

Diritto *antitrust* e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema ancora aperto*

Angelo Viglianisi Ferraro

SOMMARIO: 1. Introduzione. La normativa *antitrust* e la questione, irrisolta in Italia, della scelta degli strumenti di tutela dei soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. – 2. Dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2207 del 4 febbraio 2005 all’ordinanza n. 29810 del 12 dicembre 2017. – 3. Il tipo di responsabilità ascrivibile alle imprese che hanno posto in essere una condotta anticoncorrenziale. – 4. La sorte dei “contratti a valle”. La tesi della nullità e i diversi orientamenti prospettati in dottrina. – 4.1. *Segue*. La tesi dell’annullabilità e della rescissione per lesione. – 4.2. *Segue*. La tesi del collegamento negoziale. – 4.3. *Segue*. La nullità *antitrust* (delle intese e dei “contratti a valle” attuativi di esse) come ipotesi di nullità speciale assoggettata ad un regime *sui generis*. – 5. La coesistenza tra il rimedio della nullità e lo strumento del risarcimento del danno. – 6. Conclusioni. La necessità di fare chiarezza in un settore non del tutto esplorato ancora.

1. *Introduzione. La normativa antitrust e la questione, irrisolta in Italia, della scelta degli strumenti di tutela dei soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”*

Una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la n. 29810 del 12 dicembre 2017¹, consente di riaccendere i riflettori sulla vecchia questione, sorta in occasione dei noti casi delle «norme bancarie uniformi»² e delle assicurazioni

* Testo italiano della relazione svolta il 15 marzo 2018, in occasione del Seminario internazionale «*The European Private Law and the Effectiveness of Rights Protection in the Union*», organizzato dai proff. Erik Van den Haute e Julien Cabay, presso la *Université Libre de Bruxelles*.

¹ Sulla quale, v. N. Cipriani e G. Cazzetta, *Le clausole “in deroga” nella fideiussione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 28. Secondo gli studiosi, «l’impatto della sentenza sulla più diffusa prassi bancaria non può che essere dirimpente...». Cfr., inoltre, B. Borrillo, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 8 ss.

² Si trattava di condizioni generali di contratto, predisposte dall’ABI, e diffuse tra le banche appartenenti all’ente collettivo, al fine di uniformare la disciplina delle operazioni negoziali poste in essere dai singoli

R.C. Auto³, concernente i rimedi civilistici esperibili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle” (ossia dai negozi stipulati con i propri clienti da imprese ree di aver posto in essere sul mercato intese anticoncorrenziali)⁴.

La pronuncia si inserisce nel solco dell’orientamento tracciato dalle Sezioni Unite Civili, con la sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005⁵, in materia di *private*

istituti con i propri clienti. La Banca d’Italia (titolare, in forza degli artt. 14 e 20 della L. n. 287 del 1990, delle funzioni di Autorità garante della concorrenza tra gli enti creditizi, prima che queste ultime venissero trasferite all’AGCM, a partire dal 12 gennaio 2016, per effetto della Legge n. 262 del 2005), con provvedimento del 3 dicembre 1994 aveva segnalato la contrarietà all’art. 2 della legge *antitrust* di una serie di clausole contenute nel testo fatto circolare dall’Associazione. Sull’argomento, che è finito anche di fronte alla Corte di Giustizia (v. la sentenza del 21 gennaio 1999, cause riunite C-215 e 216/96, *Bagnasco e a.*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 477 ss., con nota di G. Perassi, *Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela. Primi orientamenti della Corte di Giustizia*), cfr. F. Ambrosiani, *Norme Bancarie Uniformi e diritto della concorrenza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 750 ss.; S. Bastianon, *La fideiussione “omnibus”, il diritto antitrust e l’araba fenice*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 130 ss.; F. Cammelli, *Le clausole ABI tra politica comunitaria antitrust e promozione della “consumer confidence”*: la sentenza Bagnasco, in *Dir. Un. eur.*, 2000, 331 ss.; M. Lamandini, *Fideiussione “omnibus” e “ius variandi” al vaglio dell’“antitrust” comunitario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000 II 248 ss.; G. Tassoni, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 438 ss. La Corte di Cassazione, con la sentenza della III Sezione Civile, n. 9384 dell’11 giugno 2003, in *Danno resp.*, 2003, 1068, annotata da S. Bastianon, *Nullità a “cascata”? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, ha chiuso la *querelle* sorta nella giurisprudenza di merito, pronunciandosi per la validità dei “contratti a valle” ed affermando la possibilità per i consumatori di invocare solo il risarcimento per i danni subiti dalle condotte anticoncorrenziali delle banche. L’ordinanza n. 29810/2017 sembra, però, giungere a conclusioni differenti.

³ La vicenda ha riguardato la stipulazione di contratti c.d. “a valle”, con (più o meno ignari) consumatori finali, da compagnie assicurative condannate dall’Autorità *Antitrust* per aver posto in essere in quasi tutto il territorio italiano una serie di intese anticoncorrenziali. Sul tema sia consentito un rinvio, anche a fini bibliografici, ad A. Ferraro, *La “storia infinita” del caso R.C. Auto: tra diritto italiano e diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 2008, 107 ss.

⁴ Per una interessante e completa ricostruzione del problema, v., più recentemente, E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; e R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *Il profilo negoziale delle intese anticompetitive e delle pratiche concordate: risvolti di diritto civile e processuale*, in *Giust. civ.*, II, 2009, 369 ss.

⁵ La sentenza è reperibile in *Foro it.*, n. 4/2005, I, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *L’antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, 1015 ss. e di E. Scoditti, *L’antitrust dalla parte del consumatore*, 1018 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2005, 495 ss. con nota di A. Nervi, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*; in *Rass. dir. civ.*, 2006, 562 ss., con nota di R. Manco, *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust*; in *Riv. dir. priv.*, 2005, 907 ss., con nota di S. Simone, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*; in *Eur. dir. priv.*, 2005, 444, con nota di G. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*; in *Corr. giur.*, 2005, 3, 337 ss., con nota di I. Pagni, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell’assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, e M. Negri, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrest*; e 1093 ss., con nota di M. Libertini, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*; in *Dir. ind.*, 2005, 188 ss., con nota di G. Colangelo, *Antitrust, cartelli e consumatori; l’epilogo dell’affaire RC Auto*; in *Giur. it.*, 2005, 11 ss., con nota di M. Mastrodonato, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*; e 1675 ss., con nota di G. Canale, *I consumatori e la tutela antitrust*; in *Giust. civ.*, 2006, I, 901 ss., con nota di F. Sebastio, *La legittimazione attiva in materia di ricorsi antitrust*; in *Danno resp.*, 2005, 5 con nota di B. Inzitari, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, 495 ss. e di B. Libonati, *Antitrust e risarcimento del danno: responsabilità extracontrattuale per violazioni di norme antitrust*, 506 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 2006, I, 375 ss., con nota di A. Barletta, *Le domande dei consumatori nei confronti dei responsabili di comportamenti anti-concorrenziali: questioni di competenza, legittimazione ed interesse ad agire*.

enforcement nell'ordinamento giuridico italiano della *Consumer Protection*, da un lato, e della *Competition Law*, dall'altro, ma sembra fornire nuovi spunti di riflessione di non poco momento.

Benché il *thema decidendum* della decisione non riguardi nello specifico la sorte dei *Folgeverträge* (ed il tipo di strumento di tutela da utilizzare per garantire tanto il pieno raggiungimento degli obiettivi sanciti dalla normativa *antitrust*, quanto un elevato livello di protezione dei contraenti deboli), il Supremo Collegio sembrerebbe propendere ancora una volta per l'estensione della nullità di pieno diritto all'intera operazione economica posta in essere dalle imprese colluse⁶.

La soluzione demolitoria, già prospettata da una serie di sentenze dell'autorità nomofilattica (come la n. 827 del 1° febbraio 1999⁷, più volte richiamata nell'ordinanza del 2017⁸), appare condivisibile, perché propone anche una persuasiva ricostruzione del rapporto tra i due principali rimedi privatistici esperibili a garanzia sia degli interessi del mercato che degli utenti immediatamente pregiudicati dalla condotta anticoncorrenziale, ossia la sanzione della invalidità negoziale e quella della responsabilità civile.

Rinviando a quanto è stato icasticamente evidenziato in dottrina con riferimento al caso R.C. Auto, si può subito asserire che senza ombra di dubbio «l'intesa come tale non è lesiva della sfera del consumatore [...]. Il danno viene cagionato mediante la stipulazione del contratto attuativo dell'intesa. Se però non fosse illecito anche il contratto attuativo, non si spiegherebbe come mai proprio l'impresa che lo stipula e solo essa sia tenuta al risarcimento nei confronti del cliente che con essa ha stipulato. Reciprocamente, se il contratto con il consumatore non fosse illecito, il danno a quest'ultimo pur cagionato non potrebbe essere risarcito perché in ipotesi non deriverebbe da una condotta illecita»⁹.

⁶ Per una interessante indagine, anche di tipo comparatistico, sull'argomento, si rinvia a C. Cauffman, *The impact of voidness for infringements of Article 101 TFEU on related contracts*, in *European Competition Journal*, 2012, 95 ss.

⁷ In *Giur. it.*, 1999, 1223 ss., con nota di B. Libonati, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; *ivi*, 2000, 939 ss., con nota di G. Afferni, *Le intese restrittive della concorrenza anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?* ed in *Giur. comm.*, 1999, II, 223 ss., con nota di L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*.

⁸ Ma, v. anche la sentenza n. 8887 del 20 giugno 2001, che cassa la sentenza della Corte di appello di Torino (secondo la quale «le n. b.u. non impongono alle banche aderenti all'Abi l'adozione dei modelli contrattuali che predispongono, né tra dette intese e tali contratti di fideiussione sussiste alcun collegamento funzionale»), o la n. 2305 del 2 febbraio 2007 (in *Danno resp.*, 2007, 755 ss., con nota di G. Afferni, *Risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*; ed in *Corr. giur.*, 2007, 641 ss., con nota di S. Bastianon, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenzi"*), nella quale i «contratti a valle» sono qualificati come «il compimento stesso dell'intesa [...] la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante».

⁹ Così C. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*, cit., 447. Anche secondo G. Gioia, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, 12, l'intesa «non dà vantaggi immediati ad alcuna delle parti, ma attraverso la successiva attuazione, finisce indirettamente con l'avvantaggiare tutte le parti. In questo caso, la funzione del contratto non si esaurisce con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti, la quale costituisce, invece, la premessa d'una attività ulteriore, la cui realizzazione rappresenta la finalità del contratto e l'interesse delle parti». Non la

Ammettere il riconoscimento di un mero diritto al risarcimento del danno aquiliano, o (prendendo in considerazione il caso dei contratti di assicurazione) al solo rimborso per l'ingiusto prezzo pagato, potrebbe infatti apparire una soluzione inadeguata poiché – oltre a comportare l'attribuzione al giudice di una sorta di potere di sostituirsi alle parti (o addirittura al mercato, per stabilire quale debba essere una prestazione equa), soluzione che viene criticata proprio da quanti osteggiano la tesi della nullità parziale (o quella della correzione giudiziale del regolamento contrattuale)¹⁰ – una siffatta impostazione comporterebbe una sorta di implicita legittimazione (sul piano strettamente civilistico) per l'impresa a perseverare nel compimento di illeciti aquiliani. I professionisti, infatti, mettendo in conto nella propria pianificazione commerciale i costi legati a possibili sanzioni amministrative e alla restituzione delle somme aggiuntive pagate dai contraenti deboli in forza dell'intesa anticoncorrenziale realizzata a monte¹¹, ben potrebbero continuare a concludere negozi pienamente validi (ma, paradossalmente, idonei ad arrecare un danno ingiusto risarcibile), nella speranza che gli *end users* (o una buona parte di questi), sia per la loro poco accortezza, sia per ragioni economiche (dovendo oggi ricorrere a tribunali speciali, per veder tutelate le proprie pretese¹²), non decidano di agire in giudizio (impelagandosi in procedimenti, oltre che

pensa allo stesso modo, come è noto, M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme anti-trust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 941. Secondo lo studioso la «nullità derivativa dei contratti attuativi di intese anticoncorrenziali», è da escludere, salvo che nei «casi in cui anche la causa o l'oggetto dei contratti a valle siano direttamente qualificabili come illeciti (ad esempio: patti di boicottaggio o di discriminazione, che si trasmettono a diversi livelli del mercato)» o, stando ad un successivo chiarimento dello studioso, «effettivamente, l'azione di nullità fosse uno strumento insostituibile di deterrenza del comportamento» (per cui potrebbe parlarsi di una vera e propria invalidità del «negozio a valle» per violazione dell'ordine pubblico economico). Così M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, 3, 246. L'autore rileva tuttavia che tale circostanza nella generalità dei casi non ricorre e «azioni di risarcimento "a tappeto" (o di gruppo) da parte dei consumatori non sono meno temibili di eventuali azioni di nullità parziale e restituzione parziale di somme». Non convince, invero, la scelta di ammettere sul piano civilistico un rimedio piuttosto che un altro basandosi unicamente su un ragionamento di pura *deterrence*.

¹⁰ Cfr. S. Montemaggi, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 669, 670.

¹¹ Come ha evidenziato G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 89, «escludendo a priori la possibilità di colpire i comportamenti esecutivi delle intese (o degli abusi di posizione dominante) si rischia di trasformare la sanzione amministrativa pecuniaria semplicemente nel prezzo dell'impunità. Essendo la sanzione commisurata al fatturato dell'impresa e non potendo superare il 10% di questo, è possibile che l'impresa la calcoli fra i costi e trovi comunque conveniente attuare e reiterare il comportamento vietato».

¹² Si consideri che l'art. 18 del D.Lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 ha modificato le competenze delle Sezioni specializzate in materia di impresa, stabilendo che ad occuparsi delle questioni relative alla normativa *anti-trust* dovranno inderogabilmente essere gli uffici giudiziari di Milano (per il Nord Italia), Roma (per il Centro) e Napoli (per il Sud). Per una critica a tale recente riforma di natura processuale (ma, con ricadute non marginali di carattere sostanziale), che cozza apertamente con il *considerando* n. 4 della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 (a mente del quale «il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto»), sia consentito rinviare ad A.

costosi, dagli esiti comunque incerti¹³) entro il ristretto arco temporale nel quale gli interessati potrebbero far valere le loro pretese risarcitorie.

Invero, come ha ricordato la Corte di Cassazione nella sentenza n. 2207 del 2005, «la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla “conspirazione anticompetitiva” e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire. Se un’intesa fosse ancora luogo nelle intenzioni dei partecipi e non avesse dato ancora ad alcun effetto [...] non vi sarebbe interesse da parte di alcuno ad una dichiarazione di nullità ai sensi dell’art. 33 della L. 287 del 1990, la cui *ratio* è di togliere alla volontà anticoncorrenziale “a monte” ogni funzione di copertura formale dei comportamenti “a valle”. E dunque di impedire il conseguimento del frutto della intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti»¹⁴.

Pur non comparando un esplicito riferimento al rimedio della nullità dei negozi conclusi con gli utenti finali, dalle parole dell’organo di legittimità parrebbe evidente che la “prospettiva risarcitoria” non rappresenta la sola da prendere in esame.

Per convincersene basterebbe considerare che nel caso di un contratto di fornitura di determinati servizi, già stipulato ma non ancora eseguito, contenente clausole riprodottrici di un’intesa anticoncorrenziale, solo la declaratoria di nullità degli elementi viziati in questione potrebbe fornire alla vittima dell’illecito una protezione immediata (e più vantaggiosa anche da un punto di vista pratico e nell’ottica dell’economia processuale), non essendosi materialmente realizzato in quel momento il pregiudizio e non potendo quindi il (futuro) danneggiato invocare *ex ante* alcuna tutela risarcitoria¹⁵.

D’altra parte, gli stessi artt. 2 della legge n. 287/1990 e 101 TFUE citano espressamente la sanzione della nullità, ma non menzionano affatto ulteriori

Viglianisi Ferraro, *The Italian Motor Insurance Case and the problematic question of the consumers’ rights enforcement within the Competition Law framework*, in A. Viglianisi Ferraro, M. Jagielska e M. Selucká (a cura di), *The influence of the European legislation on national legal systems in the field of consumer protection*, Padova, 2017, *passim*. Come ha segnalato P. Comoglio, *Note a una prima lettura del D. Lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991 ss., «la regola di competenza adottata dal legislatore si fonda sull’implicito (ma erroneo) assunto secondo cui le cause in materia di danno antitrust siano sempre di ingente valore e coinvolgano parti dotate di mezzi tali da consentire una facile gestione decentrata della controversia. In realtà, come dimostrato dal diffuso contenzioso in materia di assicurazione per la responsabilità civile da circolazione di autoveicoli [...], le azioni di risarcimento del danno antitrust spesso sono di piccolo valore e riguardano direttamente i consumatori».

¹³ Cfr. M. Negri, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2003, 748.

¹⁴ Così nel par. 1. h.

¹⁵ V. P. Iannucelli, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 780.

rimedi (sui quali solo più recentemente si sono concentrati sia il legislatore europeo che italiano), a garanzia dei soggetti lesi dalle condotte anticoncorrenziali, a conferma – probabilmente – del carattere complementare (se non residuale) di ogni altro strumento di tutela. E che il dato testuale non sia trascurabile viene chiarito dalla stessa Commissione, allorché, interrogata sulla validità dei contratti stipulati con i consumatori da una banca in posizione dominante, ha sottolineato che nella normativa europea non vi è «il benché minimo accenno ad una [...] eventuale nullità delle clausole contrattuali riconosciute come costituenti un abuso di posizione dominante»¹⁶. Ben più di un mero “accenno” alla sanzione in questione (e non alla semplice inefficacia, o non vincolatività, come si è previsto, ad esempio, in altre normative di diritto derivato¹⁷) è, invece, possibile ravvisare nel Trattato, con riguardo alle intese e ai loro effetti sul mercato.

Nè pare, del resto, seriamente invocabile, a favore della tesi che esclude l'esperibilità del rimedio invalidatorio, l'argomento secondo il quale la declaratoria di nullità potrebbe finire per danneggiare il contraente debole¹⁸ (lasciandolo

¹⁶ Si tratta del parere su *ABI* del 12 dicembre 1986, in *G.U.C.E.* L 43 del 13 febbraio 1987.

¹⁷ Si pensi alla disciplina contenuta nella direttiva 93/13, il cui art. 6 si limita a stabilire che «le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive». Occorrerebbe chiedersi, da questo punto di vista, quale potrebbe essere la ragione logica per prevedere la non vincolatività di clausole vessatorie, o la nullità di contratti stipulati sfruttando abusivamente una situazione di dipendenza economica, se parimenti gli ordinamenti nazionali consentissero l'esistenza di contratti, stipulati a valle rispetto a condotte economiche già accertate come anticompetitive, particolarmente pericolosi e dannosi per il mercato, non foss'altro perché costituiscono proprio il naturale “sbocco” (come dicono le Sezioni Unite) o la concreta esplicazione di comportamenti illeciti tenuti nei precedenti rapporti imprenditoriali (cfr., sul punto, R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori...*, cit., 469). Verrebbe, in altre parole, vanificato tutto lo sforzo di decennali interventi normativi sovranazionali volti a disciplinare, con delicati procedimenti di armonizzazione giuridica, microscopici aspetti del procedimento di formazione del consenso negoziale, se si consentisse il macroscopico permanere, nello stesso “spazio giuridico europeo”, di contratti palesemente contrari ad ogni principio di *liberté de concurrence*. D'altra parte, identica apparirebbe la *ratio* tra gli obiettivi propri di tutta la c.d. legislazione sovranazionale consumeristica ed un'eventuale scelta di intervenire sui *downstream contracts*: evitare i c.d. fallimenti dei mercati, favoriti da regole nazionali che consentano alle imprese di accumulare margini di profitto in maniera scorretta, mediante la stipulazione di clausole vessatorie, l'utilizzo abusivo della propria posizione di dominio economico, ovvero la conclusione di “contratti a valle” rispetto a condotte anticoncorrenziali poste in essere a monte con altre imprese.

¹⁸ Per tutti, cfr. M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 755. Anche secondo G. Olivieri, *op. cit.*, 528, «meno lineari rispetto alle premesse risultano, invece, le conseguenze che si vorrebbero far discendere dall'accoglimento della domanda di nullità e di risarcimento del danno promossa dal consumatore nei confronti dell'impresa che ha stipulato il contratto a valle e che la Corte sembrerebbe individuare nella “eliminazione del sovrapprezzo” pagato dall'attore a causa del cartello. Se infatti il contratto a valle è affetto anch'esso da nullità insanabile al pari, ed anzi a causa, dell'intesa a monte, sembra difficile escludere a priori che la invalidità, una volta acclarata, finisca per travolgere il rapporto nel suo complesso determinando in capo all'impresa l'obbligo di restituire al consumatore non solo il surplus, ma l'intero corrispettivo ricevuto senza titolo. Non meno gravi potrebbero risultare, poi, le conseguenze che l'invalidità del contratto a valle rischierebbe di produrre in capo al consumatore e che potrebbero rivelarsi tali da annullare, in alcuni casi, i vantaggi derivanti dal risarcimento del danno subito». E per T. Febbrajo, *Contratti “a valle” dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*, in *Giur. it.*, 2012, 1551, «la nullità produce effetti eccentrici rispetto agli interessi tutelati dalla normativa anti-

del tutto sprovvisto di un negozio per lui conveniente, se non obbligatorio, quale sarebbe, ad esempio, quello di assicurazione, previsto addirittura per legge, nel caso della R.C. Auto), ed avere inoltre effetti devastanti per le imprese¹⁹, portandole magari ad una vera e propria «disfatta economica»²⁰ (evenienza scagionata, invece, dallo strumento risarcitorio²¹ o da altri meccanismi di tutela, di natura inibitoria magari, non espressamente previsti dal legislatore²²).

Con riferimento al primo problema, va rammentato che al contraente forte andranno imputati anche i danni procurati al consumatore (o, magari, al piccolo acquirente-rivenditore²³) dall'assenza di un negozio valido²⁴. E non si può

trust: il consumatore che paga un sovrapprezzo dovuto all'intesa anticoncorrenziale raggiunta "a monte" dagli operatori economici non ha interesse alla eliminazione del contratto, bensì ad una sua riconduzione ad equità. L'eliminazione del contratto sembra, piuttosto, corrispondere ad un interesse dell'impresa, che potrebbe non avere convenienza a mantenere in vita un contratto le cui condizioni economiche, in seguito all'intervento giudiziale, sono divenute meno vantaggiose rispetto a quelle originarie.

¹⁹ G. Olivieri, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 527, evidenzia che «se infatti la nullità dell'intesa a monte si propalasse a cascata su tutti i contratti attraverso i quali le imprese hanno dato ad essa attuazione sul mercato e se, di conseguenza, i singoli consumatori, come controparti di quei rapporti, fossero legittimati a farne valere in giudizio la invalidità ed a richiedere il risarcimento dei danni subiti, l'effetto deterrente che ne deriverebbe sarebbe davvero notevole esponendo le imprese ad un rischio difficilmente calcolabile *ex ante*».

²⁰ Cfr. le serrate critiche di G. Taddei Elmi, *Tutele civili e antitrust*, in G. Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 2005, 335, a tale tesi di G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 88-89, e A. Frignani, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertaini (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990*, n. 287, Bologna, 1993, 367.

²¹ Lo stesso M. Libertini, *Il risarcimento del danno...*, cit., 168, ha evidenziato i rischi connessi ad un utilizzo scorretto dello strumento risarcitorio e, soffermandosi più in particolare sul problema legato alla possibilità che il rimedio vantaggi troppo (non il consumatore, ma eventuali) imprese concorrenti che ne beneficiano, ha asserito che «proprio in materia di concorrenza l'eventuale sovrastima del danno [...] può essere ancor meno giustificata che in altri campi [...]»; essa, «infatti, darebbe all'imprenditore risarcito un vantaggio competitivo (in termini finanziari) non giustificato dai suoi meriti concorrenziali, e ciò si ritorcerebbe non solo a danno dell'autore dell'illecito (il che potrebbe a prima vista sembrare accettabile su un piano equitativo) ma anche a danno di soggetti terzi, che si trovano (e devono rimanere) in posizione neutra rispetto alla controversia di cui si tratta».

²² Come ha sottolineato I. Pagni, *op. cit.*, 341, commentando la decisione delle Sezioni Unite del 2005, «la particolare natura del rimedio della nullità che balenava tra le pieghe della pronuncia della Cassazione del 1999 e che è echeggiata in quella in commento, di fatto accomuna questa forma di tutela [...], di natura invalidante, all'altro strumento di tutela specifica tanto spesso invocato nella materia *antitrust* e rappresentato, com'è noto, dalla misura inibitoria (praticamente fungibili, se si segue la direttrice interpretativa fornita dalla Corte, nella finalità di colpire, con funzione preventiva, l'illecito concorrenziale)». La stessa autrice prospetta la possibilità di «invocare l'analoga, per colmare la lacuna di un diritto *antitrust* che ha dimenticato di prevedere proprio l'inibitoria, rimedio tipico della disciplina della concorrenza». Su tale strumento di tutela e su quello cautelare, cfr. A. Frignani, *op. cit.*, *passim*, e P. Iannuccelli, *op. cit.*, 792.

²³ Nel caso in cui a stipulare il "contratto a valle" sia un imprenditore, la nullità si riverbererebbe chiaramente a catena sui negozi conclusi con i propri clienti e, in forza del noto principio per cui *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, le conseguenze sul piano della certezza del diritto e delle dinamiche degli scambi commerciali potrebbero essere prorompenti. Non va, però, trascurato che, anche in questo caso, varrebbero i ben noti rimedi dell'usucapione e del "possesso vale titolo". Ferma restando, ancora una volta, la possibilità di invocare lo strumento del risarcimento del danno, per riparare i pregiudizi prodotti dalla condotta illecita tenuta a monte dalle imprese colluse.

