

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

**DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO-LETTERARI, STORICO-FILOSOFICI E
GIURIDICI**

**Corso di Dottorato di Ricerca in
Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti e regolazione - XXIX Ciclo**

**PROFILI DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA VIOLAZIONE DI NORME
ANTITRUST**

IUS/01

Tesi di dottorato di:

Dott. ssa Sara Ferri

Coordinatore del corso

Chiar.mo Prof. Carlo Sotis

Tutor

Chiar.mo Prof. Stefano D'Andrea

A.A. 2016/17

Al termine di questi tre anni di dottorato desidero ringraziare tutte le persone che a vario titolo mi hanno accompagnato in questo percorso e senza le quali questo lavoro di tesi non sarebbe stato possibile realizzare.

Innanzitutto voglio ringraziare il Prof. Stefano D'Andrea per essersi dimostrato sempre disponibile nel mio lavoro di ricerca e aver contribuito alla mia crescita personale e professionale, nonché il coordinatore del corso di dottorato Prof. Carlo Sotis per il lavoro svolto, e tutti gli altri docenti che attraverso lezioni, convegni e seminari hanno arricchito in qualche modo il mio percorso formativo.

Desidero, inoltre, ringraziare immensamente la mia famiglia per il sostegno morale che mi ha dato in tutti questi anni di studio, senza il quale nulla sarebbe stato possibile.

PROFILI DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA VIOLAZIONE DI NORME ANTITRUST

INDICE

CAPITOLO I: GLI ELEMENTI DELL'ILLECITO ANTITRUST

1.1. Considerazioni introduttive sulle azioni private risarcitorie.....	pag. 7
1.2. Le origini del diritto antitrust	pag. 12
1.3. Il concetto di impresa.	pag. 15
1.4. Le fattispecie vietate dal diritto antitrust.	pag. 17
1.5. Nozione giuridica di intesa.	pag. 22
1.6. Pratiche concordate.	pag. 26
1.7. Deliberazioni di associazioni di imprese.	pag. 28
1.8. Gli altri elementi della fattispecie dell'illecito antitrust	pag. 29

CAPITOLO II: EFFETTI DELLE INTESE VIETATE SUI CONTRATTI A VALLE: RICOSTRUZIONE CRITICA DELLE TESI PROSPETTATE

2.1. Normativa di riferimento del legame tra intese e pratiche concordate e i contratti dei consumatori.....	pag. 32
2.2. La prima questione esaminata dalla giurisprudenza nazionale: il caso delle Norme bancarie uniformi.....	pag. 34
2.3. La seconda questione esaminata dalla giurisprudenza nazionale: il caso del cartello RC auto	pag. 36
2.4. L'iniziale impostazione restrittiva della Corte di Cassazione: la sentenza n. 17475/2002	pag. 37
2.5. La sentenza Courage della Corte di Giustizia.....	pag. 39
2.6. Il cambiamento di prospettiva della Corte di Cassazione: la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005	pag. 41
2.7. Le ricostruzioni della dottrina sulla sorte dei contratti «a valle».....	pag. 45
2.8. La tesi della nullità dei contratti «a valle»	pag. 46
2.8.1. La nullità del contratto per un vizio endogeno	pag. 48
a) Nullità del contratto «a valle» per illiceità della causa.....	pag. 48

Critica.....	pag. 49
b) Nullità del contratto «a valle» per illiceità dell’oggetto	pag. 53
Critica.....	pag. 54
2.8.1.1. Effetti della nullità	pag. 55
2.8.2. La nullità del contratto per un vizio esogeno o nullità derivata.....	pag. 57
2.8.2.1. Critica.....	pag. 59
2.8.3. La tesi della nullità dei contratti «a valle» in quanto elemento costitutivo dell’intesa restrittiva della concorrenza	pag. 60
2.8.3.1. Critica.....	pag. 61
2.8.4. La tesi della nullità relativa.....	pag. 62
2.8.4.1. Critica.....	pag. 65
2.9. I rimedi diversi dalla nullità.....	pag. 67
2.9.1. La tesi dell’annullabilità	pag. 67
2.9.1.1. Critica.....	pag. 67
2.9.2. La rescissione per lesione	pag. 70
2.9.2.1. Critica.....	pag. 71
2.9.3. La tesi della validità.....	pag. 72
2.10. Il problema della doppia qualificazione giuridica di uno stesso fatto	pag. 74

CAPITOLO III: L’AZIONE RISARCITORIA ANTITRUST

3.1. Considerazioni introduttive sulla legittimazione ad agire dei privati	pag. 78
3.1.1. Le iniziative intraprese a livello europeo per incentivare il ricorso alle azioni risarcitorie antitrust da parte dei danneggiati.....	pag. 84
3.1.2. Il principio della “diretta applicabilità” della normativa europea.....	pag. 86
3.1.3. La direttiva 104/2014.....	pag. 89
3.2. Il danno subito dai concorrenti: i principali casi affrontati dalla giurisprudenza	pag. 90
3.2.1. Tipologie di illecito: gli abusi escludenti e gli abusi di sfruttamento	pag. 93
3.2.2. Il danno subito dall’impresa che ha partecipato alla pratica illecita: la sentenza <i>Courage</i>	pag. 96
3.2.3. L’entità del danno negli illeciti escludenti e in quelli di sfruttamento.....	pag. 100
3.3. Il danno subito dai consumatori.....	pag. 104

3.3.1. Le diverse tipologie di danno per i consumatori nei vari tipi di illecito.....	pag. 106
3.4. <i>Umbrella prices</i>	pag. 109
3.4.1. Il caso <i>Kone</i>	pag. 110
3.5. L'acquirente indiretto.....	pag. 113
3.5.1. La prospettiva della giurisprudenza sulla questione della risarcibilità del danno subito dall'acquirente indiretto	pag. 116
3.5.2. La soluzione americana.	Pag. 121
3.6. Gli altri soggetti del mercato "terzi" rispetto all'intesa illecita legittimati all'azione risarcitoria antitrust	pag. 125
3.6.1. I fornitori e i distributori.	Pag. 126
3.6.2. I lavoratori e i soci investitori.	Pag. 129

CAPITOLO IV: ESPERIENZE A CONFRONTO

4.1. Il sistema americano di <i>private antitrust enforcement</i> . Le origini storiche. ..	pag. 134
4.2. Riflessioni sulla giurisprudenza americana: un'analisi comparata.....	pag. 139
4.2.1. <i>Brunswick</i>	pag. 139
4.2.2. <i>Blue Shield</i>	pag. 141
4.2.3. <i>Associated General Contractors</i>	pag. 141
4.2.4. <i>Matsushita</i>	pag. 143
4.2.5. <i>Cargill</i>	pag. 144
4.2.6. <i>Arco</i>	pag. 145
4.3. La funzione della causalità giuridica nel nostro ordinamento al fine di selezionare le conseguenze dannose risarcibili di un illecito antitrust	pag. 146

CAPITOLO V: NESSO DI CAUSALITA' E ONERE DELLA PROVA

5.1. Inquadramento generale del problema causale.	pag. 152
5.2. Il nesso di causalità nell'illecito civile: il dato normativo.	pag. 157
5.3. La causalità giuridica	pag. 159
5.4. La risarcibilità dei danni immediati e diretti ai sensi dell'art. 1223 c.c.	pag. 162
5.5. Le altre norme sulla quantificazione del danno risarcibile	pag. 166
5.6. Il rapporto di causalità materiale	pag. 169
5.7. Le teorie sull'accertamento della causalità materiale	pag. 171

5.8. La posizione della giurisprudenza	pag. 184
5.9. Riepilogo.....	pag. 190
5.10. La perdita di <i>chance</i>	pag. 195
5.11. La <i>chance</i> e l'accertamento del nesso di causalità.....	pag. 201
5.12. Il danno da perdita di <i>chance</i> : punti di forza e criticità	pag. 204
5.13. Riflessioni in tema di nesso causale negli illeciti anticoncorrenziali	pag. 212
5.14. I problemi connessi all'onere della prova.....	pag. 221
5.15. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11564 del 2015 sull'onere della prova in caso di azione di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale	pag. 228
 Conclusioni	 pag. 236
Bibliografia	pag. 244

CAPITOLO I

GLI ELEMENTI DELL'ILLECITO ANTITRUST

Sommario: 1.1. Considerazioni introduttive sulle azioni private risarcitorie. 1.2. Le origini del diritto antitrust. Il concetto di impresa. 1.3. Le fattispecie vietate dal diritto antitrust. 1.4. Nozione giuridica di intesa. 1.5. Pratiche concordate. 1.6. Deliberazioni di associazioni di imprese. 1.7. Gli altri elementi della fattispecie dell'illecito antitrust.

1.1. Considerazioni introduttive sulle azioni private risarcitorie.

Nel tentativo di affrontare la tematica dell'azione di risarcimento del danno derivante da condotte anticoncorrenziali appare opportuno premettere alcune brevi considerazioni di carattere generale sui comportamenti vietati dalla normativa antitrust, e ciò perché pare più corretto partire dall'inizio anziché dalla fine dell'analisi.

Solo dopo aver compreso quali sono le fattispecie vietate dal diritto della concorrenza sarà possibile esaminare, dapprima, la sorte dei cd. rapporti a valle, ossia quelli sorti per effetto della violazione o comunque incisi dalla violazione delle regole poste a presidio della concorrenza, per poi ricostruire gli elementi dell'illecito, i soggetti legittimati a far valere una pretesa risarcitoria nei confronti dell'autore/trici di tale infrazione, fino ad arrivare a quelle che sono le principali novità introdotte con la recente direttiva 104/2014/UE¹, non ancora recepita negli ordinamenti interni degli Stati membri, essendo previsto come termine ultimo di scadenza il 27.12.2016.

Lo scopo che ci si propone non è tanto quello di esaminare nel dettaglio le disposizioni della suddetta direttiva, quanto di verificare quali elementi sono richiesti per la sussistenza dell'illecito, dedicando particolare attenzione al nesso di causalità tra la violazione della normativa concorrenziale e l'evento dannoso, del quale a dire il vero la direttiva non si occupa, lasciando il relativo accertamento, insieme a quello sull'ingiustizia del danno, al giudice ordinario, per poi verificare se il modello proposto dalla direttiva sia compatibile o, viceversa, troppo lontano rispetto a quello adottato da

¹ Direttiva n. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 novembre 2014, in *GUUE*, entrata in vigore il 25 dicembre 2014.

In forza della delega contenuta nella legge di delegazione europea 2014 (legge 114/2015) è stato emanato lo schema di decreto legislativo che dà attuazione alla Direttiva n. 2014/104/UE.

altre esperienze europee, nonché con il nostro stesso sistema di responsabilità civile, così da condurre ad applicazioni disomogenee nell'Unione europea².

E poiché la direttiva si occupa anche della traslazione del danno, occorre prendere in esame anche la sorte dei c.d. rapporti a valle, sorti per effetto della violazione o comunque incisi della violazione delle regole concorrenziali.

Prima dell'introduzione della recente direttiva, mancava sul piano normativo un esplicito riconoscimento del diritto dei singoli di agire in giudizio per il risarcimento dei danni derivanti da un illecito antitrust.

È solo grazie all'opera pretoria della Corte di Giustizia, poi avallata dalla nostra giurisprudenza nazionale, che è stato riconosciuto il diritto di tutti i soggetti del mercato danneggiati per effetto di una violazione delle regole concorrenziali (siano esse imprese concorrenti, fornitori, dipendenti, consumatori ecc.) di ottenere il risarcimento del danno subito.

A partire dalla nota sentenza *Courage*, infatti, la giurisprudenza europea ha stabilito la legittimazione di "chiunque" a far valere la nullità dell'accordo anticompetitivo e a richiedere il risarcimento del danno subito.

Numerosi poi i tentativi compiuti dalle istituzioni comunitarie di creare un *corpus* organico di norme, dal Libro verde sulle Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 19 febbraio 2005 alla emanazione del Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle normative antitrust comunitarie del 2 aprile 2008, a cui si sono poi aggiunte alcune ricerche.

La direttiva 104/2014/UE si inserisce proprio in questo contesto, con l'obiettivo di assicurare, nel rispetto dei principi europei di equivalenza e di effettività, la più ampia tutela possibile alle vittime di illeciti concorrenziali, intervenendo a supplire a una lacuna del diritto europeo, solo in parte colmata in via pretoria dalle Corti.

Per tale ragione, essa si propone di introdurre regole sostanziali e procedurali, omogenee a livello europeo, che i giudici nazionali sono tenuti ad applicare quando davanti ad essi vengono proposte azioni risarcitorie per la violazione delle regole in materia di concorrenza.

² Per un primo commento alla direttiva si veda E. MALANGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche concorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, p. 390 ss.

La direttiva ha dunque un duplice scopo: da un lato, rendere omogenee le regole relative alle azioni risarcitorie antitrust, in tutti gli Stati membri; dall'altro, potenziare il *private antitrust enforcement*, e raccordarlo con il *public enforcement*³, sussistendo tra i due canali di tutela un rapporto di complementarità.

Il ruolo dell'azione risarcitoria privata è, peraltro, notevolmente mutato rispetto al passato.

Fino a pochi anni fa, infatti, la garanzia circa il rispetto delle norme a tutela della concorrenza era affidata esclusivamente all'Autorità pubblica, mentre nessun diritto era riconosciuto in capo ai privati.

Oggi si può dire che la situazione sia sostanzialmente cambiata posto che la tutela della concorrenza viene garantita da un duplice pilastro: quello pubblico, affidato alla Commissione europea e alle Autorità garanti nazionali (nel nostro ordinamento l'AGCM)⁴, che attua le norme poste a tutela della concorrenza soprattutto attraverso l'esercizio di poteri sanzionatori, di tipo pecuniario o interdittivo, e quello privato assegnato ai giudizi civili, ai quali possono rivolgersi tanto le imprese quanto i consumatori, i quali possono chiedere l'accertamento con conseguente ordine di cessazione delle condotte anticoncorrenziali, la dichiarazione di nullità delle intese, l'emanazione di provvedimenti cautelari e, soprattutto, ottenere la tutela risarcitoria, tra i quali sussiste un rapporto di complementarità⁵.

Nonostante l'estrema importanza del canale privatistico di tutela, nel garantire l'applicazione del diritto antitrust, questo ha ancora oggi un modesto livello di successo, essendo esiguo il numero delle azioni risarcitorie intentate, e comunque nella maggior parte dei casi si tratta di azioni *follow on*, ossia che seguono un provvedimento di condanna dell'Autorità Garante, a causa delle difficoltà che il privato incontra

³ A tal proposito, il considerando 6 della direttiva stabilisce che per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione al livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare il massimo impulso alle regole di concorrenza.

⁴ Con l'art. 3 del Regolamento CE n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GUCE , L 1, del 4 gennaio 2003, n. 1, le autorità garanti e i giudici nazionali sono tenuti ad applicare direttamente la normativa comunitaria antitrust, contenute agli artt. 101 e 102 TFUE, in virtù del principio del decentramento, sempre che si tratti di un'intesa o abuso di posizione dominante destinata ad incidere sul commercio comunitario, in modo da consentire alla Commissione europea di occuparsi delle ipotesi di infrazione più gravi.

⁵ R. CHIEPPA, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarità rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in www.giustiziacivile.com, 3 marzo 2014.

nell'accedere alla tutela risarcitoria, sia per l'onere probatorio assai gravoso che il ricorrente è chiamato ad assolvere, sia per gli elevati costi previsti per intentare le relative azioni, cui si aggiunge la mancanza di una normativa uniforme a livello europeo⁶.

I numerosi interventi posti in essere dalle istituzioni comunitarie, da ultimo con la direttiva 104/2014, cercano proprio di rispondere a tali inconvenienti, nel tentativo di agevolare l'accesso alla tutela risarcitoria, nella convinzione che l'azione privatistica, oltre che garantire un congruo ristoro alle vittime per il danno patito, sia anche chiamata a svolgere un'importante funzione ai fini dell'accertamento e della deterrenza degli illeciti concorrenziali, in modo complementare con la tutela pubblicistica⁷.

Entrambi gli aspetti sembrano trovare il loro punto di collegamento nella nuova funzione della responsabilità civile la quale, tradizionalmente nei sistemi di *civil law*, assolve ad una funzione riparatoria, ora arricchita da una ulteriore funzione "regolatoria" di deterrenza⁸.

Obiettivo fondamentale della direttiva è dunque quello di assicurare che il risarcimento del danno subito dalla vittima dell'illecito antitrust sia integrale, in una prospettiva compensatoria, in contrapposizione a quella deterrente degli Stati Uniti⁹.

La situazione si presentava, quindi, alquanto complessa essendo diversi e significativi i problemi da risolvere.

Si trattava, da un lato, di garantire il massimo funzionamento del mercato interno e, dall'altro, di tener conto degli interessi, certo non omogenei, delle varie categorie di soggetti che operano sul mercato (concorrenti, consumatori, fornitori e distributori ecc.), nonché di contemperare gli interessi di quest'ultimi con quelli, opposti, degli imprenditori che, pur avendo preso parte all'intesa illecita, decidono, tuttavia, di "autodenunciarsi", al fine di ottenere l'esonero o la riduzione della sanzione, partecipando ai cd. *leniency programme*, potendo tale strumento rafforzare l'efficienza

⁶ Sul coordinamento tra *public* e *private enforcement* si veda, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 390 ss.

⁷ M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori, Studi sull'osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Napoli, 2013, p. 250.

⁸ M.C. PAGLIETTI, *op. cit.*, p. 251.

⁹ È l'articolo 3 della direttiva, che riconosce il diritto al pieno risarcimento del danno, prevedendo in particolare al 2° comma che: «Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto alla concorrenza non fosse stata commessa». In conformità con i principi di diritto interno, l'integrale risarcimento del danno è comprensivo del danno emergente e del lucro cessante, nonché degli interessi.

del *public enforcement* ma, allo stesso tempo, limitare la tutela risarcitoria delle vittime della stessa pratica anticoncorrenziale¹⁰.

È presto per dire se la direttiva sia riuscita nello scopo prefissato, e comunque occorrerà vedere come il legislatore ordinario provvederà a darvi attuazione.

Si potrebbe avanzare qualche riserva sullo stesso strumento utilizzato; la direttiva, infatti, può tendere all'armonizzazione ma non all'uniformazione delle normative dei vari Stati membri.

Sicuramente si è scelto lo strumento della direttiva perché più duttile e flessibile e, per questo, maggiormente compatibile con le enormi diversità che esistono tra gli ordinamenti dei vari paesi membri.

Le riflessioni sul *private enforcement* si concentrano, dunque, su due aspetti principali: uno diretto a consentire che il sindacato sull'accordo cospiratorio sia promosso dal maggior numero possibile di danneggiati, ponendo quindi la problematica, da un lato della legittimazione ad agire e, dall'altro, della possibile aggregazione delle domande in una *class action*¹¹, e l'altro relativo alla necessità di risolvere adeguatamente i problemi connessi alle difficoltà probatorie che i privati incontrano quando decidono di intentare un'azione privata di risarcimento del danno.

Uno dei profili più problematici del *private antitrust enforcement* è rappresentato, infatti, proprio dall'onere della prova gravante sul consumatore, avente ad oggetto l'intesa a monte che impedisca, restringa o falsi il gioco della concorrenza, il danno derivante dalla stessa al consumatore e il nesso causale, nonché la quantificazione del danno¹².

È evidente, dunque, l'importanza di perseguire e realizzare l'obiettivo dell'armonizzazione delle normative dei vari Stati membri, in quanto la diversità delle varie discipline può condurre a disparità di trattamento tra i cittadini dei diversi stati che invocano la tutela risarcitoria e non solo.

¹⁰ P.C. ASSINIS, *I programmi leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. Pace, *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 398 ss.; M. MELI, *I programmi di clemenza (leniency programme) e l'azione privata*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, (a cura di) M. Maugeri, A. Zoppini, Bologna, 2009, p. 57 ss.

¹¹ M. SCUFFI, *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, Atti del convegno di Genova, 20 novembre 2015.

¹² R. RIZZO, *La funzionalizzazione del principio dell'onere della prova nella prospettiva dell'illecito antitrust*, in *Dir. civ. cont.*, 4 agosto 2015.

Una maggiore proposizione delle azioni risarcitorie in quei paesi che presentano una disciplina più favorevole per il ricorrente può altresì comportare distorsioni della concorrenza, poiché nei paesi dove la tutela risarcitoria è meno efficace, le imprese saranno spinte in modo maggiore ad adottare condotte anticoncorrenziali, in quanto minore è il rischio di subire una condanna per risarcimento danni; e potrebbe inoltre costituire un disincentivo all'esercizio del diritto di stabilimento e di prestazione di servizi proprio in quegli Stati in cui viene applicato più efficacemente il diritto al risarcimento dei danni¹³.

La direttiva 104/2014 mira ad ovviare a tali inconvenienti, introducendo un minimo di tutela comune a livello europeo, imponendo agli Stati membri un intervento normativo, al fine di recepire la direttiva stessa, adeguando le proprie normative sostanziali e procedurali nella materia risarcitoria antitrust.

Le regole della direttiva si applicano alle azioni risarcitorie collegate a violazioni sia degli artt. 101 e 102 TFUE sia delle disposizioni del diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo dei suddetti articoli.

La stessa si occupa, inoltre, anche del a lungo discusso problema della traslazione del danno, sicché è opportuno prendere le mosse dalla sorte dei cd. «contratti a valle», ossia i contratti stipulati tra l'impresa autrice della violazione della normativa a tutela della concorrenza e i propri contraenti.

1.2. Le origini del diritto antitrust.

La direttiva relativa alle azioni di risarcimento del danno antitrust si inserisce a completamento di un processo che ha avuto origine più di 20 anni fa: rispetto ad allora molti progressi sono stati fatti ma molti ancora sono sicuramente da raggiungere.

¹³ A. TOFFOLETTO – E. DE GIORGI, *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del V Convegno biennale Antitrust, Trento 16-18 aprile 2015, (a cura di) Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano; S. BASTIANON, *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?* in S. Bastianon, *La tutela antitrust in Italia, Unione Europea e Nord America*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza di Bergamo, 11 aprile 2011, Milano, 2012.

In Italia è stata introdotta una legislazione antitrust solo nel 1990 (legge 10 ottobre 1990, n. 287)¹⁴, con notevole ritardo rispetto ad altri paesi europei e agli Usa, dove la prima legge sul mercato risale addirittura al 1890¹⁵.

Con tale legge sono state recepite le disposizioni del Trattato di Roma, quasi quarant'anni dopo la ratifica dello stesso, ed è stata istituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)¹⁶.

Facendo un passo indietro, è stato con l'approvazione della Costituzione repubblicana che per la prima volta è stata enunciata in Italia la libertà di iniziativa economica dei privati all'art. 41 della Costituzione, comma I, mentre ai successivi commi II e III, sono state previste delle garanzie costituzionali del pubblico potere di sottoporre il diritto di impresa a limitazioni, in presenza di interessi pubblici.

La legge Fondamentale, per contro, non conteneva alcuna espressa garanzia costituzionale del principio di libera concorrenza¹⁷, da intendersi come garanzia efficace

¹⁴ Germania, Francia, Olanda e Belgio approvarono le rispettive leggi antitrust verso la fine degli anni sessanta del secolo scorso, uniformandosi allo spirito del Trattato. Regno Unito e Danimarca assunsero invece posizioni parzialmente divergenti. L'Italia arrivò nel 1990, dopo un dibattito cominciato negli anni sessanta: cfr. P. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. società*, 1960, p. 729 ss.

¹⁵ Gli Stati Uniti, infatti, sono stati il primo paese al mondo a dotarsi di una legislazione nazionale a garanzia della concorrenzialità del mercato, adottando nel 1890 lo *Sherman Act*. Questo rappresenta la prima legge antitrust della storia, emanata dal Congresso degli Stati Uniti per limitare i monopoli e i *trusts* come reazione ai grandi cambiamenti dell'economia statunitense realizzati tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento, soprattutto mediante fusioni di imprese di grandi dimensioni. La prima legge antitrust fu poi seguita da altre due leggi successive, ossia il *Clayton Act* e il *Federal Trade Commission Act* emanati nel 1914. Il primo mira a vietare pratiche anticoncorrenziali consistenti nella discriminazione dei prezzi, nell'utilizzo di vendite abbinate di due o più beni e i monopoli locali che possono ridurre la concorrenza, nonché le fusioni che possono limitare la concorrenza. Il *Clayton Act* consente, inoltre, alla parte lesa di ottenere un risarcimento pari al triplo dei danni effettivamente subiti. Il *Federal Trade Commission Act* creò una nuova agenzia governativa, la *Federal Trade Commission (FTC)* che, oltre a svolgere altre attività, vigila sull'applicazione delle leggi antitrust e giudica le controversie di sua competenza.

¹⁶ L'AGCM è un'agenzia pubblica che ha potere investigativo e decisionale su casi di violazione della concorrenza, realizzate per effetto di intese tra imprese, abusi di posizione dominante, operazioni di concentrazione e pubblicità ingannevole.

¹⁷ Nel linguaggio giuridico, il concetto di concorrenza designa un modo di essere dell'iniziativa economica, consistente nella fondamentale condizione di libertà e di eguaglianza per tutti i consociati di entrare ed agire su un medesimo mercato, attuale o potenziale, offrendo beni o servizi suscettibili di soddisfare bisogni ed interessi identici, simili o complementari. La libera concorrenza, quindi, indica il regime nel quale è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica. In dottrina si veda, tra gli altri, G.B. FERRI, voce *Concorrenza*, in *ED*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 532; R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. industriale*, 1956, p. 66.

erga omnes, ossia non solo verso lo Stato (libertà in senso verticale), ma anche verso gli altri operatori del mercato, soggetti privati (libertà in senso orizzontale)¹⁸.

Nella CEE, istituita nel 1957, si è avvertita sin da subito l'esigenza di inserire un nucleo comune di norme antitrust sul modello americano, tanto che nel Trattato istitutivo della stessa vennero introdotte le disposizioni degli artt. 81-89 poi divenute gli attuali artt. 101-109 TFUE.

Con la legge 287/90 sono state recepite le disposizioni del Trattato di Roma, quasi quarant'anni dopo la ratifica dello stesso, ed è stata istituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Infine, con la novella dell'art. 117 della Costituzione, attuata con legge costituzionale 3/2001, nel comma 2 lett. e), è stata affermata la tutela della concorrenza come principio costituzionale, e riservata la materia alla competenza esclusiva dello Stato.

La legge nazionale antitrust disciplina il funzionamento del mercato relativamente ai profili della concorrenza tra imprese, stabilendo una serie di comportamenti vietati, per i quali sono previste significative sanzioni a carico dell'autore (o degli autori) degli stessi.

