesa a monte ai contratti stipulati a valle⁵⁵, ora la nullità per illiceità della causa⁵⁶ dei contratti a valle, ora la nullità per illiceità (parziale) dell'oggetto⁵⁷.

⁵⁴ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 453; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., pp. 153-154, che sottolinea che «il danno concorrenziale derivante dall'esercizio del potere di mercato è il medesimo che a provocarlo sia un'unica impresa con potere di mercato o una collettività di imprese».

⁵⁵ Si tratta di un indirizzo esegetico emerso soprattutto in relazione ai casi giurisprudenziali che avevano a oggetto il problema della validità delle clausole inserite nei contratti tra banche e clientela sulla base di Norme Bancarie Uniformi dichiarate in contrasto con la normativa antitrust: N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 420; ID., *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 765; G. TUCCI, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, nota a Trib. Alba, 12.1.1995, in *Contratti*, 1996, p. 152; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 474; L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 98 e ss.

Secondo alcuni (E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 97) tale ricostruzione riecheggia anche nella sentenza della Cass., Sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014, ove si sottolinea l'inscindibilità del rapporto intese-contratti a valle.

⁵⁶ L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass. civ., 1.2.1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, pp. 226-237. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 20.2.1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449.

⁵⁷ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 5, p. 473; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 12, p. 1168; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 258 e ss.; fa riferimento all'illiceità dell'oggetto, per contrasto con l'ordine pubblico economico, anche A. BERTELOTTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta*, nota a Trib. Genova ord. 21/5/96, in *Giur. it.*, 3, 1997, I, sez. II, 167-174; ID., *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, nota a App. Brescia, 29/1/2000, in *Giur. it.*, 2000, 1876; ID., *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le*

⁵¹ E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 11; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 248.

⁵² In giurisprudenza v. Trib. Roma, ord. 14.8.2000, *Europa Tv c. Stream Spa*, in *Giur. it.*, 2001, p. 57, e C. App. Roma, ord. 16.1.2001, *Stream c. Telepiù*, in *Danno e resp.*, 2001, 3, 284, che, chiamati a pronunciarsi in sede cautelare sulla validità di una clausola di esclusiva di durata eccessivamente lunga inserita in un contratto stipulato tra Telepiù al Napoli Asc (frutto di un abuso di posizione dominante escludente di Telepiù), ne hanno affermato la nullità per contrasto con norme imperative, dichiarando l'impresa concorrente di Telepiù (Stream), terza rispetto al contratto, legittimata ad agire ai sensi dell'art. 1421 c.c.

⁵³ M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, cit., p. 66, la quale sottolinea che coerentemente si potrebbe allora ritenere nullo ex art. 1418 c. 1 c.c. il singolo contratto abusivo ove esso sia in grado di produrre da solo l'effetto escludente.

Si tratta però di ricostruzioni che non convincono. Non convince la tesi della nullità derivata perché questa si configura, secondo l'insegnamento tradizionale, solamente qualora tra i contratti in questione sussista un collegamento negoziale in senso tecnico⁵⁸, mentre ciò nella specie non accade.

Non convince la tesi della illiceità della causa perché l'attuazione dell'intesa – della cui esistenza il contraente a valle è del tutto ignaro – non costituisce certo lo scopo né la funzione oggettiva del contratto a valle, ma al più il motivo di una parte (l'impresa), sicché non tocca il piano oggettivo del negozio e rimane assolutamente irrilevante sotto il profilo della validità dell'atto⁵⁹.

Non convince infine neppure la tesi della nullità per illiceità dell'oggetto, in quanto questa presuppone che l'intesa a monte sia stipulata in forma contrattuale e, soprattutto, che presenti un oggetto illecito trasposto pedissequamente nei contratti a valle. Mentre nella prassi antitrust sono consuete le ipotesi di intese costituite da semplici pratiche concordate che non hanno ad oggetto una clausola esattamente riproducibile a valle⁶⁰.

Senza contare che l'illiceità delle intese, a differenza di quanto ipotizzato dalla tesi in esame, non consiste nell'entità del prezzo di rivendita pattuito dalle imprese, bensì nell'allineamento anticoncorrenziale dei comportamenti e dei prezzi medesimi⁶¹: a essere illecita non è tanto la determinazione di un certo prezzo da praticare a valle, ma il fatto che le imprese uniformino i propri comportamenti per restringere il gioco concorrenziale. Sicché viene meno il presupposto della tesi in questione.

Secondo un'idea diffusa, peraltro, i contratti a valle delle intese (di sfruttamento) sarebbero affetti da nullità virtuale di protezione, per ragioni analoghe a quelle ricordate a proposito dei contratti abusivi⁶².

Anche in questo caso, però, tale soluzione non è condivisibile, giacché secondo l'interpretazione prevalente, come ricordato *supra*, la nullità virtuale non può discendere dalla violazione delle regole di comportamento imposte a una parte del negozio. Di talché il divieto di stipulare intese restrittive a monte non può produrre la nullità dei negozi a valle, il cui contenuto non è di per sé in contrasto con la norma imperativa antitrust⁶³.

mico da essa derivante (in tal senso A. BERTELOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi*, cit., 352; preferisce parlare di contrasto con norma imperativa piuttosto che di ordine pubblico economico, seppure nell'ambito di una ricostruzione volta a evidenziare la illiceità dell'oggetto, anche C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 473; la stessa E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 421, pur esprimendo dubbi sulla soluzione della nullità di protezione, afferma che il suo fondamento più che nella violazione di una norma imperativa andrebbe rintracciato nella contrarietà all'ordine pubblico economico).