²⁴ Si concorda con la tesi espressa da R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 402, secondo la quale optare per una soluzione che non incida (o lo faccia solo in parte) sull'accordo a valle «per ragioni di

trascurare di considerare che il diritto *antitrust* nasce per garantire – in ultima istanza – una tutela consumeristica sul mercato nel “lungo periodo” e, soprattutto, una protezione della generalità degli *end users* (e non dei singoli utenti di volta in volta interessati²⁵): non a caso, sono punite (con la nullità assoluta, *ex art. 2* della legge n. 287 del 1990) anche le intese che potrebbero risultare teoricamente convenienti per alcune *weak parties*, come i piccoli imprenditori o gli stessi consumatori²⁶ (si pensi agli accordi volti a «ripartire i mercati»²⁷ o ad «applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti») ed è vietato (dall’art. 3 della stessa legge italiana *antitrust*) all’impresa che si trova in una posizione dominante sul mercato la possibilità di praticare i c.d. prezzi predatori (ancorché questi ultimi possano avvantaggiare nell’immediato i clienti)²⁸.

Con riguardo, invece, alla seconda questione, si potrebbe asserire che analoghe osservazioni dovrebbero valere in materia di anatocismo bancario o di tassi usurari; ma, ovviamente, sarebbe incoerente – e contrario alle regole elementari di un *free e workable market* – ammettere che l’ordinamento giuridico debba evitare di sanzionare severamente i soggetti che pongono in essere pratiche ille-

opportunità invece che per coerenza di principi, rischia di risolversi in una soluzione non solo debole sul piano argomentativo, ma altresì non attenta alla lettera della legge *antitrust*; la quale prevede oltre che la sanzione della nullità anche il risarcimento del danno, che dovrebbe proprio avere la funzione di porre rimedio agli effetti negativi eventualmente derivanti al consumatore dalla declaratoria di nullità (totale) del contratto».

²⁵ Cfr., sul punto, S. de Vries, *Consumer protection and the EU Single Market rules – The search for the ‘paradigm consumer’*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2012, 234 ss.

²⁶ Si noti che, quantunque l’art. 4 della legge sulla tutela della concorrenza e del mercato ammetta delle deroghe al divieto di cui all’art. 2, esse possono essere autorizzate dall’Autorità garante *solo* «per un periodo limitato» e purché si tratti di intese «che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l’aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico». In ogni caso, non potranno essere ammesse «restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità» indicate sopra o che comportino la totale eliminazione della concorrenza «da una parte sostanziale del mercato».

²⁷ Interessante appare quanto evidenziato dalla stessa Corte di Giustizia nella nota sentenza *Delimitis*, del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, in *Racc.*, I-00935. Nel par. 12 della pronuncia in esame si legge che «i contratti di fornitura di birra presentano anche dei vantaggi per il rivenditore, in quanto gli consentono di accedere, in condizioni favorevoli e con una garanzia di fornitura, al mercato della distribuzione della birra. Gli interessi convergenti del rivenditore e del fornitore alla promozione delle vendite dei prodotti contrattualmente convenuti assicurano altresì al rivenditore il vantaggio dell’assistenza del fornitore nel garantire la qualità dei prodotti e il servizio alla clientela». Ciò nonostante, come si chiarisce successivamente, un accordo di tale natura è contrario al diritto *antitrust*, se «tenuto conto del contesto economico e giuridico del contratto oggetto della controversia, il mercato nazionale della distribuzione di birra nei pubblici esercizi sia difficilmente accessibile ai concorrenti che potrebbero insediarsi in tale mercato o espandere ivi la loro quota di mercato [...]» e se «il contratto di cui trattasi contribuisca in modo significativo all’effetto di blocco prodotto dal complesso di questi contratti in loro contesto economico e giuridico [...]».

²⁸ Sul punto, v. P. Cassinis, P. Fattori, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interesse dei consumatori*, in A. Alpa, V. Levi (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, 185 ss.

cite – giovandosi, peraltro, di una forza contrattuale endemicamente maggiore sul mercato – per evitare che esse vadano in fallimento: la normativa europea in materia di aiuti di Stato e la recente sentenza della Corte di Giustizia sulle *cláusulas suelo*²⁹ rappresentano, forse, il più eloquente esempio di quale sia la posizione dell'Unione europea sul punto. A ciò si aggiunga che, come è stato evidenziato condivisibilmente, «la destabilizzazione della sicurezza dei traffici, da taluni ravvisata come rischiosa conseguenza dell'assolutezza dell'azione di nullità [...] sottende un ragionamento che forse svaluta il profilo normativo-sistematico e quello *lato sensu* deterrente»³⁰.

2. *Dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2207 del 4 febbraio 2005 all'ordinanza n. 29810 del 12 dicembre 2017*

Come è noto, chiamate a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* concernente la legittimazione ad agire del consumatore ai sensi della disciplina anticoncorrenziale italiana, le Sezioni Unite avevano apertamente precisato, nella citata sentenza n. 2207 del 2005, che «la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere» e che il consumatore «è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato». Di conseguenza, non si può omettere di considerare che «la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto

²⁹ Si tratta della pronuncia del 21 dicembre 2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco SAU e altri*, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, in *Contr.*, 2017, 11 ss., con la nota di S. Pagliantini, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*; in *Riv. dir. banc.*, 2017, II, 1 ss., con la nota di A. Dalmartello, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*. Sulla sentenza, cfr., inoltre, G. D'Amico, *La vessatorietà delle clausole floor*, in *Contr.*, 2017, 261 ss.; A. Genovese, *Il controllo di trasparenza delle clausole di tasso minimo dei contratti di mutuo ipotecario. Effetti del giudizio di abusività*, in *giustiziavivile.com*; e A. Capobianco, *Non vincolatività delle clausole abusive ed ingiusta limitazione nel tempo della loro inefficacia: le clausole floor al vaglio della Corte di giustizia*, in *www.juscivile.it*.

³⁰ Così R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 402, criticando la posizione di M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 755, e C. Lo Surdo, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, 210. Secondo gli autori, del resto, «pare potersi affermare che, sotto il primo profilo, tale conseguenza è scongiurata, o quantomeno limitata, proprio dall'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., che il soggetto deve dimostrare per poter chiedere l'invalidazione del negozio: sicché *ex art.* 1421 c.c. non un qualunque *quavis de populo* può domandare la nullità, ma solo chi abbia un concreto interesse a promuoverne l'accertamento. Sotto il secondo profilo, probabilmente, l'allargamento della legittimazione ad agire anche a soggetti diversi dal consumatore e dall'imprenditore non colludente potrebbe sortire un effetto deterrente intorno al formarsi della volontà *antitrust*».

strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile».

Oltre a precisare che anche il consumatore può agire ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287 del 1990 ed invocare, quindi, il risarcimento del danno subito dalla condotta illecita delle imprese macchiate di un illecito anticoncorrenziale, il Supremo Collegio sembrerebbe, pertanto, prendere una posizione abbastanza chiara a proposito del «contratto cosiddetto “a valle”», il quale, secondo la Corte «costituisce lo sbocco della, intesa, essenziale a realizzarne gli effetti», tanto da potersi asserire che «esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua».

A conclusioni analoghe è giunta più recentemente la III Sezione Civile della Cassazione, con l'ordinanza n. 29810 del 12 dicembre 2017.

La vicenda sulla quale si è pronunciato l'organo di legittimità riguarda un contratto di fideiussione *omnibus*, stipulato da due privati cittadini, il 18 febbraio 2005, per prestare garanzia (fino alla concorrenza di 200.000, euro) rispetto ad un conto corrente acceso nella stessa data da una società con la medesima banca.

Tre anni dopo la conclusione del negozio in questione, l'istituto di credito – per ragioni non precisate nella pronuncia dell'autorità nomofilattica – decise di recedere dal contratto e agì, con decreto ingiuntivo, sia nei confronti della società che dei suoi fideiussori, i quali furono così segnalati alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

Uno dei due garanti – che proprio a seguito di tale provvedimento aveva subito la revoca di un affidamento ad una società da lui partecipata – adiva la Corte d'appello di Venezia, competente *ratione temporis* (conformemente a quanto previsto dal vecchio art. 33 della legge n. 287 del 1990), per ottenere la dichiarazione di nullità del contratto di fideiussione (in quanto rientrante in uno schema negoziale – applicato in modo uniforme dalle associate all'ABI – che la Banca d'Italia, con provvedimento datato 2 maggio 2005, aveva considerato in contrasto con l'art. 2, co. 2, lett. a, della legge italiana *antitrust*³¹), nonché la cancellazione del suo nominativo dalla Centrale Rischi e la condanna della banca al risarcimento dei danni «morali ed economici», quantificati in 500.000,00 euro, per «violazione della libertà contrattuale»³² e per «lesione alla reputazione personale» (oltre che per la perdita dell'affidamento societario).

La Corte territoriale si rifiutava di accogliere la richiesta dell'attore, rilevando che la pronuncia del controllore pubblico aveva natura regolamentare (e, pertanto, non poteva produrre effetti retroattivi, «atteso che il *dictum* dell'Autorità

³¹ La Banca d'Italia, con il provvedimento *de quo*, obbligava l'ABI a diffondere in tutto il sistema bancario nuovi schemi negoziali emendati dai vizi in questione.

³² Secondo il ricorrente, «a seguito della restrizione della libertà di scelta dei “prodotti disponibili”, per l'intesa tra imprese bancarie, il consumatore sarebbe legittimato a chiedere il risarcimento del danno ingiusto (ex art. 2043 cod. civ.) sofferto, anche in presenza di una lesione di un interesse legittimo». Così nel par. 4.2. dell'ordinanza n. 29810 del 2017.

indipendente non inciderebbe sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà all'art. 2 L. n. 287 del 1990») e concludendo, di conseguenza, che solo il mancato rispetto, da parte dell'ABI, delle indicazioni fornite dalla Banca d'Italia avrebbe potuto costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla decisione di quest'ultima (ove non derogato dal singolo istituto di credito).

L'autorità giurisdizionale non si pronunciava, inoltre, affatto sulla richiesta di risarcimento del danno per fatto illecito, benché proposta in via subordinata, ritenendola assorbita nella prima domanda.

Il Supremo Collegio ha ritenuto non condivisibile l'impostazione della Corte d'appello di Venezia e nel cassare con rinvio la pronuncia di prima istanza, ha asserito che «la Corte territoriale [...] non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione “a monte” è stata consumata anteriormente alla negoziazione “a valle”, l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso “a valle”, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2 della legge antitrust)»³³.

Dalle parole del giudice di legittimità appare evidente la volontà di considerare esperibili dal consumatore sia il rimedio della nullità che quello della responsabilità aquiliana.

Richiamando proprio la decisione del *Gran Plenum* del 2005, la Corte di Cassazione ha ricordato nell'ordinanza del 2017 che «la legge “antitrust” [...] detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».

³³ Così nel § 11.6 dell'ordinanza. E nel paragrafo successivo, con un richiamo alla citata sentenza n. 827/1999, ha ricordato che già in passato sono stati considerati «rilevanti persino gli illeciti in atto, per quanto generati anteriormente all'emanazione della legge del 1990, stabilendo “che [...] ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge, rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza”».

E molti giudici di merito hanno di recente sposato perfettamente questa interpretazione³⁴.

Meno chiara e uniforme, anche per la particolare complessità delle fattispecie finite sotto il vaglio degli interpreti, appare, invece, la posizione della giurisprudenza amministrativa sulla sorte dei negozi stipulati dalla pubblica amministrazione con imprese che abbiano concluso un'intesa anticoncorrenziale, prima di partecipare ad una gara indetta dall'ente in questione, aggiudicandosela.

Il Tar Lazio, con la sentenza 10 marzo 2003, n. 1790, *Gemeaz e altri c. Autorità garante*, pronunciandosi in merito ad una pratica (del c.d. *bid rigging*) concordata tra alcune società operanti nel settore della ristorazione, poi partecipanti ad una gara bandita dalla Consip, ha asserito che i «contratti i quali ricadono nell'ambito della previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente assetto di interessi»; e, nonostante, in negozi «di questo genere, siano essi una moltitudine oppure (come nella specie), uno solo, potrebbe sempre essere rinvenuto il fine ultimo degli illeciti concordamenti *antitrust* – posto che proprio attraverso le relative operazioni viene normalmente incamerato il vantaggio economico che costituisce, in ultima analisi, il punto di mira delle strategie anticompetitive delle imprese – nondimeno si tratta di contratti che, per quanto possano presentare, in forza del loro antecedente storico, dei termini di scambio alterati da uno squilibrio economico, e denunciare magari l'esistenza di un vizio del consenso di una delle parti, non potrebbero però essere considerati illeciti in alcuno dei loro elementi costitutivi»³⁵.

Il problema è stato, invece, completamente eluso dal Consiglio di Stato (intervento proprio sul caso in esame con la sentenza n. 926 del 27 gennaio 2004³⁶), partendo dal presupposto che «né all'Autorità, né al giudice amministrativo spetti in questo caso di accertare l'eventuale nullità dei contratti stipulati "a valle" (e con un soggetto terzo) rispetto all'intesa anticoncorrenziale. La questione non deve quindi essere esaminata non perché il Collegio intenda sottrarsi a tale compito, ma perché il problema non assume rilievo neanche in via incidentale, in quanto la diffida dell'Autorità può riguardare solo comportamenti da

³⁴ V., per tutti, Tribunale di Rovigo, 9 settembre 2018; Tribunale di Salerno, sez. I, 23 agosto 2018, n. 3016; Tribunale di Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018; Tribunale Padova, sez. II, 5 giugno 2018. Di diverso avviso è, invece, apparso Tribunale di Treviso sez. III, 26 luglio 2018, n. 1623, e 30 luglio 2018, n. 1632.

³⁵ Del resto, il Collegio non esclude categoricamente la possibilità che gli effetti della concertazione anticoncorrenziale possano estendersi a valle, inficiando gli atti successivi ed in qualche modo contigui ad essa, ma «il concetto di esecuzione dell'intesa» (la quale «reclama una propria concretezza di contorni») certamente «non potrebbe essere dilatato indefinitamente e senza controllo, fino ad inglobare tutti i processi causali che dall'intesa stessa comunque in qualche guisa siano scaturiti».

³⁶ In *Foro it.*, 2005, III, 6 ss., con nota di S. Bastianon, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati»*. Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust.

imporre alle imprese e non anche la qualificazione giuridica del tipo di invalidità che dall'accertamento delle infrazioni si trasmette, o meno, ai contratti stipulati "a valle" (la stessa Autorità riconosce che il proprio potere di diffida riguarda i soli comportamenti delle imprese e non investe le sorti dei contratti stipulati con la Consip – v. pp. 27 e ss. del ricorso in appello). La eventuale nullità dei "contratti a valle" può essere dichiarata solo dal giudice ordinario, a cui l'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990 attribuisce la giurisdizione per le azioni di nullità e di risarcimento del danno»³⁷.

Qualche mese dopo, tuttavia, il Tar Lazio, con la sentenza n. 8638 del 3 settembre 2004, occupandosi della nota vicenda relativa all'approvazione e diffusione da parte di alcune associazioni di categoria di determinati prezzari per l'attività di amministrazione di condominio e alla raccomandazione del Consiglio nazionale dei geometri ai Collegi provinciali diretta a far adottare una nuova tariffa professionale, ha richiamato la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 827/1999 ed ha affermato che l'art. 2 della Legge *antitrust* italiana, nello stabilire la nullità delle intese, «non intende dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione, anche successiva, che realizzi un ostacolo all'operare della libera concorrenza»³⁸.

3. *Il tipo di responsabilità ascrivibile alle imprese che hanno posto in essere una condotta anticoncorrenziale*

Torna, quindi, più che mai attuale la *querelle* relativa alle modalità concrete con le quali i soggetti danneggiati "a valle" da intese anticoncorrenziali possono vedere protetta la loro posizione.

Pur in assenza di soluzioni univoche e ben definite in dottrina e giurisprudenza, è possibile parlare – ricorrendo ad una sommaria e non esaustiva schematizzazione delle impostazioni proposte – di una duplice possibilità di tutela. La prima forma di salvaguardia dei clienti (accolta pressoché unanimamente fra gli studiosi e gli interpreti, sia pur con differenti declinazioni e con una sola voce

³⁷ Peraltro, secondo il Collegio, «nella fattispecie in esame [...] l'infrazione si è consumata al momento della determinazione delle modalità di partecipazione alla gara e degli sconti da offrire, mentre tutta l'attività successiva all'aggiudicazione ha costituito l'effetto della pratica concordata. Inquadrate in tali termini la questione, non assume rilevanza il dibattuto problema della sorte dei contratti conclusi "a valle" [...]. Infatti, il carattere non permanente dell'infrazione accertata determina l'applicabilità dell'originaria versione dell'art. 15 della legge n. 287/1990 a prescindere dalla soluzione della appena menzionata questione».

³⁸ Non si registra, come già accennato, una presa di posizione specifica del Consiglio di Stato sul punto, benché interessanti riflessioni di carattere generale sul concetto di intesa anticoncorrenziale (e di oggetto ed effetti anticoncorrenziali) siano rinvenibili nelle recenti sentenze n. 740 del 20 febbraio 2017 e nn. 927 e 928 del 28 febbraio 2017.

contraria³⁹) risiederebbe nel ricorso allo strumento risarcitorio (oggi fortemente valorizzato dalla direttiva 2014/104/UE, «relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»⁴⁰); il secondo meccanismo di difesa degli interessi degli *end users* (sul quale non si registra, però, un *idem sentire*) consisterebbe nella possibilità di attivare un intervento, più o meno demolitore, sul vero e proprio frutto dell'intesa-madre illecita, ossia sul c.d. contratto a “valle”⁴¹.

³⁹ Secondo G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, nota a Cass., ordinanza n. 15538/2003, in *Foro it.*, 2004, 2, I, 484, «la determinazione di un certo contenuto contrattuale, anche se rivelatasi non conveniente, non può tendenzialmente mai assurgere a fatto produttivo di danno risarcibile».

⁴⁰ Sulla quale, cfr. M. Libertini, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di Direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. merc.*, 2014, 265 ss.; R. Rordorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014, 784 ss.; A. Davola, *Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno resp.*, 2015, 677 ss.; S. Vincire, *La dir. 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1153 ss.; G. Villa, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 301 ss.; E. Malagoli, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della dir. 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015, 390 ss.; A. Montanari, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile*, in *Conc. merc.*, 2014, 115 ss.; G. Puleio, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce delle Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 98 ss.; e F. Rossi Dal Pozzo, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *www.eurojus.it*. Come è noto, l'atto vincolante europeo ha stabilito l'obbligo di un risarcimento integrale (ma, non sovra-compensativo) a favore dei soggetti danneggiati da condotte anticompetitive, rinviando però agli ordinamenti nazionali circa le modalità concrete con le quali disciplinare il regime della responsabilità civile (secondo i tradizionali principi di equivalenza ed effettività). Parrebbe, pertanto, rimessa alla discrezionalità degli Stati membri anche la facoltà di decidere come modellare il rapporto tra i vari strumenti di *private enforcement* del diritto *antitrust*; senza, però, dimenticare che il primissimo «considerando» della direttiva stessa definisce gli artt. 101 (riguardante la nullità delle intese) e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea come “elementi” (o, se si preferisce la ben più felice versione spagnola del testo, “*disposiciones*”) aventi natura “di ordine pubblico” (i quali «dovrebbero essere applicati efficacemente in tutta l'Unione al fine di garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta»).

⁴¹ La scelta tra i due possibili meccanismi di tutela dei consumatori finali rispetto ai *Folgeverträge*, ha visto duramente contrapposti, come è ormai noto a tutti, due grandi studiosi del diritto civile: C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, 469 ss.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *Ibidem*, 2004, 1165 ss.; e Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 177 ss. (ad avviso del quale il rimedio da preferire, per garantire pienamente i diritti dei consumatori, sarebbe quello della nullità dei “contratti a valle”) e M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, *Riv. dir. comm.*, 2002, 433 ss.; Id., *Ancora sui rimedi...*, cit., 933 e Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, cit., 237 ss.; Id., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 1093 (secondo il quale non è possibile asserire la nullità dei “contratti a valle”, ma solo ammettere un risarcimento dei danni provocati dalle intese ai consumatori). Sul tema, cfr., inoltre, F. Parrella, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1996, 507 ss.; A. Toffoletto, *Il diritto della concorrenza*, Torino, 2004, 431 ss.; A. Bertolotti, *Ancora su norme antitrust e contratti “a valle”*, in *Giur. it.*, 2000, 1876 ss.; Id., *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui “contratti a valle”: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, 345 ss.

La soluzione del risarcimento, cui hanno aperto espressamente le porte le Sezioni Unite con la decisione n. 2207/05 (sciogliendo, come si è detto, ogni dubbio circa la legittimazione del consumatore ad agire in giudizio in forza di una legge, quale quella *antitrust*, che sembrava rivolta solo alle imprese) sarebbe, secondo alcuni studiosi, la più adatta a garantire tanto l'interesse della parte debole (che potrebbe preferire conservare il negozio, ottenendo unicamente un ristoro per il danno subito dalla condotta illecita del contraente forte⁴²), quanto quello del mercato⁴³.

La teoria che ricostruisce in termini aquiliani la responsabilità delle imprese per i pregiudizi provocati ai propri clienti si è sviluppata, inizialmente, attraverso due differenti filoni giurisprudenziali e, soprattutto, dottrinali: quello seguito dai sostenitori della necessaria applicazione dello strumento generale di cui all'art. 2043 c.c.⁴⁴ (in particolare, nei casi in cui la questione avesse una dimensione europea ed entrasse quindi in gioco il diritto sovranazionale⁴⁵), e quello proposto dagli assertori dell'utilizzabilità del meccanismo di tutela specifico di cui all'art. 33 della legge *antitrust*⁴⁶. È probabilmente pleonastico ricordare che il ricorso ad

⁴² Cfr. A. Frignani, *op. cit.*, 367; e M. Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 172.

⁴³ Servirà ricordare che la stessa Corte di Cassazione, nel punto III.1 della citata sentenza n. 2305/2007, parla di un «interesse [...] ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretatesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta». Cfr. anche M. Carpagnano, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 769 ss.

⁴⁴ M. Libertini, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Aa.Vv.*, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004, 169-170, fornisce alcuni utili «criteri-guida» ermeneutici che consentano quantomeno uno «speciale adattamento» dell'istituto della responsabilità aquiliana a quello dell'illecito *antitrust*, finalizzato soprattutto ad «evitare che i processi di risarcimento, in materia concorrenziale, si risolvano in condanne sostanzialmente insufficienti».

⁴⁵ Interessante appare, al riguardo, la decisione adottata nel noto caso *Manfredi*, sul quale si è pronunciata anche la Corte di Giustizia, rispondendo al rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice di pace di Bitonto. Si tratta, in particolare, della sentenza del 13 luglio 2006, causa C-295/04 – 298/04, in *Danno resp.*, 2007, 1, 10 ss. con nota di G. Afferini, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*. Sul tema, v., inoltre, O. Pallotta, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 305 ss.; e, ora, Id., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, *passim*; ed eventualmente A. Ferraro, *La "storia infinita"...*, cit., 107 ss.

⁴⁶ Il vantaggio di un'azione extracontrattuale fondata direttamente sul regime giuridico speciale di cui alla legge 287/1990, consisterebbe nella possibilità di «ritenersi esperibile sulla scorta della semplice dimostrazione della condotta anticoncorrenziale e della sua illiceità quali presupposti necessari e sufficienti per la qualificazione in termini di ingiustizia del pregiudizio subito». A rilevarlo è S. Bastianon, *Nullità "a cascata"?*..., cit., 1075, il quale peraltro si preoccupa di chiarire che «ciò non significa [...] dare ingresso ad una specie di azione risarcitoria automatica, bensì soltanto riconoscere che [...] l'effetto pregiudizievole ricollegabile al singolo contratto a valle rappresenta esattamente l'obiettivo perseguito dalle imprese responsabili della collusione a monte e, quindi, la concretizzazione del pericolo che la norma antitrust (violata) intende prevenire». Altri ha finanche tentato di sostenere che una responsabilità aquiliana delle imprese «direttamente improntata sull'art. 33 della legge antitrust», comporterebbe che «qualora l'Autorità garante accerti la violazione delle regole poste a base della libera concorrenza diventa palese il danno subito dagli assicurati e soprattutto tale danno è *in re ipsa*». Così I. Nasti, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corr. giur.*, 2003, 3, 344. Contraria a simili impostazioni è apparsa M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 752, ad avvi-

una disposizione piuttosto che all'altra avrebbe avuto ricadute fondamentali dal punto di vista processuale, per quel che riguardava cioè l'attribuzione delle competenze decisionali⁴⁷ (ma, si noti che un problema di questo tipo non si può più porre, poiché – già con l'articolo 2, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 – il legislatore italiano, senza lasciare ormai alcun dubbio sul punto, ha deciso di attribuire al Tribunale delle imprese competente per territorio la cognizione delle azioni dipendenti da violazione delle disposizioni concorrenziali, sia europee che nazionali⁴⁸).