Essa fa riferimento ai rimedi di natura privatistica solo in due norme: l'art. 2, comma 3, che prevede la nullità delle intese restrittive della concorrenza, e l'art. 33, comma 2, secondo cui eventuali violazioni della concorrenza sono sottoposte alla valutazione del Tribunale delle imprese¹⁹, al fine di ottenere la declaratoria di nullità delle intese o degli abusi di posizione dominante e il risarcimento dei danni.

La legge n. 287, quindi, ha introdotto un sistema frammentario di rimedi civili a tutela dei singoli danneggiati dalle condotte anticoncorrenziali.

¹⁸ In tal senso si veda G. GALGANO, *Rapporti economici*. (Art. 41-44 Costituzione), in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, I° ed., Bologna, 1982, p. 11 ss., spec. 14-15 e 26 ss., il quale, peraltro, afferma che «l'esigenza che l'iniziativa economica privata si attui in regime di concorrenza è costituzionalmente affermata dall'art. 43 Cost., laddove è enunciato il principio che la libertà di iniziativa economica privata viene meno quando l'esercizio di essa abbia dato luogo, di fatto, a situazioni di monopolio».

¹⁹ In seguito alla modifica apportata dal Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104, emanato in attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo, nonché dall'articolo 2 comma 2 del decreto-legge 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività».

Ne consegue che, per ottenere una tutela risarcitoria è necessario che il danneggiato proponga apposita domanda all'Autorità giudiziaria ordinaria, dovendo dare la prova di tutti gli elementi della fattispecie illecita che, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, vanno individuati facendo riferimento all'art. 2043 c.c., in quanto la responsabilità per i danni che derivano da un illecito concorrenziale è una responsabilità di tipo extracontrattuale.

Essi consistono pertanto:

1. nella condotta posta in essere in violazione delle norme a tutela della concorrenza;
2. nel danno diretto derivatone;
3. nella lesione dell'interesse protetto (cd. danno ingiusto);
4. nel nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso;
5. nell'elemento soggettivo, del dolo o della colpa.

Nel caso, poi, in cui i terzi che lamentino una violazione assumano di aver stipulato con l'impresa autrice della violazione un atto negoziale, cd. a valle, allora ciò sarà rilevante al fine di configurare una responsabilità contrattuale, piuttosto che extracontrattuale, con applicazione del relativo regime probatorio, come noto più favorevole di quello inerente all'illecito aquiliano, e occorrerà valutare se tali atti sono validi o nulli²⁰.

1.3. Il concetto di impresa.

Nel tentativo di analizzare, in primo luogo, la figura del danneggiante, risulta opportuno fare riferimento alla nozione di impresa nel diritto comunitario²¹.

Non può sfuggire, infatti, il carattere polisemico della nozione "*impresa*".

A tal fine viene in rilievo un problema di coordinamento tra la nozione di impresa desumibile dall'art. 2082 c.c. e quella più ampia fatta propria dagli organi

²⁰ La tematica in questione verrà sviluppata in modo più ampio nel capitolo 2.

²¹ Per un esame più approfondito della nozione d'impresa nel diritto comunitario si vedano: M. ANTONUCCI, *La nozione di impresa nella giurisprudenza comunitaria ed italiana*, in Cons. St., 2003, II, p. 569 ss.; M. VENEZIA, *La nozione comunitaria di impresa*, in *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, a cura di M. Cassottana- A. Nuzzo, Torino, 2006, p. 269; L. DI VIA, *L'impresa, Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 54 ss.; A. FRIGNANI- R. PARDOLESI, *Le fonti del diritto della concorrenza nella CE*, in Ajani – Benacchio (a cura di) *La Concorrenza, Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Ajani- Benacchio, VII, Torino, 2006, p. 7 ss.

comunitari, con riferimento alla disciplina della concorrenza, in applicazione dell'art. 101 TFUE.

Come noto, la disposizione codicistica sopra richiamata testualmente stabilisce che «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi»²².

Il Trattato Ce (oggi TFUE), per contro, pur utilizzando più volte la nozione “impresa”, non ne offre alcuna definizione generale, lasciando all'interprete il compito di ricostruirla²³, avendo riguardo, soprattutto, alla elaborazione giurisprudenziale e della prassi amministrativa comunitarie, le quali si dimostrano inclini a prediligere una ricostruzione funzionale del concetto di impresa, rispetto alla qualificazione formale²⁴.

Ciò si spiega se si ha riguardo allo scopo perseguito dalla normativa stessa, che è quello di reprimere ogni pattuizione e ogni conseguente comportamento che sia in grado

²² La dottrina tradizionale ritiene che il termine “professionalmente” utilizzato dall'art. 2082 c.c. non si riferisca solo al fatto che l'attività economica debba essere continua e non occasionale ma, affinché un'attività economica possa essere qualificata come imprenditoriale occorre, altresì, che chi la esercita si prefigga come scopo di ricavare dalla stessa un profitto personale. Tale impostazione è stata tuttavia criticata da altra parte della dottrina che al requisito soggettivo (che ha riguardo allo scopo effettivamente perseguito da chi la esercita) ha sostituito un elemento oggettivo, nel senso che l'attività deve essere oggettivamente lucrativa, ossia idonea a rimborsare i fattori della produzione impiegati mediante il corrispettivo ricavato dai beni e dai servizi prodotti o scambiati e, quindi, a determinare un equilibrio gestionale tra costi e ricavi, anche se chi la esercita persegue uno scopo ideale o altruistico, così ricomprendendo nella suddetta nozione anche le imprese con scopo mutualistico e le imprese pubbliche). In definitiva, con la sentenza Cass., 19 giugno 2008, n. 16612, la Suprema Corte ha statuito che, in presenza degli altri requisiti indicati nell'art. 2082 c.c., la natura imprenditoriale sussista ogniqualvolta l'attività economica organizzata, esercitata in via esclusiva o prevalente, sia idonea a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi.

²³ Tra gli scritti più significativi: A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283; A. GRISOLI, voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss; P. VERRUCOLI, *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, p. 61 ss.; R. FRANCESCHELLI, *L'impresa comunitaria*, in *Impresa e società: studi in onore di A. GRAZIANI*, vol. V, Napoli, 1968, p. 2159 ss.; R. ROSOLINI, *La nozione di impresa secondo gli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma e i suoi più recenti sviluppi*, in *Riv. dir. industriale*, 1974, p. 187; M. SCALABRINO, *La nozione di impresa nei Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 1967, p. 185 ss; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, leggi antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 280 ss.

²⁴ La nozione ampia di impresa accolta dalle corti comunitarie è stata poi ripresa, in virtù dell'art. 1, comma 4, legge antitrust nazionale – in virtù del quale «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza», a cui consegue che, per interpretare le disposizioni della legge 287/90, non si può prescindere dai principi normativi dell'ordinamento comunitario, nonché da quelli sviluppati nella prassi per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale -, anche in Italia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, intendendo per impresa «qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle modalità di finanziamento», non assumendo, quindi, rilievo la natura pubblica o privata dell'autore dell'infrazione (AGCM, 26 novembre 1998, *Consigli Nazionali dei ragionieri e periti commercialisti e dei dottori commercialisti*, in *Boll. comunità europee*, 1998, p. 48, confermato dal T.A.R. Lazio 28 gennaio 2000, n. 466, in *Guida dir.*, 2000, 6, p. 85 ss.; in dottrina G. MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, (a cura di) E.A. Raffaelli, Milano, 1998, p. 389 ss.

di alterare in qualsiasi modo il gioco della concorrenza, a prescindere dal soggetto che lo pone in essere.

È evidente come l'attività ermeneutica delle Corti europee risulti, in tale contesto, oltremodo indispensabile per precisare il contenuto delle norme data la vaghezza e assoluta imprecisione della terminologia impiega nel diritto antitrust.

Infatti, di fronte alla suddetta lacuna normativa, la giurisprudenza comunitaria ha cercato di elaborare la nozione "impresa" nel modo più ampio possibile, ritenendo che la relativa qualifica spetti a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, sia essa di produzione e/o di scambio di beni o servizi, dietro remunerazione, a prescindere dal suo stato giuridico - individuale, collettivo, ente pubblico o società privata, persona giuridica e non – dalla sua organizzazione e dalle sue modalità di finanziamento²⁵.

Così congeniata, la definizione di "impresa" si presenta idonea a ricomprendere ogni entità che eserciti attività commerciali, indipendentemente dall'esistenza di uno scopo di lucro e dal requisito della personalità giuridica²⁶.

Ne consegue che qualunque soggetto (persona fisica o giuridica) che svolga in modo indipendente un'attività di natura economica e che sia in grado, anche in via solo potenziale, di alterare il mercato concorrenziale, può essere considerato "impresa" secondo la legislazione antitrust²⁷, ed essere soggetto alla relativa disciplina.

1.4. Le fattispecie vietate nel diritto antitrust.

Come accennato, nell'assolvere l'onere probatorio incombente sul danneggiato al fine di avere accesso alla tutela risarcitoria conseguente ad un illecito antitrust, il primo elemento che viene in rilievo è rappresentato dall'esistenza delle infrazioni concorrenziali, suscettibili di produrre un danno risarcibile.

E si tratta dell'elemento più difficile da dimostrare posto che, pur trattandosi degli illeciti più gravi e più diffusi, presentano i maggiori problemi di accertamento in

²⁵ C. Giust. CE, 23 aprile 1991, *Höfner c. Macroton*, causa C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979, nonché numerose anche recenti decisioni del T.A.R. Lazio e del C. St. Nello stesso senso v. anche Autorità Garante, *Relazione annuale*, 1995, p. 126.

²⁶ Il fatto che la disciplina antitrust in ambito comunitario si applichi anche ad entità aventi ad oggetto l'esercizio o la disciplina di un'attività economica ma prive di finalità lucrative, risulta anche dalle sentenze della Corte relative ai casi FEDETAB e, segnatamente, in C. Giust. CE, 29 ottobre 1980, C-209-215 e 218/78, in *Racc.*, 1980, p. 3125, dove è stata ritenuta soggetta al divieto di cui all'art. 85 del TCE una decisione di un'associazione non riconosciuta e senza scopo di lucro.

²⁷ S. CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. circolazione*, 1999, pp. 37-38.

considerazione della loro natura segreta. Inoltre, l'accertamento di tali violazioni risulta particolarmente complesso, e per questo affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sicuramente in possesso di maggiori cognizioni tecniche, giuridiche ed economiche.

È questa la ragione per cui nella maggior parte dei casi vengono proposte azioni risarcitorie *follow-on*, ossia conseguenti ad un provvedimento di condanna dell'Authority.

Quando le imprese, anziché competere tra di loro, come vorrebbe un sistema economico basato sul libero gioco della concorrenza, si mettono d'accordo espressamente o implicitamente al fine di coordinare i loro comportamenti sul mercato (es. stabiliscono congiuntamente i prezzi dei propri prodotti o si dividono i mercati per non farsi concorrenza l'una con l'altra), creano una restrizione o un impedimento della concorrenza²⁸.

Il risultato che ne consegue normalmente è un arricchimento delle imprese a danno dei consumatori.

Per tale ragione, la legislazione antitrust predispone delle norme con il dichiarato scopo di impedire che le imprese tengano sul mercato comportamenti idonei ad influenzare in modo diretto o indiretto il comportamento dei concorrenti o ad impedire il corretto svolgimento dei meccanismi concorrenziali.

A differenza di quanto avviene in un mercato concorrenziale, infatti, dove ciascuna impresa tende alla massimizzazione del profitto, per raggiungere il quale decide di produrre una quantità di prodotto tale per cui il costo marginale è uguale al prezzo di mercato del bene o servizio, in quanto la quantità che produce non è in grado di influire sul prezzo, le imprese aderenti al cartello, comportandosi sostanzialmente come monopoliste, si accordano per ridurre il livello della rispettiva produzione, rispetto a quello che si avrebbe in regime di libera concorrenza, per vendere ad un prezzo di

²⁸ In dottrina, tra gli altri, si veda: R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. Frignani e R. Pardolesi, in *Tratt. dir. priv. Unione Europea*, Torino, 2006, p. 25 ss.; L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287/90*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1995, I, p. 76 ss; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in AA.VV., *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ e E. GABRIELLI, 2011, XV, p. 28 ss.; M. SCININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 411 ss., e ivi M. LIBERTINI, *Le intese illecite*, p. 107 ss.

mercato più elevato, spingendo la produzione fino al punto in cui il ricavo marginale viene a coincidere con il costo marginale²⁹.

L'art. 2 l. 287/1990 vieta, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 101 (ex art. 81) TFUE³⁰, le intese tra due o più imprese che “abbiano per oggetto o per effetto³¹ di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”.

L'intesa per eccellenza è data dall'accordo posto in essere tra varie imprese, in genere concorrenti, per realizzare un parallelismo di comportamenti da tenere sul mercato, basato su uno scambio reciproco di informazioni sulle strategie di mercato che ognuna di esse intende seguire (cd. cartelli)³², ma può consistere anche in decisioni di associazioni di imprese³³, nonché in pratiche concordate³⁴, ossia in forme di parallelismo conscio di comportamenti che non arrivano, tuttavia, a strutturarsi in cartelli.

L'intesa, inoltre, può essere di due tipi: orizzontale³⁵, quando viene messa in atto dalle imprese che sono attive allo stesso livello del ciclo produttivo o commerciale,

²⁹ R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997, p. 147.

³⁰ Le norme comunitarie sulla concorrenza vengono in rilievo quando le intese sono in grado di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, mentre le norme antitrust nazionali hanno un ambito di applicazione più ristretto, interessando esclusivamente le condotte illecite i cui effetti si ripercuotono nel mercato strettamente nazionale.

³¹ Per consolidata giurisprudenza si tratta di requisiti alternativi, nel senso che se è provata la natura anticoncorrenziale dell'oggetto, non è necessario indagare anche sugli effetti che la stessa ha prodotto sul mercato, in quanto comunque si considera illecita.

³² Ai fini della configurabilità di un accordo è sufficiente che vi sia l'espressione della volontà di comportarsi in modo determinato, limitando la propria libertà sul mercato, non rilevando che l'accordo dia luogo ad obbligazioni giuridiche. Alla luce dei precedenti comunitari e nazionali, la nozione di accordo ricomprende, quindi, anche una semplice manifestazione comune di volontà raggiunta nel contesto di riunioni tra rappresentanti delle imprese, anche in assenza di verbali e resoconti delle stesse, nonché di specifici meccanismi di esecuzione dell'accordo. Per un approfondimento sul punto, si veda: R. PARDOLESI, *Intese restrittive*, cit., p. 36.

³³ Nell'ambito delle decisioni di associazioni di imprese va compresa qualsiasi forma di deliberazione (es. regolamenti, delibere, circolari, raccomandazioni), anche non vincolante, assunta da organismi rappresentativi di una categoria di imprese, con lo scopo di influenzare le condotte commerciali delle imprese affiliate alterando il gioco della concorrenza.

³⁴ Sulle pratiche concordate, R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*, in *Il Foro amm. Tar*, 2002, pp. 498-511; L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 86 ss. La nozione di pratica concordata comprende ogni forma di intesa in cui, pur non essendo formalizzato alcun tipo di accordo, presuppone comunque una qualche forma di contatto tra le imprese, che consenta loro di conoscere le rispettive strategie commerciali.

³⁵ Le intese orizzontali sono normalmente considerate le restrizioni più pericolose, in quanto maggiormente idonee ad incidere sulle dinamiche concorrenziali. Ne costituiscono tipici esempi le intese dirette alla fissazione dei prezzi di beni o servizi, nonché gli accordi diretti alla ripartizione del mercato in cui offrire i beni o i servizi prodotti; il boicottaggio, ossia il rifiuto concertato di contrattare.

verticale quando riguarda tipicamente stadi successivi della produzione e vendita di un determinato prodotto: un tipico esempio è rappresentato dagli accordi di distribuzione³⁶.

Inoltre, tanto il legislatore comunitario quanto quello nazionale hanno vietato le intese tra due o più imprese che abbiano come oggetto o effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza.

Per l'ipotesi di violazione del divieto di realizzare intese restrittive della concorrenza, la legge nazionale antitrust prevede all'art. 2, comma 3, che "*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*".

Anche a livello comunitario le intese sono sanzionate con la nullità all'art. 81, par. 2 (oggi art. 101, par. 2 TFUE) con una disciplina perfettamente corrispondente a quella nazionale³⁷.

La legislazione antitrust vieta, inoltre, ogni abuso di posizione dominante nel mercato³⁸.

La normativa non contempla, tuttavia, né la nozione di dominanza né contiene criteri qualitativi e quantitativi in base ai quali accertare la sussistenza di una posizione dominante sul mercato³⁹.

Nel nostro ordinamento si fa comunque costantemente riferimento ai principi elaborati dalla consolidata prassi e giurisprudenza comunitaria⁴⁰.

³⁶ Gli accordi tra imprese possono avere effetti limitativi della concorrenza anche quando sono conclusi tra operatori situati in stadi successivi di uno stesso processo produttivo, come ad esempio, tra produttori e distributori. Le tipologie più comuni di restrizioni verticali vanno dalla fissazione dei prezzi, per cui il distributore si impegna a vendere il prodotto in base alle indicazioni di prezzo del produttore, alle esclusive, sia di acquisto che di distribuzione. Ad esse si aggiungono inoltre restrizioni relative all'obbligo di acquisto dell'intera gamma del produttore e altri vincoli contenuti nei contratti di fornitura. Si pensi al caso dei contratti di distribuzione esclusiva dei gelati, sanzionati con provvedimento dell'AGCM in quanto ritenuti idonei a produrre effetti restrittivi della concorrenza.

³⁷ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in AaVv, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, pp. 201-202.

³⁸ Art. 3 l. 287/90 e art. 102 TFUE.

³⁹ Secondo la definizione fornita dalla C. Giust., 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann La Roche/Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 461 ss., la posizione dominante può essere definita come "una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti, ed in ultima analisi, dei consumatori. [...] Siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio".

⁴⁰ L. CASTELLI, *Recenti interventi in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 1198.

Si tratta di condotte unilaterali poste in essere da un'impresa che, proprio in ragione del potere dominante che detiene sul mercato, può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori.

La legge, quindi, non vieta la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso che si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori o impedisce ai concorrenti di operare sul mercato causando, di conseguenza, un danno anche ai consumatori⁴¹.

Analogamente a quanto avviene per le intese, quando l'abuso determina un pregiudizio per il commercio tra più Stati membri dell'UE, l'Autorità applica la normativa comunitaria⁴².

Ferma restando l'applicazione dell'art. 3 della legge 287/90 in materia di abuso di posizione dominante, l'Autorità può intervenire qualora ravvisi un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (art. 11, legge 57/2001).

Si ha abuso di dipendenza economica – ai sensi dell'art. 9, legge 192/1998 - quando un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti⁴³.

Le condotte abusive si distinguono in:

- abusi di sfruttamento, che si realizzano quando l'impresa tiene determinati comportamenti sul mercato con i quali si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre un sovrapprofitto⁴⁴;
- abusi di esclusione, ossia quelle condotte commerciali finalizzate ad estromettere i concorrenti dal mercato o aumentandone i costi di ingresso sul mercato o

⁴¹ Questo avviene, ad es., quando l'impresa in questione pratica prezzi irragionevolmente alti, sottrae clienti ai concorrenti più piccoli vendendo a prezzi artificialmente bassi, ostacola i concorrenti sul mercato, o in un mercato connesso, costringendo i consumatori che desiderano un prodotto popolare e molto richiesto a comprarlo insieme ad un altro prodotto, o ancora quando si rifiuta di vendere a determinati clienti o offre particolari sconti a chi si rifornisce esclusivamente o per la maggior parte presso di lei.

⁴² Il riferimento è all'art. 102 TFUE.

⁴³ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009, p. 144 ss.; CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009, p. 127 ss.

⁴⁴ Sono tipiche fattispecie di abuso di sfruttamento, l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi, o le pratiche discriminatorie nei confronti di controparti commerciali.

precludendo gli sbocchi o gli approvvigionamenti al fine di realizzare rendite monopolistiche a danno dei consumatori⁴⁵.

Infine, la normativa antitrust contempla le operazioni di concentrazione che si realizzano quando due o più imprese, prima indipendenti, vengono controllate o possedute da una stessa impresa, spinta dalla preoccupazione che esse possano ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo la capacità dell'impresa che ne risulta in termini di aumento di prezzi o di stabilire le condizioni contrattuali⁴⁶.

In tal caso la normativa prevede un meccanismo di comunicazione preventiva all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per tutte le operazioni di concentrazione il cui fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie⁴⁷.

1.5. Nozione giuridica di intesa.

L'art. 2 della legge 287 del 1990 disciplina la prima fattispecie di comportamenti anticoncorrenziali vietati dal diritto antitrust: l'intesa.

Ai sensi del primo comma «sono considerate intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari»⁴⁸.

⁴⁵ Ne costituiscono esempio la fissazione di prezzi predatori, l'applicazione di sconti fidelizzati o la vendita congiunta di prodotti.

⁴⁶ In dottrina, tra gli altri: A. ANTONUCCI, *La disciplina comunitaria delle concentrazioni tra imprese: le recenti modifiche del regolamento 4064/89*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 265; S. BERTINI e M. SASSATELLI, *Le concentrazioni in Europa e in Italia e la realizzazione del Mercato Unico*, in AAVV, *Concorrenza e controllo delle concentrazioni in Europa*, a cura di P. Bianchi e G. Gualtieri, Bologna, 1996, pp. 51-148.

⁴⁷ L'Autorità Antitrust dispone di ampi poteri in ordine al controllo delle concentrazioni. In primo luogo, ad essa sono riconosciuti poteri istruttori che le consentono di richiedere alle imprese di fornire informazioni ed esibire documenti in loro possesso; essa potrà inoltre disporre ispezioni dirette a controllare documenti aziendali, ordinare perizie ed analisi economiche e statistiche, consultare esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. In secondo luogo, ad essa sono stati attribuiti poteri cautelari, azionabili dopo l'apertura dell'istruttoria diretti a sospendere l'operazione fino all'adozione di una decisione definitiva. Terminata, poi, l'attività istruttoria, dispone anche di poteri decisori, ossia dovrà valutare l'impatto della concentrazione sul mercato. Ove riscontri che la operazione di concentrazione comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, potrà vietarla o autorizzarla, prescrivendo le misure necessarie a impedire tali conseguenze. Se l'operazione è già stata portata a termine, l'Autorità potrà disporre le misure necessarie a ripristinare le condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi.

⁴⁸ La nozione di intesa accolta dal diritto antitrust estremamente ampia ed idonea a ricomprendere qualunque tipo di collaborazione o coordinamento tra imprese a prescindere dal mezzo utilizzato e la veste assunta dall'accordo o dalla pratica.

Il secondo comma, invece, in modo simmetrico all'art. 101 TFUE, oltre a esplicitare il divieto di realizzare le intese stesse qualora «abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza, all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante», contiene un'elencazione, tutt'altro che tassativa, dei comportamenti suscettibili di integrare la fattispecie⁴⁹.

Da una prima lettura della norma contenuta nell'art. 2, appare subito evidente l'enorme divergenza che sussiste tra le categorie economiche rilevanti utilizzate dal diritto antitrust per descrivere determinati comportamenti tenuti dalle imprese che agiscono sul mercato e le corrispondenti categorie civilistiche.

La prima nozione che viene in evidenza nella normativa antitrust è proprio quella di "intesa", la quale si discosta notevolmente da quella civilistica di accordo e, a maggior ragione, di contratto di cui all'art. 1321 c.c.

Da un attento esame della norma emerge chiaramente quello che è il tratto caratterizzante di qualsiasi intesa: la concertazione idonea a sostituire all'autonomia dei comportamenti di due o più imprese una forma di coordinamento degli stessi⁵⁰, in quanto le imprese, anziché determinare autonomamente la condotta da tenere sul mercato, adottano pratiche commerciali uniformi, tali da alterare il normale gioco della concorrenza⁵¹.

Così, nel linguaggio comune il termine "intesa" descrive un accordo esplicito legato alla manifestazione di volontà di due o più parti.

⁴⁹ Ai sensi del co. 2 dell'art. 2, legge n. 287/90, «sono vietate le intese (...) consistenti nel:

1) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
2) impedire o limitare gli sbocchi, la produzione o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
3) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
4) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza o subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi».

⁵⁰ V.M. MANGINI – G. OLIVIERI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Diritto Antitrust*, Torino, 2003, p. 25; P.M. PUTTI, *L'invalidità dei contratti tra imprenditori*, in AA.Vv., *Tratt. Dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 643.

⁵¹ L. PROSPERETTI, *Le intese*, in AA.Vv., *Economia e diritto antitrust*, a cura di L. Prosperetti, M. Siragusa, M. Beretta, M. Merini, Roma, 2006, p. 125.

Nel diritto antitrust, invece, ha un significato molto più ampio perché descrive qualsiasi operazione economica in cui due o più imprese coordinano i rispettivi comportamenti sul mercato per controllare o limitare la concorrenza⁵².

Tale comportamento può derivare tanto da un accordo esplicito come da un semplice parallelismo di comportamento⁵³.

Il legislatore, peraltro, non solo non fornisce una nozione di intesa - limitandosi ad elencare le diverse fattispecie in cui essa si può manifestare - ma non indica neppure gli elementi costitutivi della fattispecie, con la conseguenza che spetta all'interprete elaborare una definizione di intesa, che sia suscettibile di ricomprendere ogni atto dell'elenco⁵⁴.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. 287/90 sono "intese" vietate, in primo luogo, gli accordi che abbiano per oggetto o per effetto di alterare il gioco della concorrenza.

Il concetto di accordo usato dal diritto della concorrenza è molto più ampio rispetto alla tradizionale nozione civilistica di cui all'art. 1321 c.c., ai sensi del quale «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale»⁵⁵.

Nel diritto antitrust, infatti, rientra nella nozione di "accordo" qualsiasi manifestazione anche informale di programmi anticoncorrenziali, destinati ad essere attuati⁵⁶, quindi, tanto i contratti efficaci e giuridicamente vincolanti, quanto le obbligazioni solo morali o economiche⁵⁷.

⁵² L. PACE, *Dizionario sistemico della concorrenza*, p. 69 sottolinea proprio quest'aspetto ossia che «è considerata intesa qualsiasi forma di interazione o collaborazione tra imprese attuata mediante una direzione almeno consapevole delle attività».

⁵³ Nella dottrina italiana si veda, tra gli altri, L. MANSANI, *op. cit.*, p. 76 ss.; M. ONORATO, *Nozione di intesa e requisiti del contratto*, in AA.VV., *I contratti nella concorrenza*, a cura di G. Guizzi, E. Gabrielli, A. Catricalà, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, Torino, 2011, p. 52 ss.

⁵⁴ M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012, p. 16 ss.