Si sostiene infatti che dall'art. 2 l. n. 287/90 deriverebbe non solamente il divieto di stipulare le intese, ma anche il divieto, più generale, di porre in essere tutte le attività conseguenti alla stipulazione dell'intesa e idonee a darne attuazione in concreto (A. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti invalidi a valle. Alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, pp. 449 e ss.). Con la conseguenza che si potrebbe ravvisare un contrasto diretto tra norma imperativa e contratti a valle, fonte della loro nullità. Il che troverebbe anche un riscontro giurisprudenziale in Cass. 1.2.1999, n. 827, ove si afferma appunto che la norma antitrust vieta il comportamento anticoncorrenziale complessivo, anche attuativo delle intese (Cass. civ., sez. I, 1/2/99, n. 827, in *Giur. it.*, 1999, 1223, con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur. comm.*, 1999, II, 223, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*; in *Giur. it.*, 2000, 5, pp. 939-942 con nota di G. AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale? (Ancora su Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n.827)*).

Tuttavia, non può non osservarsi che il testo della legge antitrust vieta solamente le intese, mentre tace sulla sorte dei contratti a valle. Tanto più che la nullità prevista dall'art. 2, l. 287/90 colpisce espressamente le sole intese restrittive della concorrenza, non i contratti attuativi di questa.

Del resto il singolo contratto a valle di per sé non si pone in contrasto con la norma imperativa antitrust (E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 105), perché la legge vieta l'intesa e l'alterazione del gioco concorrenziale, ma non la stipulazione di contratti a un determinato prezzo sovra-concorrenziale o con certe condizioni anticoncorrenziali.

⁶³ In tal senso Cass. civ., sez. III, 11.6.2003, n. 9384 (in *Danno e responsabilità*, 2003, 11, p. 1068 con commento di S. BASTIANON, *Nullità a cascata? Divieti antitrust e tutela del consumatore*) che ha espressamente escluso la nullità dei contratti a valle per contrasto con norme imperative, cassando la sentenza della Corte di Appello di Brescia del 29.1.2000 (in *Giur. it.*, 2000, 1876, con nota di A. BERTELOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, e in *Foro it.*, 2000, 9, I, 2679) e affermando che l'unico rimedio a disposizione delle vittime dell'intesa è il risarcimento del danno. Nello stesso senso v. anche TAR Lazio, sez. I, 10.3.2003, n. 1790, in *T.A.R.*, 2003, 1, 26.

regole antitrust, ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto, in *Giur. it.*, 12, 1997, IV, 345-353.

⁵⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 390.

⁵⁹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 83; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 453; E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., pp. 101-102. In giurisprudenza v. Trib. Alba, 12.1.1995, in *Giur. it.*, 1996, I, II, p. 212.

⁶⁰ E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 121; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 10, p. 941. Tenta di dare una risposta al problema A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 260 e ss.

⁶¹ E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 124-125

⁶² Secondo tale tesi la nullità dei contratti a valle si fonderebbe sul fatto che questi si porrebbero in contrasto diretto con la norma imperativa dettata dall'art. 2 l. n. 287/90 (e dall'art. 81 Tr. Ce), o comunque con il principio di ordine pubblico econo-



E tale conclusione vale *a fortiori* per i contratti a valle di intese escludenti, per le stesse ragioni già richiamate a proposito dei contratti abusivi escludenti.

Allo stato dell'arte, dunque, anche per i contraenti a valle l'unico rimedio esperibile risulta quello risarcitorio; tanto più se si considera che non vanno esenti da critiche neanche quelle tesi che guardano all'annullabilità⁶⁴ dei contratti a valle o alla possibilità di una riconduzione ad equità⁶⁵ a causa, anzitutto, dell'eccezionalità e della tipicità di tali istituti, non applicabili analogicamente al caso di specie.

5. Il rimedio risarcitorio

Dal quadro brevemente descritto emerge che il rimedio risarcitorio è destinato a svolgere un ruolo centrale nell'attuale sistema di *private antitrust enforcement*.

Il dibattito in materia⁶⁶ ha già consentito di raggiungere alcuni importanti punti fermi, a partire dall'affermazione del principio per cui è legittimato a chiedere il risarcimento chiunque sia danneggiato da una pratica anticoncorrenziale, consumatori compresi.

Sotto il profilo dell'ingiustizia dei danni antitrust, pertanto, se da un lato è sempre stata chiara la risarcibilità dei danni patiti dai concorrenti vittime di pratiche escludenti, dall'altro lato oggi non è più sostenibile la tesi che vorrebbe escludere i consumatori vittime di pratiche di sfruttamento dall'ambito dei soggetti titolari di un interesse giuridicamente rilevante ai sensi delle norme antitrust,

⁶⁴ M. MELI, *op. cit.*, p. 190 ss. e p. 194. E. CAMILLERI, *op. cit.*, pp. 464-465 propone un'applicazione estensiva della disciplina del dolo incidente.

⁶⁵ È la tesi proposta da G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 99 e ss. Analogamente, già G. PASETTI, *Impresa dominante e rescissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 351 e ss. si era espresso a favore dell'applicazione delle norme in materia di rescissione all'ipotesi di abuso di posizione dominante. Si richiama al rimedio rescissorio anche E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 421.

⁶⁶ La letteratura in materia è molto vasta, basti qui ricordare il dibattito tra C. CASTRONOVO (*Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, cit., p. 1168; *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 473; *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 2, pp. 444), secondo il quale non sarebbero ingiusti i danni patiti dai consumatori vittime di pratiche anticoncorrenziali e M. LIBERTINI (*Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni antitrust*, cit., p. 937; *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., p. 3), che sostiene invece l'ingiustizia e la risarcibilità anche dei danni patiti dai consumatori a valle di una pratica anticoncorrenziale.