Il *background* di entrambe le tesi appariva, tuttavia, identico: il risarcimento dovuto agli *end users* è conseguenza della lesione di una situazione soggettiva – l'interesse (o il diritto⁴⁹) alla concorrenzialità del mercato – preesistente al contratto⁵⁰, o comunque al comportamento anticompetitivo tenuto dalle imprese sul mercato, considerando che «il negozio non è solo un atto di autonomia privata, è anche un fatto, suscettibile di procurare danni a privati estranei all'atto stesso»⁵¹.

so della quale «i temi di prova e la distribuzione del relativo onere non sono in alcun modo alterati, rispetto ad una "ordinaria" domanda fondata sull'art. 2043 [...]. Un'attenuazione dell'onere probatorio, gravante sul consumatore-attore, d'altra parte, neppure può farsi discendere, *sic et simpliciter*, dal provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Antitrust (provvedimento la cui funzione non è affatto quella di creare "presunzioni relative di dannosità"). L'autorità si è astenuta da ogni valutazione sui concreti effetti distorsivi della pratica sanzionata, limitandosi a verificare l'oggetto in sé e per sé anticoncorrenziale; con la conseguenza che il provvedimento finale nessuna efficacia probatoria può esplicare sul punto della dannosità in concreto della pratica sanzionata».

⁴⁷ Chiamato ad applicare l'art. 2043 sarà, infatti, in prima istanza, il tribunale ordinario (o il giudice di pace, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge), mentre l'art. 33 della legge antitrust italiana assegna oggi la competenza funzionale al Tribunale delle imprese competente per territorio.

⁴⁸ Invero, chiarendo che chiunque «subisca danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990», le stesse Sezioni Unite avevano già risolto definitivamente la *querelle*, sin dal 2005. Cfr. sul punto E. Scoditti, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, cit., 1018 ss.

⁴⁹ Cfr. la sentenza *Telecom/Telssystem* della Corte d'appello di Milano, 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, 105 ss., con nota di C. Osti, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, e in *Foro it.*, 1996, I, 276 ss., con nota di A. Barone, *Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria*. Si rinvia, inoltre, a M. Tavassi, *Il giudizio di merito antitrust ed il processo di concorrenza sleale*, in *Diritto processuale antitrust*, op. cit., 302.

⁵⁰ A favore della configurabilità di un diritto o interesse alla preservazione di una concorrenza effettiva sul mercato si sono mostrati, *ab initio*, C. Osti, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, 114 ss. e S. Bastianon, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, cit., 398.

⁵¹ Così E. Scoditti, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, IV, 85. I maggiori problemi applicativi di una simile impostazione concernono, ovviamente, l'individuazione del nesso eziologico. Come ha rilevato P. Iannuccelli, op. cit., 786-788, «la difficoltà maggiore in tema di nesso eziologico è individuare ed isolare l'efficacia causale del solo illecito antitrust... sull'aumento del prezzo. La determinazione del prezzo, infatti, è data dalla sommatoria di una serie di fattori e la concertazione tra le imprese può, al più, fissarne una parte. Inoltre, occorre [...] isolare il contributo causale della condotta di ogni singolo partecipante all'illecito [...] e [...] chiedersi se la presenza di un intermediario sia sufficiente per interrompere il nesso di causalità. La dottrina tende a negarlo, pur riconoscendo che la prova del danno traslato è al limite del diabolico». L'autore – criticando la differente opinione di C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 472 – ritiene che «l'intermediario per un principio di solidarietà, potrebbe essere chiamato ad una forma di cooperazione con l'attore danneggiato che faciliti a quest'ultimo il compito di risalire al responsabile dell'illecito». Al fine di alleggerire l'onere probatorio dei consumatori, lo stesso giudice di legittimità ha

E tale impostazione è stata accolta anche da una certa giurisprudenza della Corte suprema, per la quale «se l'accordo *antitrust* può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti»⁵².

Contraria a questo orientamento, che vedeva il negozio come «mero elemento di una fattispecie di responsabilità aquiliana»⁵³, è subito apparsa quella parte della dottrina per la quale sarebbe nell'istituto della responsabilità contrattuale che potrebbe trovare fondamento la pretesa risarcitoria del privato; e ciò, non soltanto nelle ipotesi in cui (come spesso è accaduto nel caso delle assicurazioni R.C. Auto) esista «uno specifico rapporto contrattuale già in atto e fatto oggetto di mero rinnovo fra le parti»⁵⁴, ma per taluni addirittura a fronte di qualsivoglia violazione di norme *antitrust* riverberatasi a valle, poiché una simile soluzione avrebbe favorito indubbiamente il contraente debole, dal momento che «mentre l'azione di risarcimento del danno di natura aquiliana dipendente dalla violazione dell'interesse giuridicamente protetto alla concorrenza ricade sicuramente nell'applicazione della norma speciale, la scelta del consumatore di agire sperando un rimedio appartenente al piano di quelli contrattuali potrebbe implicare [...] che la cognizione su tale domanda non sia di spettanza della corte d'appello, stante la difficoltà di immaginare un'interpretazione estensiva di una norma sicuramente eccezionale in quanto disapplica il principio del doppio grado di giurisdizione, e che la stessa dovrebbe essere invece destinata a seguire le ordinarie regole di competenza fissate dal codice di rito»⁵⁵.

recentemente sottolineato che, in sede di proposizione di un'azione risarcitoria di cui all'art. 33, Il comma, della legge n. 287/1990, nei confronti di un'impresa assicuratrice già sottoposta a sanzione dall'Autorità garante per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, «l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale, ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni». Così nella sentenza della Cassazione civile, n. 2305/2007, cit., ove si aggiunge, però, la necessità di non omettere la valutazione degli «elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre danno o che abbiano comunque concorso a produrlo».

⁵² Così nella citata sentenza n. 9384/2003.

⁵³ R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori...*, cit., *passim*.

⁵⁴ Ad evidenziarlo è stata la Corte di Cassazione (sentenza n. 17475 del 9 dicembre 2002).

⁵⁵ Così G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato...*, cit., 484. Invero, l'art. 33 della legge 287/1990 fa un generico riferimento alle azioni di risarcimento del danno, senza distinguere tra illecito aquiliano ed illecito contrattuale (cfr. C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 470). Inoltre, qualche autore ha più volte fatto riferimento ad una chiara (e ineludibile) «opzione del legislatore, indubitabilmente orientata (piaccia o no) in favore di una concentrazione delle controversie presso «corti qualificate e tendenzialmente specializzate». Le parole sono di A. Palmieri, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, I, 1125, che si ricollega all'identica posizione di M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, 657.

Al di là dei profili processuali, ormai superati, come già segnalato, la ricostruzione del problema in termini di illecito *ex contractu* delle imprese per la conclusione dei cosiddetti *fruit contracts* può assumere tre differenti configurazioni (cui fanno capo altrettanti filoni dottrinali⁵⁶), tutte riconducibili ad ogni modo al più ampio e comune *genus* dei rimedi predisposti per sanzionare atteggiamenti antiggiuridici tenuti nell'ambito di «una pregressa relazione tra i soggetti e quindi di un programma specifico di comportamento»⁵⁷.

La prima forma di protezione risarcitoria contrattuale prospettata da alcuni autori si sostanzia nella *facultas agendi* diretta a far valere uno dei vizi del consenso⁵⁸, ossia, più nello specifico, nella «possibilità di esperire un'azione [...] contrattuale ex art. 1440 c.c.»⁵⁹, tenendo conto che emergerebbe, quantomeno, una sorta di dolo *incidens tantum* in capo all'impresa che ha agito «nella consapevolezza di praticare condizioni che non dipendono dalle logiche di mercato, ma da un'alterazione delle dinamiche concorrenziali dovuta ad un comportamento illecito posto in essere dalla stessa e di cui il consumatore è tenuto all'oscuro [...] con l'obiettivo [...] di conseguire un extraprofitto agendo volontariamente ai danni del consumatore [...]»⁶⁰.

La seconda si fonda, invece, sulla più generica, e secondo molti autori discutibile, possibilità per la *weak party* di agire, ai sensi degli artt. 1374 e 1375 c.c., nonché dell'art. 1175 c.c. (contenenti «obblighi accessori c.d. di protezione, non specificamente contemplati, posti a garanzia della persona o del suo patrimonio»⁶¹), chiedendo eventualmente (a voler condurre la discussione a conseguenze estreme, ma coerenti), la risoluzione per inadempimento del contratto concluso con l'impresa scorretta⁶².

⁵⁶ Per una sintetica, ma puntuale, ricostruzione di queste tesi dottrinali, cfr. S. Bastianon, *Nullità "a cascata"?*..., cit., 1070.

⁵⁷ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 631. Cfr. G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979. Di responsabilità da adempimento che «per i suoi contenuti e modalità, costituisca violazione di doveri rispetto ad esso sovraordinati» parla A. Di Majo, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 3, 794.

⁵⁸ Cfr. M. Meli, *op. cit.*, 190 ss. Contrario ad una simile impostazione sembra essere M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza...*, cit., 452.

⁵⁹ Così S. Bastianon, *op. ult. cit.*, 1070. L'autore richiama l'opinione espressa in tal senso da C. Lo Surdo, *op. cit.*, *passim*. Sposano più recentemente questa tesi anche R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)?*, in *Foro it.*, 2007, I, 1104, ed E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, 295.

⁶⁰ Così M.R. Tufarelli, *op. cit.*, 2151. V., nello stesso senso, la sentenza della I sezione del TAR Lazio, n. 1790 del 10 marzo 2003.

⁶¹ F. Gazzoni, *op. cit.*, 631, così ricostruisce in termini generali la figura della responsabilità contrattuale. Cfr. anche V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 492 ss.; G. Grisi, *L'autonomia privata*, Milano, 1999, 158; G. Alpa, *Responsabilità precontrattuale. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1991, 1 ss. Interessanti appaiono, inoltre, le riflessioni contenute nella decisione della Corte di Cassazione, n. 20399 del 18 ottobre 2004.

⁶² Questo sembrerebbe essere, ad esempio, l'orientamento proposto dalle Sezioni Unite della Cassazione civile nella decisione n. 26725, del 19 dicembre 2007, in materia di contratti conclusi con intermediari finanziari negligenti.

In entrambe queste due prime ipotesi, il risarcimento equivarrebbe alla differenza tra le condizioni economiche che in concreto sono state pattuite e quelle che si sarebbero avute in assenza di pratiche anticoncorrenziali⁶³, ossia, come ha evidenziato, forse con eccessiva sveltezza, qualche studioso, tra le condizioni monopolistiche e quelle concorrenziali⁶⁴.

La terza possibile impostazione del problema in termini di *contractual liability* è quella proposta da quanti, muovendo dalla premessa secondo la quale il problema da risolvere «attiene all'esecuzione di un contratto», rilevano che «la responsabilità contrattuale, quando non è effetto dell'inadempimento, può derivare soltanto dalla invalidità del contratto. Precisamente, il contratto è fonte di responsabilità *ex art. 1338 c.c.*»⁶⁵.

Per rimanere nel terreno dell'illecito precontrattuale⁶⁶, vi è anche chi si è chiesto se non sia possibile configurare in capo alle imprese scorrette una responsabilità per violazione dell'art 1337 del codice civile⁶⁷, derivante cioè dal mancato rispetto del generico dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione dei contratti (ribadito e con maggiore enfasi, oggi, nell'art. 2, comma 2 lett. e, del Codice del Consumo, il quale impone atteggiamenti di «correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti concernenti beni e servizi») ⁶⁸.

Nel caso dei c.d. «contratti a valle» verrebbe in rilievo, in altre parole, una responsabilità derivante dall'esistenza di un rapporto obbligatorio che sorge indipendentemente dalle volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto, ed

⁶³ Così V. Roppo, *op. cit.*, 187.

⁶⁴ Sul punto si rinvia a M. Meli, *op. cit.*, 192.

⁶⁵ Così C. Castronovo, *Sezioni più unite...*, cit., 447. *Corsivi aggiunti*. Lo studioso sostiene, in particolare (452-453), che «chi è stato partecipe delle intese anticoncorrenziali non può non sapere e non prevedere che esse si tradurranno in contratti portanti lo stigma della contrarietà all'interesse del consumatore-controparte, e quando stipula con il singolo consumatore è come colui che conosce o deve conoscere la causa di invalidità del contratto». Una simile impostazione alleggerirebbe anche l'onere probatorio del consumatore, poiché, come osserva lo stesso autore, «qui caso mai non di colpa si tratta ma di dolo, di *dolus in re ipsa*, le intese anticoncorrenziali non avendo altro scopo che quello di influire sul mercato in senso favorevole a chi le stipula, e perciò necessariamente sfavorevole per chi le subisce».

⁶⁶ Sul quale, v. F. Mastrolilli, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 126 ss.

⁶⁷ Si rinvia, *ex multis*, a M. Tavassi, M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1988, 298, nonché a S. Bastianon, *Nullità "a cascata"?*..., cit., 1070.

⁶⁸ Sul tema si rinvia a G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2002, 37 ss. Ma, cfr. anche G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 921, e G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto...*, cit., 129 ss.

è diretto a tutelare il c.d. *negative Vertragsinteresse* (interesse negativo) del cliente⁶⁹, il quale si è trovato a concludere un negozio che non è quello realmente voluto⁷⁰.

Come è stato sottolineato in dottrina, «nella misura in cui si accentua il fenomeno della standardizzazione del contratto [...] è chiaro che la garanzia della correttezza della sua formazione non può cogliersi [...] nell'imposizione di doveri di comportamento interni a una "trattativa" oramai insussistente, e che essa si sposti invece su di un piano diverso; un piano che non può essere altro che quello della correttezza del comportamento dell'impresa sul mercato»⁷¹.

Oltre che sul piano per così dire "spaziale", una nuova dislocazione del concetto di «responsabilità precontrattuale»⁷² potrebbe immaginarsi anche a livello temporale⁷³, concependo l'operare della stessa nell'esatto momento in cui il predisponente ha compilato i formulari⁷⁴, provvedendo, in un atteggiamento contra-

⁶⁹ Cfr. L. Rovelli, *op. cit.*, 430 ss. L'autore rileva che tale interesse negativo si identifica ora «nell'*id quod interest contractum initium non fuisse*», ora nel risarcimento del danno emergente (spese inutilmente sostenute) e del lucro cessante (perdita di altre occasioni contrattuali maggiormente vantaggiose), e afferma che «l'interesse negativo non è qui il mero interesse alla "non conclusione" del contratto (che permane e produce i suoi effetti), ma si atpeggia adeguandosi alla conformazione della situazione lesa dalla scorrettezza precontrattuale [...]. Il risarcimento assume [...] una funzione *lato sensu* "surrogatoria" rispetto ad una modifica del contenuto contrattuale, colmando la «diversità fra la condizione che si sarebbe avuta, ove non vi fosse stata l'attività ingannatoria, e quella che, in concreto, a causa di tale attività si è verificata» (Cass.17 luglio 1976, n. 2840, in *Rep. Foro it.*, 1976 voce *Contratto in genere*, n. 265) (442).

⁷⁰ L. Rovelli, *op. cit.*, 442 ss. L'autore, rifacendosi ad una definizione di G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 349, sostiene che, in casi come questi, «il contratto è "sgredito" perché concluso a condizioni diverse da quelle alle quali sarebbe intervenuto il regolamento negoziale se non vi fosse stata inadempienza all'obbligazione di buona fede contrattuale».

⁷¹ Le parole sono di G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato...*, cit., 482. Cfr. sull'argomento la posizione di G. D'Amico, *Regole di validità*, cit., 51, il quale, occupandosi di un tema più circoscritto, ossia della «buona fede» di cui alla normativa sui contratti dei consumatori», sostiene che, in questi casi, tale clausola generale diviene «regola che vale per uno solo dei contraenti, ed è essenzialmente regola dell'attività: esprime il limite "interno" all'esercizio di un "potere di autonomia" eccezionalmente concesso ad uno solo dei contraenti (in deroga alla regola generale dell'art. 1322 c.c. che lascia *alle parti* – ad entrambe di comune accordo, e non ad una sola! – il potere di determinare il contenuto del contratto, anche derogando al diritto dispositivo), potere soggetto appunto al generale divieto di un "abuso", che nella specie ricorre quando l'impresa utilizza il potere (unilaterale) di autonomia *non in vista delle finalità di "razionalità economica" per le quali l'ordinamento quel potere le ha concesso, ma piuttosto per "vessare" la controparte contrattuale*». Per una ricostruzione di più ampio respiro dell'argomento in questione, v. le condivisibili parole di P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 427. Favorevole ad un'estensione della responsabilità precontrattuale ai casi di «formazione senza trattative» è F. Gazzoni, *op. cit.*, 851.

⁷² Condivisibile appare l'opinione di A. D'Angelo, *op. cit.*, sul punto.

⁷³ Cfr. G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., 51 (nota n. 49). L'autore sostiene proprio che la buona fede sarebbe, nella normativa sulla contrattazione di massa, una regola «che necessariamente precede (e prescinde da) qualsiasi concreto "rapporto" che si instauri con una singola concreta controparte. Del resto, nei contratti standard, manca generalmente una fase vera e propria di "trattativa" tra le parti». V., inoltre, le acute osservazioni di G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 530.

⁷⁴ Come rileva L. Rovelli, *op. cit.*, 214, nella contrattazione di massa il contratto «non è più il frutto di una vera e propria trattativa tra le parti (come nei *bargained contracts*), e il rapporto precontrattuale è ridotto ai minimi termini. Talora può essere oggetto di trattativa uno degli elementi del contratto (il prezzo); ma l'intero contratto è tracciato da una sola parte (*one-side contracts*). Da un lato la direttiva di "correttezza" presiede anche a tali relazioni contrattuali; dall'altro il livello di correttezza richiesto – con o senza trattative – può essere diver-

rio a correttezza e buona fede (che rileverà stavolta non *ad personam*, ma nei confronti di una pluralità indefinita di soggetti)⁷⁵, a dare ad essi un contenuto, *absit iniuria verbis*, ontologicamente “viziato” (perché frutto di un accordo, di una pratica concordata illegittima, o comunque di comportamenti anticoncorrenziali a monte che hanno consentito al professionista di realizzare un vero e proprio utilizzo scorretto della propria *libertas contrahendi*⁷⁶, a danno dell’altrui «interesse alla libertà negoziale»⁷⁷), contando su chiare «asimmetrie informative»⁷⁸. In presenza di una simile condotta, si è detto, «il diritto al risarcimento del danno non deriva dal contratto [...] deriva dalla violazione dell’obbligo, precedente la stipulazione dell’intesa, di protezione dell’altrui sfera giuridica all’interno di una relazione» e si è altresì concluso che «così applicando l’art. 1337 il giudice italiano può adeguare l’ordinamento interno a quello comunitario»⁷⁹.

La tesi della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, per violazione del dovere di correttezza e buona fede nelle trattative⁸⁰, potrebbe forse essere

so per ciascuna delle parti; e, comunque, il referente del “contraente medio”, si è modificato o non opera [...] è fuorviante *anche* il riferimento alla figura del contraente “debole”; mentre più calzante è quella a contraente “non informato” e, per ciò stesso, esposto a maggiori rischi».

⁷⁵ Pare, da questo punta di vista, degna di rilievo la tesi di C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 753, secondo la quale sarebbe possibile configurare «una responsabilità “oggettiva” per violazione della buona fede contrattuale, allorché la contrarietà al dovere *ex artt. 1337-1338 c.c.*, pur non risultando ascrivibile ad un contegno negligente (né, tanto meno, doloso o in malafede) della parte obbligata, sia nondimeno a quest’ultima imputabile per essersi comunque verificata all’interno della sfera di organizzazione tipicamente e funzionalmente impiegata dalla medesima nello svolgimento della propria attività».

⁷⁶ A. Palmieri e R. Pardolesi, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni”*, in *Foro it.*, IV, 2002, 82, sostengono che «chi conclude il contratto a condizioni sproporzionate per controparte, approfittando delle distorsioni del mercato o dell’improprio funzionamento dei suoi meccanismi, abusa della propria libertà di contrarre».

⁷⁷ C. M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 157 ss. Egli prosegue affermando che «in generale i consociati devono agire con adeguata diligenza per non ledere tale interesse e, inoltre, devono osservare il precetto della buona fede».

⁷⁸ Ci si chiede se l’atteggiamento deprecabile del predisponente possa risiedere nel non aver informato dell’esistenza di un’intesa a monte che ha influito sulla fissazione di un determinato contenuto contrattuale. Si rinvia, sul tema, agli imperituri insegnamenti di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, rist. Napoli, 1994, 327 ss.

⁷⁹ Le parole, sono di E. Scoditti, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell’accordo*, cit., 88. Ed in effetti, questa nuova categoria della “responsabilità da affidamento” sembra mostrarsi in perfetta aderenza con i principi europei a tutela dei privati, tra i quali riveste grande rilievo da sempre il rispetto del “legittimo affidamento”. Cfr. F. Toriello, *op. cit.*, 247 ss. La tutela in questione, quantunque sia stata configurata prevalentemente dalla Corte di Giustizia nei rapporti verticali (tra singoli e soggetti pubblici), ben può valere anche nei rapporti interprivati. Si parla in questo caso di «*estoppel*, rimedio in *equity* assimilabile al divieto di *venire contra factum proprium*, con cui si attribuisce rilevanza all’affidamento (*reliance*) della parte nella conclusione del contratto». Così G. Meruzzi, *op. cit.*, 273.

⁸⁰ Ovviamente, ricostruita in questi termini la responsabilità delle imprese sul mercato, diviene fondamentale il compito dell’interprete, considerando che «la più circostanziata elaborazione di criteri di giudizio, l’apprezzamento in concreto della gravità e anomalia delle condizioni di debolezza o subordinazione, la valutazione della condotta della parte forte e la qualificazione di liceità o illiceità della stessa, costituiscono materia della delicata opera di concretizzazione della clausola generale che non può che restare affidata ai giudici e alla loro capacità di contemperare le ragioni di tutela della libertà negoziale con quelle di salvaguardia della

invocata, d'altra parte, per fornire una valida soluzione alle ipotesi, spesso sottovalutate tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, in cui vengano in rilievo contratti stipulati con imprese che, pur non avendo partecipato attivamente a cartelli (e non essendo state quindi condannate dall'Autorità *antitrust* per aver commesso un illecito anticoncorrenziale), hanno comunque posto in essere comportamenti di c.d. "intelligente adattamento" (o "reazione"), avvalendosi della distorsione del mercato procurata dalle proprie concorrenti, ed hanno anch'esse concluso "accordi a valle" a condizioni svantaggiose per gli ignari utenti⁸¹.

Molto complessa appare, invece, la duplice, ed irrisolta, questione (che ricompare con particolare problematicità nel caso in esame) riguardante la possibilità, da un lato, che una simile responsabilità (*in contrabendo*) possa operare anche considerando assolutamente validi i *downstream contracts*⁸², e, dall'altro,

stabilità dei vincoli contrattuali». Così A. D'Angelo, *Disciplina del contratto, buona fede contrattuale e buona fede formativa*, capitolo dell'opera dello stesso autore, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004, reperibile anche su http://www.cahiers.org/new/htm/articoli/dangelo_contratto.htm.

⁸¹ Gioverà ricordare che la disciplina, tanto europea, quanto italiana, della libera concorrenza non vieta apertamente lo spontaneo (e non concordato) allineamento di un professionista al comportamento noto o presunto di un altro. L'Autorità Garante italiana, in accordo con gli orientamenti sovranazionali, ha affermato che una mera "condotta parallela" non è condizione necessaria, né sufficiente per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata: non è necessaria, perché «la pratica concordata può manifestarsi in molteplici e diversi modi», non è sufficiente «perché alle imprese non è vietato adeguarsi ai comportamenti dei loro concorrenti, fino a che tale adattamento sia frutto di una loro scelta autonoma e non indotta dalla artificiale conoscenza dell'assetto produttivo e commerciale dei concorrenti che ne consenta di prevedere i comportamenti» (AGCM, 1201, *Produttori di vetro cavo*, in *Boll.*, 24/97). L'importanza dell'autonomia delle condotte è stata riconosciuta nel caso *Prezzo del pane a Trento* (AGCM, 1174B, in *Boll.*, 47/99), in cui l'AGCM ha affermato che non è impedito agli operatori economici di «adattarsi intelligentemente al comportamento dei propri concorrenti», ma che è vietata «qualsiasi forma di contatto diretta o indiretta con gli stessi che abbia per effetto di modificare le condizioni di concorrenza di un mercato». Ciò che rileva è che le imprese «pongano in essere meccanismi collusivi che incoraggiano o agevolano il coordinamento del loro comportamento commerciale». Pur non essendo passibili di ammende per violazione del diritto *antitrust*, le imprese che pongano in essere contegni di "scorretto approfittamento" della situazione esistente sul mercato potrebbero essere chiamate comunque a rispondere (in termini precontrattuali), vista anche l'assenza di connessione (o pregiudizialità) tra i rimedi civilistici e quelli amministrativi, dei danni provocati ai consumatori con la loro condotta lesiva degli interessi delle parti deboli sul mercato. Nella sentenza *Kone*, del 5 giugno 2014, C-557/12, par. 33, occupandosi proprio dei cosiddetti «*umbrella effects*», la Corte di Giustizia ha stabilito che «la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuo rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza».

⁸² Secondo taluni rileverebbe anche in questo caso una qualche *culpa in contrabendo* del contraente forte meritevole di essere sanzionata, attraverso un adeguato rimedio risarcitorio che rivesta forse «una funzione "sussidiaria" rispetto alla tutela *per invaliditatem*», considerando che «la condotta comunque scorretta di uno dei contraenti» ha determinato, o contribuito a determinare, «un assetto di interessi "sfavorevole" all'altro». Così M. Mantovani, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 195. La tesi sembra, peraltro, trovare accoglimento anche in alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione. Contrario ad una simile impostazione dottrinale è da sempre apparso G. D'Amico, *Buona fede in contraendo*, cit., 354, il quale ne ha rilevato almeno due debolezze di fondo (tra loro strettamente connesse), la prima risiederebbe nel fatto che la dottrina in esame

che l'invalidità dei negozi in esame derivi proprio come conseguenza, o uno degli effetti, dell'illecito precontrattuale imputabile al contraente forte⁸³.