⁵⁵ Così C. St., 30 agosto 2002, n. 4362, *Rep. Foro it.*, 2002, «Concorrenza», n. 165, per il quale «La nozione di accordo anticompetitivo elaborata dalla giurisprudenza parrebbe quindi differente rispetto a quella considerata nella tradizione privatistica, ove l'accordo richiede il compimento di atti idonei a rivelare l'intenzione del soggetto in un certo ambiente sociale».

⁵⁶ C. OSTI, *Antitrust e oligopolio. Concorrenza, cooperazione e concentrazione: problemi giuridico-economici e proposte di soluzione*, in *Trattato di dir. amm. Europeo*, Bologna, 1995, p. 165-167.

⁵⁷ Si veda, a tal proposito una pronuncia del Consiglio di Stato, cd. Latti artificiali, C. St., 30 agosto 2002, n. 4362, , ha ribadito che la nozione di intesa è "ampia e non formalistica" e che "la nozione di accordo è diversa da quella formale civilistica e va intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti".

Così anche T.A.R. Lazio, n. 1474/95, secondo cui "non è necessario, perché si integri la figura dell'accordo di cui all'art. 2, comma 1°, della legge 287/1990, che vi sia stipula di un contratto valido e vincolante fra le parti in quanto è diversa la portata della norma richiamata che intende perseguire ogni forma di collusione che attenti al valore della libera concorrenza sul mercato".

Pertanto, anche gli impegni moralmente vincolanti, come l’attuazione di fatto di una semplice lettera d’intenti, i cd. *gentlemen’s agreements*, possono costituire accordi vietati, essendo sufficiente a questo fine il fatto che attraverso di essi venga espressa una volontà concorde delle imprese in senso anticoncorrenziale.

Allo stesso modo, rientra nella nozione in esame anche l’acquiescenza tacita ad una proposta o clausola contrattuale, ma non il mero parallelismo di comportamenti che non sia supportato da ulteriori indizi⁵⁸.

Tale impostazione è fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale ha evidenziato che “l’art. 2 della legge 287 del 1990 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 e 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 frutto anche di comportamenti non contrattuali o non negoziali⁵⁹. Ciò che conta è “l’inerenza di tali comportamenti ad una distorsione del gioco della concorrenza (...) l’effettività di un atteggiamento comune, volto a sostituire la competizione concorrenziale con una collaborazione pratica che giustifica una nullità speciale, (...) così dando rilevanza non solo all’eventuale negozio giuridico originario postosi all’origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva

La nozione di “accordo” è stata interpretata estensivamente sia dalla Corte di Giustizia CE che dall’Autorità Garante della concorrenza. Così ad es. C. Giust. CE, 12.07.1976, *EMI Records Limited c. CBS Schallplatten GMBH*, in *Racc.*, 1976, p. 913, ha ritenuto che va reputata “accordo” anche la clausola di un accordo che, pur avendo cessato di produrre efficacia, continui ad essere eseguita dalle parti; nello stesso senso, C. Giust. CE, 12 luglio 1979, *BMW e altri c. Commissione*, 32, 36, 82/78, in *Racc.*, 1979, II, p. 2435 ss., è stato considerato “accordo” l’invio di una circolare che inviti ad un certo comportamento, seguita dalla restituzione di una copia sottoscritta ecc.

⁵⁸ V. MANGINI – G. OLIVIERI, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁵⁹ Così Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1223 ss., con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali*, *cit.*, ivi e in *Danno e resp.*, 2000, p. 57 e ss.

È significativa anche App. Milano, 20 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2006, 3, II, p. 448 ss., per la quale non è necessario, perché si abbia accordo rilevante per il diritto antitrust, che venga stipulato un contratto o altro negozio validi in base al diritto civile.

*al negozio originario – la quale, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza*⁶⁰.

Poiché è superflua l'esistenza di un negozio a struttura bilaterale, si può concludere nel senso che l'intesa sia una categoria comportamentale anziché formale.

Oltre a prescindere dalla sussistenza di un negozio, la giurisprudenza ha riconosciuto l'esistenza di una condotta anticoncorrenziale, ricadente nel divieto di cui all'art. 2, anche nell'ipotesi in cui l'accordo restrittivo della concorrenza abbia natura asimmetrica per la posizione di debolezza assunta da una parte che, pur acconsentendo al negozio, sia soggetto al preponderante potere della controparte⁶¹.

1.6. Pratiche concordate.

La legislazione antitrust distingue la nozione di "pratica concordata" da quella di "accordo tra imprese" e di "decisione di associazione di imprese" al fine di sanzionare ogni forma di coordinamento e collusione, comprese quelle che non presuppongono un vero e proprio accordo, ma una consapevole collaborazione in funzione anticoncorrenziale⁶².

Secondo la definizione elaborata dalla Corte di Giustizia, e recepita dall'Autorità Antitrust, le pratiche concordate *«corrispondono ad una forma di coordinamento fra le imprese che, senza essere spinta sino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza»*, collaborazione la quale porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali di mercato⁶³.

⁶⁰ Cass. ult. cit., la quale ha affermato che l'art. 2 dice che "sono considerate intese" e non "sono intese", così ammettendo espressamente la possibilità di ricondurre entro la nozione anche comportamenti privi del carattere negoziale.

⁶¹ C. Giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage c. Crehan*, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 75 ss., cit. Nella suddetta sentenza la Corte ha statuito che il diritto comunitario si oppone a normative nazionali che precludano, per il solo fatto di essere parte di intese del genere, il diritto al risarcimento del danno derivato dalla loro esecuzione, a meno che non si accerti che il richiedente abbia avuto una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.

⁶² R. PARDOLESI, *Intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 41.

⁶³ AGCM, provv. 9 ottobre 1997, *Associazione Vendomusica/Case discografiche multinazionali – Federazione Industria Musicale Italiana*, in *Boll.*, n. 49/97, che riprende la sentenza della Corte di Giustizia, C. Giust. CE, 16 dicembre 1975, *Industria europea dello zucchero*, in *Racc.*, 1975, p. 1663 e ss., nonché C. Giust. CE, 14 luglio 1972, 48/69, *ICI c. Commissione*, in *Racc.*, 1972, p. 656. Per la giurisprudenza interna, si fa riferimento, ad es., a T.A.R. Lazio, 26.06.2008, n. 6213, in AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma, 2009, p. 18 e, più recentemente, C. St., sez. VI, 11.01.2010, n. 10.

Affinché si abbia una effettiva concordanza di comportamenti non è, peraltro, sufficiente il parallelismo di comportamenti delle imprese, dovendo sussistere una conoscenza artificiale delle decisioni dei concorrenti riconducibile ad un effettivo scambio di informazioni sulle strategie di mercato, riguardanti i prezzi o i mercati, che ciascuna di esse intende adottare.

La *ratio* di tale previsione si spiega con il fatto che «*se la individuazione delle intese fosse legata alla necessaria presenza di un accordo o di una decisione, la praticabilità del divieto di intese risulterebbe severamente limitata, affievolendo inoltre l'obiettivo di deterrenza che per suo tramite dovrebbe essere assicurato*»⁶⁴.

Il concetto di pratica concordata è diverso da quello di accordo, poiché presuppone un comportamento concretamente attuato⁶⁵.

Nonostante la differenza tra accordo e pratica concordata non sia facilmente apprezzabile, una differenza sostanziale va ravvisata nel fatto che, mentre la pratica presuppone un atto esecutivo, un comportamento omogeneo percepibile e valutabile nel mercato, l'accordo può anche prescindere da un comportamento, essendo sufficiente che ricorra la convergenza delle intenzioni delle parti, senza costituire elemento essenziale un contratto valido e vincolante secondo gli ordinamenti nazionali⁶⁶.

Ne consegue che, per aversi "pratica concordata" non è sufficiente l'uniformità dei comportamenti delle imprese, ma è altresì necessario che tale uniformità derivi da una concertazione, ossia da una collusione tra gli operatori economici, senza però che sia necessaria la conclusione di un negozio collusivo tra le stesse imprese⁶⁷.

Lo scambio di informazioni, per essere ritenuto idoneo a generare un'intesa restrittiva della concorrenza, deve riguardare elementi essenziali a determinare la politica aziendale⁶⁸ dell'impresa che fornisce tali informazioni.

Con esso le imprese si limitano a comunicare ai concorrenti il proprio contegno presente o futuro, ma non assumono alcun obbligo di uniformare le rispettive condotte, restando libere di adottare un contegno diverso⁶⁹.

⁶⁴ R. PARDOLESI, *Diritto Antitrust italiano*, cit., p. 169.

⁶⁵ L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 55 e ss.

⁶⁶ C. Giust. CE, 11 gennaio 1990, *Sandoz*, C-277/87, in *Racc.*, 1990, I, p. 45.

⁶⁷ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato*, cit., p. 548.

⁶⁸ Sullo scambio di informazioni, si veda I. BERTI, *Lo scambio di informazioni tra imprese concorrenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 563 ss.

⁶⁹ C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, (a cura di) A. Zoppini e G. Olivieri, Roma-Bari, 2008, p. 26 ss.

1.7. Deliberazioni di associazioni di imprese.

L'art. 2, comma 1 della l. 287/90 annovera, tra le intese vietate, anche le “delibere delle associazioni di imprese, consorzi ed altri organismi simili, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari”.

Si tratta, peraltro, di una nozione più specifica rispetto a quella contenuta nella normativa comunitaria, la quale si limita a far riferimento alle “decisioni di associazioni di imprese”.

La nozione adottata a livello comunitario è, infatti, volutamente generica, in modo da comprendere al suo interno ogni atto - regolamento, delibera, circolare, raccomandazione – anche privo di carattere formale vincolante, che costituisca la manifestazione d'intenti di imprese aderenti ad una struttura comune che esercita, nei confronti dei rispettivi membri, poteri sia di vigilanza, sia di tutela delle ragioni economiche, influenzando le relative condotte sul mercato⁷⁰.

Alle difformità letterali esistenti tra le due disposizioni non corrisponde però una differenza sostanziale dell'ambito di applicazione della disciplina delle intese rispetto al modello comunitario⁷¹.

Tale specie di intese è costituita, infatti, da atti unilaterali dell'ente che, anche senza avere carattere obbligatorio per i membri interessati, sono suscettibili di vincolare le singole imprese, anche in assenza di una loro volontà conforme.

Dalle considerazioni sopra svolte, emerge che, affinché si ricada nell'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 2 legge nazionale antitrust, occorre che:

- sia accertata l'esistenza di un'intesa;
- questa abbia un'incidenza negativa, anche solo potenziale, sul gioco della concorrenza;
- tale incidenza deve essere oggetto o effetto dell'intesa;
- il gioco della concorrenza deve essere ristretto, impedito o falsato;
- l'incidenza negativa deve riguardare il mercato nazionale o una sua parte rilevante.

Quanto alle conseguenze ricavabili dalla disposizione sopra citata ne discende, anzitutto, che non è importante la qualificazione giuridica del negozio posto in essere

⁷⁰ R. PARDOLESI, *Le intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit., p. 39.

⁷¹ L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, cit., p. 84.

dalle imprese concorrenti; ciò che rileva è che l'intesa da esse posta in essere abbia come oggetto o come effetto la restrizione della concorrenza.

Conseguentemente, si avrà una violazione del divieto di intese anticompetitive anche quando le imprese colludenti non abbiano posto in essere un vero e proprio contratto con cui si programmi la collusione a monte.

1.8. Gli altri elementi della fattispecie dell'illecito antitrust.

Dall'analisi delle condotte vietate emerge come esse riguardino, normalmente, o soggetti estranei ad un vincolo contrattuale con il responsabile, si pensi al caso dell'abuso escludente, o soggetti che subiscono l'illecito contemporaneamente o nella fase anteriore alla stipulazione del contratto con essi, come ad es. nell'ipotesi di un'intesa che imponga agli acquirenti un prezzo anticompetitivo per l'acquisto di un determinato prodotto⁷².

In entrambi i casi, dunque, il comportamento illecito genererà una responsabilità extracontrattuale.

Accanto alle ipotesi sopra descritte, ve ne sono altre in cui il soggetto danneggiato da un'intesa o da un abuso di posizione dominante è invece legato contrattualmente al danneggiante, es. nel caso degli abusi di sfruttamento, in cui un'impresa, abusando della sua posizione, o più imprese, attraverso un'intesa, realizzino una riduzione della produzione al fine di aumentare conseguentemente i prezzi.

Qualora, quindi, la violazione della disciplina antitrust avvenga in fase di esecuzione del contratto, non pare possa esserci dubbio sul fatto che il soggetto danneggiato possa agire in via contrattuale, trattandosi di responsabilità per inadempimento⁷³

Oltre alle condotte anticoncorrenziali, di cui si è parlato in modo esaustivo, condotte che vengono accertate in via preliminare dall'Autorità Antitrust, nell'ipotesi che si tratti di azioni *follow-on*, o direttamente dal giudice, nelle azioni *stand alone*, occorre individuare quali sono gli altri elementi costitutivi della fattispecie di illecito antitrust.

Elementi del fatto illecito sono la condotta, il danno, il nesso di causalità, l'ingiustizia del danno e l'elemento psicologico.

⁷² L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 36.

⁷³ L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 42.

La direttiva non specifica se il danneggiato debba provare la colpa o il dolo dell'impresa che ha violato la disciplina antitrust⁷⁴.

Nel silenzio della normativa antitrust occorre, quindi, fare riferimento alle regole generali dettate in materia di illecito civile ex art. 2043 c.c.

In applicazione dei principi generali in tema di illecito, il risarcimento del danno antitrust richiederebbe la prova della colpa⁷⁵.

Sebbene spesso si tenda a presumere l'esistenza dell'elemento soggettivo nel caso di commissione di un illecito di questo tipo, la questione della colpa non andrebbe affatto sottovalutata, se non al rischio di contravvenire a quelli che sono i principi fondanti del nostro sistema di responsabilità civile⁷⁶.

Pertanto, l'esigenza di ampliare il ricorso alle azioni risarcitorie in ambito antitrust non deve indurre ad obliterare tale requisito, se non a costo di accogliere un'imputabilità del danno a titolo di responsabilità oggettiva⁷⁷.

Viceversa, l'elemento soggettivo assume rilievo sia nell'ambito della responsabilità contrattuale che di quella extracontrattuale.

⁷⁴ Il giudice amministrativo ha ribadito l'orientamento nazionale e comunitario sulla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito antitrust, sostenendo che "a fondare il giudizio di "intenzionalità" di un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza è sufficiente la constatazione che la società non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza, senza che sia anche richiesta la sicura consapevolezza di trasgredire la norma violata. Così Cons. Stato, 20 aprile 2011, n. 2438, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*.

⁷⁵ Quanto alla prova dell'elemento soggettivo, occorre distinguere le azioni *follow-on* da quelle *stand-alone*. Nelle prime, data l'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGC nazionale e della Commissione, l'attore può richiamare le prove acquisite dall'autorità e riportarle nel procedimento. Spetta al convenuto provare l'assenza dell'elemento soggettivo. Nelle seconde, invece, la prova dell'elemento soggettivo grava sull'attore. Potrebbe farsi applicazione della regola dettata in materia di concorrenza sleale dall'art. 2600 c.c., ai sensi del quale "Accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa si presume".

⁷⁶ Come noto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza dell'elemento soggettivo è condizione necessaria per configurare un illecito civile e poter richiedere il risarcimento dei danni subiti.

La colpevolezza, quale requisito essenziale dell'illecito aquiliano, è rappresentato dal nesso psichico che lega la condotta all'agente. L'art. 2043 distingue gli elementi del dolo e della colpa, ai fini della configurazione dell'illecito aquiliano, senza peraltro fornirne alcuna definizione. Risultano a tal fine utili le definizioni proprie della disciplina penalistica, secondo la quale è doloso l'evento previsto e voluto dal soggetto come conseguenza della propria azione o omissione; mentre è colposo l'evento non voluto dall'agente, anche se previsto, che si verifica per negligenza, imprudenza e imperizia (c.d. colpa generica) ovvero per violazione di specifiche regole di condotta (c.d. colpa specifica).

Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale è il danneggiato che deve fornire la prova del comportamento colpevole dell'autore dell'illecito a differenza di quanto avviene nell'ambito della responsabilità contrattuale, dove grava sul debitore l'onere di dimostrare il comportamento diligente nonostante il mancato adempimento della prestazione.

Per un approfondimento in tal senso si veda *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, I, (sub art. 2043), a cura di U. Carnevali, 2011, p. 343 ss.

⁷⁷ La responsabilità oggettiva è quella posta a carico del soggetto senza che a costui possa essere addebitata colpa o dolo.

Peraltro non tutti gli stati membri richiedono l'elemento della colpa come requisito imprescindibile per il risarcimento del danno.

In base alla disciplina della direttiva, di cui si approfondirà in seguito, se il comportamento antitrust è stato accertato da un atto amministrativo o da una sentenza del giudice amministrativo, spetterà all'impresa convenuta dimostrare l'inapplicabilità della disciplina antitrust, per il ricorrere di un'ipotesi di esenzione, o perché la violazione non è avvenuta. L'onere della prova, quindi, risulta invertito.

Ciò che conta, infatti, è il risultato, l'effetto del comportamento, ossia la restrizione della concorrenza, perché sia applicata la disciplina antitrust con le relative sanzioni.

CAPITOLO II

EFFETTI DELLE INTESE VIETATE SUI CONTRATTI A VALLE: RICOSTRUZIONE CRITICA DELLE TESI PROSPETTATE

Sommario: 2.1. Normativa di riferimento del legame tra intese e pratiche concordate e i contratti dei consumatori. 2.2. La prima questione esaminata dalla giurisprudenza nazionale: il caso delle Norme bancarie uniformi. 2.3. La seconda questione esaminata dalla giurisprudenza nazionale: il caso del cartello RC auto. 2.4. L'iniziale impostazione restrittiva della Corte di Cassazione: la sentenza n. 17475/2002. 2.5. La sentenza *Courage* della Corte di Giustizia. 2.6. Il cambiamento di prospettiva della Corte di Cassazione: la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005. 2.7. Le ricostruzioni della dottrina sulla sorte dei contratti «a valle». 2.8. La tesi della nullità dei contratti «a valle». 2.8.1. La nullità del contratto per un vizio endogeno. a) Nullità del contratto «a valle» per illiceità della causa. Critica. b) Nullità del contratto «a valle» per illiceità dell'oggetto. Critica. 2.8.1.1. Effetti della nullità. 2.8.2. La nullità del contratto per un vizio esogeno o nullità derivata. 2.8.2.1. Critica. 2.8.3. La tesi della nullità dei contratti «a valle» in quanto elemento costitutivo dell'intesa restrittiva della concorrenza. 2.8.3.1. Critica. 2.8.4. La tesi della nullità relativa. 2.8.4.1. Critica. 2.9. I rimedi diversi dalla nullità. 2.9.1. La tesi dell'annullabilità. 2.9.1.1. Critica. 2.9.2. La rescissione per lesione. 2.9.2.1. Critica. 2.9.3. La tesi della validità. 2.10. Il problema della doppia qualificazione giuridica di uno stesso fatto.

2.1. Normativa di riferimento del legame tra intese e pratiche concordate e i contratti dei consumatori.

L'art. 33, comma 2, legge nazionale sulla concorrenza, mette a disposizione dei privati, da un lato, le azioni di risarcimento del danno e, dall'altro, le azioni di nullità degli atti compiuti in violazione delle norme sulla concorrenza, devolvendo la relativa cognizione alla Corte d'Appello territorialmente competente, in primo e unico grado, ed ora, al Tribunale delle imprese⁷⁸.

⁷⁸ La norma citata è stata, da ultimo, modificata dall'art. 2, comma 2, del d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27.

Prima di tale modifica normativa, la dottrina era pressoché concorde nel ritenere che vi fosse disparità di trattamento tra il sistema di competenza delineato dalla normativa comunitaria e quello nazionale, garantendo al consumatore, solo nel caso di violazione di norme del primo tipo, il principio del doppio grado di giurisdizione.

La giurisprudenza ha iniziato ad occuparsi del tema della tutela del consumatore⁷⁹, controparte dell'impresa collusa, sul finire degli anni novanta, e la sua attenzione, così come quella della dottrina in ambito antitrust, si è in un primo tempo concentrata quasi esclusivamente sulla tematica della sorte dei cd. contratti «a valle», ossia quei contratti stipulati da ciascuna impresa partecipante all'intesa vietata con i propri clienti in conformità al programma concordato con le altre imprese.

Tale questione ha poi svolto un ruolo di condizionamento molto forte nella successiva individuazione e sviluppo dei principi in materia risarcitoria.

Quantunque la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria siano ormai tendenzialmente inclini a riconoscerne la validità, la tesi della nullità è stata di recente riproposta da alcuni autori⁸⁰, con ciò evidenziando che il dibattito non è ancora completamente sopito.

Il problema interpretativo origina dalla circostanza che, sebbene la legge n. 287/90 preveda espressamente all'art. 2, comma 3, che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*”, nulla prevede, invece, sulla sorte dei contratti «a valle», lasciando all'interprete il compito di verificare di volta in volta se sussista un legame sufficientemente rilevante tra l'intesa restrittiva della concorrenza e i contratti stipulati dalle imprese con la propria clientela per dare esecuzione all'intesa stessa al punto di poter ritenere che la nullità dell'una si riverberi sugli altri.

Il problema consiste, dunque, nel comprendere se, ed in che limiti, il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento - attraverso la previsione della nullità delle intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera sensibile la concorrenza -, possa riverberarsi e condizionare atti di autonomia negoziale⁸¹.

Nella ricerca di una soluzione al problema, i giudici e gli interpreti che si sono occupati dell'argomento hanno fornito nel tempo risposte diverse.

⁷⁹ Ai fini della presente indagine, per “consumatore” si intende, sia la persona fisica che l'impresa che opera all'ultimo livello della filiera del bene o servizio prodotti, a prescindere dal fatto che agisca o meno nell'ambito dell'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, diversamente da quanto stabilito dall'art. 3 cod. cons.

“Concorrente” è, invece, l'impresa che si trova ad operare allo stesso livello della filiera produttiva o distributiva delle imprese convenute in giudizio.

Anche il termine “professionista” si discosta dal significato per cui è utilizzato nel cod. cons. e viene ad indicare, in via residuale, chi non è né consumatore, né concorrente, in quanto vende beni o servizi ad un diverso livello della filiera produttiva/distributiva rispetto alle imprese convenute.

⁸⁰ M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012, spec. p. 164 e ss.

⁸¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 70.

2.2. La prima questione esaminata dalla giurisprudenza nazionale: le Norme bancarie uniformi.

Il primo caso in cui la giurisprudenza nazionale si è occupata della questione relativa alla validità o meno dei contratti a valle è stato quello relativo alle norme bancarie uniformi (N.B.U.), ossia le condizioni generali di contratto predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana, il cui contenuto veniva trasfuso nei contratti che le singole banche aderenti stipulavano con i propri clienti⁸².

In particolare, dopo l'accertamento della realizzazione di un'intesa restrittiva della concorrenza da parte dell'ABI⁸³ - qualificata come associazione di imprese - mediante la predisposizione delle n.b.u. - qualificate come delibere di tale associazione⁸⁴-, in quanto tendenti al coordinamento del comportamento economico delle banche nei confronti dei loro clienti⁸⁵, le Corti adite per ottenere l'accertamento e la dichiarazione di nullità dei contratti bancari, riproduttivi delle clausole fissate a monte dalle imprese, hanno sostenuto soluzioni completamente opposte.

Alcuni giudici, tanto di legittimità quanto di merito, hanno asserito il non riverbero della nullità sui contratti a valle e, quindi, la piena validità delle clausole in essi contenute, pur se attuative dell'intesa illecita e quindi nulla ex art. 85 TCE⁸⁶, mentre altra parte della giurisprudenza ha, tutt'al contrario, concluso per l'invalidità dei

⁸² Anche la Corte di Giustizia è stata investita della questione relativa agli effetti a valle dell'intesa, tuttavia non si è pronunciata sul punto, ritenendo non sussistenti le denunciate violazioni delle norme del trattato da parte delle n.b.u., Corte di Giustizia, 21 gennaio 1999, C-215 e 216/96, *Bagnasco e altri, c. Banca popolare di Novara*, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 41, e in *Giur. comm.*, 1999, n. 5, parte II, p. 483 ss., con nota di G. PERASSI, il quale sottolinea come la costante giurisprudenza della Corte ritiene disciplinate dai singoli ordinamenti nazionali le conseguenze sui contratti stipulati dalle imprese con i consumatori in attuazione delle intese costituenti infrazione delle norme del Trattato; e in *Foro it.*, 1999, IV, pp. 130-138, vol. 122, IV, con nota di S. BASTIANON, *La fideiussione omnibus, il diritto antitrust e l'araba fenice*.

⁸³ L'accertamento è avvenuto ad opera della Banca d'Italia, l'Autorità allora competente ad applicare la disciplina antitrust nazionale nel settore bancario, fino alla modifica legislativa introdotta con la legge n. 262 del 2005, con cui la suddetta competenza è stata affidata all'AGCM, senza introdurre per essa l'obbligo di sentire il parere della Banca d'Italia prima dell'adozione dei propri provvedimenti.

⁸⁴ Come tali, quindi, rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 2 della Legge Antitrust.

⁸⁵ L'AGCM, 10 luglio 2007, n. 17046, in *Boll.* n. 26/2007, ha ritenuto che, quando le circolari fornite dall'associazione, anche se non vincolanti, forniscono una chiave interpretativa della normativa, specificandone l'ambito e le modalità di applicazione, ed orientando l'attività delle imprese associate verso un determinato comportamento, esse possono avere valore anticoncorrenziale e ricadere perciò nel divieto di intese restrittive, in quanto idonee ad uniformare il comportamento degli associati sul mercato, riducendo le incertezze sul comportamento dei concorrenti a danno della clientela.

⁸⁶ In tal senso, tra gli altri, Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, nonché Tribunale di Pesaro, 21 novembre 2000, Tribunale di Milano, 25 maggio 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 87 ss., con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust*.

contratti «a valle» per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 c.c.⁸⁷, attribuendo carattere illecito ai singoli contratti stipulati sulla falsariga di un'intesa vietata, ravvisando in essi gli estremi di una diretta violazione della norma imperativa di cui all'art. 2 della legge antitrust⁸⁸, oppure del principio generale di ordine pubblico economico di libera concorrenza che si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione⁸⁹.

Lo stesso atteggiamento è stato riscontrato nelle riflessioni della dottrina, laddove alcuni hanno ritenuto che l'accertamento da parte dell'Autorità Antitrust della violazione delle regole a tutela della concorrenza sia in grado di condizionare anche i contratti stipulati a valle con la propria clientela comportando la nullità delle clausole riproduttive dell'intesa vietata⁹⁰, ma non dell'intero contratto⁹¹, ai quali si contrappongono quelli che hanno escluso che l'inosservanza delle regole di concorrenza si ripercuota sui contratti a valle posti in essere in conformità dell'intesa vietata⁹².