Più recentemente v. E. CAMILLERI, *op. cit.*; N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, p. 274 e ss.

come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Cassazione⁶⁷. La legge antitrust non è infatti la legge delle imprese soltanto, ma è la legge di tutti i soggetti del mercato, giacché tutela la concorrenza in senso oggettivo. Con la conseguenza che anche chi non è concorrente dell'autore della pratica anticoncorrenziale può essere titolare di un interesse giuridicamente rilevante alla concorrenzialità del mercato, che può qualificarsi come interesse legittimo di diritto privato⁶⁸ e che trova i propri in-

⁶⁷ In tal senso a livello comunitario Corte giust. CE, 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, 2, IV, 75 e poi Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*.

In Italia affermano l'ingiustizia dei danni antitrust patiti dai consumatori Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 4, I, 1014 e poi Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1097.

Rimane comunque aperto il problema della selezione dei soggetti titolari del diritto al risarcimento, perché se si guarda solo al nesso di causalità, come traspare dalle parole della Corte di Giustizia CE (ma nel caso *Manfredi* si accenna alla necessità di selezionare ulteriormente i legittimati), si rischierebbe di attribuire il diritto al risarcimento anche a soggetti che in realtà non sono titolari di posizioni meritevoli di tutela ai sensi della disciplina antitrust: in proposito secondo N. REICH, *The "Courage"-doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?*, in *C.M.L.R.*, 2005, 42, p. 61, per selezionare i soggetti legittimati all'azione sarebbe opportuno fare ricorso alla teoria dello scopo della norma violata (*Normzwecktheorie*) in quanto dovrebbe avere diritto al risarcimento non qualsiasi danneggiato ma solo chi è protetto contro il tipo di danno antitrust verificatosi; al contrario, A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, p. 191 ss. affronta il problema della selezione dei soggetti legittimati all'azione risarcitoria sostenendo che nel diritto comunitario non dovrebbe applicarsi il criterio dello scopo di protezione della norma vietata, ma dovrebbe solamente farsi uso dei criteri causali.

In tema v. F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 229, che evidenzia che la sentenza *Manfredi* della Corte di Giustizia CE ha segnato un cambio di rotta rispetto al precedente caso *Courage*, in quanto ha messo in luce la necessità di selezionare i danni risarcibili in un'ottica compensativa. Selezione che nel nostro ordinamento potrebbe avvenire tramite un utilizzo accorto del criterio dell'ingiustizia.

Sulle prospettive aperte dal caso *Courage v. W. VAN GERVEN, Private enforcement of EC competition rules in the ECJ - Courage v. Crehan and the way ahead*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, edited by J. Basedow, Kluwer Law Int., The Netherlands, 2007, p. 19 e ss.

⁶⁸ L'interesse delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali di sfruttamento può qualificarsi come "interesse legittimo di diritto privato" perché trova tutela, in quanto coincidente con l'interesse generale alla concorrenza, nei confronti degli abusi di potere di mercato posti in essere dalle imprese che eccedono i limiti del legittimo esercizio della libertà di iniziativa economica: v. F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 449. In termini analoghi cfr. anche F. FERRO LUZI, *Regole del mercato e regole nel mercato: due vasi non comunicanti*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 7-8-9, p. 215; E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, 1127 e ss.; P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concor-*



dici di rilevanza nella stessa disciplina antitrust, nell'art. 41, comma 2, Cost. e nelle norme comunitarie.

Il riconoscimento dell'ingiustizia dei danni antitrust, però, non è ancora sufficiente a garantire quella tutela effettiva delle vittime delle pratiche anticoncorrenziali più volte auspicata dalla Commissione CE e dalla Corte di Giustizia CE⁶⁹, giacché le elevate difficoltà probatorie e gli alti costi processuali - soprattutto se comparati all'entità spesso esigua dei danni patiti singolarmente dai consumatori - rischiano in concreto di vanificare il diritto al risarcimento⁷⁰.

Basti pensare, per restare all'esperienza italiana, che nell'ambito dello stesso caso "RC Auto" - che pure ha fornito alla Corte di Cassazione l'occasione per affermare l'ingiustizia dei danni patiti dai consumatori⁷¹ - non sono mancate sentenze dei giudici di merito che hanno comunque respinto le domande per mancanza della prova del nesso di causalità e del danno concretamente patito dai singoli assicurati⁷², nonostante l'accertamento dell'esistenza dell'intesa a monte e del sovrapprezzo conseguentemente praticato dalle imprese.

In tale ottica è perciò sicuramente da accogliersi con favore l'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione risarcitoria di classe per i danni da pratiche anticoncorrenziali di cui all'art. 140 bis del Codice del Consumo, in quanto volta a facilitare le iniziative private⁷³, ma non può non notarsi che essa, così come disciplinata e per la sua *sedes materiae*, rischia di creare un'ingiustificata disparità di tratta-

renza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?, in *Società*, 2006, p. 748; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 4, p. 871; e da ultimo M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia di antitrust*, cit., p. 174.

⁶⁹ V. Corte giust. CE, 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, cit., e Corte giust. CE, 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*; Commissione CE, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 2.4.2008.

⁷⁰ A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, cit., p. 118 e ss.

⁷¹ Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207.

⁷² C. App. Napoli, sez. I, 9.2.2006, n. 374, in *Danno e responsabilità*, 2006, 11, p. 1133. Successivamente però la Corte di Cassazione ha corretto tale indirizzo, facendo uso delle presunzioni: Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, cit., su cui v. *infra*.

⁷³ Sull'azione collettiva di classe v., *ex multis*, C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 2, p. 253; G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, p. 379; P. BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, 1373; R. LENER - M. RESCIGNO (a cura di), *Class Action! (?)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1.

mento tra le vittime delle pratiche anticoncorrenziali, in quanto consente solo ai "consumatori" di agire in forma aggregata⁷⁴, mentre le norme antitrust non distinguono tra consumatori e professionisti, che sono titolari del medesimo interesse alla concorrenzialità del mercato⁷⁵.