Invero, la risposta ad entrambe le domande appare incontrovertibile: la nullità non può che essere la causa della responsabilità (pre-)contrattuale (e giammai la conseguenza)⁸⁴ ed è possibile invocare quest'ultima proprio (e solo) nelle ipotesi in cui il negozio sia (anche solo parzialmente) invalido⁸⁵.

Del resto, anche nell'ordinanza n. 29810/2017, rinviando alla Corte territoriale «per un nuovo esame della materia litigiosa, condotto alla luce del princi-

prevede come «unico “preciso” limite [...] quello della “entità del pregiudizio”, nel senso che la pretesa risarcitoria potrebbe essere esclusa (o, quanto meno, contenuta) qualora il danno conseguito [...] “risulti essere irrilevante o comunque di esigua entità, in rapporto al valore economico complessivo dello scambio”. Sennonché è agevole osservare come un siffatto limite sia [...] del tutto arbitrario, essendo evidente che l'entità del danno può incidere sul *quantum respondeatur* ma non anche sull'*an respondeatur*», la seconda consisterebbe nell'assunto che «individuare la soglia del pregiudizio rilevante nella circostanza che “lo scambio risulti *equilibrato*” [...] significa introdurre un *controllo generale* del contenuto delle convenzioni private di discutibile giustificazione nel sistema».

⁸³ La tesi è stata prospettata da R. Sacco, *Il consenso*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, t. 1, in *Trattato dei contratti*, diretto da U. Rescigno, Torino, 1999, 408. Lo studioso ha evidenziato che nelle ipotesi (come quelle sin qui considerate), in cui è possibile rilevare una responsabilità precontrattuale in capo ad uno dei contraenti, «la vittima può invocare certamente l'art. 1337 per giustificare il diritto al risarcimento del danno. Può altresì invocare l'art. 2058 affinché il risarcimento gli venga prestato in forma specifica, ossia mediante la rimozione del contratto». Tale soluzione sembra osteggiata da molti studiosi, primo fra tutti L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 9, ad avviso del quale la responsabilità precontrattuale «in nessun caso [...] è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni». Identica sembra essere la visione di G. D'Amico, *Regole di validità...*, 57 ss., il quale evidenzia che «l'esito “invalidatorio” – che si pensasse in ipotesi di far discendere dalla violazione della buona fede *in contraendo* – è un rimedio drastico e difficilmente “governabile” [...]; a ciò si aggiunga poi [...] che ipotizzare che la violazione della regola di correttezza in *contraendo* possa, in sé, condurre ad una declaratoria di invalidità del contratto significa fare inevitabilmente della buona fede (il cui statuto normativo – non si dimentichi – è quello di una “clausola generale”) uno strumento di controllo (giudiziale) *del contenuto* del contratto». Lo stesso G. D'Amico, *Buona fede in contrabendo*, cit., 343, sottolinea, inoltre, che pur potendo «condividersi l'obiettivo di fondo che ispira questa linea interpretativa [...] non può ammettersi che si attribuisca alla buona fede la valenza di principio “che prescinde e supera [...] il dettato legislativo”, e che consente al giudice di andare “oltre l'applicazione della norma scritta”». L'autore richiama, sul punto, F. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537. Anche secondo M. Meli, *op. cit.*, 179, un'impostazione di tipo diverso si porrebbe in contrasto con il principio generale dell'irrelevanza dell'equità dello scambio. Favorevoli all'orientamento espresso da Sacco sembrerebbero essere, invece, V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 117 ss., M. Mantovani, *op. cit.*, 195 e 292, e G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 112 ss.

⁸⁴ Come ha evidenziato anche E. Camilleri, *La tutela del contraente “a valle” di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 72, rinviando ad A. Genovese, *Risarcimento del danno in favore del consumatore che conclude il contratto attuativo di un'intesa vietata: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 131 ss., e criticando il silenzio sul punto delle Sezioni Unite, la «nullità avrebbe dovuto essere altresì indicata quale diretto presupposto tecnico della ripetizione dell'indebito, oltre che della stessa azione risarcitoria; questa non potendo darsi infatti, al di fuori delle ipotesi di inadempimento o di violazione di obblighi di protezione, che in presenza di un contratto invalido (arg. *ex art.* 1338 c.c.)».

⁸⁵ Sembrano, tuttavia, giungere a conclusioni differenti alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione. Cfr., per tutte, la citata sentenza n. 26725/2007 delle Sezioni Unite e l'arresto n. 19024 del 29 settembre 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 25 con nota di V. Roppo; in *Foro it.*, 2006, parte I, 1105, con nota di E. Scoditti; ed in *Corr. Giur.*, 2006, 669, con nota di A. Genovesi. In questa decisione si è riconosciuta la possibilità di ammettere il risarcimento del danno derivante da *culpa in contrabendo* anche nelle ipotesi in cui il negozio giuridico concluso sia valido, ma pregiudizievole per chi ha subito il comportamento scorretto della controparte.

pio di diritto [...] enunciato», il Supremo Collegio è chiarissimo nell'asserire che indubbiamente «la diversa decisione della domanda di nullità, indipendentemente dalla correttezza della denuncia sull'autonomia delle istanze risarcitorie, comporterà ricadute anche su queste altre richieste»⁸⁶.

E, chiaramente, non si potrà oggi fare a meno di prendere in considerazione quanto stabilito nello specifico dal D.Lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017⁸⁷, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano la figura speciale del «danno da violazione del diritto della concorrenza»⁸⁸.

Appare, da questo punto di vista, interessante segnalare che, dando attuazione alle previsioni contenute nel «considerando» n. 37⁸⁹ e nell'art. 11⁹⁰ della cita-

⁸⁶ Così nel par. 12.1.

⁸⁷ Per un commento a tale testo normativo, cfr. P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza*, Torino, 2017; G. Bruzzone, A. Saija, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva: più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc., conc., reg.*, 2017, 9 ss.

⁸⁸ Si consideri che, pur non prendendo *apertis verbis* posizione sulla natura del danno in questione, la normativa introdotta lo scorso anno parrebbe ricostruire in termini aquiliani la fattispecie *de qua* (basti solo considerare che il termine di prescrizione è fissato dall'art. 8 del decreto legislativo in cinque anni; e l'art. 14 ha una formulazione pressoché identica a quella dell'art. 2056 c.c.).

⁸⁹ Nel quale si legge che «per il caso in cui più imprese violino insieme le norme in materia di concorrenza, come nel caso di un cartello, è opportuno prevedere che i coautori della violazione siano considerati responsabili in solido per l'intero ammontare del danno causato dal loro comportamento illecito. Se un coautore della violazione ha pagato più della parte che gli spetta, dovrebbe avere il diritto di ottenere un contributo da altri coautori della violazione. La determinazione della parte corrispondente alla responsabilità relativa di un dato autore della violazione e i criteri rilevanti, quali il fatturato, la quota di mercato o il ruolo nel cartello, sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile, fermo restando il rispetto dei principi di efficacia e di equivalenza».

⁹⁰ Secondo tale disposizione, «1. Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, con l'effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito. 2. In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri provvedono affinché, fatto salvo il diritto al pieno risarcimento di cui all'articolo 3, nel caso in cui la violazione sia stata commessa da una piccola o media impresa (PMI), come definita nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, l'autore della violazione sia responsabile solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti se: a) la sua quota nel mercato rilevante era inferiore al 5% per tutto il tempo in cui ha avuto luogo la violazione del diritto della concorrenza; e b) l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività. 3. La deroga di cui al paragrafo 2 non si applica se: a) la PMI ha svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o costretto altre imprese a parteciparvi; o b) la PMI risulta aver commesso in precedenza una violazione del diritto della concorrenza. 4. In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri provvedono affinché il beneficiario dell'immunità sia responsabile in solido: a) nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti; e b) nei confronti di altri soggetti danneggiati solo qualora questi non possano ottenere il pieno risarcimento dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile ai casi di cui al presente paragrafo sia ragionevole e sufficiente a consentire ai soggetti danneggiati di intentare le azioni di risarcimento. 5. Gli Stati membri provvedono affinché l'autore di una violazione possa recuperare da ogni altro autore della violazione un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza. L'importo del contributo di un autore della violazione che ha ottenuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di clemenza non supera l'importo del danno che esso ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti. 6. Gli Stati membri provvedono affinché, nella misura in cui la violazione del diritto della concorrenza abbia causato un danno a soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori

ta direttiva 2014/104/UE, anche nel testo normativo italiano emerge la necessità di far valere la responsabilità solidale delle imprese autrici dell'illecito *antitrust* dal quale sia derivato un danno "a valle"⁹¹. E ciò certamente non agevola la posizione del danneggiato (soprattutto ove questi non possa avvalersi di un'azione collettiva), poiché egli – per tentare di ottenere la tutela risarcitoria spettantegli – dovrebbe rivolgersi (come si è già evidenziato) ad un organo giurisdizionale distante magari centinaia di chilometri dalla propria residenza (senza poter contare in un intervento *ex officio* del giudice competente, a differenza di ciò che accade invece per la declaratoria di nullità del contratto) e, per di più, sarebbe tenuto a chiamare in causa tutte le imprese ree di aver posto in essere la condotta anticompetitiva.

4. *La sorte dei "contratti a valle". La tesi dell'annullabilità e della rescissione per lesione*

Passando ad esaminare, ora, il secondo possibile rimedio su cui si è concentrata l'attenzione della dottrina, ossia quello concernente un intervento giudiziale sull'operazione economica, si può immediatamente asserire che alcuni studiosi hanno ravvisato nella materia *de qua* «forti analogie con il tipo di problema affrontato dalla disciplina dei vizi del consenso eteroindotti, partecipando degli elementi dell'abuso e del vizio del consenso»⁹² ed hanno, pertanto, difeso la teoria dell'annullabilità dei negozi a valle⁹³, evidenziando anzitutto che «anche quando il contratto si pone in violazione di una norma dotata di un forte carattere imperativo, quale è ad esempio quella che individua una condotta costituente reato e commina conse-

diretti o indiretti degli autori della violazione, l'importo del contributo dal beneficiario dell'immunità agli altri autori della violazione sia determinato alla luce della sua responsabilità relativa per tale danno».

⁹¹ Cfr. l'art. 9 del D.Lgs. n. 3/2017.

⁹² Le parole sono di M. Meli, *op. cit.*, 194. Con specifico riferimento ad alcune tipologie di comportamenti anticoncorrenziali a monte, ossia «gli accordi di sfruttamento e le c.d. pratiche escludenti», la studiosa, *op. cit.*, 190 ss., sottolinea che occorre meditare sulla possibilità di «ritenere che la legge [...] abbia nella specie disposto diversamente dalla nullità (segnatamente, attraverso il meccanismo dell'annullabilità)», trattandosi della necessità «di perseguire, sì, un fine pubblico, ma attraverso la rilevanza attribuita ad un conflitto privato», ossia «di risolvere un problema di abuso e di prevaricazione di un contraente a danno dell'altro, rispetto al quale il rimedio della nullità potrebbe risultare esorbitante». Cfr., inoltre, M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 298.

⁹³ M. Meli, *op. cit.*, 188 ss., sostiene che «in sede di elaborazione dei Principi del diritto contrattuale europeo [...] il rimedio dell'annullabilità è utilizzato (art. 4:109) in situazioni tra le quali quelle di dipendenza, che determinano un "eccessivo guadagno ed ingiusto profitto". In tali casi, è previsto inoltre un intervento correttivo dell'autorità giudiziaria (su richiesta della parte legittimata ad esercitare l'azione, od anche del convenuto), in maniera tale da rendere il contenuto del contratto "consono a quello che avrebbe potuto essere concordato qualora fossero stati rispettati i principi della buona fede e della correttezza". Previsioni analoghe sono contenute anche nell'art. 3.10 dei *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (in cui si parla della *gross disparity* come di un vizio del consenso idoneo a legittimare la richiesta di annullamento o di revisione del contratto per ricondurlo a ragionevoli *standards* di correttezza commerciale). Si rinvia, sul punto, a R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 961 ss., e a D. Corapi, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 23 ss.

guentemente una sanzione di carattere penale, viene riconosciuta non la nullità, ma la semplice annullabilità del contratto, proprio perché in tal caso il divieto penale non colpisce direttamente questo, ma il comportamento di una parte, come nel caso di reato di truffa conclusa mediante la stipulazione di un contratto»⁹⁴.

Dello stesso avviso sono apparsi, del resto, alcuni giudici amministrativi, per i quali i contratti in questione sembrano «presentare, in forza del loro antecedente storico, dei termini di scambio alterati da uno squilibrio economico, e denunziare [...] l'esistenza di un vizio del consenso di una delle parti» e pertanto «ad essi si attagliano perfettamente [...] i tradizionali appositi rimedi impugnatori e risarcitori noti al diritto dei contratti»⁹⁵.

Una simile ricostruzione si pone certamente in contrasto con l'opinione di chi ritiene invece che vi sarebbe una, difficilmente superabile, quasi «oggettiva impossibilità di ravvisare una qualsiasi forma di dolo (incidente o determinante) in capo all'impresa»⁹⁶, tale da legittimare il ricorso della *weak party* al rimedio di cui all'art. 1439 c.c. e che, ad ogni modo, nei negozi in questione «ad essere alterato non è tanto il processo di formazione della volontà dell'aderente, quanto quello delle condizioni generali dell'imprenditore»⁹⁷.

Invero, il rimedio dell'annullabilità non appare adeguato nel caso di specie, per ben altre ragioni, legate sia alla struttura stessa dei «contratti a valle» (da considerarsi un tutt'uno con le intese anticoncorrenziali) che alle funzioni della normativa *antitrust*, la quale – come è noto (e come si è già segnalato in questo lavoro) – è stata elaborata (sia a livello europeo che nella sua dimensione puramente statale) non tanto (o non solo) per tutelare singoli soggetti (o una determinata categoria di contraenti deboli), i consumatori (per i quali, anzi, si è perfino a lungo dubita-

⁹⁴ Così L. Delli Priscoli, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2005, 954. Non sono mancati, invero, casi in cui la Corte di Cassazione ha sancito la nullità di alcuni contratti conclusi in violazione di fattispecie incriminative penali. Si pensi all'ipotesi della circonvenzione di persona incapace prevista dall'art. 643 c.p., il quale, ad avviso dei giudici di legittimità, avendo uno scopo che «va ravvisato più che nella tutela dell'incapacità in sé e per sé considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica [...] deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell'art. 1418 c.c., oltre alla sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della medesima». Così nelle sentenze Cass. 23 maggio 2006, n. 12126; 27 gennaio 2004, n. 1427 e 29 ottobre 1994, n. 8948.

⁹⁵ Così nella pronuncia del Tar Lazio n. 1790 del 10 marzo 2003, cit. Il Tribunale amministrativo, dopo aver evidenziato che in tali contratti «potrebbe essere rinvenuto il fine ultimo degli illeciti concordamenti *antitrust*, posto che attraverso le relative operazioni viene normalmente incamerato il vantaggio economico che costituisce, in ultima analisi, il punto di mira delle strategie anticompetitive delle imprese», negò che essi potessero «essere considerati illeciti in alcuno dei loro elementi costitutivi». Si noti che il Consiglio di Stato, un anno dopo, con la sentenza n. 926 del 4 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, 1, 7 ss., commentata da S. Bastianon, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati": ovvero come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, ha censurato la scelta di prendere posizione sulla sorte dei «contratti a valle», segnalando che tale competenza spetta solo al giudice civile.

⁹⁶ Le parole sono di S. Bastianon, *op. ult. cit.*, 1070. Si rinvia sul punto a C. Lo Surdo, *op. cit.*, 191.

⁹⁷ Così A. Mironi, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 73, nota 266.

to, erroneamente, circa la legittimazione stessa ad agire in giudizio), che sarebbero a quel punto gli unici ad avere la possibilità di aggredire i negozi in questione (facendo valere il dolo dell'impresa), o (viceversa) di convalidarli, ma per garantire principalmente un libero e sano mercato (con ricadute positive – nel lungo periodo – anche per gli utenti finali, oltre che per l'intera economia nazionale): e proprio per questo non sarebbe corretto escludere le imprese rimaste estranee all'intese dal novero dei soggetti legittimati alla rimozione dei *downstream contracts*⁹⁸.

Anche in forza di tale considerazione, poco convincente è apparsa altresì la tesi che ha visto nella rescissione per lesione un possibile strumento di tutela degli utenti finali a fronte di contrattazioni geneticamente viziate a causa delle ricadute a cascata degli illeciti anticoncorrenziali posti in essere a monte dalle imprese⁹⁹. Vi è chi ha chiaramente asserito che «non sembra possa esservi alcun serio dubbio sul fatto che il rimedio della rescissione c.d. per lesione, all'interno dell'impianto codicistico, sia quello che più d'ogni altro affronta un conflitto analogo a quello in questione, caratterizzato dal binomio soggetto che abusa/vittima dell'abuso»¹⁰⁰. Tuttavia, come si è pure sottolineato, l'inidoneità ad utilizzare l'istituto *de quo* anche per i “contratti a valle” deriverebbe dall'impraticabilità di un'applicazione del rimedio in via analogica, dal momento che «le norme sulla rescissione del contratto concluso in stato di bisogno sono pensate e costruite in relazione ad una fattispecie specifica e prevedono dei presupposti di applicazione molto rigidi (stato di bisogno, lesione *ultra dimidium*, etc.)»¹⁰¹. Sarebbe, in particolare, quest'ultima circostanza a costituire un limite invalicabile: in tanto potrà applicarsi la disciplina, in quanto ci sarà una reale condizione di necessità ed una *laesio enormis*, elementi che potrebbero non emergere nei singoli *follow-on contracts*.

⁹⁸ Si consideri che, secondo la Corte di Giustizia, «qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». Così nel par. 24 della sentenza *Courage* del 20 settembre 2001, causa C-453/99, in *Racc.* pag. I-6297.

⁹⁹ Si rinvia sul punto a G. Pasetti, *Impresa dominante e rescissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I parte, 351. E anche P. Vitucci, *La rescissione*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del Contratto*, tomo IV curato da A. Gentili, Milano, 2006, 480 ss., ha evidenziato che la rescissione rappresenta «l'istituto che, probabilmente, più di ogni altro, è idoneo a garantire il raccordo fra il contratto e il mercato», almeno nei casi in cui venga in rilievo un «contratto squilibrato in maniera oggettivamente rilevante e, soprattutto, consapevole». Lo stesso autore ha sottolineato che «in presenza di un mercato efficiente e funzionante, un contratto può essere intrinsecamente squilibrato per due ordini di ragioni: perché i contraenti lo hanno voluto, in piena autonomia; perché vi è stato l'abuso della libertà contrattuale di una parte ai danni dell'altra. La prima ipotesi non suscita problemi; la riflessione si appunta invece sulla seconda». Se tutto questo vale nell'ambito di un mercato efficiente e funzionante, occorrerebbe invero chiedersi come interpretare le cose nel caso in cui un contratto squilibrato viene concluso all'interno di un'arena competitiva “distorta”, “ristretta” o “falsata”.

¹⁰⁰ M. Meli, *op. cit.*, 177 ss. La stessa autrice osserva che «nella rescissione, si assiste ad una situazione di particolare debolezza economica (stato di bisogno) di un contraente, della quale l'altra parte approfitta realizzando un assetto di interessi che non avrebbe altrimenti ottenuto [...], nella nostra ipotesi, al contrario, si assiste ad uno stato di particolare forza economica (di dominio sul mercato) di un contraente, della quale esso stesso approfitta realizzando un assetto di interessi altrimenti insperato».

¹⁰¹ Così G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 336.

Ad onta di tali difficoltà ricostruttive, qualche studioso ha ribadito più volte la possibilità, (*rectius*: la necessità), di utilizzare lo strumento della rescissione, osservando che «l'unico modo per assicurare una qualche forma di tutela di tipo privatistico a chi ha stipulato con un'impresa, consiste nel riconoscergli la legittimazione ad agire per ottenere una correzione del contratto che direttamente lo concerne»¹⁰². Ed una soluzione in parte analoga ha accattivato, in un recente (ma, isolato) caso, anche la stessa Corte di Cassazione¹⁰³.

Non è possibile affrontare in questa sede i problemi (e i rischi) connessi alla configurabilità, prospettata da alcuni autori, di un principio generale, basato su esigenze di «giustizia contrattuale»¹⁰⁴, idoneo a legittimare un intervento di correzione giudiziale del rapporto che possa incidere sull'equilibrio del sinallagma¹⁰⁵;

¹⁰² G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 109. Fortemente critica, rispetto ad una soluzione di questo tipo, è invece M. Meli, *op. cit.*, 178, la quale, sposando la tesi di G. D'Amico, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, *passim*, rileva il rischio di «trasformare l'interprete in un legislatore, che a suo piacimento possa stravolgere e rimodellare una disciplina formulata in termini di stato di bisogno (della vittima dell'abuso), di lesione di un certo tipo, di riconduzione ad equità ad iniziativa dell'autore dell'abuso».

¹⁰³ V. la pronuncia della III Sezione Civile della Corte di Cassazione n. 17351 del 18 agosto 2011, che secondo T. Febbrajo, *op. cit.*, 1552, aprirebbe la via al rimedio in questione.

¹⁰⁴ Cfr. sul tema, A. D'Angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., *passim*; R. Scozzafava, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi nella rescissione per lesione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 353 ss.; V. Zencovich, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 309 ss.; A. Marini, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 274 ss.; M. Costanza, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 423 ss.; U. Mattei, *Consenso viziato, lesione e abuso della controparte*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 40 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sul tema del "contratto giusto"*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo III, Milano, 2006, 617 ss.

¹⁰⁵ Come ha evidenziato G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 336, «secondo questa ricostruzione, per l'ordinamento non è indifferente l'equità dello scambio e, dunque, è possibile ipotizzare un'azione [...] volta a eliminare o correggere il vincolo contrattuale affinché "il contenuto contrattuale sia anche oggettivamente giusto"». L'autore, rifacendosi alle osservazioni di G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 122, sostiene che una possibile incisione giudiziale sul contenuto del contratto oggettivamente squilibrato potrebbe addirittura derivare, a prescindere da ogni riferimento all'istituto della rescissione, direttamente «dai principi generali del sistema», poiché, «in presenza di una prestazione priva di giustificazione economica, si potrebbe immaginare un'azione di correzione, discendente direttamente dall'art. 2041 c.c. (azione di arricchimento senza causa), che sarebbe interpretato come norma avente la funzione di correggere gli squilibri "provocati dall'applicazione di norme, legali come convenzionali, sulla circolazione della ricchezza"». Contrario ad una simile impostazione appare, invece, F. Ferro Luzzi, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in G. Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato*, cit., 551. Secondo lo studioso, «l'elemento che contraddistingue il mercato concorrenziale tanto da quello capitalista quanto da quello socialista è [...] la necessaria [...] presenza in questo di beni e servizi [...] a condizioni differenti; in altri termini: la presenza costante di una possibilità di scelta» sarebbe dunque «del tutto eccentrica rispetto al sistema l'ipotesi ricostruttiva a mente della quale il contraente finale [...] vanterebbe il diritto, nel mercato concorrenziale, a condizioni contrattuali eque [...]». Una simile impostazione darebbe implicitamente ingresso nel nostro ordinamento ad una previsione molto simile a quella contenuta nell'art. 22 del progetto di codice italo-francese sulle obbligazioni del 1927 (mai trasfusa però nel codice civile del 1942), riguardante una sorta di quarto vizio del consenso (rilevante in tutte le ipotesi di sproporzioni tra le prestazioni pattuite), che avrebbe legittimato un incisivo intervento giudiziale diretto all'annullamento o alla revisione del regolamento contrattuale. La disposizione prevedeva proprio che «se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto o alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni. L'azione di annullamento [...] può essere evitata mediante l'offerta che faccia l'altra parte di pagare un sup-

servirà solo ricordare che nella stessa Relazione al Codice civile viene chiaramente evidenziato che sebbene «in una vita regolata dall'ordinamento corporativo, e quindi dalla proporzione e dalla solidarietà, l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni [...], una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di controllo adeguato»¹⁰⁶.

Merita, invero, di essere ricordato che, mentre in Italia non è del tutto chiaro se le decisioni dell'Autorità garante possano avere effetti, non solo «ordinatori di adempimenti in forma conoscitiva e contrattuale», ma anche «immediatamente costitutivi di un nuovo assetto negoziale»¹⁰⁷, alla Commissione europea parrebbe essere attribuito il potere di imporre alle aziende autrici dell'illecito la rinegoziazione dei contratti viziati¹⁰⁸. Nella decisione 93/50/CEE, *Astra*, del 23 dicembre 1992¹⁰⁹, si è, ad esempio, inferito dall'art. 3 del regolamento n. 17 del 1962 il potere di riconoscere ai clienti di un'impresa scorretta un «diritto di revisione» dei “negozi a valle”¹¹⁰, partendo dal presupposto che «gli effetti restrittivi che questi contratti perpetuano potranno essere eliminati solo quando i clienti avranno acquisito il diritto di [...] rinegoziare i termini del contratto o recedere dal contratto, salvo ragionevole preavviso»¹¹¹.