⁸⁷ Tribunale di Roma, 20 febbraio 1997, con nota critica di A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla cd. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449 ss., secondo cui “(...) l'accertata violazione delle norme in materia di concorrenza nella predisposizione delle norme bancarie uniformi non può non comportare conseguenze sulla validità delle clausole che risultino inserite nei singoli contratti con la clientela. Queste clausole, in quanto predisposte in contrattati tipo articolati dall'ABI ed applicati da tutte le aziende di credito, 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 cd. ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa.

Le posizioni della giurisprudenza favorevoli alla dichiarazione di nullità delle clausole nei contratti a valle o dell'intero contratto che riproducono il contenuto di intese illecite, sono minoritarie rispetto alla tesi contraria che non ammette la nullità derivata.

⁸⁸ In tal senso L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 226 ss., il quale, criticando l'impostazione della pronuncia di legittimità, ritiene che i contratti a valle siano nulli, ma ex art. 1418, comma 2, c.c., per illiceità della causa, “perché conclusi in violazione della norma imperativa dell'art. 2, comma 2 – che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita – e non per la nullità che colpirebbe il comportamento anticoncorrenziale”.

⁸⁹ Nel senso della nullità derivata dei contratti con la clientela, riproduttivi delle n.b.u., per illiceità della causa in quanto costituenti violazione del principio di libera concorrenza A.V. GUCCIONE, *op. cit.*, p. 450.

⁹⁰ L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1997, p. 415 ss.; G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle “norme bancarie uniformi”*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 220, il quale afferma che la tipicità dei contratti bancari esclude l'ipotesi di illiceità della causa.

⁹¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, *cit.*, p. 70.

⁹² G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, pp. 25 ss.; D. SARTI, *Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto*, in *Banca e borsa*, 1998, II, p. 108 ss.

2.3. La seconda questione affrontata dalla giurisprudenza nazionale: il caso RC auto.

Le successive questioni affrontate dalla giurisprudenza hanno riguardato l'esistenza di intese restrittive della concorrenza nel settore della RC auto realizzate tra le principali compagnie nazionali di assicurazione, sulle quali tanto l'AGCM quanto la giurisprudenza si sono pronunciate svariate volte, dove accanto al profilo della validità degli accordi stipulati a valle, iniziano a porsi questioni relative alla risarcibilità dei danni antitrust.

Si assiste, in particolare, da parte della giurisprudenza, ad un mutamento della prospettiva da cui vengono valutate le conseguenze civilistiche degli illeciti antitrust.

Il cd. cartello assicurativo è stato sanzionato dall'AGCM⁹³ perché ritenuto illecito, avendo ad oggetto lo scambio di dati strategici tra le imprese ad esso aderenti⁹⁴.

Il cartello aveva comportato, infatti, come conseguenza immediata e diretta, un incremento omogeneo delle tariffe, che erano cresciute di più del doppio rispetto agli altri paesi europei, con la conseguenza che il consumatore non aveva sostanzialmente alcuna possibilità di scelta dato l'elevato numero di compagnie coinvolte⁹⁵.

In seguito al provvedimento dell'AGCM, furono incardinate varie decine di azioni individuali di risarcimento del danno, al fine di ottenere la restituzione del sovrapprezzo pagato alle compagnie assicurative, da parte dei consumatori/assicurati dinanzi ai giudici nazionali⁹⁶, competenti per valore in base alle regole ordinarie (a

⁹³ AGCM provv. 8546/2000, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3355 nonché in *Dir. fall.*, 2002, II, pp. 660-718, con nota di F. BOCHICCHIO, *Il controllo dell'antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*

⁹⁴ Lo scambio di informazione avveniva in assenza di una intesa vera e propria, formalizzata per iscritto, con cui le imprese si informavano reciprocamente sul numero di polizze emesse, sulla probabilità stimata per i sinistri, sulle condizioni di vendita praticate, in modo da accordarsi sui minimi tariffari da applicare.

⁹⁵ La fattispecie trae origine dal provvedimento n. 8546 del 28.07.2001 dell'AGCM con il quale è stata inflitta a ben 39 compagnie assicurative una sanzione di 700 miliardi di lire per aver posto in essere un cartello illecito che aveva comportato un illegittimo aumento delle dei prezzi dei premi assicurativi.

⁹⁶ Le controversie instaurate davanti ai giudici lamentavano un incremento del costo della polizza, quale conseguenza immediata e diretta della partecipazione dell'impresa assicuratrice convenuta al cartello sanzionato dall'autorità e ne chiedevano il rimborso.

In tali circostanze, alcuni giudici hanno dichiarato la nullità dei contratti a valle per contrarietà a norme imperative ex art. 1418 c.c. per la lesione del diritto del consumatore alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, ed in particolare la nullità parziale della clausola sul prezzo. Altri, invece, hanno ritenuto che l'intesa a monte determini una responsabilità precontrattuale a carico dell'impresa partecipante al cartello che abbia dato esecuzione all'intesa mediante la stipula dei contratti a valle, riproduttivi del contenuto illecito dell'accordo, per contrarietà ai principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

seconda dei casi, quindi, giudice di pace⁹⁷ o tribunale).

Era pacifico, infatti, che destinatari delle norme antitrust fossero solo le imprese, mentre i consumatori non potevano qualificarsi come soggetti direttamente tutelati e, quindi, non erano annoverati tra i possibili titolari delle azioni di risarcimento del danno, di cui all'art. 33 della legge 287⁹⁸.

La questione è poi approdata in Cassazione in seguito al ricorso proposto dalla Axa Assicurazioni avverso la sentenza con la quale il giudice di pace di Acquaviva delle Fonti aveva condannato la compagnia a risarcire ad un assicurato una somma pari al 20% del premio di polizza pagato, basandosi sul cartello sanzionato dall'AGCM che aveva prodotto l'aumento illecito del premio assicurativo.

L'Axa ha proposto ricorso in Cassazione deducendo l'incompetenza del giudice di pace a pronunciarsi sulle domande di rimborso e affermando la competenza funzionale della Corte d'Appello ai sensi dell'art. 33 della legge nazionale antitrust.

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso confermando la competenza del giudice di pace e l'inapplicabilità ai consumatori finali dei rimedi sanzionatori previsti dall'art. 33, comma 2, L. 287/90, compresa l'azione di nullità.

2.4. L'iniziale impostazione restrittiva della Corte di Cassazione: la sentenza n. 17475/2002.

Con la sentenza n. 17475 del 2002⁹⁹ i giudici di legittimità, nel negare al consumatore lo strumento risarcitorio ex art. 33 l. 287/90, hanno motivato la loro decisione sulla base dell'assunto che *“sarebbe difficilmente configurabile una legittimazione ad agire in capo ai consumatori, non potendo in alcun modo reagire su di essi l'esistenza in sé delle intese, le quali risultano concepite, in quanto tali, solo in*

⁹⁷ Il giudice di pace era chiamato a pronunciarsi secondo equità, almeno fino alla modifica legislativa avvenuta con d.l. 08.02.2003, n. 18 il cui art. 1 ha modificato l'art. 113, comma 2, c.p.c., che tra le cause che vanno decise secondo equità ha espressamente escluso quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del codice civile”.

⁹⁸ M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 933-941.

⁹⁹ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475 in *Danno e resp.*, 2003, p. 390 ss., con commento di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, pp. 393-398, e in *Dir. ind.*, 2003, p. 172 con commento di G. COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, pp. 175-177, e in *Foro it.*, 2003, I, p. 1121 con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*, pp. 1122-1126 e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, pp. 1127-1130.

funzione di chi appunto (le imprese) le possa concludere, e le abbia in concreto concluse”, atteso che già “sul piano fattuale” sarebbe difficilmente configurabile “una qualsivoglia soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo, e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su di essi l’esistenza in sé delle intese”, quindi il consumatore svolgerebbe un semplice ruolo di sollecitazione dell’esercizio dei poteri da parte degli organi competenti.

La Cassazione, peraltro, non ha escluso ogni forma di tutela per il consumatore ma ha ritenuto non sufficiente, per ottenere il ristoro del danno subito a seguito di una condotta anticoncorrenziale, la mera realizzazione di un’intesa illecita, la quale non produrrebbe un’analoga nullità sui contratti a valle, essendo altresì necessario che la condotta dell’impresa si connoti del carattere di anti giuridicità per violazione di uno specifico diritto soggettivo vantato dal consumatore, il quale sarà legittimato ad esperire un’ordinaria azione di responsabilità extracontrattuale¹⁰⁰, soggetta agli ordinari criteri di competenza e non alla cognizione esclusiva della Corte d’Appello in unico grado di merito.

Dall’esclusione dei consumatori dai soggetti legittimati a far valere la nullità, la Corte deduce la natura “*stravagante*” che il riconoscimento a quei soggetti della possibilità di chiedere il risarcimento del danno *ex art. 33* andrebbe ad assumere rispetto all’impianto normativo, “*essendo lo strumento risarcitorio previsto in stretta connessione con le azioni di nullità e di inibitoria dal medesimo secondo comma dell’art. 33; strumento il quale non può di conseguenza non lasciare presupporre esso stesso una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell’impresa e della sua presenza nel mercato*”¹⁰¹.

La tutela del consumatore, quindi, andrebbe ricercata in un’azione di danni *ex art. 2043 c.c.*, esperibile in presenza di tutti gli elementi ivi contemplati, quali la violazione di uno specifico diritto soggettivo, che deve essere dedotto e allegato dal consumatore, la produzione di un danno ingiusto, che non può farsi coincidere con il mero accertamento dell’intesa illecita vietata, e la sussistenza di un nesso di causalità tra

¹⁰⁰ G. COLANGELO, *Intese restrittive della concorrenza*, cit., pp. 1181-1184.

¹⁰¹ Così Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit.

la violazione e il danno subito¹⁰².

Dopo un primo approccio restrittivo dei giudici di legittimità, in merito alla risarcibilità dei danni antitrust, per così dire di tipo “formalistico”, incentrato quasi esclusivamente sul tema della validità dei contratti a valle, la Suprema Corte di Cassazione abbandona tale atteggiamento restrittivo, per adottare una prospettiva “sostanzialistica”.

La Cassazione parte, infatti, dall’assunto dell’incomunicabilità del vizio esistente nell’intesa a monte al contratto a valle per negare la legittimazione ad agire in via risarcitoria dei consumatori finali.

In base all’impostazione seguita dalla Corte, non sarebbe affatto automatico il collegamento tra intesa vietata e contratto a valle, perché il contratto resta pur sempre una manifestazione di volontà privata finalizzata allo scambio economico o alla creazione, modificazione o estinzione di un certo rapporto giuridico, e potrà anche essere concluso al di fuori dell’intesa illecita.

Tuttavia, sebbene gli effetti distorsivi prodotti da un’intesa illecita sui contratti a valle non siano immediatamente percepibili, è chiaro che le imprese che realizzano ad es. un cartello sui prezzi lo fanno per stipulare successivamente contratti con la clientela che abbiano tutti il medesimo contenuto, riproduttivo di quello concordato a monte.

Il contratto a valle, pertanto, costituisce lo strumento con cui l’impresa realizza quel vantaggio economico che è l’obiettivo dell’intesa.

2.5. La sentenza *Courage* della Corte di Giustizia.

Il decisivo cambiamento di prospettiva si è avuto solo grazie all’influenza dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, in particolare nella sentenza emessa nel caso *Courage*¹⁰³.

In quell’occasione la Corte di Giustizia, in seguito ad un rinvio pregiudiziale da

¹⁰² I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 342 ss.; S. BASTIANON, *op. ult. cit.*, pp. 395-396.

¹⁰³ C. Giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, causa C-453/99, in *Racc.*, 2001, p. I-6297, e in *Foro it.*, 2002, IV, p. 75 ss., con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni»*, e ivi di E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell’accordo: il punto di vista del giudice italiano*. Ulteriori commenti alla sentenza si rinvengono in: S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole del rapporto*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1153 ss.; G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell’antitrust comunitario*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 456 ss.

parte della Corte d'Appello inglese, è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione della legittimazione ad agire davanti ad un giudice nazionale per ottenere il risarcimento dei danni subiti da un soggetto che sia stato parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza¹⁰⁴.

In estrema sintesi, la risposta data dalla Corte di Giustizia, facendo leva sul fatto che gli artt. 85 e 86 (oggi 101 e 102) del Trattato producono effetti diretti nei rapporti tra privati, attribuendo loro diritti che i giudici nazionali devono tutelare, è stata quella di riconoscere in capo a chiunque la legittimazione a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 e a richiedere il risarcimento del danno, quindi anche di chi sia stato parte dell'accordo anticoncorrenziale, *“se si trovi in una posizione di inferiorità grave, nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole o la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità”*, sempre che non sia stata accertata una significativa responsabilità della stessa nella distorsione della concorrenza¹⁰⁵.

L'ampia legittimazione riconosciuta dalla Corte di Giustizia nella sentenza resa nel caso *Courage* è stata precisata, poi, nel caso *Manfredi*¹⁰⁶ originato dalle domande proposte dal sig. Manfredi e da altri consumatori per ottenere la restituzione dell'aumento di premio pagato relativo alle polizze Rc auto a causa dell'intesa illecita

¹⁰⁴ In breve i fatti di causa: nel 1991 il sig. *Crehan* stipulava con la IEL (in seguito alla fusione dei pub della società *Courage*, grande fabbrica di birre del Regno Unito che deteneva il 19% del mercato di vendita della birra e della società *Grand Metropolitan*, operante nel settore alberghiero e della ristorazione, questi venivano dati in gestione alla IEL) due contratti di locazione contenenti clausole di acquisto esclusivo di birra dalla società *Courage*, con obbligo di acquistare un quantitativo minimo indicato. Mentre il canone di locazione poteva essere contrattato tra le parti, le suddette clausole erano imposte e non negoziabili. Il sig. *Crehan*, convenuto in giudizio dalla *Courage* per ottenere il pagamento di forniture di birra rimaste insolute, non si limitava a contestare la domanda ma proponeva domanda riconvenzionale con la quale chiedeva il risarcimento dei danni per il fatto che la clausola di acquisto esclusivo a favore della *Courage* comportava un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata dal Trattato.

¹⁰⁵ Si tratta della teoria dell'*in pari delicto* sviluppatasi nella giurisprudenza inglese secondo cui chi ha compiuto un atto immorale o illecito o ha preso parte, in qualità di contraente, ad un contratto illecito non è meritevole di tutela e non può chiedere il risarcimento del pregiudizio subito per effetto del contratto stesso. Nel caso di specie infatti, il sig. *Crehan* era stato parte del contratto contenente la clausola di esclusiva di cui chiedeva il risarcimento dei danni.

Tuttavia, come rileva anche G. ROSSI, *“Take Courage”! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 90 ss., nel caso in cui parte del contratto illecito sia un consumatore, la giurisprudenza inglese ha ridimensionato tale principio, facendo leva sulla natura asimmetrica derivante dal preponderante potere contrattuale della parte imprenditoriale.

¹⁰⁶ C. Giust. CE, *Manfredi & altri*, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04, C-296/04, C-298/04, in *Danno e resp.* 2007, p. 1278 ss., con nota di M. CARPAGNANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, p. 1280 ss. e ivi di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, p. 26 ss.

posta in essere da varie compagnie assicurative in forza di clausole contrattuali comunemente concordate e di scambi di informazioni.

Alla base di questo orientamento della Corte sta la considerazione che la piena efficacia dell'articolo 81 e soprattutto *“l'effetto utile del divieto sancito dal comma 3 dell'articolo 81, sarebbe messo in discussione se chiunque non potesse richiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possa restringere o falsare il gioco della concorrenza”*¹⁰⁷.

Il risarcimento del danno causato dall'illecito antitrust, e riconosciuto al singolo, svolge quindi un ruolo complementare rispetto all'attività di repressione dei comportamenti anticoncorrenziali mediante le sanzioni inflitte direttamente dall'Autorità antitrust alle imprese.

2.6. Il cambiamento di prospettiva della Corte di Cassazione: la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005.

La svolta della nostra giurisprudenza nazionale è segnata dalla sentenza n. 2207/2005¹⁰⁸, con cui le **Sezioni Unite** della Cassazione hanno riconosciuto definitivamente il diritto del consumatore di essere risarcito per il danno subito a seguito del comportamento anticoncorrenziale delle imprese ex art. 33 legge antitrust nazionale, di competenza della Corte d'Appello in unico grado, territorialmente competente¹⁰⁹.

La suddetta sentenza ha segnato un progresso molto importante per quanto riguarda gli interessi tutelati dalla normativa antitrust poiché ha statuito che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico*

¹⁰⁷ La Corte di Giustizia, già a partire dagli anni '60 e, soprattutto, dalla nota sentenza *Van Gend & Loos* del 1963, a proposito delle norme del Trattato, poi ribadito anche a proposito dei regolamenti, e più tardi anche delle direttive *self executing*, aveva stabilito l'importante principio della diretta applicabilità delle norme comunitarie da qualunque giurisdizione nazionale.

¹⁰⁸ Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1015 ss., con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*.

¹⁰⁹ Anche rispetto a questa sentenza vi sono stati molteplici commenti da parte della dottrina.

Tra gli altri, si veda: B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 506 ss.; C. COLANGELO, *Antitrust, cartelli e consumatori: l'epilogo dell'affare Rc Auto*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1014; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.; M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, ibidem, p. 342; I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza 2007/05: la Cassazione alla ricerca della difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, ibidem, p. 337.

pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata. La violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c.; il consumatore finale che subisce un danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione a monte, ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della Legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da questa ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della Corte d'Appello»¹¹⁰.

La Suprema Corte di Cassazione riconosce, quindi, che la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto ma è la legge di tutti i soggetti che abbiano un interesse concreto al corretto funzionamento del mercato¹¹¹. Il consumatore che ha acquistato il bene o il servizio interessato dalla violazione può pretendere il risarcimento della differenza tra il prezzo pagato e quello che avrebbe pagato se non ci fosse stata l'intesa illecita (cd. sovrapprezzo anticompetitivo)¹¹².

Dal punto di vista della Corte, quindi, benché l'oggetto immediato della tutela della legge antitrust non sia il pregiudizio subito dal concorrente – in caso contrario,

¹¹⁰ Le Sezioni Unite della Cassazione ribaltano il precedente orientamento della Corte anche sotto altri due profili: quello della competenza a conoscere delle azioni di risarcimento del danno antitrust, attribuita alla Corte d'Appello, come previsto dall'art. 33, l. 287/90, diretta conseguenza del riconoscimento, in capo ai consumatori, della legittimazione ad attivare le tutele previste dalla stessa norma; quello della sorte dei contratti a valle, rilevando come "le due questioni proposte, quella relativa alla legittimazione ad agire e quella relativa alla posizione giuridica dei contratti conclusi tra impresa assicuratrice e cliente "a valle" dell'accordo illecito tra gli imprenditori, costituiscono aspetti del medesimo problema. Ciò in quanto la posizione giuridica del terzo, estraneo all'intesa, che afferma di averne subito gli effetti, ne determina la legittimazione ad agire".

¹¹¹ In linea con l'evoluzione giurisprudenziale sul danno ingiusto, pervenuta sino a disancorare la risarcibilità del danno dalla lesione di un diritto soggettivo, le S.U. ribadiscono che: «l'area della risarcibilità non è, quindi, definita da altre norme recanti divieti e, pertanto, costitutive di diritti, bensì da una clausola generale, espressa dalla formula danno ingiusto, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non iure*, ossia inferto in difetto di una causa di giustificazione. Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria) volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì una norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui».

Una conferma in tal senso si rinviene anche nell'art. 4, comma 1, della l. 287/90 ove, in materia di autorizzazione delle intese, si fa riferimento a quelle che diano luogo a miglioramenti delle condizioni di offerta ed abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori.

¹¹² C. Giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi*, dal C-295/04 al C-298/04, in *Racc.* 2006, I-6619; Cassazione civile 2305/2007, in *Danno e resp.*, 2007, p. 755 ss., nonché in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss., con nota di M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*.

l'intesa sarebbe sanzionata sempre e non solo quando è idonea ad impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante¹¹³ – ma il mantenimento della struttura concorrenziale del mercato, non si può negare il carattere plurioffensivo del comportamento vietato, potendo ledere anche il patrimonio del singolo, a prescindere dal fatto che sia concorrente o meno dell'autore dell'intesa vietata.

La Corte sostiene, inoltre, che *“Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. La funzione illecita di un'intesa si realizza 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 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 anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile”¹¹⁴.

Ne consegue che la funzione anticoncorrenziale viene realizzata non solo con l'intesa a monte ma anche con il contratto «a valle», che di essa costituisce lo sbocco necessario a realizzarne gli effetti e che, essendo omologato agli altri contratti offerti sul mercato è tale, ad avviso della Corte, da eludere la possibilità di scelta da parte del consumatore.

¹¹³ A tal proposito le S.U. del 2005 sottolineano come la legge antitrust non si occupa dell'intesa tra i barbieri di un piccolo paese a conferma dell'assunto per cui oggetto immediato della tutela della normativa non è il pregiudizio del concorrente ma il mantenimento della struttura concorrenziale del mercato, anche se poi tale pregiudizio viene riparato con la repressione dell'intesa. Nell'ottica della Corte, quindi, la struttura concorrenziale del mercato non viene intaccata quando, pur essendo posto in essere un comportamento astrattamente conforme alla fattispecie vietata, esso non sia in concreto, per la sua dimensione, in grado di incidere sulla struttura del mercato.

¹¹⁴ Le S.U., sulla base di tali premesse, affermano che l'assicurato che intende esercitare l'azione risarcitoria deve dimostrare un adeguato nesso di causalità tra il comportamento anticoncorrenziale e il danno ingiusto. La giurisprudenza si era, per contro, dimostrata discordante sul punto posto che, accanto ad alcune pronunce che avevano ritenuto l'aumento dei prezzi della polizza una conseguenza normale dell'intesa tra compagnie assicurative, altre avevano ritenuto, per contro, non sussistere il nesso di causalità e, per tale ragione, avevano respinto le domande risarcitorie degli assicurati, ritenendo che l'intesa non poteva essere considerata la causa immediata e diretta del danno (aumento della polizza) subito dagli assicurati, i quali avrebbero avuto la possibilità di stipulare altro contratto di assicurazione con altra impresa, e quindi evitare il danno. La Corte di Cassazione ha, invece, ritenuto che il giudice è legittimato ad accertare il nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale e il danno ingiusto ricorrendo a presunzioni o a criteri di alta probabilità logica che fa derivare il danno dall'intesa illecita, essendo sufficiente per l'assicurato, allegare la polizza e l'accertamento amministrativo dell'intesa e consentendo alla controparte di produrre elementi di prova contrari, ossia dimostrare che l'aumento della polizza sia dipeso da altri fattori, diversi dall'intesa, in grado di spezzare il nesso di causalità.

Pertanto la Corte stabilisce che *“La previsione del risarcimento sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla “cospirazione anticompetitiva” e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipanti alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire”*.

Quello che le SU vogliono dire in sostanza è che, poiché l'intesa a monte e il contratto a valle condividendo la stessa funzione, ossia quella di realizzare l'alterazione del mercato concorrenziale¹¹⁵, non possono non condividere anche la stessa sorte e, quindi, non essere considerati parimenti illeciti, dando luogo al diritto del consumatore leso ad ottenere il risarcimento dei danni patiti.

È la stessa Corte che afferma che *“... l'accertamento della nullità (di un'intesa) è il presupposto della eliminazione del pregiudizio in una prospettiva esplicitamente risarcitoria”*, senza tuttavia chiarire quale sia la sorte del contratto che l'impresa stipula a valle con il consumatore, lasciando aperta la questione sulla sua validità o invalidità.

Pertanto, così come l'intesa da sola non è in grado di alterare l'equilibrio del mercato, analogamente anche il singolo contratto non è in grado autonomamente di produrre l'effetto anticoncorrenziale di cui all'art. 2 che si realizza, invece, con la diffusa e ripetuta stipulazione di contratti il cui contenuto è conforme alle regole stabilite nel cartello¹¹⁶.

Per contro, se si ha riguardo al versante europeo, pur non essendo prevista neanche ivi una disciplina espressa sulla sorte dei contratti «a valle», è pacifico che la Commissione europea possa eliminare direttamente le conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti contrari alla concorrenza, imponendo alle imprese di rinegoziare le

¹¹⁵ G. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 12, secondo cui: «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 di un'attività ulteriore, la cui realizzazione rappresenta la finalità del contratto e l'interesse delle parti».

¹¹⁶ Si veda al proposito G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, in *Giur. it.*, 1996, p. 212 ss. Ciò risulta evidente con riferimento alle n.b.u. predisposte dall'ABI e trasfuse, da parte delle singole banche ad essa aderenti, nei contratti conclusi con la propria clientela. Tali norme sono state ritenute in contrasto con l'art. 2 legge antitrust italiana da parte della Banca d'Italia.

clausole del contratto o riconoscendo ai clienti il diritto di recedere dal contratto medesimo¹¹⁷.

2.7. Le ricostruzioni della dottrina sulla sorte dei contratti «a valle».

Le S.U. sopra richiamate hanno segnato, quindi, una profonda svolta in tema di tutela risarcitoria antitrust, sotto le forti influenze provenienti dal diritto comunitario, tale da ritenere che la legittimazione all'esercizio della relativa azione spetti a chiunque (concorrenti, consumatori ecc.) possa subire un pregiudizio ai propri interessi a causa del comportamento anticoncorrenziale tenuto dalle imprese sul mercato.

La Corte, tuttavia, omette evidentemente di precisare se la violazione delle norme concorrenziali, oltre all'illiceità del contratto a valle, ne determini anche la nullità.

Al tal riguardo, la dottrina si è divisa sul modo di interpretare la suddetta pronuncia, ossia sulle implicazioni derivanti dalle affermazioni delle S.U.

Secondo alcuni¹¹⁸, infatti, dalla pronuncia in esame può desumersi la illiceità del contratto «a valle» in quanto attuativo dell'intesa illecita a monte ma non anche la sua invalidità¹¹⁹. Il negozio «a valle» sarebbe dunque valido, dando luogo solamente ad un illecito extracontrattuale, produttivo di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Secondo altri, invece, la pronuncia della Corte implicherebbe la nullità dei contratti a valle¹²⁰.

Se, a prima vista, la tutela del mercato potrebbe sembrare avulsa dall'applicazione dei rimedi civilistici posti a garanzia dell'equilibrio contrattuale, in realtà l'intervento sul contratto «a valle» costituisce un ulteriore disincentivo per le imprese che non vedono il riscontro pratico dell'illecito commesso.