Proprio tali aspetti, del resto, costituiscono l'oggetto degli studi più recenti⁷⁶ e i punti nevralgici delle proposte della Commissione CE contenute nel Libro Verde e nel Libro Bianco in materia di risarcimento dei danni antitrust⁷⁷.

⁷⁴ Trib. Torino, ord. 4.6.2010, n. 29, in *Giustamm.it*, 6, 2010, ha già avuto modo di affermare che ai sensi dell'art. 140 bis del Codice del Consumo la legittimazione attiva a proporre un'azione di classe spetta solo al consumatore come definito dall'art. 3 di tale codice, precisando altresì che detta norma non crea nuovi diritti, ma disciplina soltanto un nuovo mezzo di tutela.

Peraltro l'art. 140 bis cod. cons., che prevede la competenza del Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa, è destinato a sollevare non pochi problemi di coordinamento con quanto disposto dall'art. 33, comma 2, l. n. 287/90 che prevede invece la competenza funzionale in primo grado della Corte di appello: v. C. PIAZZA, *L'azione collettiva risarcitoria ed il rapporto con l'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in E. CESARO, F. BOCCHINI (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria (class action)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 157-158.

⁷⁵ Le vittime delle pratiche anticoncorrenziali di sfruttamento, anziché con il termine consumatori, per evitare equivoci, potrebbero essere qualificate come "controparti di mercato" delle imprese, mutuando il termine utilizzato nell'ordinamento tedesco: v. N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e tutela collettiva dei consumatori*, cit., p. 274 e ss.

⁷⁶ *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, December 2009, Luxembourg, Publications Office of the European Union 2009, disponibile sul sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actiondamages/>.

Nella letteratura italiana v. L. PROSPERETTI - E. PANI - I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, il Mulino, Bologna, 2009; M. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009.

⁷⁷ Commissione CE, *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 2.4.2008, e *Libro Verde. Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, del 19.12.2005.

Per i primi commenti a tali testi 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 conc. regole*, 2006, 2, p. 322; T. EILMANSBERGER, *The Green paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, p. 458; E.L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, *op. cit.*, p. 273.

Recentemente sulle ricadute del Libro Bianco nel nostro ordinamento: F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009.

Sull'evoluzione del diritto comunitario in materia v. M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 3, p. 655 e ss.



I maggiori problemi riguardano la dimostrazione del nesso di causalità tra il danno patito dal singolo che agisce in giudizio e la pratica di sfruttamento, la dimostrazione del danno patito dai cd. “consumatori esclusi” (ossia da chi a causa della pratica di sfruttamento è costretto a rinunciare al bene)⁷⁸, l’individuazione dei danni risarcibili nel caso di *passing-on* (ossia di traslazione del danno da parte di un intermediario che si frappone tra l’autore della pratica e il consumatore finale) e il valore da attribuire in tutto ciò ai provvedimenti delle autorità garanti.

Secondo una posizione assai garantista, infatti, l’accertamento da parte di un’autorità indipendente di una pratica anticoncorrenziale di sfruttamento non avrebbe alcun rilievo quando si tratta di accertare il diritto al risarcimento del danno delle vittime di tale pratica, giacché le condotte antitrust, pur producendo un danno sociale, non sempre produrrebbero anche un danno privato⁷⁹. Tanto che numerose pronunce giurisprudenziali proprio per tale ragione avrebbero respinto le domande risarcitorie avanzate dai consumatori⁸⁰.

La difficoltà della prova del danno patito in concreto sarebbe del resto ancor più evidente quando ad agire siano i “non acquirenti”, ossia coloro che hanno rinunciato al bene a causa della pratica di sfrut-

⁷⁸ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., pp. 432-433, afferma la risarcibilità dei danni patiti dai “consumatori esclusi”, ossia da «coloro ai quali sono state proposte condizioni vessatorie, che integrano gli estremi di un abuso di posizione dominante, ma che non si sono assoggettati alla taglia, rifiutando di stipulare il relativo contratto».

Nella letteratura americana il danno patito dai consumatori esclusi viene indicato con il termine di *deadweight loss*: v. C.R. LESLIE., *Antitrust damages and deadweight loss*, in *Antitrust Bulletin*, 2006, 51, 3, p. 521.

⁷⁹ L. PROSPERETTI -E. PANI -I. TOMASI, *op. cit.*, p. 19. Per una recensione critica più approfondita di tale volume sia consentito rinviare a G. TADDEI ELMI, “L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust, Una prospettiva economica*”. *Recensione*, in *Persona e mercato*, 2010, 1, p. 74 e ss.

⁸⁰ L. PROSPERETTI -E. PANI -I. TOMASI, *op. cit.*, p. 49 e pp. 156-157, ricordano la sentenza del *Tribunal de Commerce de Paris*, 26.1.2007, *Laboratoires Juva c. Hoffmann-La Roche*, che, in riferimento al noto caso del cartello sul mercato delle vitamine (caso *Vitamine*), accertato dalla Commissione CE con decisione del 21.11.2001, in GUCE, 2003, L6/1, ha respinto la richiesta risarcitoria dell’attore perché questo non avrebbe provato il danno, ossia il fatto che il (sovrap)prezzo effettivamente pagato per le forniture di vitamine C e B fosse conseguenza del cartello esistente a monte.

Nello stesso senso si può ricordare la già citata sentenza della C. App. Napoli, 9.2.2006, n. 374, secondo cui «il comportamento accertato e sanzionato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato non comporta ex se l’affermazione di responsabilità della società assicuratrice in ordine alla pretesa attorea, dovendo accertarsi l’incidenza causale del comportamento medesimo nella produzione del danno assunto: il danno infatti non si pone quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo».

tamento, i quali «dovrebbero dimostrare quanto compravano prima dell’aumento dei prezzi e quanto comprano dopo»⁸¹.