E se molti commentatori hanno mosso una serie di dubbi nei confronti di una siffatta impostazione (ritenuta inammissibile anche in Belgio ed Inghilter-

plemento che sia riconosciuto sufficiente dal giudice». (cfr. la *Relazione*, LX). D'altra parte, come sostenuto da più parti in dottrina, la scelta di un non (o di un parziale e differente) inserimento della disposizione nel codice civile potrebbe provare la *voluntas legislatoris* di non introdurre tale norma nel sistema contrattuale italiano.

¹⁰⁶ Questo è quanto si legge nel § 656, in commento alle norme dettate in tema di rescissione.

¹⁰⁷ Cfr., ad esempio, l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 349 del 18 marzo 1997.

¹⁰⁸ Ed una situazione simile sembrerebbe aversi in Germania. Cfr. R. Calvo, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, 181; e M. Meli, *Il sistema sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 259.

¹⁰⁹ In *G.U.C.E.*, n. L 20 del 28 gennaio 1993, 23.

¹¹⁰ Rileva la problematicità della soluzione E. Hjelmeng, *Competition law remedies: Striving for coherence or finding new ways?*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1026.

¹¹¹ E tale impostazione sembrerebbe, peraltro, confermata dallo stesso art. 7 del regolamento comunitario n. 1/2003. La disposizione in questione prevede che «se la Commissione constata [...] un'infrazione all'art. 81 o 82 del Trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese [...] interessate a porre fine all'infrazione [...]. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale». Per un interessante commento dell'articolo in esame, cfr. il testo di S. Amadeo, in *Aa.Vv.*, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007, 89 ss.

ra¹¹²), rilevando, ad esempio, che quest'ultima comporterebbe una «significativa ingerenza giudiziale in un ambito tradizionalmente riservato alla autonomia delle parti»¹¹³, vi è chi ha bocciato in tronco la tesi «non tanto per la difficoltà di estrapolare un principio generale di riduzione del contratto iniquo ad equità dalla disciplina della rescissione, quanto perché [...] la nullità del contratto [...] priva di fondamento una rimodellatura che ne presuppone la validità»¹¹⁴.

4.1. Segue. *La tesi della nullità e i diversi orientamenti prospettati in dottrina*

Una cospicua parte degli studiosi ha sostenuto strenuamente la tesi della nullità dei “contratti a valle”¹¹⁵, ravvisando una inconfutabile illiceità degli stessi¹¹⁶, rintracciabile nella causa per alcuni¹¹⁷ e nell’oggetto per molti altri¹¹⁸.

¹¹² Cfr. C. Cauffman, *op. cit.*, 98.

¹¹³ Così M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 756.

¹¹⁴ C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 473.

¹¹⁵ A favore della nullità dei “contratti a valle” si è espresso recentemente F. Longobucco, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, Napoli, 2009, 21 ss.

¹¹⁶ M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 169, ritiene tale soluzione non convincente.

¹¹⁷ Si pensi alla tesi sostenuta da A. Guccione, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, 449. L'autore afferma che le clausole trasfuse nei contratti stipulati a valle «costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione. In tal modo risulta violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell' art. 1343 c.c.». Anche secondo L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa...*, 237, i *downstream contracts* sono «nulli, ex art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2 che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita». Sembrano favorevoli a questa impostazione N. Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1995, II, 420; Id., *La concorrenza nel settore bancario*, *Ibidem*, 1996, I, 765; S. La China, *Commento sub art. 33*, in V. Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994, 647 ss.; R. Calvo, *op. cit.*, 186; e M. Schininà, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 438. In giurisprudenza, la tesi dell'illiceità della causa è stata proposta dal Tribunale di Roma, con sentenza del 20 febbraio 1997, e dal Giudice di pace di Locri, con pronuncia del 31 dicembre 2002. Contrario a tale soluzione si è mostrato S. Bastianon, *Nullità “a cascata”?*..., cit., 1070 ss., sottolineando «l'oggettiva difficoltà di configurare una simile illiceità in presenza di negozi a causa tipica». A questa conclusione potrebbe risponderci con le attente osservazioni di A. Federico, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, 78, per il quale «il superamento, da parte della giurisprudenza, della equazione contratto tipico = contratto lecito, corrisponde ai risultati conseguiti, verso la fine degli anni '60 dalla elaborazione dottrinale che [...] rilegge il ruolo dell'autonomia privata e dei parametri di liceità [...] alla luce dei valori di libertà e di democrazia proclamati dalla Costituzione». V. Calderini, *Le nullità speciali di diritto commerciale. La nullità delle intese restrittive della concorrenza*, in <http://www.fedoa.unina.it>, 138, ha invece segnalato che «in mancanza di un comune intento sembra difficile, anche alla stregua della concezione della causa concreta, giustificare la nullità del contratto a valle in base all'illiceità della sua causa. Peraltro, la principale critica mossa a tale teoria, e che sembra pienamente condivisibile, è che lo scopo di realizzare un margine di profitto più alto è relegato nella sfera dei motivi, e precisamente dei motivi che spingono il solo imprenditore a contrattare. Orbene [...] il contratto è nullo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1345 c.c., quando è illecito il motivo che sia unico e comune ad entrambe le parti. Nel contratto a valle il motivo non è unico e non può dirsi comune ad entrambe le parti».

¹¹⁸ Cfr. A. Bertolotti, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, cit., 1876 ss.; Id., *Illegittimità delle norme bancarie uniformi (nbu) per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, 351. Uno dei più strenui sostenitori di questa impostazione è sta-

Questi ultimi, in particolare, per confutare l'impostazione prospettata da quanti sostenevano l'invocabilità dell'art. 1343 c.c., hanno evidenziato, che «normalmente la causa dei contratti a valle è lecita, in quanto l'intento di uniformarsi ad un'intesa illecita a monte riguarda solo una parte (l'impresa) e attiene alla sfera dei motivi»: se «per l'imprenditore il contratto a valle è lo strumento con cui attuare l'intesa e appropriarsi del profitto, [...] tale intento è estraneo al consumatore, per il quale il negozio conserva il valore proprio del tipo posto in essere»¹¹⁹; andrebbe pertanto preferita la soluzione della illiceità dell'oggetto dei *fruit contracts*¹²⁰.

Si è fatto notare che «tale teoria, tuttavia, non può dirsi risolutiva del problema in quanto può trovare cittadinanza solo nei casi in cui i contratti a valle riproducono il contenuto dell'intesa: ciò avviene normalmente nelle fattispecie in cui la pratica concordata riguarda il concepimento di condizioni contrattuali uniformi,

to, come è ormai noto, C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 470 ss. (e Id., *Responsabilità civile e antitrust: balocchi e profumi*, cit., 1165; Id., *Sezioni più unite che antitrust*, cit., 444 ss.). Lo studioso (rifacendosi anche all'affermazione di V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 350, secondo cui l'oggetto del contratto è illecito anche «quando la prestazione, pur non vietata in sé, è direttamente strumentale ad un risultato vietato»), ha optato per la tesi della nullità parziale dei «negozi a valle» (riguardante cioè, ad esempio nel caso dei contratti R.C. Auto, solo il prezzo pagato, dalla quale deriverebbe la legittimità di una richiesta restitutoria – ex art. 2033 c.c. – per ottenere la differenza tra il prezzo effettivamente praticato e quello competitivo). Sposano questa linea interpretativa anche G. Vettori, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 788 ss.; e A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 259. Contraria ad una simile soluzione è apparsa, invece, M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 754.

¹¹⁹ Così G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 322. L'autore ha evidenziato che la nullità per illiceità dell'oggetto permetterebbe di superare tale *empasse*, ma, soprattutto, presenterebbe l'indubbio vantaggio di poter essere riferita a singole clause (secondo l'art. 1419 c.c.), consentendo, in tal modo, di conservare il contratto, a vantaggio del contraente debole. Del resto anche una buona parte della dottrina (cfr., per tutti, M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 169; M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza...*, cit., 433-462; M. Negri, *Risarcimento del danno...*, cit., 754; G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 83 ss.) appare avversa alla soluzione della illiceità della causa (sia ove questa venga considerata come funzione economico-sociale dell'atto negoziale, poiché i «contratti a valle» sovente rientrano tra i tipi legali previsti dal legislatore italiano, sia se la si ricostruisca secondo la diversa nozione di causa in concreto, intesa cioè come intento pratico tipico perseguito dalle parti), poiché, in questo caso, l'illiceità riguarderebbe solo la condotta di una delle due parti. L'illiceità dovrebbe, dunque, riferirsi, secondo i più, all'oggetto, il quale «riproduce e veicola il contenuto concordato nell'intesa vietata». Cfr. S. Simone, *op. cit.*, *passim*. La commentatrice, peraltro, evidenziava che «le argomentazioni critiche addotte a confutare la tesi della nullità del contratto a valle per illiceità dell'oggetto [...] muovono dalla considerazione che, se è vero che l'art. 2 della legge *antitrust* fa divieto alle imprese attualmente o potenzialmente concorrenti di colludere nella definizione di *standard* comportamentali omogenei [...] deve pure riconoscersi che l'illiceità ed il contrasto tra il contenuto del contratto e la norma imperativa non concernono tanto il prezzo in sé, quanto la modalità attraverso il quale è formato. Di conseguenza, se si ammette che non ogni contrarietà a norma imperativa comporta la nullità del contratto, ma solo quella che attiene al precetto negoziale in sé, non è immaginabile a rigore alcun contrasto tra il contratto a valle che recepisce il prezzo fissato concordemente e la norma dell'art. 2».

¹²⁰ La tesi è stata recentemente criticata da E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., 295. L'autore segnala che essa risulta «innanzitutto riferibile solo a parte delle tipologie di cartello, vale a dire unicamente gli accordi i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi alla concertazione illecita (tipicamente, per non dire unicamente, i cartelli di prezzo). Inoltre, vi è che anche in relazione al genere di cartelli che possano dirsi rispondere al modello siffatto, ciò cui i cartellisti reciprocamente si impegnano, e che costituisce dunque oggetto dell'accordo illecito, è a ben vedere l'uniformazione delle condotte contrattuali, non già i singoli termini convenuti: l'allineamento del prezzo piuttosto che un determinato prezzo».

che vengono poi riversate integralmente nei singoli contratti con i consumatori, senza che vi sia, in capo a questi ultimi, alcun potere di rinegoziazione in merito»¹²¹.

Non sono mancate le voci dottrinali che hanno tentato di risolvere il problema suggerendo di ricorrere all'art. 1344 c.c.¹²², o alla inefficacia¹²³, ovvero alla categoria della nullità virtuale¹²⁴, se non, addirittura, «di protezione» (e, più precisamente, per taluni, mediante un'applicazione analogica del comma 3 *bis* dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 sulla subfornitura¹²⁵, e, per altri, grazie all'utilizzo di altre disposizioni normative consumeristiche di origine sovranazionale¹²⁶). In effetti, non senza una qualche forzatura ermeneutica si potrebbe forse invocare la

¹²¹ Così V. Calderini, *op. cit.*, 139.

¹²² L'ipotesi dell'illiceità della causa per frode della legge (in questo caso dell'art. 2 della legge 287/1990), astrattamente prospettata da V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 492 e da M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 134, è categoricamente esclusa invece da alcuni giudici di merito, come il Tribunale di Alba, che, nella sentenza del 12 gennaio 1995, rinviando ad una consolidata giurisprudenza della Cassazione, ha anche rilevato che non esiste alcuna norma nel nostro ordinamento dalla quale si possa desumere in via generale la nullità del contratto in frode ai terzi, essendo questi ultimi «tutelati soltanto in particolari situazioni e cioè con l'azione di nullità ove questa sussista ovvero con l'azione revocatoria».

¹²³ F. Azzarri, *I gruppi di casi*, in E. Bargelli (a cura di), *Ripetizione d'indebito*, Torino, 2014, 169, rinviando a E. Navaretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 523 ss., e M. Azzaro, P. Sirena, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. Gabrielli, E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, 129 ss., afferma che «fra le varie soluzioni prospettate, quella che si richiama all'inefficacia appare la più coerente con l'idea che il paradigma della nullità si fondi sulla contrarietà a norma imperativa della regola privata. Infatti, i contratti a valle non sono sanzionati in ragione del loro distacco da un astratto modello legale, bensì perché rappresentano l'esito di un abusivo esercizio della libertà negoziale da parte delle imprese tale da ridurre, se non addirittura annullare del tutto, le possibilità di scelta del consumatore. Non a caso, l'inefficacia era il rimedio che il legislatore aveva in origine stabilito all'art. 1469 quinquies c.c. per le clausole vessatorie nei contratti del consumatore, perché anche in quella situazione si intendeva colpire un abuso della libertà contrattuale ad opera del professionista che, approfittando della sua posizione che gli consente di predisporre unilateralmente il contenuto del contratto, vi introduce determinate disposizioni che comportano un significativo squilibrio fra i diritti e gli obblighi a carico dell'aderente». L'autore conclude che, «tuttavia, considerando che oggi l'art. 1469 quinquies c.c. è stato sostituito dall'art. 36 c. cons., che, in luogo dell'inefficacia, ha espressamente introdotto nel nostro ordinamento la figura della nullità di protezione – necessariamente parziale e relativa –, non pare errata una soluzione che applichi ai contratti a valle una nullità che ne ricalchi i caratteri».

¹²⁴ Non condividono questa tesi F. Parrella, *Disciplina antitrust...*, cit., 536 ss.; Id., *Antitrust e contratti bancari*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1996, 539; L. Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, 264; R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, *passim*. V., inoltre, G. Selvaggi, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 134 ss.; G. Alpa, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contr.*, 1996, 5 ss.; G. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 220; S. Bastianon, *Nullità «a cascata»?...*, 1075.

¹²⁵ Cfr. G. Dalle Vedove, *op. cit.*, 258-259. L'autore sostiene proprio che, in presenza di «comportamenti non unilaterali ma concordati, volti ad imporre a soggetti deboli a valle un eccessivo squilibrio contrattuale [...], si avrà sia l'applicazione delle sanzioni civilistiche, di cui ai primi tre commi dell'art. 9 sia la sanzione di cui all'art. 2 della l. n. 287 del 1990. La nullità assoluta ad ogni effetto di cui al combinato disposto del comma 3-bis di cui trattasi e dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 colpirà l'intesa a monte, la nullità di protezione di cui al terzo comma colpirà le singole clausole abusive a valle, lasciando in piedi il contratto, se questo, depurato di tali clausole, mantiene ancora una qualche funzione economica». Assai interessante appare, inoltre, lo studio di C. Medici, *Il controllo sul contenuto economico dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 4, 681 ss.

¹²⁶ Cfr. G. Gioia, *Vecchie intese e nuove nullità*, cit., 3 ss.; A. Bertolotti, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi...*, cit., 346 s.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, *passim*. Per una convinta e condivisibile critica ad una siffatta impostazione,

nullità di cui al codice del consumo, asserendo che ancorché riguardi clausole per le quali è teoricamente escluso un controllo giudiziale, troverebbe spazio la deroga di cui all'art. 34, comma 2, Cod. cons. (che ammette un sindacato sull'oggetto del contratto, o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, se tali elementi non sono individuati in modo chiaro e comprensibile)¹²⁷, in forza dell'*argumentum a fortiori*, ossia della considerazione secondo la quale a maggior ragione dovrebbe essere possibile una valutazione sulle clausole di carattere economico se queste sono state predisposte unilateralmente da un'impresa a sèguito di una collusione anticoncorrenziale. Ma, pur senza menzionare una serie di altre perplessità, per smentire immediatamente la possibilità del ricorso ad una tesi come questa basterebbe segnalare che il soggetto leso a valle da un accordo anticoncorrenziale potrebbe non essere un consumatore e che, ove anche fosse ammesso un sindacato sull'oggetto, potrebbe mancare l'elemento del «significativo squilibrio» (e, quindi, in tal caso le clausole andrebbero comunque considerate in definitiva lecite).

Nessuna delle tesi sin qui esposte risulta, in realtà, fino in fondo condivisibile e appare invece più corretto focalizzare l'attenzione su un importante dato messo in rilievo da un attento studioso del tema, ossia la circostanza che «la catena negoziale che dall'intesa nulla si diparte manifesta [...] un'autonomia privata esercitata in maniera illecita e perciò da qualificare alla stessa stregua»¹²⁸; e, pertanto, «trattare [...] in maniera avulsa» l'intesa-madre rispetto ai «contratti [...] formalmente imposti al contraente debole», e che costituiscono «elemento di sostanziazione» di quelle, «equivarrebbe ad indebolire enormemente [...] l'intero sistema di tutela approntato dall'ordinamento, rendendolo oltre che monco anche scarsamente efficace ed efficiente»¹²⁹.

Ed in effetti, nelle stesse parole del giudice di legittimità (ed in particolare già nel punto 1. h della sentenza 2207/2005) è possibile scorgere un chiaro riferimento alla nullità¹³⁰, non tanto degli accordi (o delle pratiche concordate) a mon-

cfr. G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 78; e G. D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 732 ss.

¹²⁷ Come, in termini parzialmente differenti, stabilisce l'art. 4, n. 2, della direttiva 93/13, «la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile».

¹²⁸ Così C. Castronovo, *Sezioni più unite...*, cit., 447. Lo stesso autore sostiene (in *Responsabilità civile antitrust*, cit., 1169) che «ciascuno dei contratti della catena che si diparte dall'intesa [...] è attuativo della stessa. Se così non fosse, le prestazioni a valle dovrebbero poter essere determinate a prescindere dall'intesa, mentre questo chiaramente non accade e comunque, non deve accadere nell'intenzione di chi le intese ha stipulate».

¹²⁹ P. Marzolini, *Problemi in tema di tutela giudiziale antitrust*, in *Nuova giur. civ. comm., Parte II*, 2007, 175-176. *Corsivi aggiunti*. L'autore rinvia, a sostegno della sua tesi, a P. Fattori - M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, 432 ss.

¹³⁰ D'altra parte, «la circostanza che il legislatore abbia inteso proibire non solo collusioni aventi quali oggetto una consistente costrizione del meccanismo competitivo, ma anche un effetto di questo genere [...] viene [...] interpretato quale segno della possibilità di ravvisare, in alcune fattispecie, il descritto rapporto di unitarietà tra i due momenti (accordo tra imprese e contratti a valle). Con riguardo alla illiceità *per effetto*, il dato

te, in sé e per sé considerati, poiché ad «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza» sono proprio gli *actes-consequences*, quelli che cioè concretamente ledono la *libre concurrence dans le marché européen*, mostrandosi non come veicolo di una «legittima e costituzionalmente protetta iniziativa economica privata, ma lo strumento essenziale con cui un'impresa mira ad estorcere dal mercato, attraverso lo sfruttamento di ogni singolo consumatore, un profitto illegale»¹³¹. Degne di nota sono, sul punto, una serie di altre decisioni della giurisprudenza italiana¹³², come la n. 2305 del 2 febbraio 2007¹³³ e, già prima dell'intervento delle Sezioni Unite, la n. 8887 del 20 giugno 2001¹³⁴, che sembrerebbe «favorevole in linea di principio a ravvisare una ricaduta diretta dell'illiceità della intesa sulla validità dei contratti individuali “attuativi” del programma concordato, appunto in nome di una considerazione unitaria dell'intesa e dei contratti a valle»¹³⁵.

Come è stato sottolineato in tempi non sospetti, la circostanza che «tale affermazione [...] continui ad essere adombrata non può [...] fare escludere che in futuro venga valorizzata secondo le prospettive elaborate dalla dottrina»¹³⁶.

La recente ordinanza n. 29810/2017 sembra riprendere proprio la vecchia impostazione, sposandola in pieno.

La Suprema Corte richiamando, anzitutto, la citata pronuncia n. 827/1999, nella quale si era evidenziato che l'art. 2 della legge n. 287 del 1990, nel predicare «la nullità delle “intese”, non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza», precisa che «qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust»¹³⁷; e conclude che rientrano sotto la «disciplina anticoncorrenziale tut-

discriminante [...] discende non dall'oggetto [...], ma dal profilo effettuale, ovvero dalla potenzialità insita in una comune strategia di azione di tradursi sul piano concreto in una significativa compressione del gioco concorrenziale». Così S. Simone, *op. cit.*, 193 ss.

¹³¹ Così P. Iannuccelli, *op. cit.*, 776.

¹³² Contrari ad una simile possibilità sono apparsi la Corte d'appello di Torino, 27 ottobre 1998, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Banca*, n. 106 e Trib. Alba, 12 gennaio 1995, cit.

¹³³ In questa sentenza, si evidenzia proprio la «inscindibilità» dei “contratti a valle” «rispetto alla volontà anticoncorrenziale residente a monte, la quale trova, appunto, il suo momento di realizzazione massima nella necessità ed inconsapevole adesione del consumatore finale [...] sicché, teorizzare [...] la profonda censura [...]» tra i due «significa negare l'intero assetto, comunitario e nazionale della normativa *antitrust*».

¹³⁴ In *Giur. it.*, 2002, 1211 ss., con il commento di A. Bertolotti, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti “a valle” e sanzione di nullità*.

¹³⁵ Così M. Negri, *Il lento cammino...*, cit., 347. Cfr., in argomento, I. Pagni, *op. cit.*, 340.

¹³⁶ R. Bianchi, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1619.

¹³⁷ Così nel par. 11.2.

te le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza»¹³⁸.

4.2. Segue. *La tesi del collegamento negoziale*

Se per alcuni studiosi, essendo «la fissazione delle clausole a valle [...] un comportamento anticoncorrenziale vietato dall'art. 2»¹³⁹, sarebbe possibile scorgere un «implicito riconoscimento della nullità dei contratti individuali, i quali ultimi – saldandosi in un'unità inscindibile con la pratica restrittiva di cui costituiscono estrinsecazione ed attuazione – sarebbero *naturaliter* ricompresi nella nullità disposta dall'art. 2 comma l. n. 287/90»¹⁴⁰; altri autori, con una parziale variante, pur negando cioè un'assoluta identificazione tra intese e “contratti a valle” e rifacendosi piuttosto all'istituto del collegamento negoziale¹⁴¹, hanno ricostruito l'invalidità dei *downstream contracts* utilizzando la categoria della c.d. nullità derivata¹⁴².

¹³⁸ Questo è quanto si legge nel par. 12.

¹³⁹ Cfr. L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa...*, 237.

¹⁴⁰ A sostenerlo è M. Negri, *Il lento cammino...*, cit., 347.

¹⁴¹ Su tale problematica figura civilistica, cfr. G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 17 ss.; N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 357 ss.; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48 ss.; R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275 ss.; C. Di Nanni, *I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)*, in *Dir. giur.*, 1976, 130 ss.; Id., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, *Riv. dir. comm.*, 1977, 279; G. Castiglia, *Negozi collegati in funzione di scambio (Su alcuni problemi di collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 329 ss.; G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 133 ss.; G. Ferrando, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 233 ss.; Id., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 127 ss.; B. Meoli, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss.; O. Cascio-Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; A. Venditti, *Appunti in tema di negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, 264 ss.; Senofonte, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, 273; G. Gandolfi, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 342 ss.; C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997; A. Rapazzo, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; P. Troiano, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999; A. Buonfrate, *Contratti collegati*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, agg. 3, Torino, 2007, 286; V. Barba, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2008, 791 e 1167; C. Crea, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013; G. Rossi, *La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo*, in *Contr. impr.*, 2010, 36 ss.; A. D'Adda, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 725 ss.; G. D'Amico, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni «inattuali» su collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contr.*, 2013, 713 ss.; F. Maisto, *Sulla struttura del collegamento funzionale tra contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 512 ss.; F. Bartolini, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*, in *Contr.*, 2013, 344 ss.

¹⁴² V. G. Tucci, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, in *Contr.*, 1996, 152; N. Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari...*, cit., 420; Id., *La concorrenza nel settore bancario*, cit., 765; A. Frignani, M. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 474 ss.; M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 298; L. Di Via, *L'invalidità dei contratti tra imprenditori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, Padova, 1997, 761. La tesi della nullità derivata non ha mai convinto una parte della dottrina. R. Tom-

Il nodo del problema consisterebbe, a questo punto, nel comprendere se il contratto attuativo del disegno anticoncorrenziale debba essere considerato come parte integrante, propaggine quasi, (dell'unitaria fattispecie) dell'intesa stessa vietata (o comunque dell'atto giuridico illecito realizzato a monte) o, viceversa, come negozio autonomo e separato, ma connesso all'*anticompetitive upstream contract*¹⁴³.

I limiti di una ricostruzione del problema nel primo senso riguarderebbero per alcuni studiosi la presunta impossibilità di aggredire i contratti conclusi coi consumatori qualora non ci sia stato un previo accertamento dell'intesa-madre da parte dell'Autorità *antitrust*¹⁴⁴; mentre le perplessità derivanti dal ricorso ad un'impostazione del secondo tipo risiederebbero nell'assenza, o la non inequivoca presenza, degli elementi fondamentali della categoria del collegamento negoziale nelle stipulazioni effettuate a valle¹⁴⁵.

masini, *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596, rileva, ad esempio, che «ciascuno dei negozi collegati ha una distinta qualificazione in termini di validità. Un giudizio, positivo o negativo, in termini di validità non si comunica da un atto all'altro, ma non può che formularsi con riferimento a ciascun atto. In realtà, la nozione di invalidità derivata non trova riscontro in alcuna figura reale, ed è una espressione imprecisa per indicare l'influenza, innegabile, che la invalidità di un negozio può avere su una fattispecie collegata e che si risolve o in una incidenza sugli effetti di quest'ultima o in una sua autonoma invalidità per un vizio ad essa intrinseco». Identica è la posizione di F. Parrella, *Disciplina antitrust...*, cit., 540. Contrario alla tesi del collegamento negoziale si è mostrato anche un certo filone giurisprudenziale. Cfr., per tutte, la sentenza della Corte d'Appello di Torino, del 27 ottobre 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 87 ss., con nota di G. Falcone, *Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust*.