Onde stabilire se la nullità che colpisce l'intesa anticompetitiva si comunichi o

¹¹⁷ Così anche in altri ordinamenti europei, come ad es. quello tedesco, in cui si attribuisce all'Autorità competente il potere intervenire sui contratti a valle stipulati con la clientela in conformità delle pratiche restrittive della concorrenza, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 259.

Ciò che non avviene, invece, per la nostra Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

¹¹⁸ M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, cit., pp. 1093-1098.

¹¹⁹ Nel senso di negare che dalla pronuncia delle SU possa desumersi l'invalidità dei contratti a valle, L. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 949-956.

¹²⁰ Nel senso opposto di ritenere che la pronuncia della Corte implichi la nullità dei contratti a valle, A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 422, il quale tuttavia non condivide l'impostazione adottata dalla Corte, criticando, anzi, la tesi della nullità dei contratti a valle; R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1103; M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust*, cit., p. 342.

meno al contratto «a valle» occorre comprendere, preliminarmente, quale sia il nesso tecnico-giuridico che intercorre tra l'intesa ed il contratto.

In particolare, è possibile distinguere due grandi filoni interpretativi.

Da un lato, si pongono coloro che escludono che la nullità, normativamente prevista per le intese anticoncorrenziali, possa essere estesa anche all'atto negoziale «a valle» e individuano nel risarcimento del danno il principale strumento per il ristoro del pregiudizio subito dai contraenti «a valle», consistente nell'aver dovuto subire peggiori condizioni negoziali rispetto a quelle che si sarebbero prodotte in regime di libera concorrenza.

Il secondo filone, invece, ritiene che l'atto negoziale condivida lo stesso destino dell'intesa illecita e quindi sia anch'esso colpito dalla sanzione civilistica di nullità¹²¹, soggetta alla disciplina codicistica di cui agli artt. 1418 e ss.; tale orientamento, poi, si articola in molteplici ricostruzioni, riguardanti la fonte della nullità, in quanto si discute sul fatto che il vizio che inficia la validità del contratto «a valle» sia un vizio endogeno, che determina, quindi, un'invalidità costitutiva del negozio, o un vizio esogeno, ossia l'invalidità derivi da un elemento esterno al contratto – appunto l'intesa che l'ha originata - e che lo colpisce in virtù del meccanismo dell'invalidità derivata.

2.8. La tesi della nullità del contratto «a valle».

Partendo dalla prospettiva della nullità, se nessun dubbio può sorgere sulla invalidità dei contratti stipulati tra le imprese con cui si programma la concertazione, per l'ipotesi in cui l'intesa assuma tale veste, lo stesso non può dirsi con riguardo ai contratti stipulati dalle stesse imprese con i rispettivi utenti e consumatori.

La nullità dei primi è, infatti, prevista direttamente dall'art. 2 legge antitrust, al 2° comma per il quale «sono vietate le intese» e al 3° comma, secondo cui «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

Peraltro, anche qualora la nullità non fosse stata espressamente sancita dal legislatore al co. 3 dell'art. 2, l. 287/90, essa sarebbe comunque ricavabile dal disposto dell'art. 1418, 1° comma, c.c. che prevede la nullità del contratto, tra l'altro, quando è

¹²¹ Per una visione della nullità come sanzione civile si veda N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 543.

Tra quanti propendono per l'invalidità del contratto a valle, va rilevato A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 347, il quale ritiene possibile la concorrenza di rimedi tra l'invalidità negoziale ed il risarcimento del danno.

contrario a norme imperative e, quindi, nel caso di specie, la nullità discenderebbe dalla violazione della norma imperativa di cui all'art. 2, co. 2.

Diversamente accade per i negozi «a valle», stipulati dalla singola impresa partecipante alla collusione con i propri utenti e consumatori, la cui invalidità non può conseguire automaticamente alla nullità dell'intesa lesiva della concorrenza¹²².

Se, per un verso, il contratto stipulato dall'impresa collusa con il consumatore, acquirente del prodotto o fruitore del servizio, in quanto attuazione/esecuzione di un programma concordato a monte non può che essere considerato negativamente dall'ordinamento, si tratta di appurare se quell'apprezzamento negativo sia tale da tradursi in un giudizio di disvalore rivolto al contratto nella sua dimensione negoziale, estendendo così la nullità espressamente prevista per le intese anche ai contratti che ne costituiscono gli effetti.

La tesi che prospetta la nullità oltre che delle intese anche dei contratti «a valle», nonostante le diverse opzioni interpretative, si basa sulla convinzione che, ove si optasse per una soluzione diversa, sarebbe sostanzialmente vanificato lo scopo del divieto posto dall'art. 2 legge antitrust di garantire la piena tutela dei valori che si ritengono soddisfatti in un regime di libera concorrenza, perché è proprio con tali contratti che si realizza l'alterazione concorrenziale¹²³.

In tale prospettiva si afferma che non avrebbe senso caducare l'accordo restrittivo della concorrenza intervenuto tra le imprese e riconoscere, invece, la validità degli atti negoziali che trovano in esso fondamento e con i quali si realizza, in concreto, l'alterazione della struttura concorrenziale del mercato¹²⁴.

La legge prevede, infatti, la nullità delle intese “ad ogni effetto”, pertanto sarebbe impossibile negare che proprio i contratti che costituiscono l'effetto dell'intesa non condividano la stessa sorte¹²⁵.

¹²² S. CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. circolazione*, 1999, p. 36.

¹²³ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 79 ss.

¹²⁴ M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, pp. 435-436. In senso contrario Tribunale Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 212, che afferma la validità dei contratti stipulati tra le banche e i propri clienti contenenti clausole riproduttive delle norme bancarie uniformi, argomentando che la finalità esclusiva della normativa antitrust consiste nel garantire la libertà di concorrenza delle imprese.

¹²⁵ Nell'ambito di chi propende per la tesi della nullità, si distingue ulteriormente, e come vedremo più approfonditamente nei paragrafi successivi, tra chi ritiene applicabile il regime giuridico della nullità codicistica con la relativa disciplina e chi, invece, riconduce l'invalidità dei contratti a valle alla figura della nullità di protezione.

All'interno di questa impostazione è poi possibile distinguere vari indirizzi interpretativi, che si differenziano relativamente alla causa di nullità.

2.8.1. La nullità del contratto per un vizio endogeno.

Secondo una prima ricostruzione, la nullità del contratto «a valle» deriva da un vizio suo proprio, che ne inficia la validità ed integrità da un punto di vista strutturale, colpendone gli elementi costitutivi della causa o dell'oggetto negoziale.

a) Nullità del contratto «a valle» per illiceità della causa.

La tesi della nullità dei negozi «a valle» per illiceità della causa *ex art. 1343 c.c.* reputa che il contratto stipulato «a valle» di un'intesa anticoncorrenziale, e riproduttivo delle clausole in essa contenute, abbia una causa illecita perché contraria al principio generale di ordine pubblico economico di libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., di cui la libertà di concorrenza costituisce espressione, e sarebbe, quindi, immeritevole di tutela per l'ordinamento giuridico¹²⁶.

Secondo questa ricostruzione, in sostanza, i negozi riproduttivi delle condizioni concertate dalle imprese, poiché volti a realizzare un risultato anticoncorrenziale vietato dall'art. 2 legge antitrust (nonché dall'art. 101 TFUE)¹²⁷, svolgerebbero una funzione in contrasto con i principi di ordine pubblico economico, avrebbero quindi causa illecita e

¹²⁶ Aderiscono alla tesi della nullità per causa illecita: N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 420; A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali "a valle: alcune considerazioni sulla cd. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 453; S. LA CHINA, *Commento sub art. 33*, in *Concorrenza e Mercato*, a cura di G. Alpa e V. Afferni, Padova, 1994, p. 647 ss. Contrari a tale tesi risultano essere, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss., nonché M. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 11-12, p. 351.

Le principali critiche mosse a tale tesi si rinvergono, in primo luogo, nell'impossibilità di configurare una comune volontà delle parti del contratto a valle di realizzare le restrizioni della concorrenza concordate a monte e, in secondo luogo, nell'impossibilità di configurare una nullità parziale che venga a colpire esclusivamente le clausole attuative dell'intesa illecita, lasciando sopravvivere il contratto per il resto, potendo la parte debole del rapporto averne interesse.

In quest'ultimo senso si veda anche G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale*, cit., p. 80.

¹²⁷ Si veda, in proposito, A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle*, cit., p. 449 e ss., con nota critica a Tribunale di Roma, 20 febbraio 1997, per la quale: «l'accertata violazione delle norme in materia di concorrenza nella predisposizione di norme bancarie uniformi non può non comportare conseguenze sulla validità delle clausole che risultino inserite nei singoli contratti stipulati dalle banche con la clientela. Queste clausole, in quanto predisposte in contratti-tipo articolati dall'ABI ed applicati da tutte le aziende di credito, 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.».

sarebbero anch'essi invalidi al pari dell'intesa.

Attraverso i contratti «a valle», infatti, l'impresa collusa riesce a realizzare lo scopo pratico che si era prefissata nel partecipare alla concertazione con altre imprese, es. nel cartello sui prezzi, riesce a conseguire quel maggior profitto, rappresentato dalla differenza tra il prezzo concordato effettivamente applicato e quello che si sarebbe formato in un regime di libera concorrenza¹²⁸.

La tesi sopra citata si rinviene, altresì, in alcune isolate pronunce giurisprudenziali dei tribunali di merito¹²⁹.

➤ **Critica.**

Tale impostazione non può, tuttavia, essere accettata e infatti non è andata esente

¹²⁸ L. DELLI PRISCOLI, *La nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 231 ss., nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, il quale, criticando l'impostazione seguita dalla Suprema Corte, ritiene che: «i contratti a valle sono nulli ma ex art. 1418, co. 2, c.c., per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal co. 2 dell'art. 2, che appunto vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita, e non per la nullità che colpirebbe il comportamento anticoncorrenziale».

Secondo la Corte, l'art. 2 legge 287/90 avrebbe introdotto un'ipotesi di nullità ulteriore rispetto a quelle conosciute dal sistema, che avrebbe ad oggetto non tanto e comunque non solo l'accordo anticoncorrenziale che potrebbe anche mancare, ma anche e soprattutto il successivo comportamento restrittivo della concorrenza. L'Autore ritiene, invece, che non si tratti di una nullità ulteriore ma di una nullità che, come le altre, ha ad oggetto un negozio giuridico, rappresentato dal patto anticoncorrenziale concluso dalle imprese.

¹²⁹ Si tratta di: Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449 e ss., con nota critica di A.V. GUCCIONE, *cit.*, p. 449 ss. - relativa ad una clausola contrattuale che stabiliva il diritto di recesso della banca dal contratto di apertura di credito in conto corrente, conforme all'art. 6 delle norme bancarie uniformi – che ha sancito la nullità delle clausole contenute nei singoli contratti tra la banca ed i propri clienti, riprodotte delle norme bancarie uniformi, qualificate dalla Banca d'Italia come intese vietate ai sensi dell'art. 2 legge 287/90, per illiceità della causa in quanto contrastanti con la libertà di concorrenza e quindi con il cd. ordine pubblico economico.

Sulla stessa linea si è posta App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss., con nota di A. BERTOLOTI, *Ancora su norma antitrust e contratti a valle*, p. 1876 ss., intervenuta su un caso che non riguardava le n.b.u., ma un'intesa, accertata dall'AGCM con provvedimento del 28.04.1993, n. 1087, realizzata tra le imprese operanti nel settore della distribuzione del gpl per uso domestico e i relativi contratti stipulati dalle società fornitrici con la propria clientela in esecuzione dell'intesa illecita, in quanto impedivano di fatto ai clienti di rivolgersi ad operatori alternativi.

La Corte ha, pertanto, dichiarato la nullità del contratto stipulato tra un'impresa (nella specie la *Novogas* s.p.a.) e un utilizzatore finale, impiegando lo schema contrattuale uniformemente adottato dalle imprese operanti in un certo settore per effetto di un'intesa tra di esse intercorsa, e vietata per violazione dei principi imperativi inderogabili della concorrenza e del mercato, in particolare sostenendo che: «il contratto è nullo in quanto, contrastando a sua volta con i medesimi principi, esclude nell'utilizzatore finale, il contraente più debole, la possibilità di rivolgersi ad imprese concorrenti». È rilevante il fatto che la controversia decisa dai giudici bresciani presentasse numerosi punti in comune con il caso, già citato, affrontato più tardi dalla Corte di Giustizia, *Courage/Crehan*, soprattutto per il riconoscimento della legittimazione a far valere la contrarietà a norme imperative proprio da parte del soggetto che sia stato esso stesso parte di quell'accordo.

da critiche¹³⁰.

In particolare, la prima obiezione fa leva sulla diversa considerazione della causa a seconda che il contratto venga riguardato dalla parte dell'imprenditore o da quella del consumatore.

Se si accoglie la teoria della causa come funzione concreta del contratto¹³¹, per la quale essa non va identificata con la funzione economico-sociale del contratto¹³² ma con lo scopo pratico, la funzione che le parti intendono concretamente realizzare e, dunque, come ragione concreta che persegue il singolo, specifico contratto, ne consegue che causa del contratto a valle è, per l'imprenditore, quella di realizzare quanto concordato con le altre imprese a monte, mentre per il consumatore è quella di realizzare un proprio interesse personale.

Il contratto «a valle» rappresenta, quindi, lo strumento per realizzare il fine avuto di mira con l'intesa a monte solo per una delle parti (l'imprenditore), mentre è del tutto estraneo per l'altra¹³³.

¹³⁰ Sono contro la ricostruzione della nullità dei contratti a valle, per illiceità della causa, tra gli altri: G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 83; L. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, cit., p. 949 e ss.; M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 411 e ss.

¹³¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1997, p. 425 ss., accolta di recente anche dalla sentenza della Corte di Cassazione, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, definendo la causa come funzione economico-individuale del contratto, riconduce la funzione economico-sociale, propria di tutti i contratti di uno stesso tipo, alla concretezza del singolo contratto e alla funzione realmente perseguita dalle parti nella singola fattispecie contrattuale.

¹³² È la cd. teoria della causa in astratto, per la quale la causa rappresenta la funzione economico-sociale del contratto, ossia la funzione, socialmente apprezzabile e ricorrente, che quel tipo di contratto è chiamato a svolgere.

¹³³ G. GUIZZI, *op. cit.*, contrario alla tesi sopra esposta, ritiene che: «... a minarne l'attendibilità interviene la considerazione della duplice natura che presentano i contratti d'impresa a seconda che ad essi si guardi dall'angolo visuale dell'imprenditore oppure della sua controparte. (...) esso risolvendosi nello strumento che consente all'imprenditore di appropriarsi di quel profitto che è il fine ultimo della sua attività, viene necessariamente modellato e conformato in vista di siffatta finalità, tale circostanza, al contrario, non gioca alcun ruolo ove l'aspetto della funzione del contratto venga considerato nell'ottica del singolo contraente, atteso che per quest'ultimo il contratto conserva il valore proprio del tipo posto in essere». È altresì contro la tesi in questione: E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 98 ss; L. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, cit., p. 954; M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (La cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC Auto)*, in *Corr. Giur.*, 6/2003, p. 754.

Ne consegue che la causa del contratto «a valle» non è illecita, non essendo riscontrabile un comune intento delle parti in ordine al significato economico pratico dell'operazione negoziale¹³⁴.

Il fine avuto di mira dall'impresa rileva, pertanto, come semplice motivo individuale¹³⁵, ossia come ragione particolare per la quale la parte impresa si è determinata a contrarre, e come tale è del tutto irrilevante, e non può determinare l'invalidità del contratto¹³⁶.

Se, invece, si accoglie la teoria della causa come funzione economico sociale del contratto¹³⁷, ci si imbatte nell'obiezione di fondo che la dottrina muove alla stessa, cioè che per i contratti tipici un problema di liceità e meritevolezza della causa neppure si porrebbe, poiché la causa di essi è sempre tipica ed astratta, in quanto prescinde dagli scopi effettivi delle parti, realizzando una funzione già predeterminata dall'ordinamento, quindi, proprio perché prevista, il legislatore ha già compiuto in modo insindacabile la valutazione di meritevolezza e liceità, sicché il problema si porrebbe, invece, solo per i contratti atipici, non previsti dall'ordinamento¹³⁸.

Ne consegue che, ogni qual volta il contratto «a valle» venga stipulato nella forma giuridica di uno schema contrattuale tipico, mai potrebbe essere nullo sotto il profilo della illiceità della causa.

A conclusioni non dissimili si giungerebbe pure considerando la causa del contratto come sintesi degli effetti giuridici essenziali.

Ancora una volta si può sostenere che diversi sono gli effetti giuridici che, nell'esercizio della loro autonomia patrimoniale, le parti vogliono far conseguire dal contratto «a valle» stipulato, sicché la causa di siffatto negozio non può essere interpretata neppure come sintesi degli effetti giuridici essenziali.

¹³⁴ L'obiettivo di dare esecuzione all'intesa illecita resta confinato nella sfera dell'impresa che, come avviene ad es. nel caso del cartello sui prezzi, intende realizzare un profitto maggiore di quello che avrebbe conseguito in un regime di libera concorrenza; viceversa lo scopo del consumatore che conclude il contratto a valle non è affatto quello di dare attuazione alla concertazione e di determinare, quindi, un'alterazione dell'equilibrio concorrenziale.

¹³⁵ A. BERTOLOTTI, *Ancora su norma antitrust e contratti a valle*, cit., p. 1876.

¹³⁶ Il motivo può, infatti, determinare la nullità del contratto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1345 c.c., solo quando è illecito, e unico e comune ad entrambe le parti. Nel contratto a valle, invece, il motivo non è unico e neppure comune ad entrambe le parti.

¹³⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino, 1994, pp. 170-207; si veda anche voce "causa del negozio giuridico" in NN. D.I., III, Torino, 1957, p. 32 ss.

¹³⁸ Peraltro a giurisprudenza di merito, in particolare si veda Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, p. 225, non ritiene possibile configurare l'illiceità della causa nei contratti tipici che si limitano a riprodurre il contenuto dell'intesa.

È evidente, infatti, che se la causa è la “sintesi degli effetti giuridici essenziali” non esiste nessun negozio che possa essere tale se non possiede almeno l’attitudine a produrre degli effetti.

Viceversa, se possiede tale attitudine è sempre possibile configurare gli effetti essenziali e quindi la causa sussiste necessariamente.

Neppure potrebbe invocarsi l’art. 1419, 1° comma, c.c. secondo cui «la nullità di singole clausole importa nullità dell’intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità», poiché in tal caso la nullità colpisce un elemento essenziale, quale è il prezzo, e pertanto la nullità investirebbe necessariamente l’intero contratto.

Peraltro alcuni autori¹³⁹ hanno sostenuto che la clausola nulla, in quanto riproduttiva del programma concordato a monte dalle imprese, dovrebbe essere sostituita con una clausola che sia invece in linea con un ipotetico assetto competitivo del mercato, quale si sarebbe determinato in assenza dell’intesa.

Si potrebbe, cioè, pensare ad un sistema di sostituzione automatica di una clausola nulla con una valida secondo il meccanismo previsto dall’art. 1419, co. 2 c.c.¹⁴⁰ che richiama l’art. 1339 c.c.¹⁴¹.

Ma le suddette norme prevedono la sostituzione della clausola nulla con quanto previsto dalle norme imperative, che nel caso di specie tuttavia non sussistono.

Tale clausola, quindi, non essendo determinata dalla legge, come invece esige l’art. 1419, co. 2 c.c., dovrebbe essere determinata dal giudice, il quale dovrebbe appunto individuare il prezzo che si sarebbe potuto formare in una situazione di mercato concorrenziale¹⁴².

È tuttavia da escludere che il nostro ordinamento attribuisca un tale potere al giudice ordinario posto che, in caso contrario, vi sarebbe una violazione dell’autonomia

¹³⁹ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni*, cit., p. 339 ss.

¹⁴⁰ La norma art. 1419, co. 2 c.c. stabilisce che: «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

¹⁴¹ L’art. 1339 c.c. riguarda l’inserzione automatica di clausole nel contratto, se imposte dalla legge, e anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.

A. D’ANTONIO, *La modifica legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 172, rileva che le due norme si distinguono in quanto l’una, l’art. 1339 c.c., pone la regola della sostituzione, mentre l’altra, l’art. 1419 c.c., sancisce la conservazione del contratto legalmente modificato.

¹⁴² La tesi sopra richiamata non risulta convincente poiché il nostro ordinamento non attribuisce al giudice il potere di correggere il regolamento negoziale, oltre i casi espressamente previsti dalla legge. Critiche alla tesi di Toffoletto sono avanzate da C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 473.

negoziale, mediante l'imposizione alle parti del contratto di un assetto di interessi diverso da quello da esse pattuito, solo perché ritenuto ipoteticamente conforme all'assetto concorrenziale del mercato¹⁴³.

b) Nullità del contratto «a valle» per illiceità dell'oggetto.

Altra tesi seguita da parte della dottrina e della giurisprudenza consiste nel far derivare la nullità del contratto «a valle» dall'illiceità dell'oggetto, che discenderebbe dal combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, 2° comma, c.c., tutte le volte in cui nel primo venga trasfuso il contenuto dell'intesa illecita a monte¹⁴⁴.

Caso emblematico è quello del cartello sui prezzi: se il prezzo di vendita di un determinato bene viene concordato dalle imprese, operanti in un dato settore, e poi riprodotto nel contratto a valle stipulato con il consumatore, questo sarà nullo per illiceità dell'oggetto proprio perché l'intesa ha realizzato concretamente i suoi effetti anticompetitivi attraverso la stipula del contratto a valle¹⁴⁵.

In primo luogo, la tesi non può trovare applicazione al di fuori dei casi in cui il contratto a valle riproduca il contenuto dell'intesa a monte, come nell'ipotesi in cui le imprese si accordino per ripartirsi illegittimamente la clientela o il mercato¹⁴⁶.

Altra considerazione che porta ad abbandonare la tesi in discorso consiste nel fatto che la normativa antitrust - all'art. 2 - vieta alle imprese di determinare in modo concertato i comportamenti da tenere sul mercato, ad es. i prezzi da applicare; è evidente come a contrastare con la norma imperativa non è il prezzo in quanto tale ma le sue modalità di determinazione¹⁴⁷.

¹⁴³ A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, cit., p. 422; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., e in *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 1165.

¹⁴⁴ La tesi è stata prospettata da A. BERTOLOTTI, *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, IV, p. 345 ss., nonché in *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta*, nota a Trib. di Genova, ord. 21 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 167 ss.

¹⁴⁵ C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 470 ss., e *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, pp. 1165-1169.

¹⁴⁶ Così G.T. ELMÌ, *La tutela di fronte all'A.G.O.*, in *Concorrenza e Mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, p. 375.

¹⁴⁷ A. NICITA, *Consumatori, Antitrust e Risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco Ce*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2, 2008, p. 52 ss.

➤ **Critica.**

La suddetta tesi, inoltre, presta il fianco ad un altro ordine di obiezioni: se si ritiene che il vizio dell'oggetto a valle derivi dal vizio dell'oggetto a monte, l'oggetto a valle sarebbe pienamente lecito tutte le volte in cui la collusione delle imprese non integri atti negoziali¹⁴⁸, proprio perché in mancanza dell'oggetto illecito a monte, l'oggetto del contratto a valle sarebbe pienamente lecito¹⁴⁹.

Nonostante le critiche avanzate alle sopra citate teorie, la dottrina non ha comunque ritenuto di dover abbandonare la tesi della nullità dei contratti a valle, ricostruita come nullità del contratto per contrasto con norma imperativa ex art. 1418, 1° comma, c.c., nella specie individuata nell'art. 2 legge antitrust¹⁵⁰.

In sostanza, poiché l'art. 2 vieta la realizzazione di intese che abbiano per oggetto o per effetto l'alterazione della dinamica concorrenziale sul mercato, i contratti a valle, costituendo elemento costitutivo dell'intesa in quanto realizzano in concreto la restrizione della competizione, dando attuazione all'intesa stessa, si scontrano direttamente con la norma imperativa di cui all'art. 2 legge antitrust¹⁵¹.

Pur non essendo espressamente prevista dal legislatore, come avviene per le intese, la nullità dei contratti a valle sarebbe "virtuale", ossia sarebbe ricavabile dal sistema in base alla natura dell'interesse protetto dalla norma, che non riguarda solo gli imprenditori ma tutti i soggetti del mercato e anche i consumatori¹⁵².

Infatti, anche se la restrizione della concorrenza ben si può realizzare per il semplice oggetto concorrenziale, gli effetti distorsivi che ne conseguono non possono essere considerati irrilevanti, rientrando anch'essi nell'ambito di applicazione della norma¹⁵³.

Ragionando diversamente, sarebbe sostanzialmente vanificato lo scopo della

¹⁴⁸ In tal senso M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, cit., pp. 149-150.

¹⁴⁹ C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2/2004, p. 202 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina della concorrenza*, cit., p. 39 ss.

¹⁵⁰ In tal senso S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, nota a Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1068 e ss.

¹⁵¹ Questa tesi è stata seguita in dottrina anche da G. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, pp. 128-132; G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in *Giur. it.*, 1996, p. 212, nota a Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995, G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *I contratti*, 1996, p. 5 e ss. In giurisprudenza la tesi è stata seguita da Corte d'Appello di Brescia, cit., nonché si veda Corte d'Appello Torino, 6 luglio 2000, *Indaga Incentive company srl c. Juventus F.C. spa*, in *Danno e resp.*, 2001, I, p. 46.

¹⁵² Come riconosciuto da Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

¹⁵³ M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, cit., p. 177.

norma violata da un'intesa restrittiva della concorrenza, che è quello di garantire al consumatore, acquirente finale del prodotto offerto sul mercato, la effettiva libertà di scelta tra prodotti in concorrenza.

Anche a questa tesi, tuttavia, sono state mosse obiezioni, difficilmente superabili.

Il fatto che i contratti a valle costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, realizzandone gli effetti, non è sufficiente per affermare che dalla violazione della norma di cui all'art. 2 da parte delle imprese scaturisca, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., anche la nullità dei contratti che ciascuna impresa stipula con i propri consumatori, posto che il precetto della legge antitrust non riguarda in modo diretto i contratti a valle stipulati in attuazione dell'intesa.

Perché possa parlarsi di nullità virtuale occorre, dunque, che sussista un contrasto diretto tra atto negoziale e norma imperativa, nel senso che la norma imperativa deve vietare la stipula proprio di quel particolare contratto o di quella particolare clausola, contrasto non ravvisabile, invece, nel caso di specie, sussistendo una semplice iniquità economica¹⁵⁴.