Si tratta, tuttavia, di argomenti che sono stati criticati perché intendono elevare a principio generale ciò che, in realtà, costituirebbe un’eccezione, o comunque una circostanza da verificare caso per caso, sì da rappresentare una vera e propria piramide rovesciata⁸².

Si è infatti osservato che anzi, assai spesso, i provvedimenti delle autorità antitrust contengono riferimenti precisi anche in ordine alla sussistenza dei concreti effetti dannosi generati dalle pratiche anticoncorrenziali, quantomeno al momento di avviare l’istruttoria⁸³ o ai fini della quantificazione della sanzione. Del resto, è difficile pensare che le imprese stringano intese illecite (con tutti i rischi e i costi del caso) per il solo gusto di farlo, senza alcuna ricaduta sul mercato; senza contare che già la stessa esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza è capace di produrre effetti negativi sul mercato, a discapito dei consumatori⁸⁴.

Sicché, pur non essendo possibile individuare una soluzione *a priori*, ed essendo viceversa necessario verificare volta per volta il contenuto del provvedimento dell’autorità antitrust, si può comunque ritenere che il nesso causale tra pratica anticoncorrenziale e danno (sotto forma di sovrapprezzo nel caso di pratiche di sfruttamento) possa essere presunto se sono provate la presenza di un’intesa (o di un abuso) che ha prodotto effetti sul mercato e la stipulazione di un contratto a valle di quella intesa (o abuso)⁸⁵. Salva in ogni caso la possibile prova contraria da parte dell’impresa convenuta, chiamata, ai sensi dell’art. 2697 c.c., a dimostrare le circostanze eccezionali che avrebbero interrotto il nesso causale e determinato altrimenti quel prezzo, ovvero a provare l’inesistenza nel caso di

⁸¹ L. PROSPERETTI -E. PANI -I. TOMASI, *op. cit.*, p. 23.

⁸² S. FROVA, *Prova e valutazione del danno antitrust. La piramide rovesciata*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 3, p. 571.

⁸³ A. NICITA, *Effetti collaterali o malattie croniche?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 3, p. 579.

⁸⁴ S. FROVA, *op. cit.*, pp. 571-572.

⁸⁵ In tal senso si è espressa Cass. civ., sez. III, 2.2.2007, n. 2305, secondo cui, nell’ambito del caso RC Auto, all’assicurato che agisce per il risarcimento «sarà sufficiente allegare l’accertamento dell’intesa anticoncorrenziale da parte dell’Autorità Garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività)», perché il giudice potrà desumere l’esistenza del nesso causale tra l’intesa e il danno anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, salva la prova contraria dell’assicuratore.

specie del sovrapprezzo accertato dal provvedimento dell'autorità antitrust.

L'esigenza di semplificare l'onere probatorio del consumatore emerge del resto anche da quanto propone il Libro Bianco della Commissione CE in punto di *passing-on*, che prevede di introdurre una vera e propria presunzione semplice di integrale trasferimento del sovrapprezzo sui contraenti finali, salvo poi, nel caso di azioni avviate dai contraenti diretti, porre a carico dei convenuti la prova del trasferimento. Con il che si detta una soluzione che trascura quanto insegna la scienza economica, ossia che il danno viene quasi sempre ripartito, in misura maggiore o minore in funzione della elasticità della curva di domanda, tra acquirente diretto e acquirenti indiretti⁸⁶, ma che si giustifica con la necessità di tutelare adeguatamente coloro che, in quanto consumatori finali, subiscono il danno da sovrapprezzo senza avere la possibilità di trasferirlo su altri soggetti⁸⁷.

Quanto infine alla quantificazione dei danni antitrust è noto che il dibattito ruota intorno alla possibilità di introdurre un sistema di danni punitivi, analogo a quello americano, per aumentare l'efficacia deterrente del *private antitrust enforcement*⁸⁸.

⁸⁶ L. PROSPERETTI - E. PANI - I. TOMASI, *op. cit.*, p. 52. H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, 3^a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, USA, 2005, pp. 624 e ss.

⁸⁷ L. NIVARRA, *Il 2° comma dell'art. 33. La tutela civile: profili sostanziali*, in R. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993, vol. II, p. 1463 p. 1463.

⁸⁸ La letteratura di analisi economica del diritto americana ha evidenziato che la sanzione più efficiente, in un'ottica deterrente, è quella che pone i costi sociali provocati dall'infrazione a carico del suo autore, sicché, tenuto conto che non tutte le infrazioni vengono scoperte, per calcolare l'entità ottimale del risarcimento si dovrebbe dividere il costo sociale provocato dall'infrazione per le probabilità che essa sia scoperta: v. R.A. POSNER, *Antitrust Law*, pp. 223-224. Si tratta del modello di *optimal deterrence* che è stato elaborato compiutamente per la prima volta da G. BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, 76 *J. Pol. Econ.*, 1968, pp. 169 e ss., riprendendo gli spunti di R. COASE, *The problem of social cost*, in *J. Law and Econ.*, 1960, p. 1 e ss. e di G. CALABRESI, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven-Londra, 1970 (trad. it.: *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1975).

La formula per la sanzione ottimale per le violazioni delle norme antitrust è stata poi indicata da W. LANDES, *Optimal sanctions for antitrust violations*, in 50 *Ch. Law Rev.*, 1983, p. 652, secondo il quale il *quantum* della sanzione dovrebbe essere pari al «net harm to persons other than the offender, adjusted upward if the probability of apprehension and conviction is less than one».

In argomento v. A. NICITA, *Deterrenza, sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in M.R. Maugeri - A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 27 e ss.

Tale soluzione al momento risulta troppo innovativa rispetto alle tradizioni e ai principi che guidano il sistema risarcitorio europeo⁸⁹. Non va però trascurato che si registrano nel nostro ordinamento numerose aperture verso prospettive di deterrenza e di prevenzione, che potrebbero coesistere con la compensazione nell'ottica di una pluralità di funzioni della responsabilità civile⁹⁰.