¹⁴³ Sul complesso tema in esame, cfr. C. Colombo, *op. cit.*, ed E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici...*, cit., 72.

¹⁴⁴ Invero, la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2305/2007, cit., punto VI.2, ha precisato, sia pur con riferimento unicamente alle intese e non ai "contratti a valle" (ma, con argomentazioni utilizzabili anche per questi ultimi, ove se ne ammettesse l'invalidità), che «l'azione di nullità dell'intesa [...] e di risarcimento del danno [...] non è impedita dal mancato (o non esaurito) accertamento in sede amministrativa di tale intesa illecita. Anzi, il fatto che la legge attribuisca alla Corte di appello non solo la giurisdizione sui danni, ma anche quella sulla dichiarazione di nullità dell'intesa, dimostra che non è necessario un precedente accertamento dell'intesa stessa in sede amministrativa, anche se ciò comporta un aggravio probatorio per la posizione del danneggiato».

¹⁴⁵ E. Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici...*, cit., 71 ss., ha evidenziato l'impossibilità di ricostruire la fattispecie nei termini di un collegamento negoziale, poiché si tratterebbe di «un collegamento unilaterale o per accessorietà, atteso che la sola nullità dell'intesa si ripercuoterebbe, in tesi, sul contratto a valle e non viceversa», mentre l'istituto civilistico richiede che «il contratto accessorio, pur conservando una propria distinta fisionomia causale, o risulti funzionalizzato, nella comune volontà delle parti, alla realizzazione delle finalità perseguite con il contratto principale (collegamento c.d. volontario); ovvero sia comunque oggettivamente funzionale al perseguimento dello scopo unitario dell'operazione (collegamento c.d. funzionale). E nel caso in esame difetta sia l'uno che l'altro presupposto, attesa la estraneità del terzo contraente a valle tanto rispetto al negozio a monte che alla trama di interessi e finalità che vi sono sottesi; ed ancora, e soprattutto, attesa la ben distinta connotazione causale del contratto "a valle" rispetto a quella caratterizzante il cartello». Cfr. le sentenze della Corte di Cassazione n. 1423/1961, n. 1042/1975, n. 2584/1984, e n. 12401/1992. In dottrina, si rinvia sull'argomento a G. De Nova, *Il contratto*, 1993, II, 465; P. Fattori, M. Todino, *La disciplina...*, cit., 432; F. Ferroluzzi, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e "aurae equitas" (ovvero sulle convergenze parallele)*, in *Foro it.*, 2004, I, 475; M. Schininà, *op. cit.*, 439; R. Calvo, *op. cit.*, 184; G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 83 ss.; e M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 298. R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 371, richiamando alcune pronunce della Corte di Cassazione che svilupperebbero «il concetto di collegamento, slegandolo dall'identità dei soggetti che vi danno vita», sottolineano che «a ben vedere, negare il collegamento per mancanza di identità soggettiva tra le parti dei negozi coinvolti sembra scorretto, viste anche le opinioni espresse dalla dottri-

Vi è anche chi, pur escludendo che si possa configurare «un collegamento di tipo funzionale»¹⁴⁶ tra intesa-madre e *fruit contracts* (definiti anche *actes-consequences* o «contratti accessori»¹⁴⁷), ha ipotizzato la possibilità di ricostruire il problema accordando alla convenzione pattuita dalle imprese a monte il valore di un contratto normativo esterno (ossia di un negozio finalizzato ad uniformare le clausole dei futuri contratti stipulati da una delle parti originali con terzi)¹⁴⁸, o ha, comunque, visto una «influenza, innegabile [...] su una fattispecie collegata, ma che si risolve o in una incidenza sugli effetti di quest'ultima o in una sua autonoma invalidità per un vizio ad essa intrinseco»¹⁴⁹.

Altri ha parlato invece di una relazione di «strumentalità necessaria»¹⁵⁰, costituendo il negozio concluso a valle il mezzo specifico ed ineludibile con cui trova attuazione l'intesa vietata realizzata a monte (la quale trasferirebbe, dunque,

na maggioritaria e dalla giurisprudenza di legittimità, che hanno più volte affermato la non necessità di questo requisito» e concludono che «a favorire questa lettura si aggiunge la tendenza, ormai prevalente, a fondare l'indagine intorno al fenomeno su parametri oggettivi, ossia sulla "ricostruzione dell'economia dell'affare, della sostanza economica dell'operazione"». Si rinvia, ad esempio, alla sentenza della Corte di Cassazione n. 12733 del 12 dicembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2162 ss., nella quale i giudici affermano che «l'unitarietà dei negozi non viene meno anche in assenza di una coincidenza soggettiva di tutte le parti: essenziale a tal fine è l'unitarietà dell'interesse perseguito; laddove tale unitarietà è sinonimo di ragione pratica dell'affare»; v. anche le pronunce n. 6193 del 21 ottobre 1983; n. 6586 del 15 dicembre 1984; n. 11638 del 30 ottobre 1991; n. 12733/1995, cit.; n. 827 del 27 gennaio 1997; n. 11942 del 25 novembre 1998; n. 10490 dell'8 maggio 2006; n. 16315 del 24 luglio 2007. Sull'argomento, v. anche G. Lener, *op. cit.*, 176 ss. Secondo E. Camilleri, *Le conseguenze civili dell'illecito antitrust*, cit., 292, «ancorché unilaterale [...] il collegamento negoziale suppone che il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, alla realizzazione degli scopi divisi con il contratto principale; senonché, è giusto siffatta funzionalizzazione che deve qui dirsi mancante, a tacer d'altro per l'essere il terzo contraente a valle ignaro del disegno conspiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione». Si noti, tuttavia, che sia nella sentenza del 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, causa C-32/11, in *www.curia.eu*, punto 37, sia nella pronuncia *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.*, cit., punto 58, la Corte di Giustizia ha chiarito che «l'intenzione delle parti non costituisce un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo» (benché nulla vieti «alle autorità garanti della concorrenza ovvero ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto»).

¹⁴⁶ Cfr. F. Parrella, *Disciplina antitrust...*, cit., 507; nonché G. Rossi, *Effetti della violazione di norme antitrust...*, cit., *passim*.

¹⁴⁷ A. Frignani, M. Waelbroeck, *op. cit.*, 474.

¹⁴⁸ Cfr. R. Calvo, *op. cit.*, 183. L'autore rinvia all'*obiter dictum* di una pronuncia del Tribunale di Pao-la del 22 aprile 2004. La stessa M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 161 ss., ha sottolineato che «il tipo di collegamento, di rapporto (indiscusso) che si viene a creare tra i due negozi sembra essere di altra natura. L'intesa, l'accordo a monte, sembra riconducibile allo schema del contratto normativo [...] unilaterale, avendo ad oggetto la predisposizione di un contenuto da riprodursi in altri, successivi contratti, stipulati dalle parti dell'accordo, sia pure con i terzi [...]. Ovviamente [...] per i terzi, intervenuti nei successivi affari, l'accordo a monte è una *res inter alios acta*, e, secondo i principi generali, tutto ciò che attiene ad esso non è (per ciò solo) trasponibile nei contratti successivi».

¹⁴⁹ M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 161.

¹⁵⁰ Cfr. R. Pardolesi, *Cartelli e contratti dei consumatori...*, cit., 470.

la sua sostanza illecita nello stesso frutto naturale della collusione illecita perpetrata tra le imprese)¹⁵¹.

Interessante sembrerebbe da questo punto di vista il richiamo alla voce dottrinale secondo la quale al vecchio concetto dogmatico di contratto ben potrebbe sostituirsi oggi quello di «operazione economica a diversi livelli»¹⁵², nel cui svolgimento è possibile che un'impresa «eserciti un potere o posizione – attribuitogli dall'ordinamento – in modo “abusivo” in danno del contraente “debole”»¹⁵³.

L'esistenza di un nesso, quantomeno funzionale, tra le intese e i *downstream contracts*, ai quali non si potrebbe, dunque, riconoscere un rilievo giuridico differente, trattandosi di rapporti negoziali sotto certi aspetti inscindibili¹⁵⁴ (di tal guisa che *simul stabunt simul cadunt*), sembra essere stato apertamente riconosciuto, come si è accennato, anche dalle Sezioni Unite, che discorrono *expressis verbis* di

¹⁵¹ A conclusioni analoghe giunge C. Lo Surdo, *op. cit.*, 175, secondo la quale «l'effetto che incide sul gioco della concorrenza è [...] direttamente contemplato dal legislatore ed è *ratio* del divieto, e da ciò sembra potersi desumere che la nullità [...] colpisce una fattispecie complessiva in cui l'intesa non può essere ontologicamente scissa dal suo momento attuativo. Intendere la locuzione “intesa” di cui all'art. 2 non arrestandosi al momento costitutivo del rapporto, ma ricomprendendovi anche gli effetti, è peraltro [...] in linea con l'impostazione stessa della normativa *antitrust*, la quale prende in considerazione i fatti restrittivi della concorrenza in una visione obiettiva dell'attività d'impresa, volta a garantire la concorrenza nel suo profilo più propriamente effettuale». E anche M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 298, sostengono che «la nullità potrebbe ripercuotersi su tutti i “negozi accessori” che si trovino in rapporto di “collegamento funzionale” con il negozio principale». Del “contratto a valle” come “effetto dell'intesa” discorre pure P. Pagliara, *Intese restrittive della concorrenza nell'ambito di gara*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 1651 ss.

¹⁵² Qualche autore ritiene ormai incontestabile che «nel realizzare il proprio scopo di regolare (indirettamente) il mercato attraverso la disciplina del contratto, il legislatore del nuovo diritto dei contratti assuma come termine di riferimento non tanto il contratto in sé e per sé, quanto il contratto quale “operazione economica”». Così E. Gabrielli, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *www.judicium.it* (v., inoltre, Id., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93 ss.; Id., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044 ss.; e Id., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss.). E V. Amendolagine, *Gli effetti della nullità del singolo contratto sul collegamento negoziale*, in *www.personaedanno.it*, rinviando a M. Nuzzo, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, in *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, Milano, 43, segnala che «l'esperienza del concreto mostra come la complessità del dato economico al quale l'attività contrattuale delle parti dà forma giuridica induca, con frequenza sempre maggiore, ad operazioni risultanti da una pluralità di contratti e atti tra loro autonomi e collegati in vista della realizzazione di un risultato unitario diverso da quello prodotto da ciascuno». Cfr., inoltre, G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 251; G. Benedetti, *Dal contratto a negozio unilaterale*, Milano, 1969, 222; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 78.

¹⁵³ Così E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 93. Lo studioso sottolinea che «è evidente la connessione che la norma pone fra piano di tutela della concorrenza e quello di tutela del contraente debole, creando a livello applicativo un momento di interazione fra le due discipline [...]. In tal modo il rapporto contrattuale [...] viene valutato all'interno del più ampio processo economico, entro cui si colloca l'attività svolta dall'impresa». L'autore rinvia sul punto a G. Guizzi, *Mercato concorrenziale...*, cit., 73 ss.

¹⁵⁴ Anche G. Colangelo, *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 509, parla di «una strumentalità necessaria tra la *conspiracy* a monte e i contratti derivati», stante la quale «non si vede come si possa negare il loro collegamento negoziale e la conseguente propagazione della nullità dell'accordo [...] alle singole fattispecie negoziali poste in essere dai partecipanti alla collusione».

un collegamento tra le condotte poste in essere a monte e i negozi conclusi con i consumatori finali¹⁵⁵.

Del resto, per riprendere le corrette osservazioni di alcuni autori, se la sanzione della nullità investisse solo le intese, si perderebbero «le tracce dell'intento del legislatore, che ha percepito l'intesa come fenomeno complesso, non necessariamente legato a doppio filo con la struttura del contratto» ed inoltre si finirebbe «per svuotare di contenuto una sanzione di nullità che, in quanto tale, dev'essere in qualche modo ricondotta a un negozio»¹⁵⁶.

4.3. Segue. *La nullità antitrust (delle intese e dei "contratti a valle" attuativi di esse) come ipotesi di nullità speciale assoggettata ad un regime sui generis*

La tesi della nullità dell'intera operazione economica posta in essere dalle imprese scorrette sembra in effetti la più adeguata a perseguire l'effetto utile del diritto *antitrust*, e va pertanto accolta, partendo tuttavia da una premessa, correttamente esplicitata dalla Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 827/1999: la legge n. 287 del 1990 «con l'art. 2 ha stabilito una nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva», strettamente legata alla normativa europea in materia. E, nonostante l'organo giurisdizionale di Lussemburgo abbia più volte chiarito che «i principi generali in materia di nullità vanno ricercati nel diritto civile di ciascuno Stato», innegabilmente col tempo è venuto ad esistenza un autonomo e peculiare «modello di disciplina», anche «in base alle numerose sentenze della Corte di Giustizia e all'opera della dottrina»¹⁵⁷. Ecco perché alcuni studiosi, considerando

¹⁵⁵ Di «contratti attuativi», rispetto ai quali viene dalla Corte di Cassazione «adombrata la nullità riflessa», parla anche R. Pardolesi, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-38-2008.pdf.

¹⁵⁶ R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 378.

¹⁵⁷ Così G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 187-189. Secondo l'autore, «innanzitutto si ritiene che il concetto di nullità di pieno diritto coincida con quello di nullità assoluta (25.11.1971, causa 22-71, *Beguelin*, in *Racc.*, 1971, 949, in *Foro it.*, 1972, IV, 104): la nullità di pieno diritto infatti affonda le sue radici nel diritto francese, che è il referente storico della norma comunitaria [...], e indica la nullità assoluta. Essa, che è considerata una nullità per contrasto con i principi dell'ordine pubblico economico, preclude la produzione di qualsiasi effetto giuridico, salvo eventuali diritti acquistati da terzi in buona fede secondo gli ordinamenti dei vari Stati. L'accordo dunque non produce alcun effetto fra i contraenti e non è opponibile ai terzi (CGCE 14.12.1984, causa 319-82, *Ciments et Bétons*, in *Racc.*, 1983, 4173). La nullità può esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice, è imprescrittibile (anche se qualcuno ritiene che si prescriva in trenta anni), è insanabile e insuscettibile di convalidazione, opera retroattivamente (CGCE 6.2.1973, causa 48-72, *Grosserie de Macchi*, in *Racc.*, 1973, 77, in *Foro it.*, 1973, IV, 75). Per quanto riguarda la retroattività, a livello comunitario non è stato affrontato il problema dell'obbligo di restituzione delle prestazioni effettuate in virtù dell'accordo nullo: la risposta potrebbe dipendere dalle esigenze poste nel caso concreto dall'obiettivo del mantenimento della concorrenza».

la difficoltà ad inquadrare le fattispecie in questione nel vecchio paradigma delle invalidità codicistiche, hanno preferito qualificarle come «speciali»¹⁵⁸.

Che la nullità dell'intesa (e, di conseguenza, dei «contratti a valle») non sia di tipo tradizionale, e non riguardi l'oggetto o la causa, ma vada semmai ricondotto direttamente alla particolare categoria di invalidità (testuale) prevista dalla normativa vigente in materia, si può desumere anche da un altro dato: la legge *antitrust* dispone (conformemente a quanto stabilito anche a livello europeo¹⁵⁹) che il rimedio demolitorio possa essere utilizzato solo se l'effetto distorsivo della concorrenza è «significativo» (termine utilizzato, ma con riferimento al rapporto tra i diritti e gli obblighi nascenti per le parti da determinate clausole contrattuali, nel disciplinare l'altro tipo di nullità *extra ordinem*, ossia quella di protezione); infatti, nel secondo comma dell'art. 2 della legge 287/1990 si legge che «sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cfr., tra i tanti, G. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 32; B. Libonati, *Intese orizzontali...*, cit., 1225 ss.; G. Afferni, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust...*, cit., 939 ss. Cfr., inoltre, R. Alessi, G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 16 ss.; G. Floridia, G.V. Catelli, *Diritto antitrust. Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Torino, 2003, 158. Secondo A. Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in A. Di Maio, G.B. Ferri, M. Franzoni, *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456 ss., «le cause o i fattori» delle nullità speciali «non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie. Essi sono la negazione della fattispecie. Ecco dunque che il predicato "speciali", con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto "speciale" (e sia esso da individuare nella particolare forma di legittimazione relativa o nel carattere necessariamente parziale della nullità o nell'effetto sostitutivo di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità-fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze "esterne" al contratto [...]».

¹⁵⁹ L'art. 101 TFUE non contiene una previsione *de minimis*, ma essa risulta da una lunga e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr., ad esempio, le sentenze del 9 luglio 1969, *Völk*, causa 5/69, in *Racc.*, 295, punto 7; del 24 ottobre 1995, *Bayerische Motorenwerke*, causa C-70/93, in *Racc.*, I-3439, punto 18; del 28 aprile 1998, *Javico*, C-306/96, in *Racc.*, I-1983, punto 12; del 28 maggio 1998, *Deere/Commissione*, causa C-7/95 P, in *Racc.*, I-3111, punto 77; del 21 gennaio 1999, *Bagnasco e a.*, cit., punto 34; del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, causa C-238/05, in *Racc.*, I-11125, punto 50; e del 2 aprile 2009, *Pedro IV Servicios*, causa C-260/07, in *Racc.*, I-2437, punto 68; del 4 giugno 2009, *T-Mobile Netherlands e a.*, causa C-8/08, in *Racc.*, I-4529, punti 28 e 30; del 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.*, cause C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, in *Racc.*, I-9291, punto 55; del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, cause C-403/08 e C-429/08, in *Racc.*, I-9083, punto 135; del 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, causa C-439/09, in *Racc.*, I-9419, punto 34; del 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, cit., punti 34 ss.; del 1° settembre 2014, *Groupement des cartes bancaires*, causa C-67/13 P, *ivi*, punti 49 ss.), nonché dalla «Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato», in *G.U.U.E.* C 368, del 22 dicembre 2001, e dalla «Comunicazione della Commissione – Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Paesi dell'UE di cui agli articoli 81 e 82 del trattato», in *G.U.U.E.* C 101, del 27 aprile 2004.

¹⁶⁰ Come ha segnalato da E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., 292, «tale parametro quantitativo» appare «parte integrante del divieto dettato dalla norma e, per conseguenza, ne fa un presupposto della comminatoria (di nullità) ivi prescritta»: da ciò dovrebbe uscirne «ulteriormente corroborata la tesi [...] per cui di nullità c.d. testuale, ex art. 1418, comma 3, c.c., deve propriamente parlarsi, piuttosto che

Quindi, come è stato fatto notare, si tratta di una invalidità, sì per illiceità¹⁶¹ (e, per l'esattezza, per contrarietà all'ordine pubblico¹⁶²), ma strettamente legata ad una valutazione circa la potenzialità dannosa «effettuabile compiutamente solo da parte della AGCM»¹⁶³, e derivante da una antigiuridicità che, pertanto, come ha osservato un autorevole studioso del tema, «non si coglie nella (sola) causa (a volte addirittura tipica e comunque non incompatibile con un giudizio di meritevolezza), ma nel concreto effetto (anticoncorrenziale), o meglio in una “quanti-

di nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità della causa, atteso che questa ultima, se per l'appunto illecita, tale dovrebbe rimanere a prescindere da qualsivoglia dato quantitativo, qui viceversa discriminante». L'autore è, tuttavia, contrario, per varie ragioni, alla tesi della nullità dei “contratti a valle”.

¹⁶¹ M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 433-462; V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 203; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 402.

¹⁶² Già nell'ambito del caso *Eco Swiss*, procedimento 126/97, deciso con sentenza del 1° giugno 1999, in *Racc.*, I-03055, l'avvocato generale, Antonio Saggio, ha suggerito di «inquadrate le norme comunitarie di concorrenza, in particolare il divieto di intese di cui all'art. 85, nell'ambito delle norme di “ordine pubblico” e di estendere «a motivi di “ordine pubblico comunitario” l'ambito di applicazione dell'art. 1065, lett. e, del codice di procedura civile olandese, secondo il quale contro le decisioni arbitrali non appellabili o rese in secondo grado dagli arbitri è consentito un ricorso giurisdizionale in annullamento, dinanzi al *Rechtbank*, in presenza di alcuni vizi, quali ad esempio la violazione dell'ordine pubblico o il buon costume». Così nel punto 38 delle conclusioni al caso in questione, ove si è sottolineato che tale impostazione «trova conforto nell'opinione di larga parte della dottrina e [...] viene condivisa dalla giurisprudenza di numerosi Stati membri». Lo studioso, ha quindi, evidenziato apertamente che «le norme comunitarie di concorrenza assumono una valenza pubblicistica: pur disciplinando rapporti interindividuali, esse non possono essere derogate dai privati a pena di nullità di pieno diritto di intese concluse in violazione del divieto di cui all'art. 85, n. 1». La Corte di Giustizia, nel rispondere ai quesiti posti in via pregiudiziale, ha sposato la tesi dell'*amicus curiae*, dichiarando (nel punto 41) che «un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art. 81 CE, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico». Cfr. sul tema A. Rizzo, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 663 ss. Il principio secondo cui le norme ricavabili dal Trattato a tutela della concorrenza fanno parte dell'ordine pubblico europeo viene ribadito con fermezza nella stessa sentenza *Manfredi* del 2006, cit., ove i giudici di Lussemburgo evidenziano, nel punto 31, che «gli artt. 81 CE e 82 CE costituiscono disposizioni di ordine pubblico che devono essere applicate d'ufficio dai giudici nazionali», nonché nelle conclusioni dell'*Advocate General* Geelhoed (del 19 gennaio 2006) al caso *Commissione contro SGL Carbon AG* (deciso con sentenza del 29 giugno 2006, causa C-301/04 P., in *Racc.*, I-05915), nelle quali si sottolinea che «l'art. 81 CE è parte di una politica dell'ordine pubblico». Così nel punto 67 (che richiama la stessa sentenza *Eco Swiss*, cit.), ove l'avvocato generale precisa, inoltre, che «l'interazione tra i diritti fondamentali delle persone giuridiche e le misure a garanzia della concorrenza continua a costituire un esercizio di ponderazione: sono in gioco la protezione dei diritti fondamentali, da un lato, e l'effettiva applicazione del diritto comunitario della concorrenza, dall'altro», e che «l'art. 81 CE costituisce una disposizione [...] indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno».

¹⁶³ Così E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., 292. Secondo l'autore, ciò confermerebbe «la tesi della pregiudizialità necessaria di una statuizione sanzionatoria della stessa Autorità»; eppure tale sistema sembra confliggere «con i principi che ispirano il nuovo ordito normativo, tra i quali spiccano giusto la esplicita esclusione di qualsivoglia pregiudizialità amministrativa ai fini della dell'esperimento dei c.d. *private remedies*, da un canto, e l'automatismo del meccanismo di esenzione individuale, dall'altro. Da qui la tesi di una *interpretatio abrogans* delle due norme citate della disciplina interna, sostenuta da parte della dottrina ed implicitamente accolta anche dalla giurisprudenza allorché, ad esempio, richiede unicamente che sia il giudice a motivare congruamente l'accertamento di una restrizione consistente, quale premessa di una comminatoria di nullità a carico di un'intesa, anziché dover essere l'Autorità garante a pronunciarsi pregiudizialmente sul punto».

tà dell'effetto»: e nella quantità dell'effetto confrontata con i diversi valori dell'utilità sociale»¹⁶⁴.

Il rimedio in questione è applicabile oltre che agli accordi in senso stretto (e perfino a quelli segreti e dei quali si percepiscono solo le conseguenze¹⁶⁵), anche alle semplici pratiche concordate¹⁶⁶, le quali chiaramente non potranno essere in quanto tali caducate (essendo prive della natura tipica del contratto¹⁶⁷), ma lo

¹⁶⁴ G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 546.

¹⁶⁵ Cfr. G. Floridia, G.V. Catelli, *op. cit.*, 116 ss.

¹⁶⁶ Servirà ricordare che la Corte di Cassazione, nella sua ampia ricostruzione, contenuta nella citata sentenza n. 827/1999, ha evidenziato che l'art. 2, «non ha inteso riferirsi solo alle intese in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare voluto. Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti non contrattuali o non negoziali. Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di intesa rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente unilaterali». Ed anche il T.A.R. del Lazio, nella sentenza 2 novembre 1993, n. 1549, in *Foro it.*, 1994, 146, ha chiarito che «il termine intesa, nella sua ampiezza e onnicomprensività, [...] attesta la volontà di riferirsi a qualsiasi tipo di collaborazione o coordinamento posto in essere dalle imprese, quali che siano il mezzo impiegato e la veste formale assunta dall'accordo o dalla pratica».