Il divieto contenuto nell'art. 2 riguarda la stipula di negozi dal contenuto uniforme sulla base di una preventiva concertazione tra le imprese ma non colpisce le condizioni contenute nei contratti medesimi, che quindi non hanno un contenuto incompatibile con il divieto dell'art. 2¹⁵⁵.

E comunque non ogni ipotesi di contrasto con una norma imperativa determina la nullità virtuale, la quale si produce solo quando il contrasto riguardi il contenuto del regolamento negoziale in sé, ma non la mera conclusione di un negozio a certe condizioni.

¹⁵⁴ Critiche alla suddetta tesi sono mosse, tra gli altri, da G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 90 e ss.

¹⁵⁵ Comunque non ogni ipotesi di contrasto con una norma imperativa determina la nullità virtuale, la quale si produce solo quando il contrasto riguardi il contenuto del regolamento negoziale in sé, ma non la mera conclusione di un negozio a certe condizioni. Si pensi al caso dell'intesa posta in essere tra le imprese per ripartirsi i mercati: qui la nullità dell'intesa non può estendersi ai contratti conclusi da ciascuna impresa con i propri clienti nelle rispettive zone di esclusiva, poiché il contrasto con norma imperativa qui non riguarda il contenuto del negozio individuale, ma il comportamento complessivo delle altre imprese che, in esecuzione dell'intesa illecita, si astengono dal concludere negozi nelle zone riservate ai concorrenti. In tal senso si veda: G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 100; A. BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, cit., p. 1877.

2.8.1.1. Effetti della nullità.

Coloro che insistono nel sostenere la tesi della nullità del contratto «a valle», la giustificano con il fatto che essa sarebbe l'unica soluzione in grado di eliminare gli effetti pregiudizievoli ai consumatori e alla concorrenza.

Sarebbe preferibile, tuttavia, ritenere che si tratti di una nullità relativa¹⁵⁶, posta nell'esclusivo interesse del consumatore, controparte dell'impresa collusa e necessariamente parziale, ossia estesa solo a quelle clausole che riproducono quanto statuito nell'intesa illecita a monte.

In tal modo, si riconosce una portata più ampia al divieto antitrust, suscettibile di ricomprendere non solo le intese a monte ma anche la loro attuazione attraverso i contratti a valle: la soluzione contraria equivarrebbe sostanzialmente a legittimare condotte illecite in violazione di norme antitrust.

Le S.U. della Cassazione, tuttavia, non si sono spinte sino al punto di dichiarare la nullità del contratto a valle, pur riconoscendo che quest'ultimo sia esplicazione di un comportamento illecito e vada quindi risarcito ex art. 2043 c.c. il danno che ne sia derivato.

Più coerente sarebbe stata se, in linea con il ragionamento seguito, la Suprema Corte avesse dichiarato la nullità dei contratti «a valle», senza escludere, peraltro, la sua possibile coesistenza con il rimedio risarcitorio.

Quanto agli effetti della nullità, il negozio nullo non produce alcun effetto.

Pertanto, qualora sia già stata eseguita la prestazione, è possibile chiederne la restituzione secondo le norme sulla ripetizione dell'indebitto, trattandosi di indebitto oggettivo ex art. 2033 c.c., o rifiutarsi di eseguire la prestazione stessa che non sia stata ancora eseguita, proprio facendo valere la nullità del negozio che la prevede.

Applicando, quindi, i principi generali in tema di ripetizione del pagamento dell'indebitto, colui che ha effettuato un pagamento sulla base di un contratto nullo, avrà diritto non solo alla restituzione della somma, ma pure al pagamento degli interessi, se chi ha ricevuto il pagamento era in mala fede mentre, se era in buona fede, ne avrà diritto solo dal momento della domanda¹⁵⁷.

Peraltro, la nullità totale del contratto spesso non è la soluzione migliore né per il

¹⁵⁶ Così A. BERTOLOTI, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con regole antitrust ed effetti sui "contratti a valle"*, cit., pp. 345 ss.

¹⁵⁷ S. CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva*, cit., pp. 52-53.

consumatore, il quale non è interessato alla sua intera caducazione che determinerebbe l'obbligo di restituzione delle prestazioni effettuate, né per il mercato, comportando un pregiudizio per la certezza dei traffici e dei rapporti giuridici instaurati tra impresa e clienti.

Il consumatore, di regola, non ha interesse alla restituzione del bene acquistato, ma solo alla reintegrazione patrimoniale del danno economico subito – nel caso del cartello sui prezzi, al rimborso del sovrapprezzo pagato rispetto a quello che si sarebbe formato secondo il meccanismo concorrenziale –.

2.8.2. La nullità del contratto per un vizio esogeno o nullità derivata.

Altri autori, infine, hanno sostenuto la tesi della invalidità derivata, per cui la nullità espressa sulla fissazione di condizioni contrattuali uniformi si ripercuote sui contratti «a valle» che ne recepiscono il contenuto.

Il contratto «a valle» risulta, quindi, colpito da un vizio esogeno, e non da un vizio suo proprio; la nullità discende da un elemento esterno al contratto che investe l'illecito anticoncorrenziale e si propaga quale effetto riflesso, secondo il principio dell'invalidità derivata, al negozio attuativo «a valle».

La tesi della nullità derivata dei contratti collegati è stata sostenuta da vari autori¹⁵⁸, sulla base della considerazione che, ragionando altrimenti, la previsione della nullità della mera intesa resterebbe sostanzialmente priva di effetto se essa non si propagasse anche agli atti negoziali che ne costituiscono la pratica attuazione.

A tal proposito, si argomenta che i contratti collegati rappresenterebbero una delle possibili manifestazioni della libertà delle parti contraenti di determinare il contenuto del contratto *ex art. 1322, 1° comma, c.c.*¹⁵⁹, che incontrerebbe come unico limite quello della non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume¹⁶⁰.

La nullità del negozio sottostante non può derivare automaticamente dalla nullità dell'intesa, ma è necessario che tra l'una e l'altro sussista un “collegamento

¹⁵⁸ Per la tesi della nullità derivata, tra gli altri, L. DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, Padova, 2003, p. 668; G. COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 509; S. CHINI, *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, cit., pp. 48 ss.

¹⁵⁹ G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, vol. III, *I requisiti del contratto*, Torino, 1991, p. 587.

¹⁶⁰ F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *ED*, X, Milano, 1962, p. 49.

negoziale”¹⁶¹.

Il collegamento negoziale – come noto – pone problemi di difficile soluzione in ordine al fondamento di esso e agli effetti che ne conseguono.

La dottrina individua due diversi tipi di collegamento, distinguendo il collegamento necessario, quando esso è insito nella funzione svolta dal negozio e discende dalla natura stessa dei contratti, dal collegamento volontario, cioè basato sulla volontà delle parti¹⁶².

In tale ultimo caso il giudice dovrà compiere un’attività ermeneutica tesa a verificare che la volontà delle parti non solo sia diretta a realizzare un risultato economico unitario, ma altresì ad instaurare un vincolo di reciproca subordinazione tra i due negozi.

Il collegamento negoziale si verifica ogni volta in cui le parti, nell’esercizio della loro autonomia negoziale, danno vita, contestualmente o no, a distinti contratti i quali, caratterizzati ciascuno in funzione della propria causa e conservando l’individualità di ciascun tipo negoziale alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono, tuttavia, concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra di loro, e posti in rapporto di reciproca dipendenza, cosicché le vicende dell’uno debbono ripercuotersi sull’altro condizionandone la validità e l’efficacia¹⁶³.

Perché possa compiutamente discutersi di collegamento negoziale si richiede la contestuale sussistenza di due elementi: una pluralità di negozi e la connessione degli stessi¹⁶⁴.

Non è necessario che i soggetti dei contratti collegati siano gli stessi, ma occorre che il secondo contratto abbia in comune con il primo almeno una delle parti.

¹⁶¹ Con specifico riferimento al collegamento negoziale tra intesa a monte e contratto a valle, si veda C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, cit., p. 187 ss.; M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 436; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 67.

¹⁶² G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 27; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 17 ss.; C. COLOMBO, voce *Contratti collegati*, in *EG*, XVII, Roma, 2008, p. 48 ss., Mila-no, 2007 [volume che raccoglie le relazioni all’omonimo seminario tenutosi a Milano il 2 dicembre 2006], pp. 12-13.

¹⁶³ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *ED*, Milano, 1960, VII, p. 380; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 304.

¹⁶⁴ Il contratto collegato va, peraltro, tenuto distinto dal negozio complesso: mentre il contratto collegato è dato, appunto, da una pluralità di contratti, i quali mantengono la propria autonoma funzione, anche se legati da una interdipendenza funzionale, il negozio complesso se ne differenzia in quanto nasce dalla fusione di elementi propri di tipi contrattuali diversi, utilizzati per la realizzazione di una causa unica, ma gli elementi di cui è formato, considerati singolarmente, non rappresentano segmenti negoziali, ma costituiscono essi stessi contratti autonomi.

La dottrina che si è occupata dell'argomento ha tentato di individuare i presupposti del collegamento negoziale, individuandoli in un elemento soggettivo, ossia nella volontà delle parti non solo degli effetti dei due contratti presi singolarmente ma anche della connessione tra le vicende negoziali, risultante da apposita manifestazione di volontà, e in un elemento oggettivo, inteso come nesso fra i contratti funzionalmente correlati verso il perseguimento di uno scopo unitario¹⁶⁵.

Questo indirizzo interpretativo si basa, dunque, sulla sussistenza di un collegamento tecnico-giuridico tra l'intesa e i contratti conseguentemente stipulati con i consumatori, soggetti terzi rispetto all'intesa, in virtù del quale, per il principio *simul stabunt simul cadent*, il venir meno della prima comporta la caducazione automatica e derivata degli altri.

Si tratterebbe, più specificatamente, di un collegamento negoziale bilaterale e necessario poiché un contratto non può esistere senza l'altro, e ad esso si estendono automaticamente i vizi dell'altro, essendo teleologicamente connessi e diretti a realizzare il medesimo scopo, che non potrebbe realizzarsi in assenza di uno dei due, con la conseguenza che la nullità, prevista dalla legge espressamente solo per le intese, si estenderebbe automaticamente anche ai contratti.

2.8.2.1. Critica.

La tesi della nullità derivata, a ben vedere, non convince sotto diversi profili.

Anzitutto perché non trova riscontro in alcun dato normativo.

Non persuade anzitutto perché il collegamento negoziale in senso tecnico¹⁶⁶ si configura solo in presenza di una volontà comune a tutte le parti dei diversi negozi collegati, in ordine allo scopo pratico dell'operazione negoziale.

¹⁶⁵ Questo è, del resto, anche l'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità. A titolo di esempio si veda Cass., 10 novembre 2011, n. 23537, in *Dejure*, secondo la quale: «più contratti e/o atti unilaterali, tipici o atipici, ciascuno dotato di propria individualità e formalità, ma tutti intesi a realizzare gli effetti di un'unitaria programmazione economico-giuridica attraverso varie tecniche di connessione negoziale, tante quante ne può consentire l'autonomia privata in base al principio dell'art. 1322 c.c. Tali tecniche possono esplicarsi, pertanto, sia a livello strutturale, mediante l'apposizione di elementi accidentali (in funzione eventualmente ma non necessariamente condizionante) o l'inserzione di clausole accessorie, sia a livello funzionale, attraverso accordi, anch'essi parte della medesima pianificazione, destinati a rilevare ed operare nell'attuazione del rapporto unitariamente considerato».

¹⁶⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 390.

Ciò che non ricorre nel rapporto tra intesa e contratto «a valle»¹⁶⁷, i quali non sono collegati né per legge, né per volontà delle parti, e il risultato unitario perseguito sussiste, semmai, solo nella mente dell'imprenditore che partecipa alla colluttazione, e non anche per la controparte del contratto a valle, rispetto alla quale il contratto mantiene il significato e la rilevanza che gli sono propri, a prescindere dallo scopo programmato a monte¹⁶⁸.

La tesi sopra esposta solleva anche un altro tipo di obiezione, cioè il carattere non necessariamente negoziale delle intese restrittive della concorrenza.

La nullità derivata troverebbe applicazione solo nelle limitate ipotesi in cui l'intesa abbia carattere negoziale, risultando invece del tutto inadeguata per tutte le altre ipotesi in cui – si pensi in primo luogo alle pratiche concordate – la colluttazione tra le imprese non riveste carattere contrattuale¹⁶⁹, proprio perché in tali ipotesi non si può parlare di nullità rispetto ad una fattispecie che non è negoziale, e che rappresenta il presupposto del contratto a valle, con una irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento.

2.8.3. La tesi della nullità dei contratti «a valle» in quanto elemento costitutivo dell'intesa restrittiva della concorrenza.

Respinte le teorie sulla nullità del contratto «a valle» per vizio endogeno, derivante dall'illiceità della causa o dell'oggetto, nonché quelle per vizio esogeno, ossia relative alla nullità derivata, la dottrina è per lo più orientata a riconoscere la validità dei contratti «a valle», concedendo al consumatore che abbia concluso un contratto conforme ad un'intesa illecita a monte, la sola tutela risarcitoria¹⁷⁰.

Tuttavia, prima di analizzare la tesi da ultimo enunciata, sembra opportuno esaminare un'ulteriore ipotesi ricostruttiva formulata dalla dottrina, onde valutare la

¹⁶⁷ Di questo avviso è anche M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., p. 246, il quale ritiene che l'invalidità si potrebbe avere solo nel caso in cui il contraente a valle concorra in modo attivo all'illecito anticoncorrenziale. Al di fuori di questa ipotesi, infatti, non sarebbe configurabile un collegamento negoziale di tipo civilistico, e il contratto a valle avrebbe una autonoma funzione economica, distinta dall'illecito antitrust.

¹⁶⁸ Si pone contro la tesi della invalidità derivata, G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 82.

¹⁶⁹ G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina della concorrenza*, cit., pp. 38-39.

¹⁷⁰ Si veda, per tutti, M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.; nel medesimo senso anche M. R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri – A. Zoppini (a cura di), in *Contratto e antitrust*, 2008, p. 180 ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici*, cit., p. 118.

possibilità di una sua condivisione.

Si tratta della tesi che predica la nullità dei contratti «a valle» in quanto elemento costitutivo dell'intesa illecita¹⁷¹.

In tale prospettiva, si sostiene che i contratti che le imprese colluse stipulano con i propri clienti non sono «a valle» rispetto all'intesa, ossia non rappresentano un qualcosa di estraneo alle pratiche restrittive, siano esse realizzate sotto forma di intese che di pratiche concordate, quanto un elemento costitutivo.

Con particolare riferimento alle pratiche concordate, esse per definizione richiedono un contegno attuativo del programma concordato «a monte», ossia presuppongono che vi siano un atto che dia esecuzione alla concertazione, e ciò avviene attraverso la stipula dei contratti «a valle», che presentano un contenuto omogeneo.

L'intesa, invece, potrebbe in astratto prescindere da tale atto esecutivo, risultando la concorrenza alterata da intese non solo che abbiano un "effetto" ma anche un "oggetto" anticompetitivo.

Accogliendo tale impostazione, ne deriva che il contratto «a valle» non è nullo perché ha una causa o un oggetto illecito, o perché colpito da invalidità derivata, ma perché parte dell'intesa stessa, posto che la restrizione della concorrenza si realizza con la stipulazione di una serie di negozi con gli utenti, dal contenuto uniforme.

E se il contratto è parte della fattispecie intesa restrittiva della concorrenza, ne consegue che viene a cadere nel divieto normativo di cui all'art. 2, co. 3 della L.287/90 che prescrive la nullità delle intese vietate "*ad ogni effetto*", tale per cui sarebbero nulli anche i contratti stipulati con i clienti finali.

2.8.3.1. Critica

La tesi appena esposta, se da un lato ha il pregio di risolvere una serie di problemi e inconvenienti, considerando il contratto concluso dall'impresa autrice della violazione antitrust con la propria clientela come elemento costitutivo dell'intesa e quindi ricadente nel divieto normativo di cui all'art. 2 L. 287/90, non risulta pienamente condivisibile.

¹⁷¹ La tesi in questione viene proposta da M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, cit., p. 79 ss.

La stessa, infatti, sembra scontrarsi con un'interpretazione rigorosa della norma che prevede espressamente la nullità della sola intesa restrittiva della concorrenza e non anche del contratto «a valle».

Lo statuto della nullità, inoltre, non sarebbe pienamente congeniale allo stesso consumatore presentando, al contrario, notevoli inconvenienti, quali la legittimazione assoluta, l'inefficacia totale e i connessi obblighi restitutori.

2.8.4. La tesi della nullità relativa.

Alla luce delle considerazioni svolte, e della molteplicità di soluzioni prospettate, è d'obbligo indagare ulteriormente sulla categoria della nullità negoziale e sulle sue possibili implicazioni.

A tale riguardo è opportuno prendere le mosse da un'altra tesi che è stata sostenuta, con riguardo alla sorte dei contratti «a valle», ossia quella della nullità di protezione¹⁷².

La tesi della nullità relativa o di protezione nasce dall'esigenza di accostare al rimedio risarcitorio anche un rimedio che vada ad incidere direttamente sulla pattuizione iniqua comportandone un riequilibrio, e la nullità di protezione sembrerebbe idonea proprio a contemperare le diverse esigenze che si pongono¹⁷³.

Tale figura di nullità, in linea con il *trend* di derivazione comunitaria, è assoggettata ad una disciplina derogatoria di quella codicistica caratterizzata, in particolare, dalla relatività e dalla non rilevabilità d'ufficio, essendo prevista solo nell'interesse di una delle parti contraenti, cioè quella economicamente più debole, e

¹⁷² In tal senso: S. POLIDORI, *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 39 ss.; A. BERTOLOTI, *Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con regole antitrust ed effetti sui "contratti a valle"*, cit., p. 345 ss.; G. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, cit., p. 23 ss.

¹⁷³ Così I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/2005*, cit., pp. 337-342, la quale afferma che: «nella materia in cui si discorre vi è spazio per entrambe le azioni: quella 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 (per difetto dei presupposti dell'invalidità, principale e derivata: ad esempio, per mancanza di un'intesa di natura negoziale dalla cui illiceità far derivare la nullità degli atti negoziali conseguenti, o perché l'oggetto dell'intesa non viene affatto replicato nei contratti a valle), o si voglia convenire in giudizio un soggetto diverso dal proprio contraente diretto, al quale non può essere imputata alcuna responsabilità». Per contro M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust*, cit., 2005, p. 342 ss., sostiene la tesi opposta dell'incompatibilità tra invalidità negoziali e risarcimento del danno. Tale opinione si ritrova anche in C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza*, cit., p. 170.

dalla parzialità necessaria¹⁷⁴. Altra caratteristica della nullità di protezione, divergente dalla disciplina tradizionale della nullità, e sempre finalizzata a garantire la tutela del contraente debole, sta nel fatto che la nullità parziale del contratto o di singole clausole non importa la nullità dell'intero contratto, e ciò a prescindere dalla volontà ipotetica delle parti e dall'esistenza di norme imperative che sostituiscano, di diritto, le clausole viziate, come invece prevede l'art. 1419 c.c.¹⁷⁵

Il codice del consumo art. 36 sembra assurgere oggi a statuto centrale della figura della nullità di protezione, giustificato dal disposto dell'art. 1421 c.c. che nell'*incipit* della norma fa salve diverse disposizioni di legge, per tutte le figure di nullità protettive, le quali possono essere fatte valere solo dal consumatore, alternativo alla nullità codicistica, la quale sembra inadeguata per la tutela degli interessi in gioco, ossia dei consumatori, parti deboli del rapporto contrattuale, ma anche della stabilità ed efficienza dei traffici e, quindi, del mercato¹⁷⁶.

Una volta ammesso che esiste nel nostro ordinamento una nuova categoria generale di nullità cd. di protezione, questa risulterebbe applicabile tutte le volte in cui ricorre la medesima *ratio* di protezione della parte debole del rapporto, che non è tuttavia il suo interesse particolare ma un interesse tutelato in quanto il soggetto debole

¹⁷⁴ Si riscontra, quindi, un mutato quadro legislativo che ha imposto all'interprete un ripensamento in merito alla categoria generale della nullità, la quale si presenta graduata in base all'interesse protetto dalla norma violata. La nullità di protezione si discosterebbe dalla nullità codicistica in quanto non ne possiederebbe i caratteri essenziali, quali l'insanabilità, l'imprescrittibilità, l'assolutezza e la natura dichiarativa dell'azione. Tale impostazione avrebbe, quindi, il pregio di tutelare la parte contrattualmente più debole, al fine di evitare le conseguenze caducatorie della nullità mediante la conservazione del contratto, previa sostituzione della clausola colpita da nullità, consentendo al tempo stesso al consumatore di continuare ad avvalersi del contratto stipulato, e a beneficiare del bene o servizio acquistato, in ossequio al principio di conservazione del contratto, previa sostituzione della clausola nulla.

¹⁷⁵ Critiche alla suddetta tesi sono state mosse da F. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Diritto della banca e del mercato finanz.*, 1996, p. 507 ss.pp. 545-546, il quale rileva le difficoltà insiste nel conciliare la nullità di protezione con la disciplina della nullità dettata in via generale dal codice civile. Contesta, in particolare, il carattere relativo della nullità, sulla base dell'assunto per cui la nullità sarebbe assoluta, e l'impossibilità di ricostruire la nullità parziale se non sulla base della volontà ipotetica delle parti, nonostante la legislazione speciale preveda diverse forme di nullità di protezione a tutela del contraente debole.

¹⁷⁶ Secondo gli autori che seguono questa impostazione, l'istituto della nullità di protezione, con il proprio statuto normativo, previsto dal legislatore comunitario per una serie di fattispecie - quali il patto che realizza l'abuso di dipendenza economica, previsto dall'art. 9 della l. 192 del 1998 sulla subfornitura, la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, ecc. - sarebbe applicabile in via analogica anche ai contratti stipulati tra imprese e consumatori nella prospettiva di valutare la congruenza economica dello scambio. Si veda in proposito: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 49 ss., il quale rileva che «la sommaria ricognizione sin qui svolta consente di delineare l'ipotesi che la nullità abbia assunto quanto a fondamento sostanziale e trattamento, natura di tecnica speciale, non eccezionale, per la tutela di un contraente, sicché si renda possibile l'integrazione analogica del sistema».

è esponente di una categoria sociale meritevole di tutela¹⁷⁷.

Nel caso che qui ci occupa, la nullità dei contratti che l'impresa collusa stipula con i propri clienti sarebbe, dunque, prevista solo a vantaggio del consumatore quale parte contrattualmente più debole, l'unico legittimato a farla valere e, sempre nel suo esclusivo interesse, colpirebbe solo le clausole affette da nullità, in quanto riproduttive dell'intesa illecita a monte, garantendo la conservazione del contratto.

Pur essendo la sanzione della nullità prevista per proteggere interessi di rilevanza pubblicistica, ossia per reprimere condotte anticoncorrenziali tenute sul mercato, in violazione del divieto che impone alle imprese di astenersi dal porre in essere tale tipo di condotte, sussiste l'esigenza di tutelare anche l'interesse della parte contrattualmente più debole – sia esso consumatore, subfornitore o impresa danneggiata dall'intesa –, leso dal singolo contratto cui ha preso parte, il quale dovrebbe essere eliminato solo ad istanza della parte che ha realmente interesse¹⁷⁸.

Ma come più volte si è sottolineato, il contraente quasi mai ha interesse alla eliminazione totale del contratto ma, all'opposto, mira alla conservazione del medesimo, - rappresentando il mezzo con il quale, spesso, si procura beni o servizi di prima necessità, difficilmente sostituibili - previa correzione mediante sostituzione della clausola viziata¹⁷⁹.

La nullità radicale, viceversa, comporterebbe la totale caducazione del contratto con obblighi restitutori ed inoltre, essendo la relativa legittimazione a farla valere assoluta, anche l'impresa che ne è autrice potrebbe invocarla, con pesanti conseguenze

¹⁷⁷ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 1 ss. e 322 ss., il quale evidenzia come «attualmente, la categoria delle nullità di protezione è testimone evidente della cd. frantumazione della nullità, vale a dire di come non esista più una nullità intesa come vizio originario del contratto, che possa essere fatto valere da tutti e che possa essere sempre rilevato d'ufficio da parte del giudice. Al contrario, si deve ritenere che esista una variegata tipologia di figure di nullità del contratto nell'ambito delle quali rientrano sia le nullità assolute che, poste a tutela degli interessi inderogabili dell'ordinamento, possono essere rilevate dalle parti e dai terzi interessati oltre che, d'ufficio, dal giudice; sia le altre nullità a legittimazione ristretta che, poste a tutela di alcuni ceti sociali e/o di soggetti spesso determinati per status, possono essere rilevate solo da questi con il conseguente temperamento della rilevanza d'ufficio».

¹⁷⁸ La dottrina è ormai tendenzialmente incline ad ammettere che uno stesso fatto materiale rilevi sia come fattispecie generatrice di responsabilità aquiliana sia come integrante gli estremi di una violazione contrattuale. Così G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 249 ss.

¹⁷⁹ A. BERTOLOTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti "a valle" e sanzione di nullità*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1211-1213.

sull'efficienza e sulla certezza dei traffici¹⁸⁰.

Per questo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono a riconoscere al consumatore una tutela prettamente risarcitoria, garantendogli la reintegrazione patrimoniale del pregiudizio economico subito¹⁸¹.

2.8.4.1. Critica.

Tuttavia, al fine di accogliere questa tesi, occorre valutare se la disciplina della nullità di protezione, ora contenuta nell'art. 36 cod. cons., sia applicabile ai contratti «a valle», direttamente o in via analogica.

Mentre parte della dottrina ritiene che l'art. 36 cod. cons. sia applicabile in via analogica¹⁸², altri nega che l'applicazione analogica possa essere predicata nel caso di specie perché presupporrebbe una lacuna normativa che deve essere riempita, laddove invece la disciplina della nullità è quella dettata in via generale dagli artt. 1418 e ss. c.c. che non distinguono tra le fonti della nullità, salvo deroghe espresse contenute in altre leggi.

Chi ne sostiene l'applicabilità tende a superare la citata obiezione evidenziando come lo statuto della nullità di protezione, relativa, nel senso che può essere fatta valere solo dalla parte debole del rapporto e parziale, perché circoscritta alle sole clausole contrattuali che riproducono le condizioni fissate a monte dell'accordo anticoncorrenziale, è posto a tutela del contraente debole che risulterebbe privo di tutela se fosse riconosciuta anche all'impresa la legittimazione a farla valere e se comunque l'invalidità colpisse l'intero negozio, ed è dunque suscettibile di essere applicata a

¹⁸⁰ V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., pp. 210-211, il quale afferma che: «la nullità dei contratti “a valle” rientra di pieno diritto nel concetto di nullità relativa, o nullità di protezione della parte debole del negozio, unica legittimata a farla valere, in modo da evitare che sia l'altra parte a poter paralizzare il contratto. Se, d'altra parte, si interpretasse la nullità come assoluta, dovrebbero considerarsi legittimati a farla valere solo i diretti interessati, ossia gli imprenditori concorrenti lesi dall'intesa». Ciò determinerebbe secondo S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 397, un'ingiustificata disparità di trattamento, perché si escluderebbe la legittimazione del consumatore che è stato parte del contratto e la si riconoscerebbe a terzi, solo in quanto imprenditori lesi ai sensi dell'art. 2 della legge, ma che non sono stati parti del contratto.