Quel che è certo, comunque, è che al fine di rendere davvero effettivo il diritto al risarcimento sono

⁸⁹ Cass., sez. III, 19.1.2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, 5, 1460, ha ritenuto inammissibili nel nostro ordinamento i danni punitivi dell'ordinamento statunitense in quanto contrastanti con il principio compensativo proprio della nostra responsabilità civile, cui è estranea l'idea della punizione e della sanzione.

In senso contrario Giud. Pace Bitonto, 21.5.2007, in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 1278, nel caso *Manfredi* oggetto della nota sentenza della Corte di Giustizia CE ha ritenuto di poter liquidare equitativamente i danni in misura doppia. V. P. NEBBIA, ...*So what happened to mr. Manfredi? The Italian decision following the ruling of the European Court of Justice*, in *E.C.L.R.*, 2007, 28, 11, p. 591, e M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, I, p. 174.

Nel'ordinamento inglese la *High Court* (19.10.2007, *Devenish v. Sanofi-Avensis*) ha ritenuto che una quantificazione multipla dei danni antitrust è impedita dal principio del *ne bis in idem*, atteso che la funzione deterrente è già svolta dalle sanzioni amministrative.

⁹⁰ F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, relazione presentata al Convegno su «La funzione deterrente della responsabilità civile» svoltosi a Siena dal 19 al 21 settembre 2007, consultata nel dattiloscritto e ora pubblicata in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 4, p. 909. Nello stesso senso G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie, cit.*, 1464.

Anche P. GIUDICI, *op. cit.*, p. 65, afferma che il nostro sistema della responsabilità civile è compatibile con una ricostruzione volta alla deterrenza che al tempo stesso non escluda la giustizia correttiva.

Nello stesso senso P. TRIMARCHI, *Illecito civile*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 108, secondo cui la responsabilità civile ha sia la funzione di reintegrare il patrimonio sia quella di sanzionare e di scoraggiare preventivamente gli atti illeciti.

Contra, proprio in tema di rimedi antitrust, M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impresa*, 2008, 1, p. 120 e ss., che afferma invece che la funzione compensativa della responsabilità civile è incompatibile con quella deterrente e che nel nostro ordinamento la disciplina della responsabilità è costruita esclusivamente in funzione compensativa.

Sul tema v. adesso M. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit.; F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, cit.

In generale, sulla funzione dei danni punitivi, v. S. PATTI, *Pena privata*, in F. D. Busnelli - S. Patti (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2^a ed., 2003, p. 235 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, II, p. 25 e ss.

V. G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in *www.personaemercato.it.*, 5.10.2008; e con riferimento specifico all'antitrust P. NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *European Law Review*, 2008, p. 2.



da accogliere con favore forme di semplificazione del calcolo dei danni antitrust, come quelle recentemente proposte dallo studio commissionato dalla Commissione CE⁹¹ e sulla scorta di quanto avviene nella giurisprudenza americana, ove vige un doppio standard di prova: quello relativo alla dimostrazione della sussistenza dell'illecito e quello, meno rigoroso, relativo alla quantificazione, che può essere oggetto di una ragionevole approssimazione⁹².

6. Le pratiche commerciali scorrette

Il tema dei rapporti tra *public* e *private enforcement* delle norme a tutela del mercato è stato recentemente riproposto dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, la cui applicazione è stata affidata all'AGCM.

In attuazione della Direttiva CE 2005/29, il legislatore italiano con il D. Lgs. n. 146 del 2.8.2007 ha infatti profondamente modificato la parte II del Co-

⁹¹ *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts. Study prepared for the European Commission*, December 2009, cit.

⁹² L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *op. cit.*, p. 1001, i quali ricordano che nella giurisprudenza americana è consolidato il principio per il quale la prova richiesta per l'accertamento della sussistenza di un'infrazione antitrust è diversa da quella richiesta per la dimostrazione dell'entità del danno patito dalla vittima: la sua prima affermazione risale al caso *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* (282 U.S., 555, 562, 51 S. Ct. 248, 75, L. Ed. 544, 1931), quando la Corte Suprema affermò che vanno tenute distinte «*the measure of proof necessary to establish the fact that the petitioner has sustained some damage and the measure of proof necessary to enable the jury to fix the amount*»; ma si tratta di principio ribadito in numerose occasioni (v. caso *Bigelow v. RKO Radio Pictures Inc.*, 327 U.S. 251, 264, 6, S. Ct. 574, 90, L. Ed. 652, 1946). Cfr. anche H. HOVENKAMP, *op. cit.*, pp. 668-669.

Tanto più che la giurisprudenza americana, al fine di favorire le azioni risarcitorie, ha precisato che l'attore deve limitarsi a dimostrare che la violazione antitrust ha contribuito in maniera significativa a provocare il danno lamentato, anche se vi siano altri fattori che hanno influito sulla sua entità. L'attore può cioè limitarsi a provare che senza l'infrazione antitrust le probabilità o l'estensione dei suoi danni sarebbero stati significativamente minori, mentre non occorre che escluda tutte le altre possibili cause del danno (*Zenith Radio Corp v. Hazeltine Research Inc.* (*Zenith I*), 395 US 100, 114, 1969; *Continental Ore v. Union Carbide*, 370 US 690, 702, 1961; *Catlin v. Washington Energy Co.*, 791 F 2d 1343, 1347, 9th Cir 1986; *Virginia Vermiculite Ltd. v. WR Grace & Co-Conn*, 156 F 3d 535, 539, 4th Cir 1998).