¹⁶⁷ Si è posto lo stesso problema G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 320, rilevando che la pratica concordata è «un comportamento non negoziale, del quale non si può predicare la nullità». D'altra parte, è ormai altamente improbabile che pratiche o condotte anticoncorrenziali siano consacrate in veri e propri contratti o cartelli (notoriamente vietati), quindi, può dirsi veramente appropriato quanto evidenziato dalla stessa Suprema Corte di Cassazione italiana, la quale ha più volte chiarito, con riferimento alle intese, che «la legge fa rilevare gli effetti e il complessivo contenuto di comportamenti di mercato. In questa ottica rileva il fatto oggettivamente riscontrabile come tale dalla inerenza di tali comportamenti ad una distorsione [...] della concorrenza [...]. La legge non dice solo che è nullo un negozio perché il suo intento è illecito, ma piuttosto che qualunque condotta di mercato, anche realizzata in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, come la pratica concordata o la deliberazione consortile assunta in ossequio allo statuto [...] è suscettibile di valutazione sotto il profilo di tale introdotto illecito. L'intesa può determinarsi anche su schemi giuridici unilaterali. Il che fa concludere che la nozione di intesa è oggettiva e [...] tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività [...] di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione [...] con una collaborazione pratica». Così nella sentenza n. 827 del 1999, cit. Cfr. inoltre l'analoga posizione espressa dalla Corte di Giustizia, nelle sentenze 8 luglio 1999, C-49/92P, *Commissione/Anic*, in *Racc.*, I-4125; 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries*, in *Racc.*, 619; 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 a 48/74, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 e 144/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" e a.*, in *Racc.*, 1663. Secondo i giudici europei, la disciplina *antitrust* contenuta nel Trattato «attribuisce importanza alle conseguenze economiche degli accordi o di qualsiasi forma analoga di concertazione o di coordinamento, anziché alla loro forma giuridica» (così nella decisione della Corte di Giustizia, 3 luglio 1985, causa 283/83, *Binon*, in *Racc.*, 2015). Ed anche il Consiglio di Stato italiano, nella pronuncia del 30 agosto 2002, n. 4362, *Latti artificiali*, ha ribadito che la nozione di intesa è «ampia e non formalistica» e che perfino la «nozione di accordo è diversa da quella formale civilistica e va intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti». V., nello stesso senso, la sentenza n. 926 del 27 gennaio 2004, nella quale si legge che «le norme in materia di concorrenza non sono di stretta interpretazione, ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale». Con riguardo alla normativa italiana, si rinvia, inoltre, a G. Oppo, *Costituzione e diritto privato...*, cit., 548, ad avviso del quale «anche ad ammettere che taluni dei comportamenti di cui all'art. 2 non abbiano carattere propriamente negoziale, la formula è comunque indicativa della volontà del legislatore di negare ad essi ogni valore anche tra le parti, sia pure attraverso una dequalificazione dei comportamenti medesimi». E secondo I. Pagni,

saranno solo se considerate unitamente ai negozi che le attuano¹⁶⁸ (sempre a condizione che il loro oggetto¹⁶⁹ o gli effetti da essi prodotti¹⁷⁰ siano contrari alla normativa *antitrust*¹⁷¹). Si consideri, del resto, che tale tipologia di intesa (più di ogni altra), se non si propagasse a svantaggio degli ignari contraenti deboli, rimarrebbe probabilmente priva di «significato sostanziale»¹⁷² e sarebbe, dunque, di scarsa rilevanza per il diritto (anche perché risulterebbe particolarmente difficile – ma, anche inutile – per l'*Authority* o la Commissione europea scoprirne l'esistenza)¹⁷³. Ecco perché in dottrina, partendo proprio dall'analisi di tale peculiare categoria di condotta anticoncorrenziale, si è sostenuto che quest'ultima «alquanto rarefatta e difficilmente afferrabile nel mero scambio di informazioni private [...] rin-

op. cit., 340, «la l. n. 287/90, quando parla di intese, non si riferisce solo ai contratti in senso tecnico, ma, più in generale, a comportamenti che, coordinando verso un interesse comune le attività economiche dei partecipanti, distorcano il gioco della concorrenza. La legge non si limita a stabilire la nullità del negozio perché il suo intento è illecito, ma prevede che qualunque condotta di mercato, anche realizzata in forme che escludono una caratterizzazione negoziale [...] sia suscettibile di valutazione sotto il profilo dell'illecito».

¹⁶⁸ Come ha rilevato il Consiglio di Stato, infatti, «la pratica presuppone un comportamento dipendente dalla concertazione». Così nella decisione 2199 del 2002, cit. Il Supremo organo amministrativo in tale provvedimento ha accordato, addirittura, maggiore importanza all'esistenza in sé e per sé di tali «comportamenti dipendenti» (la conclusione di «contratti a valle», nel caso di specie) che agli stessi effetti anticoncorrenziali delle pratiche a monte. R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 400, affermano addirittura che solo nel caso di una pratica concordata a monte è possibile parlare «di una diretta violazione della normativa *antitrust* da parte del contratto a valle, aggredendo la nullità l'unica causa in concreto esistente, appunto quella del contratto a valle. E, segnatamente, si tratta di nullità del contratto a valle per illiceità della causa in concreto *ex art.* 1418, comma 2, c.c., discendendo l'illiceità dalla violazione dell'art. 2, comma 2, della legge *antitrust*, quale norma imperativa proibitiva».

¹⁶⁹ E, cioè, «non già il contenuto dell'accordo, quanto piuttosto l'obiettivo rispetto al quale l'accordo stesso risulta essere funzionale». Così Agcm, Relazione sull'attività 1995; e Agcm 13 giugno 2002 n. 10831, cit.). Sul tema, cfr. gli interessanti lavori di D. Bailey, *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2012, 559 ss.; e A. Jones, *Left behind by modernisation? Restrictions by object under Article 81(1)*, in *European Competition Journal*, 2010, 655 ss.

¹⁷⁰ Ossia, «tutte le conseguenze che l'accordo produce sull'assetto concorrenziale del mercato», come segnalato dall'Agcm, nella citata Relazione del 1995 e nel provvedimento del 13 giugno 2002.

¹⁷¹ Utili indicazioni possono provenire, sul tema, dai paragrafi 35 e 36 della citata sentenza della Corte di Giustizia, datata 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, nei quali si legge che «la distinzione tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per effetto» si fonda sul fatto che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza» e che «per valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione».

¹⁷² Cfr., sul punto, le osservazioni del Consiglio di Stato nella decisione del 23 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*, cit.

¹⁷³ Si rinvia ancora una volta a M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 133, ad avviso della quale la Corte di Giustizia ha accolto una certa interpretazione delle norme *antitrust* comunitarie («che dovrebbe essere vincolante in sede di applicazione dell'art. 2). Essa ha precisato [...] che per stabilire l'illiceità di un accordo non è necessario accertare quale dei due contraenti abbia preso l'iniziativa, né controllare se le parti abbiano avuto l'intenzione comune al momento della stipulazione dell'accordo: si devono esaminare solo gli scopi perseguiti dell'accordo come tale, alla luce del contesto economico in cui esso deve essere applicato».

viene una sicura manifestazione fenomenica nei contratti apparentemente a valle, in realtà, essi stessi comportamento anticoncorrenziale»¹⁷⁴.

La nullità in questione è “più che assoluta”¹⁷⁵ (*absit iniuria verbis*), perché è invocabile anche dalla parte «che abbia imposto l'intesa vietata o comunque ne abbia tratto profitto»¹⁷⁶ (in spregio al principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁷⁷ o a quello, assai simile e particolarmente caro alla dottrina tedesca, secondo il quale *nemo contra factum proprium venire potest*¹⁷⁸) e, benché non produca in linea teorica alcun effetto nei rapporti fra i contraenti e non sia opponibile ai terzi¹⁷⁹, è suscettibile di essere «sanata» (mentre non è possibile invocare lo strumento della convalida, proprio perché si tratta di nullità pensata a garanzia di interessi generali e non specifici), tramite un'esenzione, secondo quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 287/1990¹⁸⁰ (disposizione generatrice della ben nota dif-

¹⁷⁴ Così E. Scoditti, *Il consumatore e l'Antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1129. Lo stesso autore afferma, dunque, che «la legittimazione del consumatore all'impugnativa per nullità ai sensi dell'art. 2 della previsione contrattuale è la logica conseguenza della qualificazione delle fissazione della clausola non quale negozio separato dall'intesa vietata, ma quale comportamento anticoncorrenziale, e dunque ancora intesa vietata, essa stessa [...] e che la clausola così fissata è nulla per violazione diretta del precetto di cui all'art. 2». Cfr. anche l'opinione di M. Schininà, *op. cit.*, *passim* e di M. Granieri, *nota a Cass.*, sez. III, *ordinanza 17 ottobre 2003*, n. 15538; ma anche la sentenza n. 9384 dell'11 giugno 2003; e la pronuncia del Giudice di pace di Albano laziale, del 10 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 469. Quest'ultimo, in particolare, rileva che «l'avvicinamento del diritto dei contratti ad altre forme di controllo del mercato, quali il diritto della concorrenza, impone un ripensamento della sua funzione [...] ed una maggiore attenzione alla valenza del contratto stesso come vicenda giuridica ed economica non circoscritta, bensì suscettibile di produrre effetti esterni (le externalità, nel linguaggio degli economisti) di vario tipo, tra le quali quelle destinate ad avere ricadute sui soggetti diversi dalle parti contrattuali». Esclude che si possa parlare di nullità derivata, M. Negri, *op. ult. cit.*, 754. Cfr., inoltre, M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 158 ss.

¹⁷⁵ Sull'assolutezza della nullità delle intese, cfr. A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno...*, cit., 340.

¹⁷⁶ G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 193 ss. L'autore afferma evidenza che ciò sembra cozzare con l'idea tradizionale, secondo la quale «per tutelare il contraente debole che ha subito l'imposizione delle condizioni restrittive della concorrenza, la controparte forte non dovrebbe essere legittimata ad eccepire la nullità per poter sfuggire all'esecuzione del contratto. In Germania, ad esempio, si tende a considerare un abuso del diritto l'eccezione di nullità sollevata dalla parte che ha voluto quel certo accordo».

¹⁷⁷ Regola che, invero, secondo G. Alpa, *I contratti in generale. Introduzione alla nuova giurisprudenza*, Torino, 1990, *passim*, aveva già trovato una serie di deroghe, a tutela del consumatore.

¹⁷⁸ F. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006; G. Sicchiero, *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contr. impr.*, 2003, 507 ss..

¹⁷⁹ Cfr., sul punto, A. Frignani, M. Waelbroeck *op. cit.*, 470. Per avvalorare la tesi vengono richiamati i casi *Beguelin*, cit., e *Ciments et Bétons*, cit.

¹⁸⁰ Come ha ben sintetizzato, E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., 292, mentre «il principio della esenzione automatica, delineato dal regolamento CE n. 1 del 2003, fa sì che le intese di rilevanza comunitaria le quali soddisfino i requisiti di cui alla citata norma del Trattato (art. 101, comma 3, TFEU), risultino pienamente valide e produttive di effetti, senza la necessaria mediazione di provvedimenti autorizzativi o statuizioni giudiziali (art. 1, comma 2, Reg. CE 1/2003); così non parrebbe potersi dire per le fattispecie “esentate” di rilievo meramente nazionale, bisognose di una specifica autorizzazione da parte della Autorità garante. In altri termini, l'autorizzazione dell'AGCM fungerebbe, per esse, non solo da medio necessario ai fini della messa al riparo dalla nullità, altrimenti automatica; ma, in un'ottica tutta interna alla sanzione civilistica, ammonterebbe a (“singolare”) provvedimento sanante con valenza costitutiva, i cui effetti potrebbero viepiù retrodatate quantomeno fino alla richiesta formulata dagli stessi privati coinvolti».

ficoltà a comprendere come debbano essere considerate dal punto di vista civilistico le intese restrittive della concorrenza – ossia valide, nulle, inefficaci – prima della eventuale autorizzazione¹⁸¹).

La patologia *de qua* viene, inoltre, definita dal testo normativo di riferimento “ad ogni effetto”¹⁸² (formula molto simile a quella contenuta nell’art. 101 TFUE, par. 2, a mente del quale i negozi in questione sono “nulli di pieno diritto”, ossia “*automatically void*”, per utilizzare la – forse più chiara – versione inglese del sintagma).

Non è, in definitiva, una invalidità tradizionale, e non appare sussumibile neppure nel (sempre più ampio) *genus* di quelle di protezione, poiché ha i connotati di una sorta di “nullità di mercato”, che colpisce anche ai “contratti a valle”, quantunque solo nelle parti da considerarsi viziate (a meno che esse non siano indispensabili¹⁸³, come evidenziato dalla stessa Corte di Giustizia¹⁸⁴), secondo un meccanismo di interdipendenza assimilabile al collegamento negoziale, ma che riveste un carattere tutt’affatto particolare, in quanto, pur risultando solo *ex*

¹⁸¹ Il nodo problematico risiede nella circostanza che il riconoscimento della nullità di un contratto ne dovrebbe comportare la definitiva inefficacia, a meno che non si decida davvero di riesumare la tesi, prospettata da qualche voce isolata in dottrina, della nullità sospesa (V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 753). G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 204, richiamando la posizione di G. Auteri, *Nullità ed autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, 102 ss., ha sottolineato che «altri ipotizzano una nullità operante da subito, ma, contrariamente ai principi generali, suscettibile di essere sanata dall’autorizzazione. Alcuni preferiscono qualificare la condizione dell’intesa in termini di inefficacia (anziché di nullità, contrariamente al dato letterale) destinata poi a convertirsi in nullità o in validità a seconda che l’autorizzazione sia concessa o negata. Quando l’autorizzazione non è stata accordata, non sia stata richiesta o non possa più essere richiesta, il contratto è nullo; negli altri casi, invece, l’accordo si trova in uno stato di inefficacia provvisoria o pendente che può diventare definitiva (nullità) oppure risolversi nella efficacia *ex nunc* alle condizioni e nei limiti stabiliti dall’Autorità. L’autorizzazione, in questa prospettiva, si pone come una *conditio iuris*». La tesi della inefficacia, sostenuta anche da M. Meli, *Autonomia privata...*, cit., 81, sembra essere invero la più convincente. V., sul punto, anche M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell’applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 667.

¹⁸² Come ha sottolineato G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 185-186, commentando questo articolo della legge antitrust italiana, «se intendiamo la nullità in senso tecnico, essa è applicabile soltanto ai contratti e non agli altri accordi che non fondano obblighi giuridici, né ai comportamenti. La nullità presuppone la volontà delle parti di creare vincoli giuridici: tramite essa l’ordinamento rifiuta la propria protezione agli accordi anticoncorrenziali e così esclude la coercibilità giudiziaria del vincolo “in modo tale che non si frappongono ostacoli all’esplicarsi di quelle forze centrifughe che sono congenite nei cartelli e che spingono verso la loro dissoluzione” (G. Afferni, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*, nota a Cass. civ., sez. I, 1.2.1999, n. 827, in *Giur. it.*, 5 maggio 2000, 942)».

¹⁸³ Cfr. C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 470 ss.; Id., *Responsabilità civile e antitrust: balocchi e profumi*, cit., 1165; Id., *Sezioni più unite che antitrust*, cit., 444 ss.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno...*, cit., 339; G. M. Berruti, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, 405. Dello stesso avviso è apparso A. Genovese, *Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza*, in G. Olivieri, A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari-Roma, 2008, 143 ss. L’autore evidenzia che, inoltre, nei contratti di durata, la nullità non ricadrebbe sulle prestazioni già eseguite e divenute irripetibili.

¹⁸⁴ V., per tutte, la citata sentenza del 14 dicembre 1984, *Ciments et Bétons*.

uno latere, assume comunque rilevanza nel peculiare regime modellato *ad hoc* dal diritto europeo (e conseguentemente da quello italiano)¹⁸⁵.

Come è stato correttamente evidenziato, «nella fattispecie in esame scompaiono i confini tra i due momenti del programma anticompetitivo, che nell'ipotesi del collegamento conservano invece dignità autonoma, e la collusione viene ad essere elemento del contratto con l'utente, trasfondendosi in esso»¹⁸⁶.

Del resto, considerata la già citata volontà del legislatore di invalidare unicamente le intese anticoncorrenziali idonee ad alterare in maniera significativa il libero gioco della concorrenza, se, per un verso, è logico immaginare che solo nella misura in cui si dimostri l'esistenza di un adeguato numero di "contratti a valle" si può considerare integrata la summenzionata condizione¹⁸⁷, per un altro, appare scontato che l'ordinamento si debba prefiggere di aggredire e neutralizzare il maggior numero possibile di negozi attraverso i quali la condotta è passata dal carattere puramente astratto o potenziale a quello concreto e (altamente) pregiudizievole, perdendo così la natura di «direttiva programmatica, fonte, più che di un obbligo per l'aderente, di una più generica regola di condotta, che trova poi attuazione ed esecuzione nelle [...] politiche commerciali adottate dalle imprese concertanti»¹⁸⁸.

Una simile ricostruzione della disciplina delle intese anticoncorrenziali e dei negozi stipulati in conseguenze di esse, accolta anche in Francia¹⁸⁹, nei Paesi Bas-

¹⁸⁵ S. Chini, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. circ.*, 1999, 38 ss.

¹⁸⁶ Così R. Peratoner, C. Poncibò, G. Vertucci, *op. cit.*, 398. Gli autori, richiamando la sentenza 2207/2005, concludono che «se si condivide questo punto di vista sembra assumere significato ancor più chiaro l'asserzione per cui "il collegamento funzionale (del contratto a valle) con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile"». Di questo avviso è apparso anche, A. Bertolotti, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi...*, cit., 351. Secondo l'autore, «vi è un nesso non solo logico, ma anche giuridicamente vincolante tra l'intesa ed il contratto a valle [...] e ne discende che l'illegittimità di quella non può non riflettersi su questo». Contrari ad una siffatta conclusione sono apparsi A. Mirone, *op. cit.*, 74, e A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2001.

¹⁸⁷ Anche secondo E. Camilleri, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., 295, «l'articolo 2 della legge 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tenda in realtà ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato. Di talché, quand'anche vi si voglia attribuire una qualche ultrattività rispetto al solo divieto delle intese ed includervi anche quello di dare loro corso, deve aggiungersi come non il singolo contratto attuativo di cartello sia in grado di per sé di generare gli effetti distorsivi che la norma intende contrastare, bensì la serie di contratti che inveri il disegno distorsivo diviso con l'intesa».

¹⁸⁸ A rilevarlo è C. Lo Surdo, *op. cit.*, 178. Secondo l'autrice, una più attenta lettura del dato normativo rilevante in materia «potrebbe essere di sostegno alla tesi secondo cui tutte le conseguenze negoziali mediante le quali il programma concertato trova esecuzione e/o attuazione debbano comunque considerarsi parte integrante della fattispecie vietata dalla legge, e ricadere conseguentemente tanto nel divieto quanto nella conseguente previsione di nullità».

¹⁸⁹ La *Cour de Cassation*, nella sentenza del 24 ottobre 2000, ha evidenziato che ai sensi dell'art. 420-3 del *Code de commerce*, secondo il quale «est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et 420-2» (riguardanti le intese e l'abuso di posizione dominante), può essere «pronunciata la nullità del contratto a prescindere dalla coscienza o non del soggetto terzo di far parte di un progetto anticompetitivo». Così F. Longobucco, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, 338. Cfr. anche E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et*

si¹⁹⁰ e in Svezia¹⁹¹ (e solo parzialmente in Germania¹⁹²), ad esempio, parrebbe la più conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale, già nella citata sentenza *Courage*, è stata assolutamente chiara nello stabilire che «la nullità di cui all'art. 85, n. 2 [...] riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati»¹⁹³ (inciso che sembrerebbe avvalorare la tesi della impossibilità di distinguere e tenere separate le pattuizioni illecite a monte dalle concrete attuazioni contrattuali delle stesse, realizzatesi a valle ed inficcate della stessa nullità riguardante le intese, in forza di una sorta di *cascade effects*)¹⁹⁴.

Pur in assenza di una specifica presa di posizione dell'organo giurisdizionale europeo sul tema della sorte dei contratti in questione¹⁹⁵, risulterebbe verosimilmente censurabile ai giudici sovranazionali una disciplina statale che si limitasse ad impedire la conclusione di intese (o l'adozione di comportamenti anticoncor-

droit des contrats, in www.glose.org/th002.pdf. Come segnala C. Cauffman, *op. cit.*, 98, si tratta di una nullità di “*ordre public économique*” e che è dunque assoluta; e «*this means that it can be requested by all interested parties, including the contracting party who deliberately included the element of voidness in the contract. If the parties do not invoke the nullity themselves the Court is obliged to invoke it of its own motion*».

¹⁹⁰ La sentenza *Batavus B.V. v. X* dell'*Hoge Raad* (Corte suprema) del 16 September 2011, *case* 10/00372, si è pronunciata a favore dell'estensione ai *fruit contracts* della nullità prevista nell'art. 6(2) del *Dutch Competition Act* del 22 maggio 1997.

¹⁹¹ V. M. Gustafsson, F. Hoseinian, *Private enforcement of EC competition law: Swedish Supreme Court judgment on the validity of 'follow-on' contracts*, in *European Competition Law Review*, 2006, 5 ss. Come si evince nel *paper* di C. Cauffman, *op. cit.*, 102 ss., meno chiara appare, invece, la posizione del diritto belga in materia. In Ungheria sembrerebbe, invece, esclusa dalla giurisprudenza la possibilità di dichiarare nulli i “contratti a valle”. Cfr. G. Fejes and Z. Marosi, *The Hungarian Metropolitan Court of Appeal rules on the validity of the agreements concluded by a horizontal cartel with their customers (Fruit contracts)*, in www.concurrences.com.

¹⁹² Sull'argomento, si rinvia a K. Paul, *Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, Nomos, 2009, *passim*; W.-H. Roth, *Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience*, in J. Basedow (a cura di), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007, 65. C. Lo Surdo, *op. cit.*, 187 ss., evidenzia che la dottrina tedesca tende a «distinguere tra atti strumentali all'attuazione dell'intesa (*Ausführungsverträge*), cioè contratti stipulati con terzi che realizzano un “concorso esterno” al cartello, e contratti stipulati sì in esecuzione di un accordo di cartello a monte ma con terzi del tutto estranei, che possono essere indifferenti o “vittime” del cartello (*Folgeberträge* o *acts-consequences*)» e solo i primi «sono coinvolti nella nullità dell'intesa di base in quanto rientrano direttamente nella sfera di applicazione della norma, mentre in relazione ai *Folgeberträge* non si ipotizza alcuna sanzione invalidativa, e ciò per ragioni di certezza del diritto». In realtà, come ha segnalato C. Cauffman, *op. cit.*, 100 ss., la questione in Germania è tutt'altro che risolta ed in dottrina si registra un acceso dibattito sul tema.

¹⁹³ Questo è quanto si legge nel punto 22 della pronuncia *de qua*. La Corte di Giustizia rinvia, sul tema, alla sentenza *Brasserie de Haecht*, in *Racc.*, 77 (punto 26). Secondo I. Pagni, *op. cit.*, 340 ss., «la comminatoria di nullità dell'intesa vietata dev'essere intesa, più che (o oltre che) a colpire l'efficacia di un accordo concluso in violazione di norme imperative, a rimuovere gli ostacoli al gioco della concorrenza, per impedire il verificarsi in futuro di ulteriori eventi dannosi. In altre parole, il legislatore del '90 non avrebbe attaccato l'intesa in quanto tale ma il comportamento illecito realizzato dalla complessiva situazione di fatto, anche successiva all'accordo originario, che ha turbato l'efficienza del mercato».

¹⁹⁴ Cfr. M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 298.

¹⁹⁵ Servirà ricordare che nella sentenza del 21 gennaio 1999, *Bagnasco*, cit., occupandosi delle n.b.u., dopo aver negato che esse fossero contrarie alle norme comunitarie *antitrust*, l'organo giurisdizionale europeo ha ritenuto inutile «risolvere la questione relativa agli effetti che un'eventuale incompatibilità delle dette n.b.u. con gli artt. 85 e 86 del Trattato potrebbe avere sulle clausole corrispondenti dei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti».

renziali), consentendo al contempo alle stesse imprese autrici di tali condotte illecite di perseguire proprio lo scopo insito negli *upstream contracts*, ossia quello di concludere negozi (o predisporre comunque clausole contrattuali) a valle (endemica contrari allo spirito del diritto *antitrust*), il cui contenuto è diretta applicazione degli accordi stretti a monte¹⁹⁶. Servirà ricordare che per espresa intenzione della Corte di Lussemburgo va considerata «restrizione della concorrenza per oggetto» ogni accordo che, «alla luce del contesto economico», sia (anche solo probabilmente) idoneo a sopprimere o indebolire gravemente la concorrenza all'interno di un determinato mercato¹⁹⁷ (e addirittura a prescindere dal reale volere dei contraenti¹⁹⁸).

D'altra parte, anche quando – come nel caso in questione¹⁹⁹ – l'Unione europea ha affidato ai singoli Stati membri la facoltà di scegliere le modalità concrete con le quali perseguire un determinato obiettivo, ha sempre imposto a questi ultimi di informarsi al principio di effettività (c.d. clausola della *soglia minima di efficacia*) e di equivalenza (c.d. clausola del trattamento nazionale)²⁰⁰, senza però mai dimenticare che il secondo non può prevalere sul primo²⁰¹.

4.4. *La coesistenza tra il rimedio della nullità e lo strumento del risarcimento del danno*

La nullità delle intese e conseguentemente dei “contratti a valle” sembrerebbe rispondere meglio agli obiettivi europei di un *effective private enforcement* del diritto *antitrust* (di quanto sia in grado di fare – da solo – lo strumento del risarcimento dei danni), trattandosi di un rimedio dal forte carattere preventivo, punitivo e paralizzante, capace di scoraggiare realmente ogni tentativo di violare la normativa a tutela della concorrenza²⁰².

¹⁹⁶ Cfr. G. Tucci, *op. cit.*, 152 ss.

¹⁹⁷ Così nella citata sentenza *Allianz Hungária Biztosító e a.*, cit., punto 48, nella quale si evidenzia che «al fine di valutare il rischio di una conseguenza siffatta, detto giudice dovrà in particolare prendere in considerazione la struttura del mercato in questione, l'esistenza di canali di distribuzione alternativi e la loro rispettiva importanza, nonché il potere di mercato delle società interessate».

¹⁹⁸ Si rinvia alle pronunce *Allianz Hungária Biztosító e a.*, cit., punto 37, e *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.*, cit., punto 58.