¹⁸¹ Vi sono dei casi, poi, in cui la nullità del contratto “a valle” risulta esclusa in modo evidente: si pensi al caso dei contratti posti in essere in esecuzione di un'intesa vietata relativa alla ripartizione dei mercati, in cui ciascuna impresa si astiene dall'intervenire nell'ambito territoriale riservato alle altre. In tale ipotesi, ad essere in contrasto con la normativa antitrust non sono tanto i contratti posti in essere da ciascuna impresa nella zona ad essa riservata, ma l'illecito si consuma già con l'astensione delle altre imprese dallo stipulare contratti nelle zone assegnate ai propri concorrenti.

¹⁸² G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 50; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, p. 742 ss.

qualsiasi contratto stipulato dal consumatore, a prescindere dal fatto che tale contratto sia previsto dal codice civile o da altra legge¹⁸³.

Tuttavia, un'indagine che voglia essere rigorosamente positiva non può superare il dato normativo e basarsi esclusivamente su una *ratio* protezionistica.

Ne consegue che, trattandosi di un'ipotesi eccezionale rispetto alla nullità codicistica, della quale non ne possiede le caratteristiche fondamentali quali l'insanabilità, l'imprescrittibilità, l'assolutezza e la natura dichiarativa dell'azione, è insuscettibile di applicazione analogica, sicché il fatto di operare a tutela della parte contrattualmente più debole, non può giustificare l'applicabilità di un regime derogatorio rispetto alla disciplina generale¹⁸⁴.

L'impostazione suddetta risulta avvalorata tanto dall'art. 15 delle preleggi che espressamente vieta l'applicazione dell'analogia alle norme eccezionali, ossia alle norme che derogano a regole generali, sia dall'art. 1421 c.c. che nell'*incipit* della norma fa salve diverse disposizioni di legge, con la conseguenza che le figure di nullità protettive, derogano alle disposizioni di legge di cui agli art. 1418 e ss., debbono essere espressamente previste in altre leggi¹⁸⁵.

¹⁸³ In tal senso si veda A. BERTOLOTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate*, cit., p. 1213, il quale afferma che: «la nullità del contratto “a valle” sembra rientrare di pieno diritto nel concetto di nullità relativa, o nullità di protezione della parte debole del negozio, unica legittimata a farla valere, in modo da evitare che sia l'altra parte a poter paralizzare il contratto». Favorevole all'applicazione della disciplina speciale della nullità anche M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore*, cit., p. 755 ss. Contro l'applicazione analogica della “nullità virtuale di protezione” si veda: P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121. Secondo l'Autore, infatti, «le nullità di protezione discendono da previsioni testuali di legge e non sono suscettibili di applicazione analogica».

¹⁸⁴ A sostegno della tesi opposta: G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 78 ss.

¹⁸⁵ Contrario all'applicazione della disciplina speciale alle ipotesi di nullità dei contratti stipulati tra imprese e consumatori M. ONORATO, *Nullità dei contratti*, cit., p. 199 ss., il quale rileva come l'applicazione analogica al caso in questione non sia configurabile posto che la stessa presupporrebbe una lacuna normativa che non esiste, essendo sempre applicabile la disciplina dettata dagli artt. 1419 ss. c.c. applicabile ad ogni contratto salvo deroghe espressamente previste in altre leggi. Inoltre, sempre secondo l'Autore, l'art. 36 cod. cons. non sarebbe applicabile neanche in via diretta, poiché tale nullità sarebbe circoscritta alle clausole vessatorie, mentre l'invalidità dei contratti “a valle” deriva dall'avere un contenuto uniforme a quelli stipulati dalle altre imprese colluse con gli utenti e non perché fatto di clausole vessatorie come richiesto dall'art. 36. Dunque, quando il contratto presenta clausole vessatorie, si applica la regola della nullità parziale di cui all'art. 36; quando invece non le contiene si applicherebbe la disciplina generale di cui all'art. 1419 c.c.

2.9. I rimedi diversi dalla nullità.

2.9.1. La tesi dell'annullabilità.

Alla luce di quanto osservato, la dottrina è stata indotta a prospettare diverse tesi, tra cui quella che riconosce l'annullabilità dei negozi stipulati dal consumatore finale per vizio del consenso, poiché il consumatore, controparte contrattualmente più debole, subirebbe un abuso perpetrato dall'impresa collusa con cui ha contrattato, con applicazione analogica di tale rimedio alla fattispecie dei contratti «a valle»¹⁸⁶, e della relativa disciplina contenuta negli artt. 1425 e ss. c.c.

La dottrina sostenitrice della tesi dell'annullabilità parte dal presupposto che la nullità del contratto «a valle», per i caratteri che la contraddistinguono quali la legittimazione assoluta, la rilevabilità d'ufficio, le regole in materia di nullità parziale, nonché per le pesanti conseguenze caducatorie che comporta, portando appunto alla inefficacia totale dell'atto, risulta un rimedio del tutto inadeguato a tutelare il contraente che ha subito un comportamento abusivo perpetrato dall'altro¹⁸⁷.

Stante il principio di tipicità dei vizi della volontà nonché l'impossibilità di estendere in via analogica la disciplina specificatamente prevista per una singola ipotesi di annullabilità¹⁸⁸, il problema viene risolto non mediante l'applicazione analogica di uno specifico vizio del consenso, quale la violenza o il dolo, all'abuso di cui si discute, ma in forza dell'applicazione del rimedio generale dell'annullabilità, ritenuta applicabile tutte le volte in cui ricorra il medesimo (o analogo) sopruso di una parte in danno dell'altra¹⁸⁹.

2.9.1.1. Critica.

Anche questa tesi, in realtà, presta il fianco a diverse obiezioni.

La prima critica avanzata alla tesi in esame consiste nel fatto che il consenso del consumatore non è per nulla viziato, in quanto egli ha concluso il contratto in modo

¹⁸⁶ A tal proposito si veda M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, cit., p. 190 e ss.

¹⁸⁷ G.T. ELMI, *La tutela di fronte all'A.G.O.*, cit., p. 334 propende per un'applicazione analogica del rimedio dell'annullabilità alla fattispecie dei contratti a valle, in particolare ritenendo che l'esistenza di una collusione a monte determini la sussistenza di un vizio del consenso del contraente a valle, incidendo sul processo di formazione della sua volta che viene, per l'appunto, a formarsi in modo viziato.

¹⁸⁸ M. MELI, *op. cit.*, ritiene che si tratterebbe di una "forzatura" del dato testuale.

¹⁸⁹ M. MELI, *op. cit.*, p. 196. Per l'autrice: «non si tratta di desumere da una regola di responsabilità (il comportamento scorretto) una conseguenza sul piano dell'invalidità negoziale, ma di ricondurre l'ipotesi di abuso a quelle dei vizi del consenso eteroindotti, evidenziandone l'identità di ratio».

consapevole, e se pure le condizioni praticate dall'impresa avrebbero potuto essere diverse qualora si fossero formate in un regime liberamente concorrenziale, non si può dire che esse non siano state conosciute e volontariamente applicate dal consumatore¹⁹⁰.

In secondo luogo, essa non risulta soddisfacente a spiegare quelle ipotesi in cui non via stato un approfittamento dello stato di dipendenza economica della parte contrattualmente più debole al fine di addivenire alla stipula del contratto¹⁹¹.

Ma la principale difficoltà che si incontra con questa tesi, consiste nell'individuare il fondamento normativo dell'annullabilità, che non può essere rinvenuto nella disciplina codicistica¹⁹².

Per tali contratti, infatti, è già prevista una disciplina, contenuta appunto nella legge antitrust che, in quanto speciale, prevale su quella generale contenuta nel cod. civ. relativamente alle cause di annullabilità¹⁹³.

La tesi in questione è quindi da rigettare.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, applicabile la disciplina del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c.¹⁹⁴, rimedio che consentirebbe la conservazione del contratto – ne è infatti escluso l'annullamento – e l'applicazione del solo rimedio risarcitorio, peraltro non limitato all'interesse negativo¹⁹⁵, ma riferito alle migliori condizioni contrattuali a cui sarebbe stato possibile concludere il negozio «a valle», in assenza dei raggiri della controparte che abbia agito in mala fede, (che è pari alla differenza fra le condizioni contrattuali che si sarebbero avute ove non ci fosse stata l'attività ingannatoria, e quelle che in concreto si sono avute per effetto di tale attività)¹⁹⁶, sul presupposto che l'eliminazione del contratto non soddisfi il reale

¹⁹⁰ C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, cit., p. 191, per il quale «(...) non sembrano affatto integrati gli estremi del dolo civilistico».

¹⁹¹ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, pp. 451-458.

¹⁹² F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli, 2009, p. 138 ss.

¹⁹³ M. ONORATO, *op. cit.*, p. 157.

¹⁹⁴ Tradizionalmente l'art. 1440 c.c. è stato considerato norma eccezionale, in quanto prevede il risarcimento del danno nonostante la validità del contratto, quindi insuscettibile di applicazione analogica, stante il disposto dell'art. 14 preleggi, sicché la violazione delle regole di validità non comporterebbe il risarcimento del danno quando il contratto sia stato validamente concluso.

¹⁹⁵ Il danno risarcibile nei limiti dell'interesse negativo deriva dal pregiudizio afferente all'aver confidato nella conclusione di un contratto che non è stato stipulato, nell'aver impiegato risorse nella conclusione di un contratto inutile (invalido o inefficace), infine ancora nell'aver concluso un contratto a condizioni che sarebbero state diverse qualora non si fosse manifestata l'ingerenza antigiuridica della condotta di un terzo. In tal senso v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p.175.

¹⁹⁶ M. MELI, *op. cit.*, p. 192.

interesse della parte vittima dell'inganno.

In sostanza, adottando il rimedio di cui all'art. 1440 c.c. alla fattispecie dei contratti «a valle», avremmo come conseguenza quella di colpire direttamente il comportamento abusivo posto in essere dall'impresa - il contratto rappresenta, infatti, il frutto dei raggiri posti in essere dall'impresa e che hanno indotto l'altro contraente, fermo restando la libera formazione del consenso negoziale, a stipulare un contratto che, in assenza di quell'inganno, avrebbe concluso ma a condizioni diverse -, evitando la eliminazione del contratto, cui il contraente danneggiato non ha interesse e permettendogli di ottenere un risarcimento corrispondente alla differenza tra il prezzo pagato e quello concorrenziale¹⁹⁷.

Tuttavia, contro la tesi del dolo incidente, che postula l'estensibilità del rimedio previsto dall'art. 1440 c.c.¹⁹⁸, in quanto ritenuto applicazione di un principio generale in materia di risarcimento del danno, ed espressione di un più generale principio di conservazione del contratto tutte le volte in cui l'eliminazione della fattispecie non corrisponde al reale interesse della parte danneggiata¹⁹⁹, si è schierata larga parte della dottrina che ritiene, viceversa, che il rimedio risarcitorio di cui all'art. 1440 c.c. sia eccezionale rispetto al dolo determinante di cui all'art. 1439 c.c. (che prevede, oltre al risarcimento del danno, anche l'annullabilità del contratto), dunque non suscettibile di applicazione analogica.

¹⁹⁷ Nel senso che l'art. 1440 c.c. sia norma idonea a fondare la "coesistenza" tra atto illecito e attività negoziale, si veda A. TRABUCCHI, *Dolo (Diritto civile)*, in *NN. D.I.*, p. 151, secondo cui il risarcimento deve assumere la forma di una diminuzione del contenuto della controprestazione (danno costituito dalla minor convenienza dell'affare).

¹⁹⁸ La tesi del dolo incidente è stata sostenuta in giurisprudenza da: App. Napoli, 24 febbraio 2006, la quale ha statuito che «quando venga accertata l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza effettuata da imprese assicurative operanti nel settore R.C.A., ferma rimanendo la validità del contratto assicurativo stipulato dall'attore, il contraente in mala fede è tenuto, ai sensi, dell'art. 1440 c.c., a rispondere dei danni provocati all'attore, che vanno determinati con riferimento al minor vantaggio o al maggior aggravio economico connesso alle determinazioni contrattuali diverse, provocate dalla violazione del principio di correttezza e buona fede».

¹⁹⁹ F. LUCARELLI, *Lesione di interessi e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 122 ss.

Contrario alla tesi del dolo incidente è anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.

Ma la difficoltà, forse maggiore, consiste nel configurare l'esistenza di raggiri nella contrattazione tra l'impresa collusa e i suoi clienti, elemento costitutivo della fattispecie prevista dall'art. 1440 c.c.²⁰⁰

Quasi mai, infatti, il consumatore è a conoscenza dell'intesa illecita a monte, ma anche se lo fosse non si può sostenere che essa costituisca un fattore di pressione psicologica sul consumatore, tale da comportare un'alterazione al processo di formazione della sua volontà.

Non è la volontà del contraente debole ad essere alterato, anzi essa si forma in modo libero e non per effetto dei raggiri delle imprese, i quali consistono nella falsa rappresentazione della realtà al fine di indurre in errore l'altro contraente, ma le condizioni contrattuali che, concordate a monte, risultano omogenee per la serie dei contratti, dallo stesso contenuto, stipulati da ciascuna impresa collusa con la propria clientela.

2.9.2. La rescissione per lesione.

Una tesi minoritaria, infine, è quella secondo la quale il contratto a valle stipulato tra l'impresa collusa e la controparte contrattuale non sarebbe nullo, né annullabile, ma rescindibile.

Per la dottrina sostenitrice di questa tesi²⁰¹ il fondamento della tutela andrebbe ricercato, specificatamente, nella rescissione per lesione, la cui disciplina è contenuta negli artt. 1448 e ss. c.c. che consentirebbe al contraente più debole di ottenere la correzione giudiziale del contratto, tutte le volte in cui lo squilibrio contrattuale sia stato provocato dal comportamento scorretto di una parte a danno dell'altra.

La dottrina in esame muove dall'esistenza di un principio generale di "giustizia contrattuale", che costituirebbe il fondamento di ogni azione di rescissione, e ne postula

²⁰⁰ Si veda in proposito M.R. TUFARELLI, *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2151. Rileva l'Autrice come «non sembrano ravvisabili nel contegno adottato dall'impresa nei confronti del consumatore gli estremi del raggirò necessario al fine di determinare un'ipotesi di dolo incidente. In particolare sembra arduo poter sostenere che la stipulazione di un'intesa anticoncorrenziale costituisca un inganno diretto a raggirare il consumatore circa le condizioni contrattuali. Non si vede come il consumatore possa dimostrare di essere stato indotto in errore circa le predette condizioni, le quali sono frutto di un'alterazione della dinamica concorrenziale e non di un condizionamento della volontà operato ai danni del contraente».

²⁰¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 110 ss.

Contra A. BERTELOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*, cit., p. 1876 ss.

una estensione generale²⁰², quindi applicabile in via analogica, *«in tutti i casi in cui circostanze obiettive, tra le quali possono farsi rientrare la definizione uniforme da parte delle imprese dei comportamenti da tenere sul mercato, condizionino la libertà di scelta di uno dei contraenti e siano utilizzate consapevolmente dalla controparte per trarne vantaggio»*²⁰³.

Questa tesi ritiene che la rescissione per lesione, di cui all'art. 1448 c.c., sarebbe un rimedio generale che consentirebbe di rivolgersi al giudice per ottenere la correzione del contratto in senso equitativo, tutte le volte in cui lo squilibrio sia determinato dal comportamento consapevole di una parte di approfittamento dell'altra, finalizzato a trarne vantaggio.

2.9.2.1. Critica.

Anche tale tesi, tuttavia, è stata oggetto di varie critiche.

Una prima obiezione, comune alla tesi precedente, consiste nel fatto che per i contratti «a valle» esiste già una disciplina speciale, la legge antitrust, che prevale su quella generale, prevista dal cod. civ. che pertanto non può trovare applicazione.

In secondo luogo, la disciplina sulla rescissione, e segnatamente l'art. 1450 c.c., rende possibile addivenire alla riconduzione ad equità del contratto, sul presupposto che essa sia offerta dalla parte contro la quale la rescissione è domandata, proprio al fine di evitarne la pronuncia, che nel nostro caso dovrebbe essere l'impresa collusa.

Aderendo alla tesi in oggetto, invece, si consentirebbe al consumatore, cioè il contraente leso, di presentare al giudice una domanda diretta a ripristinare l'equilibrio negoziale tra le parti.

Va rilevato, inoltre, che l'equità dello scambio è irrilevante per il nostro ordinamento, che non prevede una regola generale di giustizia contrattuale.

La rescissione si presenta, quindi, come un rimedio di carattere eccezionale: lo si ricava sia dai rigidi presupposti previsti dalla legge per la sua esperibilità, costituiti dall'approfittamento dello stato di bisogno o di pericolo del contraente debole, tale da non poter essere esteso a tutte le ipotesi in cui la formazione del consenso è libera, sia

²⁰² La dottrina prevalente, tuttavia, nega che il nostro ordinamento contempli un principio generale di giustizia contrattuale, dovendosi invece sostenere che in via generale operi l'irrilevanza della convenienza dell'affare e dell'equità dello scambio, con la conseguenza che la disciplina sulla rescissione rappresenta una regola eccezionale rispetto alla suddetta regola generale.

²⁰³ G. GUIZZI, *op. cit.*, p. 116 ss.

dal ristrettissimo termine di prescrizione, e dall'impossibilità di convalidare il contratto rescindibile.

2.9.3. La tesi della validità.

I molteplici dubbi sollevati con riguardo ai vari rimedi esaminati, soprattutto sul presupposto che essi non sarebbero in grado di tutelare adeguatamente il contraente debole, il quale ha senz'altro interesse al mantenimento del contratto e della prestazione che ne costituisce oggetto (ad es. nel caso di cartello sui prezzi praticato dalle compagnie assicurative, il consumatore ha interesse al rimborso del sovrapprezzo pagato ma non alla caducazione del contratto stipulato), hanno indotto la dottrina, avvallata anche dalla giurisprudenza di legittimità, ad accogliere la tesi secondo la quale il contratto «a valle» sarebbe valido, e a riconoscere al consumatore solo una tutela di tipo risarcitorio²⁰⁴.

Tale tesi sarebbe, in primo luogo, suffragata dal dato normativo: il fatto che l'art. 2 l. 287/90 non prevede espressamente che i contratti «a valle» siano invalidi avvalga la tesi che esclude qualunque forma di invalidità di questo contratto.

In secondo luogo, la necessità di escludere gli effetti della nullità, caratterizzata dalla legittimazione assoluta, sicché anche l'impresa che l'ha provocata potrebbe farla valere per sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni, l'obbligo di restituzione delle prestazioni per il caso in cui siano già state eseguite, nonché la circostanza che il contratto nullo *ab origine* non produce alcun effetto, sono tra i principali argomenti che hanno portato larga parte della dottrina ad abbandonare questa soluzione.

Presupponendo, invece, la piena validità del contratto «a valle», il pregiudizio patito dal contraente, rimasto estraneo all'intesa, dovrebbe considerarsi ingiusto, e andrebbe quindi risarcito, ai sensi dell'art. 2043 c.c.²⁰⁵

La nozione di “danno ingiusto” di cui all'art. 2043 c.c. viene concepita come una clausola generale, in grado di determinare la risarcibilità di qualunque lesione a carico di un interesse socialmente protetto.

²⁰⁴ Propendono per tale tesi: L. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, cit., p. 954; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., p. 237 ss., nonché in *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.; E. CAMILLERI, *La tutela del contraente “a valle” tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 43 ss.

²⁰⁵ M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust*, cit., p. 346 ss.

Anche su questo punto, tuttavia, il dato normativo e, in particolare l'art. 33 legge n. 287 del 1990, è estremamente incerto laddove fa parola di "risarcimento del danno", senza fornire ulteriori chiarimenti sulla natura del danno risarcibile, se precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale, né sui soggetti che possono esperirlo, lasciando aperti dubbi interpretativi di non poco conto.

La tesi della validità è stata seguita dapprima dalla giurisprudenza di merito, che ha iniziato ad occuparsi della sorte dei contratti «a valle» relativamente alle n.b.u., affermando la validità delle clausole contrattuali riprodotte del contenuto delle n.b.u. predisposte dall'Abi, in quanto *«la violazione della norma di cui all'art. 85 del trattato Ce, che vieta le intese tra imprese restrittive della libertà di concorrenza, comporta la nullità di tali intese, ma non dei contratti che, sulla base di esse, le parti abbiano concluso con i terzi»*²⁰⁶.

Successivamente, è stata avallata anche dalla Corte di Cassazione che ha negato qualunque ripercussione degli effetti dell'intesa illecita realizzata a monte dalle imprese bancarie sui contratti successivamente stipulati con la propria clientela²⁰⁷.

Peraltro in una prima fase la giurisprudenza della Cassazione non solo escludeva la nullità dei contratti «a valle», ma addirittura riteneva che la legge antitrust non offrisse una tutela diretta al consumatore leso da un'intesa restrittiva della concorrenza, tutela che non veniva esclusa del tutto, soltanto che, nell'ottica del Supremo Collegio, andava ricercata altrove, ossia al di fuori della legge antitrust prevista solo a protezione degli imprenditori e dell'assetto concorrenziale del mercato. La tendenza, ormai avallata dalla giurisprudenza, a partire dalle S.U. n. 2207 del 2005, è pertanto quella di ricondurre la protezione principale per il consumatore alla responsabilità extracontrattuale; egli ha diritto di vedere risarcito il danno subito ex art. 2043 c.c.²⁰⁸, in

²⁰⁶ In tal senso Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 212 ss., così anche Trib. Pesaro, 21 novembre 2000; Trib. Milano, 25 maggio 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, p. 87 ss.

²⁰⁷ Cass., 4 marzo 1999, n. 1811 e Cass., 13 aprile 2000, n. 4801, in *Riv. dir. industriale*, 2000, p. 431 ss.

²⁰⁸ Le S.U. della Cassazione riconoscono in capo al consumatore che ha stipulato il "contratto a valle" una tutela di tipo risarcitorio, in quanto nascente da un fatto illecito, senza individuare la situazione giuridica soggettiva che risulterebbe violata. Sembrano, tuttavia, ritenere che tale illiceità trovi fondamento nella nullità dei "contratti a valle". Nell'ottica della Suprema Corte, quindi, pur non avendolo esplicitato, il piano sul quale si pone la questione della tutela del consumatore finale è quello contrattuale. Nella misura in cui ad es. il prezzo sia determinato da un'intesa illecita di cui il contratto "a valle" costituisce attuazione, il prezzo è illecito e costituisce oggetto illecito del contratto per cui l'unica conseguenza che ne deriva non può che essere la nullità del contratto, per la parte corrispondente. Nella responsabilità contrattuale non si pone, diversamente da quella extracontrattuale, la questione dell'ingiustizia del danno. E la responsabilità contrattuale, quando non deriva da inadempimento, non può che derivare dall'invalidità del contratto.

quanto ritenuto il rimedio più idoneo a soddisfare il suo interesse a mantenere in vita il contratto.

Alla luce di quanto esposto, e riconosciuto che le intese vietate dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, sono atti illeciti, in quanto posti in essere in violazione di una norma di condotta, e che gli interessi dei consumatori e concorrenti danneggiati sono tutelati dalla stessa normativa violata, non sembrano sussistere ostacoli a riconoscere la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno con un'azione di tipo extracontrattuale, che risulta essere maggiormente agevole, anche alla luce dell'interpretazione, ormai consolidata nella giurisprudenza, dell'art. 2043 c.c. come clausola generale e della teoria della atipicità dell'illecito civile.

2.10. Il problema della doppia qualificazione giuridica di uno stesso fatto.

Seguendo la via della validità del contratto «a valle», resta da affrontare il problema della possibilità di attribuire una duplice qualificazione giuridica ad uno stesso fatto.

Detto in altri termini, si tratta di stabilire se in presenza di un contratto valido, sia possibile configurare in capo al contraente danneggiato il risarcimento del danno e a quali condizioni il danno possa essere considerato ingiusto, in conformità a quanto prescritto dall'art. 2043 c.c. in materia di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito. L'interrogativo che si pone è, dunque, se una condotta contrattuale scorretta ma legittima posta in essere da un'impresa in posizione dominante, o che ha realizzato un'intesa restrittiva della concorrenza, si configuri come “abuso del diritto” e sia, per tale ragione, fonte di risarcimento danni.

La problematica in esame è collegata con quella, più generale, che si interroga se l'abuso del diritto costituisca un principio generale del nostro diritto civile, problema che nasce dal fatto che nel nostro ordinamento l'esistenza di un simile principio non è mai stato codificato, né tantomeno costituzionalizzato, a differenza di quanto avvenuto in altri paesi, come la Spagna e la Francia.

Si ha abuso del diritto, tutte le volte in cui il diritto esercitato è normativamente previsto e attribuito al soggetto, che tuttavia lo utilizza per realizzare fini ulteriori e diversi da quelli previsti dal legislatore, in violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza. La conseguenza prevista dalla giurisprudenza, per

reagire a un tale abuso, è quella dell'inidoneità dell'atto compiuto a produrre i suoi effetti, nonché dell'impossibilità di conseguire o conservare i vantaggi così ottenuti e i diritti connessi²⁰⁹.

La questione è stata affrontata in una nota sentenza della Corte di Cassazione, cd. caso Renault²¹⁰, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del diritto di recesso esercitato dalla casa automobilistica Renault nei confronti delle diverse concessionarie di automobili con le quali aveva stipulato altrettanti contratti di concessione²¹¹.

Nella sentenza in questione, la Corte riconosce l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'abuso del diritto, capace di attribuire al giudice il potere di sindacare il contenuto degli atti di autonomia privata.

In particolare, la Cassazione ha ritenuto che il superamento dei limiti interni o esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio, e che la regola violata consiste nell'obbligo di comportarsi secondo lealtà e correttezza.

«Il principio di buona fede in senso oggettivo deve accompagnare il contratto per tutto il suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed impone alle parti di comportarsi in modo da tener conto degli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche.

La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento, e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato»²¹².