L'onere di dimostrare che i danni lamentati dalla vittima dipendono da altre cause ricade così sull'impresa convenuta, cosa che si giustifica in virtù del fatto che è stata l'impresa convenuta a porre in essere la condotta anticoncorrenziale in questione: v. E. ELHAUGE - D. GERADIN, *op. cit.*, p. 9, P.E. AREEDA - R.D. BLAIR - H. HOVENKAMP - C.P. DURRANCE, *Antitrust Law. An analysis of Antitrust principles and their application*, 3^a ed., Wolters Kluwer, 2006, p. 317.

dice del consumo, introducendo il divieto delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive.

In particolare, il nuovo art. 27 del Codice del consumo ha affidato all'AGCM la competenza ad accertare la sussistenza di tali pratiche e il potere di inibirne la continuazione e di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie⁹³.

Ciò ha fatto sorgere un problema analogo a quello che si è posto in relazione alle violazioni delle norme antitrust, ossia quali siano i rimedi civili che le vittime di tali pratiche possono azionare davanti al giudice ordinario.

Varie soluzioni sono state suggerite.

Anzitutto, facendo leva sulla circostanza che le pratiche commerciali scorrette costituirebbero violazioni di obblighi di condotta precontrattuali analoghi a quelli informativi, si è pensato di attribuire al consumatore un diritto di recesso⁹⁴. Si tratta però di rimedio che nelle stesse norme comunitarie in tema di obblighi informativi non ha portata generale e anzi è oggetto di discipline frammentarie⁹⁵. Esso, inoltre, viene solitamente attribuito al consumatore a prescindere dalla violazione di obblighi di condotta precontrattuali, quale strumento di pentimento⁹⁶ e non già quale rimedio per una scorrettezza.

Altro rimedio proposto è quello della nullità di protezione del contratto (relativa e necessariamente parziale) per violazione di norme imperative; nullità che peraltro è espressamente prevista dall'art. 52, comma 3, Cod. Cons. nel caso di mancata dichiarazione delle informazioni essenziali all'inizio della conversazione nel caso di comunicazioni telefoniche.

Secondo parte della dottrina, infatti, la nullità non sarebbe più rimedio demolitorio, ma conformativo, volto a tutelare la parte debole del rapporto dagli abusi della controparte⁹⁷. Sicché la nullità di pro-

⁹³ E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 3, p. 271.

⁹⁴ L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo - S. Mazzamuto (a cura di), III, Giuffrè, Milano, 2007, p. 455; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Eu.*, 2007, pp. 14 e 30; E. BATELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, 12, p. 1103.

⁹⁵ M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 10, II, p. 484.

⁹⁶ La violazione di obblighi informativi semmai può incidere sulla durata del periodo nel quale può essere esercitato il recesso e sulla fissazione del termine *a quo*: U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1, p. 74.

⁹⁷ Sulla nullità di protezione virtuale, in quanto figura speciale e non eccezionale, v. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 1995.



tezione potrebbe invocarsi in via virtuale nel caso delle pratiche commerciali scorrette, giacché il divieto di tali pratiche è chiaramente posto a tutela del consumatore⁹⁸.

La nullità di tali contratti, però, secondo altra parte della dottrina sarebbe distonica rispetto agli interessi qui in gioco (per la sua imprescrittibilità e per i riflessi nei rapporti con i terzi)⁹⁹.

La stessa Corte di Cassazione¹⁰⁰ ha del resto recentemente escluso tale soluzione allorché, nel caso di violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario, ha affermato che la nullità di protezione, sebbene rimedio sempre più frequentemente adottato dal legislatore interno e comunitario, non può essere invocata in via virtuale per la violazione di norme che, seppur imperative, pongono regole di condotta a carico delle parti e non regole di validità dell'atto¹⁰¹.

Sicché, dato che le norme che vietano le pratiche commerciali scorrette sono norme di condotta, la loro violazione non potrebbe condurre alla nullità del contratto¹⁰².

Ciò ovviamente non impedisce in casi specifici di ritenere nullo il contratto per altre ragioni, come ad esempio quando sono omesse informazioni che costituiscono l'oggetto del contratto (il prezzo, le caratteristiche del bene)¹⁰³.

E comunque non impedisce di invocare in casi specifici la nullità disposta dal combinato degli artt. 34, comma 2, e 36 Cod. Cons. nel caso di scarsa chiarezza delle clausole contrattuali anche riguardanti il corrispettivo del contratto¹⁰⁴.

Sulla natura conformativa delle nuove nullità di protezione, quali rimedi di regolamento, v., soprattutto, V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, cit., p. 245 e ss.; Id., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. Sirena (a cura di) *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 413 e ss. Sulla nullità di protezione v. inoltre M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 155 e ss.

⁹⁸ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Eu.*, 2007, 1, p. 62; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171.

⁹⁹ M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 484; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 73.

¹⁰⁰ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725.

¹⁰¹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., e A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.

¹⁰² R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, p. 493.

¹⁰³ M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 482.

¹⁰⁴ M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 482.

Ma certamente non è possibile trarsi la conclusione per cui la nullità sia il rimedio generale per le violazioni delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette.

Un altro rimedio di grande interesse è quello della annullabilità per dolo del contratto concluso per effetto di una pratica commerciale scorretta¹⁰⁵.

Si è infatti sostenuto che la rilevanza degli obblighi informativi e precontrattuali imposti dalle norme comunitarie sarebbe ormai tale da modificare il significato o originario dell'art. 1439 c.c. e da superare così l'interpretazione tradizionale¹⁰⁶ secondo cui il semplice mendacio o la semplice reticenza non sarebbero di per sé sufficienti a integrare il dolo (giacché dovrebbero semmai inserirsi in un complesso di comportamenti volti a raggirare la controparte e a carpirne il consenso¹⁰⁷).

Tuttavia si è replicato che dalla disciplina specifica dei contratti dei consumatori non si possono trarre indici idonei a modificare così radicalmente il significato dell'art. 1439 c.c. e l'equilibrio tra gli oneri precontrattuali delle parti¹⁰⁸.