¹⁹⁹ V. le sentenze *Courage e Crehan*, cit., punto 29, e quelle del Tribunale del 18 settembre 1992, causa T-24/90, *Automec/Commissione*, in *Racc.*, II-2223, punto 50; e del 28 febbraio 2002, causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB e a. v. Commissione*, in *www.curia.eu*, punto 414.

²⁰⁰ V. E. Hjelmeng, *op. cit.*, 1007.

²⁰¹ Cfr., tra i tanti, gli arresti del 13 febbraio 1979, causa 101/78, *Granaria*, in *Racc.*, 623, punto 14; del 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, I-2357; del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.*, I-4620; e, soprattutto, *Manfredi*, cit.

²⁰² M. Carpagnano, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, cit., 38-39 osserva proprio che «in assenza di un articolo del Trattato che configuri espressamente l'azione di risar-

Prendendo in esame la vicenda dei contratti R.C. Auto, pur circoscrivendo l'invalidità alla sola clausola concernente il premio assicurativo, è possibile ritenere che, nell'ordinamento giuridico italiano, esclusa tanto la sostituzione di clausole (la quale richiederebbe un'ardua operazione di determinazione legale della clausola da inserire²⁰³), quanto la riduzione ad equità (poiché essa presupporrebbe la validità del contratto)²⁰⁴ e l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 (non applicabile per le ragioni già indicate), non rimarrebbero per il contraente debole altri rimedi che la ripetizione dell'indebitto ex art. 2033 c.c.²⁰⁵ (tuttavia, in questo caso si richiederebbe un accertamento giudiziale identico a quello previsto per la sostituzione di clausole) o il risarcimento del danno ex art. 1338 (ma, nel caso in questione, non vi sarebbe tra i due strumenti di tutela una grande «differenza pratica»²⁰⁶).

A voler essere rigorosi, è comunque difficile immaginare che in ipotesi come queste i «contratti a valle» possano rimanere in piedi, una volta dichiarata la nullità (benché parziale) di una parte fondamentale del negozio stesso (ossia il prezzo)²⁰⁷.

La sanzione della nullità, del resto, non impedisce che alle conseguenze tipiche della misura invalidatoria (ossia, la restituzione delle prestazioni ricevute) si accompagni anche lo strumento del risarcimento del danno (fortemente voluta, oggi, anche dal legislatore europeo, come si è visto)²⁰⁸. In dottrina è stato fat-

cimento del danno come strumento processuale di reazione agli illeciti anticompetitivi, la Corte di Giustizia ha dovuto confezionare tale rimedio sull'effettività dell'art. 81 CE». Cfr. la sentenza *Courage*, cit., punto 26.

²⁰³ Per considerare la difficoltà di un simile accertamento, si prenda in esame un esempio di P. Iannuccelli, *op. cit.*, 778, ossia quello di «un mercato in cui i prezzi seguano una tendenza alla diminuzione e le imprese pongano in essere un cartello volto non ad aumentare il prezzo, ma a mantenerlo stabile per evitare che diminuisca»; in una simile ipotesi «individuare la differenza tra il prezzo «congelato» dal cartello e quello che si sarebbe determinato in seguito alla pressione concorrenziale, benché non impossibile, diventa poco agevole, perché presupporrebbe di avere cognizione precisa di tutti gli elementi che determinano la tendenza alla diminuzione. Soprattutto in sede di regolamento contrattuale, significherebbe un'integrazione quasi regolamentare del prezzo, sulla base di criteri presuntivi e statistici che se possono essere utili per il calcolo del risarcimento del danno, non possono certo essere equiparati al contenuto necessario di clausole imposte da norme imperative». D'altra parte, richiamando A. Gentili, *Le invalidità*, cit., 1363, si può affermare che in dottrina si è rilevato come frequentemente «l'intervento sostitutivo abbia anche un valore correttivo dell'equilibrio contrattuale». Anche M. Hazan, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, in *Contr.*, 2003, 908, ha rilevato che «la sostituzione della clausola [...] colpita dalla nullità parziale, postula l'esistenza di una norma imperativa idonea a prenderne il posto. Così [...] si dovrebbe ipotizzare l'esistenza di una norma che indichi il «giusto prezzo» della prestazione assicurativa (*rectius*: il giusto premio). Norma che [...] non solo non esiste ma che, se esistesse, si troverebbe in posizione di aperto contrasto rispetto al principio di libertà tariffaria da tempo introdotto in ambito comunitario». Aderendo alla tesi della sostituzione di clausole, si darebbe, dunque, ingresso ad altri istituti, in precedenza esclusi dagli stessi autori.

²⁰⁴ Cfr., sul punto, M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza...*, cit., 457, nota 26.

²⁰⁵ Questa sembra essere la soluzione prospettata dallo stesso C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 473.

²⁰⁶ P. Iannuccelli, *op. cit.*, 781.

²⁰⁷ Tra i tanti, a sostenerlo è L. Delli Priscoli, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, cit., 953, nota 23.

²⁰⁸ P. Iannuccelli, *op. cit.*, 773-774, ha evidenziato che «guardando da lontano ai due rimedi in modo unitario, salta agli occhi che mentre l'azione del risarcimento del danno conserva anche in questa materia la sua funzione essenzialmente e primariamente compensativa, la nullità si atteggia come una sanzione che impedisce la produzione di effetti giuridici scaturenti da un contratto che l'ordinamento non ritiene degno di tutela». Anche secondo I. Pagni, *op. cit.*, 337 ss., «nella materia di cui si discorre v'è spazio per entrambe le azioni: quella

to notare che va smentita con forza «l'idea che la sottolineatura della nullità del contratto a valle significhi obliterazione della responsabilità»: il cumulo tra le due azioni «non può mettersi in dubbio, stante la diversa funzione delle due forme di tutela»²⁰⁹, soprattutto ove si consideri che «mentre nel contratto classico la nullità era qualificazione di un negozio paritario, del quale ambedue le parti concorrevano a creare il regolamento, onde una questione di responsabilità non si poteva porre, essendo entrambe le parti autrici e vittime della nullità, altra è la situazione nelle nullità speciali [...] che sono nullità unilaterali, causate da una parte e subite dall'altra» e «questo spiega perché, nel domandare l'accertamento di una di esse, la parte che abbia subito l'iniziativa contrattuale dell'altra, possa domandare altresì il risarcimento del danno, in questo caso la coniugazione della responsabilità con l'invalidità dovendosi dire tipica»²¹⁰.

Pur essendo difficile comprendere con esattezza come verrà interpretata ed applicata la recente normativa sul danno da illecito *antitrust*, si può affermare – con una schematizzazione necessariamente approssimativa – che la *liability for competition law infringements* parrebbe poter assumere i connotati della responsabilità contrattuale (e così ricostruibile sinteticamente: *ex art. 1338 c.c.* se l'impresa ha partecipato all'intesa-madre²¹¹; ai sensi dell'art. 1337 c.c. qualora si registri semplicemente uno scorretto allineamento al comportamento dei professionisti collusi, ma senza una formale partecipazione al patto illecito concluso dalle concorrenti; ed *ex artt. 1374, 1375 e 1175 c.c.*, nelle ipotesi in cui tra impresa e *weak party* vi sia già un pregresso rapporto contrattuale, fatto oggetto di mero rinnovo²¹²), ovvero, eventualmente, anche extracontrattuale²¹³ (qualora rilevino «dan-

di nullità derivata, quante volte l'oggetto che nasce illecito nel primo contratto che dà corso alle intese rimanga tale lungo l'intera catena negoziale; e quella di risarcimento del danno extracontrattuale, in via sussidiaria quante volte non vi sia spazio per la prima forma di tutela [...] o si voglia convenire in giudizio un soggetto diverso dal proprio contraente diretto, al quale non può essere imputata alcuna responsabilità [...] neppure seguendo la falsariga delle azioni di garanzia nelle vendite a catena».

²⁰⁹ Così C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 29. Lo studioso richiama anche «l'art. 4:117 dei PDEC, che al par. (1) prevede per il caso di invalidità del contratto «il risarcimento del danno nella misura che metta (colui che la fa valere) il più possibile nella situazione nella quale si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto», asserendo che «ora, come si vede, è lo stesso diritto positivo *in fieri* che coniuga la responsabilità con la nullità».

²¹⁰ C. Castronovo, *Vaga culpa...*, cit., 30. Corsivi aggiunti.

²¹¹ Come ha evidenziato C. Castronovo, *Vaga culpa...*, cit., 29, rinviando anche ad A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 268 ss., «dare causa alla invalidità è condotta più grave della semplice mancata comunicazione di una causa di invalidità. Perciò la responsabilità è un esito *a fortiori* se si intende ancorarlo all'art. 1338; esito che diventa ancora più agevole ove si faccia capo all'art. 1337, nel cui obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative è certamente suscettibile di essere ricompresa anche la condotta invalidante di una delle parti».

²¹² Sul punto, cfr. C. Castronovo, *Antitrust e abuso...*, cit., 474.

²¹³ Potrebbe farsi, solo *docendi causa* (ma non troppo), l'esempio di un sedicenne disoccupato che, ricevuto un motorino in dono dai genitori, a causa dei prezzi praticati dalle compagnie assicuratrici, non sia in grado di rinnovare la polizza assicurativa e perciò sia costretto a non utilizzare il mezzo, subendo così (anche) un danno extracontrattuale. Cfr. G. Caputi, *op. cit.*, 1422 (nota 51) e I. Pagni, *op. cit.*, 340 ss. P. Manzini, *Introduzione*,

ni rappresentati da altre perdite»²¹⁴ subite dal cliente²¹⁵, che magari «la tutela contrattuale non copre»²¹⁶: non ultime quelle ricollegabili ad esempio direttamente all'impossibilità di godere di un contratto, perché dichiarato nullo²¹⁷²¹⁸.

Potrebbe venire in rilievo, inoltre, una particolare figura di danno, da qualche anno emersa in una serie di decisioni giurisprudenziali ed emblematicamente definita “da perdita di *chance*”²¹⁹. Si consideri, da questo punto di vista, che le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sottolineato, nella decisione 2207/2005 (al punto 1.h), che «il contratto cosiddetto “a valle”, ovvero il prodotto offerto al mercato, del quale si allega [...] la omologazione agli altri consimili prodotti offerti nello stesso mercato, è tale da eludere la possibilità di scelta da

in Id. (a cura di), *Il risarcimento del danno...*, cit., XXIV, ha evidenziato che «il decreto legislativo, così come la direttiva, lascia impregiudicata la questione della possibilità di promuovere un'azione di risarcimento da parte di coloro che non hanno avuto relazioni contrattuali con le imprese responsabili dell'infrazione, né dirette, né indirette, ma che, ciò nonostante, hanno subito un danno [...] tale potrebbe essere il caso dei soggetti che, scoraggiati dal prezzo eccessivo fissato tramite un cartello, rinunciano ad un acquisto che avrebbero altrimenti effettuato».

²¹⁴ Le parole sono di C. Castronovo, *op. ult. cit.*, 474, il quale individua una possibile ricostruzione della responsabilità in termini precontrattuali, cioè in capo a «colui che ha introdotto la clausola nulla, conoscendo o dovendo conoscere la causa di invalidità del contratto, secondo la previsione dell'art. 1338». Cfr. anche A. Palmieri, R. Pardolesi *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte...*, cit., 82. Gli autori sostengono che «procedendo per gradualità, verrebbe fatto, primo luogo, di ristabilire l'equilibrio sul piano del regolamento contrattuale, ad esempio mediante un uso accorto della nullità parziale ovvero dell'inefficacia, secondo un *trend* che caratterizza una parte non trascurabile della produzione legislativa finalizzata alla protezione del contraente c.d. debole. Solo successivamente, in caso di conclamata inidoneità di tale approccio, si potrebbe approdare al risarcimento».

²¹⁵ Come ha sottolineato P. Marzolini, *op. cit.*, 177, rifacendosi a M. Tavassi, M. Scuffi, *op. cit.*, 177, sarà invece impossibile assecondare, per assenza di una «causalità materiale diretta» tra condotta delle imprese e danni subiti dagli interessati, le «pretese di eventuali soggetti “terzi” che abbiano intrattenuto con la vittima dell'illecito rapporti economici, risentendo del calo dei profitti e della minore disponibilità di spesa del cliente».

²¹⁶ Così P. Iannuccelli, *op. cit.*, 781. Gli esempi considerati dall'autore sono quelli «di un cartello che non riguarda i prezzi e quindi non si verifica un pagamento indebito da parte del soggetto danneggiato il quale tuttavia è escluso dal mercato, oppure obbligato ad acquistare un prodotto legato (anche per il suo giusto prezzo, ma contro la sua volontà), quindi subisce comunque un danno».

²¹⁷ Si pensi all'ipotesi – prospettata da R. Calvo, *op. cit.*, 186, anche se giungendo alla fine a considerazioni non del tutto condivisibili – in cui, in assenza di un contratto di assicurazione (poiché asseritamente nullo) un conducente venga a realizzare un sinistro. I danni dovrebbero essere liquidati, in questo caso dal consumatore stesso, il quale ben potrebbe rivalersi, tuttavia, sull'impresa assicuratrice *ex art.* 2043.

²¹⁸ Questa soluzione verrebbe a fugare anche le tante (fondate) perplessità sollevate da M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust* (II), cit., 250 riguardo alla tesi (proposta da Castronovo) della «nullità/restituzione», la quale comporterebbe l'identificazione del legittimato passivo nel solo contraente diretto con tutti i rischi che ne deriverebbero «in termini di minore solvibilità e di minore propensione a risolvere stragiudizialmente la controversia».

²¹⁹ Cfr. le decisioni della Corte d'appello di Milano del 24 dicembre 1996, cit., e dell'11 luglio 2003 (*Bluvacanze*), in *Dir. ind.*, 2004, 157. S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza*, cit., 357, ha evidenziato che «secondo la *communis opinio* la figura della perdita di possibilità ricorre ogniqualvolta il soggetto leso lamenti di essere stato privato della possibilità di ottenere un certo vantaggio, con l'ulteriore conseguenza che il danno subito deve essere ravvisato non già nel mancato risultato definitivo (l'utilità futura), bensì nella stessa perdita della possibilità di raggiungerlo». Lo studioso ha rilevato, inoltre, che «in alcune pronunce [...] tale ricostruzione dogmatica viene resa ancor più chiara attraverso l'esplicita qualificazione della lesione in esame come danno emergente per perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, e non già come lucro cessante a causa della perdita di un futuro risultato».

particolare del consumatore»²²⁰; e, ancora più esplicitamente, il giudice di legittimità nella citata sentenza n. 2305/2007 parla proprio di un danno «che si atteggia sotto forma di perdita di *chance*, ossia della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza nel caso in cui il mercato assicurativo non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale»²²¹. Ma, si pensi anche alle ipotesi in cui ad essere lesa a valle da un'intesa a monte sia una piccola o media impresa, sbattuta di fatto fuori da una determinata arena competitiva, eppure «dall'operatività su quel mercato dipendeva l'opportunità accedere ad altre attività (ad esempio, esperienza nel settore appalti pubblici, reputazione)»²²².

5. *Conclusioni. La necessità di fare chiarezza in un settore non del tutto esplorato ancora*

Per concludere, si può affermare che se l'ordinamento italiano è arrivato ad elaborare una propria disciplina *antitrust* con grandissimo ritardo, sia rispet-

²²⁰ S. Bastianon, *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno e resp.*, n. 11/2006, 1137, muove, da questo punto di vista, serrate critiche alla decisione della Corte d'appello di Napoli, la n. 374 del 9 febbraio 2006, nella parte in cui rileva che «per aver l'intesa riguardato soltanto alcune compagnie di assicurazione, il consumatore avrebbe potuto stipulare la propria polizza R.C. auto con una compagnia assicuratrice diversa da quelle sanzionate dall'Autorità garante, con la conseguenza che "l'adesione del consumatore al premio proposto dalla società convenuta costituisce ulteriore elemento atto ad escludere l'efficienza causale dell'intesa sanzionata nel determinare l'assunto danno"», obiettando che «nel momento in cui il consumatore stipulava il contratto di assicurazione r.c. auto, la partecipazione della propria compagnia all'intesa, successivamente scoperta e sanzionata dall'Autorità garante, non era certo evidente, come pure non si conoscevano i nomi delle compagnie di assicurazione coinvolte, in secondo luogo, l'affermazione della Corte di appello sembra non tenere nella giusta considerazione il c.d. *umbrella effect*, che spinge le imprese non partecipanti all'intesa ad allineare i propri premi a quelli praticati dalle imprese cartellizzate». M. Hazan, *op. cit.*, 908, analizzando proprio una siffatta ipotesi, asserisce che in questo caso «l'ente assicuratore, in regime di piena libertà tariffaria, non commette alcun illecito, né prima del contratto né in occasione della sua stipula [...]. Il danno in questione riguarda, infatti, non l'aumento del premio in quanto tale [...], bensì la sostanziale impossibilità, per il consumatore, di reperire altrove condizioni di prezzo e di contratto più favorevoli», e conclude che «in tal caso [...] l'assicurato che intenda ottenere il ristoro di tale danno non potrà che rivolgere la propria azione (aquiliana) nei confronti delle compagnie che hanno fatto parte del cartello e che dovranno rispondere dell'illecito in via solidale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2055 Codice civile». Invero, come si è già evidenziato, occorrerebbe riflettere meglio circa la possibilità, in un simile caso, di agire in via precontrattuale nei confronti della stessa impresa con cui si è concluso il negozio.

²²¹ Così nel punto III.3 della decisione in questione. Sul significato da attribuire al riferimento effettuato da tale sentenza al danno da perdita di *chance*, cfr. R. Bianchi, *op. cit.*, 1623 ss. Nella pronuncia vengono, peraltro, evidenziate (in particolare, nel punto IV.2) tutte le difficoltà probatorie per l'accertamento del *quantum debeat*, individuabile necessariamente attraverso il ricorso alla «liquidazione equitativa di cui all'art. 1226», trattandosi di un «danno (ossia la maggior somma pagata rispetto al premio assicurativo che sarebbe stato pagato in assenza di pratica concordata) che non può essere provato nel suo preciso ammontare o, comunque, la sua prova è altamente difficile».

²²² Così G. Bruzzone, *Tipologie di illeciti antitrust e selezione delle voci di danno risarcibili*, in <http://www.astrid-online.it>. L'autrice evidenzia che, chiaramente, «in base ai principi generali deve trattarsi di opportunità non ipotetiche ma concretamente esistenti – (Cass. 21 luglio 2003, 11322): tale perdita configura "un danno attuale e risarcibile (consistente non in un lucro cessante) bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale" ossia annullamento del valore di un'opzione reale, tenendo conto di profili oggettivi e soggettivi».

to al diritto comunitario/europeo che alle esperienze di molti altri Paesi del Vecchio continente, a distanza di parecchi anni dalla “esplosione” della questione “dei contratti a valle”, la dottrina e la giurisprudenza non sembrano aver ancora trovato una soluzione definitiva (o, quanto meno, il più possibile condivisa) con riferimento alle più naturali e comuni ricadute degli illeciti anticoncorrenziali. E non si può che concordare con chi ha visto nelle più significative prese di posizione della Corte di Cassazione (*in primis* quella assunta a Sezioni Unite più di due lustri fa) «un’occasione perduta per fare infine chiarezza sul nodo dei rimedi, contrattuali e/o extracontrattuali e così anche di stampo inibitorio, che il consumatore e più in generale gli acquirenti in un mercato alterato da collusioni anti-competitive possono invocare»²²³.

Le incertezze (e possibili incongruenze con i principi sovranazionali in materia) potrebbero, nondimeno, essere forse facilmente colmate, oggi, seguendo due differenti vie: *de jure condendo*, con una riforma della legge 287/1990 finalizzata ad estendere *apertis verbis* il rimedio della nullità previsto per le sole intese anticoncorrenziali ai contratti stipulati con gli utenti finali; *de jure condito*, con nuovo intervento a Sezioni Unite che già opti apertamente – e a prescindere da un intervento del legislatore – per la soluzione testé citata (dopo aver, eventualmente, sentito anche il parere della Corte di Giustizia, in materia, mediante un nuovo rinvio pregiudiziale²²⁴).

Ammettere la nullità dei “contratti a valle” restituirebbe al rimedio in questione, oltre che l’importante efficacia inibitoria, la funzione (che le è storicamente consustanziale) di misura afflittiva, idonea probabilmente a tutelare in maniera veramente effettiva i valori ritenuti degni di maggiore protezione dall’ordinamento giuridico (in un dato periodo storico e all’intero di un determinato contesto sociale) e difficilmente tutelabili mediante il ricorso agli angusti (e spesso sterili in termini di *deterrence*²²⁵) schemi privatistici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (o di altri meccanismi di tutela, parimenti poco adeguati)²²⁶.

Come è stato condivisibilmente evidenziato in dottrina, «consentire all’impresa partecipe di una intesa nulla di derivare validamente da quest’ultima i termini economici delle stipulazioni successive con i consumatori significherebbe: dal punto di vista logico, smentire l’idea che dal non essere giuridico non possa

²²³ Così M. Negri, *Il lento cammino...*, cit., 348.

²²⁴ Decisamente contrario ad una simile soluzione appare A. Di Giò, *Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law*, in *World Competition*, 2009, 199 ss.

²²⁵ Cfr. M. Carpagnano, *op. cit.*, 42.

²²⁶ Come ha condivisibilmente evidenziato V. Calderini, *op. cit.*, 129, «l’intervento sul contratto a valle è il principale disincentivo per gli imprenditori rispetto all’adozione di pratiche restrittive della concorrenza. Ciò in quanto essi non potrebbero beneficiare del riscontro pratico dell’abuso commesso».

conseguire l'essere, cioè una qualche rilevanza giuridica; dal punto di vista funzionale, privare di significato la nullità originaria»²²⁷.

Una normativa che riconoscesse ai consumatori finali la possibilità di agire in giudizio (ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287/1990) per far ottenere il risarcimento del danno provocato dalla stipulazione di determinati contratti, ma contemporaneamente sancisse l'intangibilità di questi ultimi, legittimerebbe, inoltre, una sorta di «*culpa in contrahendo* strutturale» in capo alle imprese scorrette – permettendo loro di proseguire nella conclusione di negozi lesivi dei diritti dei contraenti deboli (ed idonei a far nascere obblighi risarcitori nei confronti di questi ultimi), ma ciò nonostante pienamente validi (e, dunque, considerati financo meritevoli della massima tutela, mediante gli ordinari mezzi predisposti dall'ordinamento giuridico) – senza inibire *in nuce* (e colpendo solo con una successiva condanna restitutoria/risarcitoria o una sanzione amministrativa, applicata peraltro *una tantum*) la condotta illecita perpetrata a danno di clienti del tutto ignari del *pactum sceleris* a monte (o, comunque, impotenti di fronte ad esso).

È innegabile che «la possibilità di ottenere la declaratoria di nullità senza limiti di tempo incide in maniera determinante sulla stabilità dei contratti stipulati con i consumatori, i quali, anche se non colpiti da una sanzione di nullità ma soltanto soggetti a rimedi risarcitori ovvero a correttivi di altro genere, restano esposti in perpetuo a possibili “scossoni” derivanti dalla pronuncia che colpisce l'intesa a monte»²²⁸, tuttavia se il legislatore «ha concepito la tutela della concorrenza come uno strumento [...] per realizzare il maggior grado possibile di utilità sociale»²²⁹, tale obiettivo non può essere messo a repentaglio da esigenze di protezione di una categoria (certamente fondamentale per l'economia nazionale, ma), già di per sé forte e troppo spesso avvezza ad approfittare della propria potenza economica ed informativa per danneggiare i contraenti deboli.

²²⁷ C. Castronovo, *Sezioni più unite...*, cit., 447, richiamando il noto principio secondo il quale *quod nullum est nullum producit effectum*.

²²⁸ V. Calderini, *op. cit.*, 115. Come ha rilevato G. Taddei Elmi, *op. cit.*, 195-196, «vi è chi sostiene che, per non travolgere tutti i rapporti economici instaurati, con conseguenze catastrofiche sulle dinamiche commerciali, l'efficacia retroattiva della nullità andrebbe attenuata: secondo questa posizione in certi casi l'obiettivo del mantenimento della concorrenza esigerà di riportare le cose nello *status quo antea*, mentre in altri sarà più opportuno, per l'effettività del diritto della concorrenza, escludere ogni diritto di ripetizione. Nei sistemi di *common law*, ragionando in questi termini, si arriva addirittura a ritenere le intese anticoncorrenziali negozi *illegal*, per i quali è esclusa la ripetizione».

²²⁹ L. Di Via, *op. cit.*, 745.

Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema ancora aperto

Una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la n. 29810 del 12 dicembre 2017, consente di riaccendere i riflettori sulla vecchia (e ancora irrisolta) questione, sorta in occasione dei noti casi delle “norme bancarie uniformi” e delle assicurazioni R.C. Auto, concernente i rimedi civilistici esperibili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”, ossia dai negozi stipulati con i propri clienti da imprese ree di aver posto in essere sul mercato intese anticoncorrenziali.

Antitrust law and potential remedies in Italy for use by parties harmed by the so-called ‘follow-on contracts’. An ongoing issue

A recent judgment by the Supreme Court of Cassation, No. 29810, 12th December 2017, once again placed the spotlight on an old and ongoing issue, which arose in relation to the well-known ‘Uniform Banking Rules’ and ‘Motor Insurance’ cases. The question concerns the civil remedies which Italian law makes available to victims whose rights have been violated by so called ‘follow-on contracts’, stipulated with their customers by companies guilty of having promoted anti-competitive agreements with consumers.