Rimane inoltre il fatto che l'annullamento per dolo presuppone comunque l'intenzionalità della condotta, mentre le pratiche commerciali scorrette sono rilevanti a prescindere dall'elemento soggettivo e comunque anche ove solo colpose¹⁰⁹.

Sicché il rimedio dell'annullabilità resta confinato solo alle ipotesi in cui sussistano, oltre agli estremi di un'omissione rilevante, anche gli altri requisiti di cui all'art. 1439 c.c..

Anche per le pratiche commerciali scorrette, dunque, il rimedio da preferire, allo stato attuale dell'arte, è necessariamente quello risarcitorio¹¹⁰, che peraltro adesso trova espresso supporto nella previsione dell'azione risarcitoria di classe per i consumatori danneggiati dalle pratiche commerciali

¹⁰⁵ C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 10, p. 781 e ss. R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Eu.*, 2007, 1, p. 72 e ss. In tema di pubblicità ingannevole v. G. CASABURI, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d. lg. n. 74 del 1992 al Codice del consumo*, in *Giur. merito*, 2006, 3.

¹⁰⁶ M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 485 e ss.

¹⁰⁷ R. PARTISANI, *op. cit.*, p. 488.

¹⁰⁸ U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 73.

¹⁰⁹ Di ciò è consapevole la stessa M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 487.

¹¹⁰ C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. Contr.*, 2009, 10, pp. 780 e ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 71.



scorrette, introdotta dal nuovo art. 140 *bis* Cod. Cons.¹¹¹

La stessa Cassazione, del resto, nell'escludere la nullità dei contratti per violazione delle norme precontrattuali, ha evidenziato che il rimedio per la violazione degli obblighi di informazione è il risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c., anche ove sia concluso validamente il contratto.

In tal modo ha superato definitivamente la tesi tradizionale secondo cui la responsabilità *ex art.* 1337 c.c. sarebbe incompatibile con la validità del contratto, in accordo con la dottrina maggioritaria che da tempo aveva messo in luce l'infondatezza della tesi tradizionale e la compatibilità tra responsabilità e validità del contratto¹¹².

Il che si mostra coerente anche con gli orientamenti in materia della Corte di Giustizia, che ha più volte sottolineato che il principio di effettività e di piena efficacia delle norme comunitarie implica che l'osservanza di obblighi quali quelli di informazione precontrattuale debba essere garantita con rimedi civili effettivi e in particolare con il diritto al risarcimento dei danni¹¹³.

Peraltro, la Cassazione¹¹⁴ ha precisato che il risarcimento nel caso di conclusione di un contratto valido non è pari all'interesse negativo, ma al minor vantaggio o maggior aggravio economico derivato al danneggiato dalla violazione degli obblighi precontrattuali. Con ciò superando anche i problemi in punto di quantificazione.

La conclusione favorevole al risarcimento si iscrive del resto nel più recente orientamento che, anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale diretta tra le parti (che sola giustifica il ricorso all'art. 1337 c.c.), ha riconosciuto in materia di comunicazioni commerciali l'ingiustizia del danno patito dal consumatore a causa di una pubblicità ingannevole¹¹⁵.

In proposito, infatti, superata la tesi secondo la quale l'art. 2043 c.c. sarebbe norma secondaria, la Cassazione ha ravvisato un danno ingiusto nella lesione dell'interesse del consumatore a potersi auto-determinare sul mercato e a poter compiere libera-

mente e consapevolmente la propria scelta di consumo¹¹⁶.

Il che, anche a prescindere dalla sussistenza di un rapporto precontrattuale e di una trattativa negoziale tra il consumatore e l'impresa che pone in essere la pratica commerciale scorretta, consente di riconoscere il diritto al risarcimento del danno patito dal consumatore¹¹⁷, ferme restando, però, difficoltà di prova, in ordine al nesso di causalità e alla quantificazione, analoghe a quelle evidenziate a proposito dei danni antitrust.

Emergono, perciò, numerosi punti di contatto tra il sistema di rimedi per le pratiche commerciali scorrette e quello per le pratiche anticoncorrenziali, a partire dalla stessa ripartizione tra *public enforcement*, affidato in entrambi i casi all'AGCM e dettagliatamente disciplinato dal legislatore, e *private enforcement*, di competenza dei giudici ordinari ma ancora spuntato perché sprovvisto, nonostante l'introduzione dell'azione di classe, di strumenti adeguati di tutela.

Il che induce a ritenere necessaria un'attenta opera interpretativa complessiva volta a costruire un efficace sistema di rimedi privatistici per la violazione delle norme a tutela del mercato, in funzione compensativa e deterrente¹¹⁸.

¹¹¹ R. PARTISANI, *op. cit.*, p. 494.

¹¹² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 187; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., p. 104 e ss. e ID., *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007, 10, 785 e ss.; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹¹³ In tema di obblighi di informazione precontrattuale v. Corte Giust. CE, 17 settembre 2002, C-243/00, *Munoz Fruiticola c. Frumar*.

¹¹⁴ Cass., Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725.

¹¹⁵ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, avente ad oggetto la natura ingannevole della dicitura *light* abbinata alle sigarette.

¹¹⁶ Per il carattere ingiusto del danno subito dal consumatore a causa di una pubblicità ingannevole v. P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 1998, p. 609 e, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 4.7.2007, n. 15131. In tema di pratiche commerciali scorrette, per l'ingiustizia del danno, v. L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. Impresa/Eu.*, 2007, 1, p. 43; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/ce concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Eu.*, 2007, 1, p. 30.

¹¹⁷ C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, pp. 780 e ss.

¹¹⁸ In tale prospettiva v. le riflessioni in M.R. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna, 2009.