²⁰⁹ Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, così come sviluppati nella sentenza n. 20106/2009, di seguito richiamata nel testo, sono: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che l'esercizio di quel diritto possa effettuarsi secondo modalità non predeterminate dal legislatore; 3) il fatto che il concreto esercizio del diritto, pur muovendosi all'interno della cornice formale prevista dalla legge, si svolga secondo modalità censurabili da un punto di vista giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, per l'effetto della modalità di esercizio, si manifesti una sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e "l'alterazione" della situazione giuridica che subisce controparte.

²¹⁰ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 e ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro it.*, 2010, 1, p. 85 ss., con nota di A. PALMIERI, e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.

²¹¹ In breve i fatti di causa: tra il 1992 e il 1996 la Renault recedeva da circa duecento contratti di concessione di vendita, sulla base di una clausola contrattuale che gli consentiva di effettuare il recesso *ad nutum*. Le concessionarie agivano, così, in giudizio per ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'abusivo esercizio del diritto di recesso. In primo e secondo grado, i concessionari risultavano soccombenti e le loro richieste venivano rigettate. Giunta la questione in Cassazione, la Corte, sul presupposto dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale che vieta l'abuso del diritto, riconosceva, al contrario, la sindacabilità dei motivi di recesso, potendo il Giudice anche compiere interventi correttivi del regolamento contrattuale, al fine di riportare il contratto a giustizia.

²¹² Cass., 29 agosto 2011, n. 17716, in *Guida al dir.*, 2011, p. 43 ss.

Attraverso lo strumento della buona fede oggettiva, il giudice può controllare, e se del caso modificare, il regolamento negoziale, tenendo conto degli opposti interessi delle parti²¹³.

In tale prospettiva si ritiene, quindi, che perseguire un fine ulteriore e diverso rispetto a quello individuato dal legislatore è scorretto e sleale, e potrebbe solo dar luogo all'obbligo di risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento dell'obbligo di buona fede e non anche quello di negare tutela all'atto compiuto nell'esercizio del diritto, ma in modo abusivo.

Quanto al danno risarcibile, il principio generale, in materia di responsabilità extracontrattuale, è sancito dall'art. 2043 c.c. che prevede la risarcibilità del solo danno "ingiusto".

Nella recente casistica della giurisprudenza, la responsabilità civile viene estesa per tutelare anche una parte contraente verso l'altra, attraverso l'art. 1440 c.c. in tema di dolo incidente.

In particolare la giurisprudenza, con la sentenza citata - ribaltando il precedente orientamento che per molto tempo aveva ritenuto che tale norma non fosse applicabile al di fuori dei casi di responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.²¹⁴ – ha ritenuto che la regola da essa posta rappresenti un principio generale, applicabile anche al di fuori dell'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, implicante il dovere di comportarsi in maniera corretta e leale, e di fornire alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipula del contratto²¹⁵.

In sostanza, ciò implica che la conclusione di un contratto valido ed efficace non impedisce la proposizione di un'azione risarcitoria, per violazione della regola di cui

²¹³ In particolare, la Corte di legittimità ha statuito che: «in caso di recesso "*ad nutum*", pur se contrattualmente previsto, il controllo giudiziale del contratto deve essere condotto in base al principio della buona fede oggettiva, che consente intervento giudiziale anche modificativo o integrativo del regolamento pattuito, a garanzia del giusto equilibrio degli interessi». Secondo la Corte, il giudice del merito avrebbe dovuto riconoscere il diritto al risarcimento del danno, per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza e alla buona fede.

²¹⁴ L'art. 1337 c.c. prevede l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, per non incorrere in una fattispecie di responsabilità precontrattuale. L'art. 1338 c.c., dal canto suo, prevede una fattispecie specifica di responsabilità precontrattuale, quando una parte, conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire all'altra parte il danno da questa subito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto

²¹⁵ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024.

all'art. 1337 c.c.²¹⁶

Tale disposizione, così come l'art. 1440 c.c., possono essere considerate norme di tutela dell'autonomia negoziale di ciascuna parte, contro gli abusi perpetrati dall'altra, la cui lesione costituisce danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., a prescindere dalle vicende relative al contratto concluso.

Proprio l'art. 1440 c.c., infatti, ammette una possibile convivenza tra un contratto valido e un'azione di risarcimento del danno, tutte le volte in cui una parte con il suo comportamento scorretto abbia indotto l'altra a stipulare un contratto a condizioni diverse da quelle che si sarebbero stipulate in un contesto non viziato, commette un illecito e il danno che ne deriva è suscettibile di essere risarcito.

²¹⁶ Così R. ALESSI, *Tutele contrattuali*, in *Manuale del diritto privato*, (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 27 ss.

Una volta ammesso che la responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede nel corso delle trattative vada oltre il caso in cui tale violazione abbia impedito la conclusione del contratto, ossia l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, o di un contratto valido, ed è l'ipotesi contemplata dall'art. 1338 c.c., è necessario ammettere che sussista tale forma di responsabilità tutte le volte in cui sia posto in essere un contratto valido che tuttavia abbia prodotto un danno per la parte che è stata vittima del comportamento scorretto.

CAPITOLO III

L'AZIONE RISARCITORIA ANTITRUST

Sommario: 3.1. Considerazioni introduttive sulla legittimazione ad agire dei privati. 3.1.1. Le iniziative intraprese a livello europeo per incentivare il ricorso alle azioni risarcitorie antitrust da parte dei danneggiati. 3.1.2. Il principio della “diretta applicabilità” della normativa europea. 3.1.3. La direttiva 104/2014. 3.2. Il danno subito dai concorrenti. 3.2.1. Tipologie di illecito: gli abusi escludenti e gli abusi di sfruttamento. 3.2.2. Il danno subito dall’impresa che ha partecipato alla pratica illecita: la sentenza *Courage*. 3.2.3. L’entità del danno negli illeciti escludenti e in quelli di sfruttamento. 3.3. Il danno subito dai consumatori. 3.3.1. Le diverse tipologie di danno per i consumatori nei vari tipi di illecito. 3.4. *Umbrella prices*. 3.4.1. Il caso *Kone*. 3.5. L’acquirente indiretto. 3.5.1. La prospettiva della giurisprudenza sulla questione della risarcibilità del danno subito dall’acquirente indiretto. 3.5.2. La soluzione americana. 3.6. Gli altri soggetti del mercato “terzi” rispetto all’intesa illecita legittimati all’azione risarcitoria antitrust. 3.6.1. I fornitori e i distributori. 3.6.2. I lavoratori e i soci investitori.

3.1. Considerazioni introduttive sulla legittimazione ad agire dei privati.

L’ordinamento italiano prevede, all’art. 33, co. 2, l. 287/90, tra i rimedi esperibili avverso le violazioni della concorrenza, oltre alle azioni di nullità, le azioni di risarcimento del danno, nonché i ricorsi diretti ad ottenere i provvedimenti d’urgenza.

È noto come, tra i principali problemi che si pongono circa l’utilizzo dello strumento risarcitorio in ambito antitrust, vi sia la difficoltà di individuare i soggetti che hanno diritto di esperire l’azione risarcitoria, data la potenziale idoneità delle condotte poste in essere in violazione delle norme sulla concorrenza a ledere una pluralità di interessi, facenti capo ad una molteplicità di soggetti appartenenti a differenti categorie economico-sociali²¹⁷.

Problemi originati dalla estrema lacunosità della disciplina tanto nazionale - la quale, pur prevedendo il rimedio risarcitorio, non specifica quali soggetti possono esperirlo -, quanto europea, nella quale manca addirittura un esplicito riconoscimento

²¹⁷ S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 395.

del diritto dei singoli di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dagli illeciti antitrust²¹⁸.

Prima di analizzare questo aspetto, che sembra rivestire una posizione centrale nelle azioni di risarcimento del danno antitrust, è opportuno effettuare una breve premessa di carattere terminologico.

Sebbene, infatti, la dottrina e la giurisprudenza utilizzino a tale riguardo, in modo per così dire atecnico, l'espressione "legittimazione ad agire" per indicare il diritto dei privati di agire in giudizio per conseguire il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme concorrenziali, sarebbe più corretto parlare di "possibilità giuridica", che costituisce una delle condizioni dell'azione civile che deve ricorrere per l'ipotetica accoglibilità della domanda²¹⁹.

Con quest'ultima locuzione si suole indicare, infatti, l'esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto che si vuole far valere e consiste, quindi, nella possibilità che la posizione soggettiva fatta valere in giudizio trovi tutela all'interno dell'ordinamento sostanziale (esistenza di una norma che astrattamente contempli il diritto fatto valere in giudizio), e si distingue dalla legittimazione ad agire, che attiene invece alla necessità che il diritto affermato nella domanda sia affermato come diritto di colui che propone la domanda e contro colui nei cui confronti si propone la domanda (colui che propone la domanda si afferma titolare del diritto fatto valere in giudizio)²²⁰.

La legittimazione ad agire presuppone, quindi, la titolarità, in capo a chi intende agire in giudizio, dell'interesse sostanziale da far valere in quella sede²²¹, perché in caso contrario l'ipotetico diritto non apparterrebbe a colui che agisce.

²¹⁸ Sia nei trattati istitutivi, che nel diritto derivato mancava, infatti, almeno fino all'introduzione della direttiva sul risarcimento del danno antitrust, n. 104 del 2014, qualsiasi riferimento al diritto delle vittime di una violazione della normativa concorrenziale, di chiederne il risarcimento del danno.

²¹⁹ La possibilità giuridica e la legittimazione ad agire sono entrambi condizioni dell'azione civile, cui si aggiunge l'interesse ad agire, e si differenziano dai presupposti processuali, che devono sussistere prima della proposizione della domanda, in quanto le prime, invece, sono requisiti indispensabili affinché si giunga ad una pronuncia nel merito.

²²⁰ Nella dottrina processualciviltistica italiana, tra i molteplici autori che si sono dedicati allo studio delle condizioni dell'azione civile, tra i più risalenti si veda: A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione ad agire*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 169 ss.; nella dottrina successiva, si veda invece: E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, p. 349 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, p. 74 ss.

²²¹ Ai sensi dell'art. 81 c.p.c., «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere, nel processo, in nome proprio un diritto altrui». Esiste, quindi, la possibilità di una legittimazione straordinaria o sostituzione processuale. In base all'art. 100 c.p.c., «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

A fronte di una normativa estremamente lacunosa, la possibilità dei privati di rivolgersi al giudice per chiedere il risarcimento dei danni subiti dalla violazione delle norme concorrenziali è stata, pertanto, oggetto di un laborioso percorso giurisprudenziale, dapprima ad opera delle pronunce della Corte di Giustizia e, solo successivamente, della giurisprudenza nazionale, che hanno riconosciuto una “tutela minima” a tutti i soggetti che operano nel mercato, siano essi imprese o consumatori²²².

Ne consegue che i soggetti legittimati ad agire per il risarcimento del danno possono essere individuati solo dopo aver stabilito quali sono gli interessi che la normativa antitrust intende tutelare.

Detto in altre parole, occorre stabilire se la finalità della normativa antitrust sia solo quella di garantire il corretto dispiegarsi della concorrenza nel mercato, e quindi solo gli imprenditori sarebbero legittimati ad attivare le tutele di cui all’art. 33, o anche gli interessi dei soggetti che, pur restando estranei all’attività imprenditoriale, possono avere interesse alla conservazione della concorrenzialità del mercato dalla quale traggono direttamente interesse, *“al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*.

È quanto viene stabilito nella già più volte citata sentenza delle S.U. della Cassazione n. 2207 del 2005, la quale ha risolto in senso positivo la a lungo discussa questione del diritto spettante anche ai consumatori di chiedere il risarcimento del danno subito ex art. 33, co. 2 legge 287/90, proprio mediante un allineamento dell’interesse di questo all’obiettivo generale di tutela della concorrenza.

La Cassazione, nel caso di specie, rigettando la posizione dell’impresa assicuratrice, attrice nel processo, ha riconosciuto che l’azione risarcitoria dell’assicurato tende alla tutela dell’interesse giuridicamente rilevante alla libertà contrattuale, e al diritto di godere dei benefici della libera competizione commerciale, e che tale interesse può risultare direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese.

Prima di tale pronuncia, ampio è stato infatti il dibattito che si è sviluppato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza relativamente ai soggetti che hanno diritto di esperire l’azione risarcitoria di cui all’art. 33 e, in particolare, se essa spetti anche ai consumatori.

²²² P. FATTORI, voce *La legittimazione attiva e passiva all’azione antitrust*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, (a cura di) L. F. Pace, 2013, p. 283.

La suddetta sentenza riconosce appunto al consumatore il diritto sia ad esperire l'azione di risarcimento del danno che l'azione di nullità del contratto «a valle», il quale, per usare le parole della Corte, «*costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, (in quanto) oltre ad estrinsecarla, la attua*».

Tuttavia, sebbene le S.U. abbiano espressamente riconosciuto il carattere plurioffensivo dell'illecito antitrust, e dunque la sua idoneità a cagionare un danno non solo a chi svolge attività imprenditoriale ma a tutti i soggetti che in esso operano, anche come destinatari della suddetta attività, ed *in primis* i consumatori, hanno lasciato aperte numerose questioni, omettendo di precisare quali siano le ulteriori classi di soggetti legittimati e i presupposti oggettivi in presenza dei quali il risarcimento può essere chiesto e ottenuto.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è, infatti, occupata solo dei concorrenti e dei consumatori, mentre non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sull'esistenza di altre categorie di possibili legittimati.

Stante il carattere plurioffensivo dell'illecito antitrust risulta oltremodo necessario procedere all'individuazione delle varie classi di soggetti potenzialmente titolari del diritto di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni antitrust.

In questo contesto, è intervenuta la direttiva 2014/104/UE sulle azioni di risarcimento del danno antitrust che conferma l'*acquis* comunitario prevedendo espressamente all'art. 3 che “qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno”²²³.

Si afferma, in tal modo, un accesso indiscriminato all'azione risarcitoria da parte dei consumatori, così come di imprese e pubbliche autorità, indipendentemente dalla sussistenza di un vincolo contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione e a prescindere dall'eventuale precedente accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte dell'Autorità garante²²⁴.

²²³ E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 104/2014/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2015, p. 393.

²²⁴ È il considerando 13 della direttiva 104/2014 a stabilire che «il diritto al risarcimento è riconosciuto ad ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità, a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione, e a prescindere dal fatto che un'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione».

Posto, dunque, come sia la giurisprudenza, sia la normativa riconoscano a chiunque il diritto di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno antitrust si cercherà, nella presente indagine, di precisare il significato dell'espressione "chiunque", cercando di individuare in concreto i soggetti del mercato i cui interessi possono essere lesi da una pratica anticoncorrenziale e possano, per tale ragione, avere accesso alla tutela risarcitoria, non potendo la stessa essere limitata alle sole imprese concorrenti.

Con l'analisi che segue si vuole dimostrare, in particolare, come dall'impostazione adottata dalla giurisprudenza, europea e nazionale, in merito al riconoscimento della legittimazione attiva a "chiunque" abbia un interesse a mantenere la concorrenzialità del mercato, derivi come necessario corollario l'impossibilità di escludere a priori alcuna delle categorie di soggetti che partecipano attivamente al mercato, potendo tutti, almeno potenzialmente e in astratto, essere esposti alle conseguenze pregiudizievoli di un illecito antitrust²²⁵.

Ciò che risulta necessario, dunque, è che si dimostri la realizzazione di una violazione alla disciplina antitrust, l'esistenza di una lesione ad un proprio interesse, giuridicamente rilevante alla concorrenzialità del mercato e un nesso di causalità tra la violazione e il danno che ne è scaturito.

Il riconoscimento del diritto di esperire l'azione risarcitoria antitrust senza alcun limite, ossia potenzialmente esteso a tutte le categorie di possibili danneggiati e a qualunque tipo di infrazione potrebbe, tuttavia, urtare contro quelli che sono i principi del nostro sistema di responsabilità civile, portando ad ammettere anche pretese risarcitorie prive di collegamento causale con la condotta illecita, posta in essere in violazione di norme antitrust.

È evidente come tale rischio possa essere neutralizzato solo individuando dei validi presupposti oggettivi cui subordinare l'accoglimento delle richieste risarcitorie

²²⁵ Il problema di individuare i potenziali attori si era già posto prima dell'entrata in vigore della legge 287/90 in due disegni di legge adottati negli anni '80: disegno di legge Rossi, n. 1012/1988, *Norme per la tutela del mercato*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 591 ss., presentato dal senatore Guido Rossi, e disegno di legge Battaglia, n. 1240/1988, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 1988, p. 762 ss., presentato dal Ministro dell'Industria, Adolfo Battaglia.

Nel primo, si prevedeva che chiunque avesse subito un danno per una violazione della legge sulla concorrenza potesse chiedere il risarcimento del danno, sia che si trattasse di consumatori che di concorrenti; nel secondo, invece, nulla si diceva sulla legittimazione attiva a far valere la responsabilità patrimoniale delle imprese autrici di un illecito antitrust, tuttavia interpretato non come una mancanza di tutela ma come una circostanza data per scontato. La legge 287/90 è risultata essere una sorta di compromesso tra i due disegni di legge; infatti ha previsto espressamente accanto all'azione di nullità, il rimedio del risarcimento del danno, senza statuire alcunché sui soggetti legittimati ad esperirlo.

che astrattamente possono essere avanzate da qualunque categoria di attori che siano stati in qualsiasi modo danneggiati da un illecito antitrust, al fine di selezionare quelle che realmente meritano di essere risarcite.

La situazione, poi, si complica quando, come spesso accade, uno stesso illecito antitrust danneggia più categorie di soggetti, il che rende necessario verificare chi può lamentare un danno risarcibile, ciò che risulta possibile mediante un'indagine sulla sussistenza della causalità giuridica tra fatto ed eventi dannosi.

Normalmente, infatti, la produzione e commercializzazione di un prodotto coinvolge, a diversi livelli, più soggetti della medesima catena produttiva o distributiva.

Si tratta, allora, di contemperare due opposte esigenze: da un lato, compensare le vittime di violazioni antitrust per il danno subito, dall'altro, di non estendere oltremisura l'ambito dei soggetti risarcibili, con il rischio, appunto, di accogliere qualunque pretesa risarcitoria, anche quella priva di collegamento causale con la condotta illecita, ma di limitare il risarcimento a chi effettivamente abbia subito un danno per effetto della condotta illecita.

Un così eccessivo ampliamento di tutela, se da un lato può risultare in linea con gli obiettivi perseguiti dalla legislazione antitrust, soprattutto a livello comunitario, dall'altro solleva delicati problemi in punto di nesso di causalità e onere della prova.

Peraltro, la mancanza di una normativa uniforme che regoli le azioni private fondate su una violazione del diritto della concorrenza ha sinora comportato il rischio dell'ineffettività delle azioni esercitate dai privati, siano esse imprese o consumatori.

Infatti, la disciplina di dette azioni è affidata in gran parte alle norme sostanziali e processuali degli Stati membri nel quale vengono incardinate, potendo così pregiudicare l'effettività dell'intero sistema di *private antitrust enforcement*²²⁶.

²²⁶ M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 34-44. In ciascuno Stato membro i privati possono infatti ricorrere ai rimedi che nello specifico ordinamento in cui agiscono sono disponibili, quali l'azione inibitoria, la pubblicazione della sentenza ecc. Un altro problema che incide sull'effettività del risarcimento per danno antitrust deriva dal fatto che le norme presenti in ciascun ordinamento, sia in tema di responsabilità civile che di procedura civile, spesso non contengono la disciplina di alcuni aspetti che sono peculiari e tipici del diritto antitrust, specialmente sotto il profilo dell'accesso alle prove. Anche la Commissione ha affermato, nel Considerando 7 del Reg. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in GUCE 4 gennaio 2003, L 1, l'importanza del ruolo assunto dalle giurisdizioni nazionali nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza; esse, infatti, «tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni». Inoltre, in base all'art. 16 dello stesso Regolamento «quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'art. 81 o 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione,

3.1.1. Le iniziative intraprese a livello europeo per incentivare il ricorso alle azioni risarcitorie antitrust da parte dei danneggiati.

Stante l'enorme importanza che le azioni private antitrust rivestono sia per garantire l'efficienza del mercato che per rafforzare l'applicazione delle regole di concorrenza, negli ultimi anni a livello europeo sono state intraprese numerose iniziative dirette ad incentivare il ricorso a questo tipo di azioni.

La Commissione europea ha sostenuto a più riprese la necessità di incoraggiare le azioni civili di danno al fine sia di incrementare l'effettività della disciplina antitrust, sia di aumentare l'efficacia deterrente della propria azione amministrativa.

Le azioni private di danno rappresentano un completamento necessario rispetto all'azione pubblica repressiva che resta comunque indispensabile, soprattutto quando non vi siano controinteressati che agiscano sul piano civilistico, o questi si trovino nell'impossibilità di procurarsi le prove necessarie per agire in giudizio.

Tali azioni, infatti, non mirano solo a reintegrare il danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato qualora non si fosse verificata l'infrazione alle norme concorrenziali (giustizia equitativa), ma altresì a disincentivare futuri comportamenti anticoncorrenziali (cd. effetto deterrente), contribuendo in tal modo al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione europea.

Il primo importante intervento si è avuto quando, sulla base delle risultanze del Rapporto *Ashrust*²²⁷, è stato pubblicato il Libro Verde nel 2005²²⁸, in cui la Commissione, facendo leva sull'inefficacia delle azioni di risarcimento e sulla mancanza di una tutela effettiva per le vittime delle violazioni antitrust, individuava i principali ostacoli giuridici e procedurali determinati dalle varie normative nazionali e

non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione, esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati».

²²⁷ La Commissione, infatti, già nel 2004 aveva avvertito la necessità di un intervento che potenziasse il *private antitrust enforcement*. Così fu commissionato allo studio legale *Ashrust* di condurre uno studio che mettesse in risalto le profonde differenze a livello nazionale delle forme di tutela predisposte per il risarcimento dei danni conseguenti alla violazione della normativa antitrust, in cui si evidenziava uno stato di «sottosviluppo totale» delle azioni private, con soli 60 casi di azioni intraprese in tutta Europa, (di cui 12 in base al diritto comunitario, circa 32 sulla base di diritti nazionali e 6 sulla base di entrambi) peraltro solo meno della metà conclusesi con il risarcimento dei danni a favore dell'attore (precisamente solo 28). Lo studio, quindi, ha suggerito di eliminare tutte le possibili limitazioni alla legittimazione attiva dei privati. I risultati dello studio furono resi noti con la pubblicazione di un rapporto, consultabile sul sito della Commissione.

²²⁸ Nel dicembre 2005, la Commissione ha pubblicato un Libro Verde, intitolato «Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie», COM (2005) 672 def.

indicava alcune possibili misure di intervento per incrementare il ricorso a tali tipi di azioni, con lo scopo di sviluppare il *private enforcement* del diritto antitrust.

Non viene, tuttavia, dedicata particolare attenzione nel Libro Verde alla problematica dei soggetti che possono proporre un'azione risarcitoria per violazione delle norme concorrenziali, venendo presa in considerazione esclusivamente la posizione dell'acquirente indiretto.

Successivamente al Libro Verde, si è aperto un ampio dibattito, in cui le misure in esso proposte sono state sottoposte a consultazione pubblica, all'esito del quale la Commissione ha incaricato il Parlamento di redigere un Libro Bianco²²⁹, nel quale vengono riprese gran parte delle proposte contenute nel primo, con alcune importanti novità, oltre a recepire la giurisprudenza nel frattempo sopraggiunta²³⁰.

Ancora oggi, tuttavia, la mancanza di una legislazione uniforme, continua a generare incertezze e dubbi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, nonché negli stessi soggetti coinvolti nella singola vicenda, ossia danneggiato e danneggiante, circa l'andamento e l'esito del relativo giudizio.

Nessuna norma, di diritto primario o secondario, dell'Unione Europea contiene, infatti, alcun riferimento alle azioni dei privati di fronte ai giudici nazionali, né sulle norme sostanziali e procedurali applicabili (quali, ad es., la ripartizione dell'onere della prova, la prescrizione dell'azione di risarcimento del danno antitrust, la quantificazione dei danni ecc.).

Ciò nonostante, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha riconosciuto a chiunque il diritto di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni, è stata realizzata una se pur minima armonizzazione.

²²⁹ Il Libro Bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust è stato pubblicato il 2 aprile 2008, contenente una serie di regole minime che garantiscono un sistema efficace di azioni di risarcimento del danno antitrust. Il Libro Bianco si concentra sugli aspetti più problematici della materia, quali il ricorso collettivo, la divulgazione delle prove, la prescrizione, la quantificazione del danno, la valenza da assegnare ai provvedimenti dell'autorità amministrativa di concorrenza nel giudizio civile. Anch'esso è consultabile collegandosi al sito della Commissione.

A proposito del Libro Bianco, si veda S. BARIATTI - L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del "Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2008, n. 5, pp. 3-29; F. DENOZZA - L. TOFFOLETTO, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in Il "Private Enforcement" delle norme sulla concorrenza, (a cura di) F. Rossi, Dal Pozzo, B. Nascimbene, op. cit., p. 101 ss.

²³⁰ Il riferimento è al *leading case Courage*, seguito da Manfredi.

3.1.1. Il principio della “diretta applicabilità” della normativa europea.

Ciò che ha permesso l'intervento della Corte europea è stato il principio, di origine giurisprudenziale, della “diretta applicabilità” della normativa europea e dei diritti dalla stessa riconosciuti ai singoli.

Sin dagli anni '70, infatti, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un diritto sostanziale in capo ai singoli avente ad oggetto il rispetto della normativa comunitaria a tutela della concorrenza²³¹.

Detto in altri termini, gli artt. 101 e 102 TFUE e gli artt. 2 e 3 l. 287/90 costituiscono norme direttamente applicabili ai rapporti tra privati, e come tali idonee a far sorgere in capo ad essi situazioni giuridiche soggettive direttamente invocabili davanti all'organo giurisdizionale²³².

Tuttavia, in assenza di apposito organo giurisdizionale cui i cittadini possono proporre le loro domande di risarcimento danni, nei confronti dello Stato e di altri cittadini, esse vanno proposte ai giudici nazionali²³³.

Il principio dell'efficacia diretta è stato affermato dalla Corte di Giustizia anche con riferimento specifico alla normativa antitrust²³⁴.

²³¹ P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. delle soc.*, 2006, p. 727.

²³² Il principio della diretta applicabilità delle norme del diritto europeo è stata sancita per la prima volta con la sentenza C. Giust. CE, 30 gennaio 1974, causa C-12/73, *BRT c. VS Sabam e NV Fonior*, in *Racc.* 1974, p. 00051.

²³³ È con la sentenza della C. Giust. CE, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, in *Racc.*, 1963, p. 1, che la Corte riconosce in modo chiaro ed esplicito il principio dell'autonomia del diritto comunitario, che deve essere considerato totalmente indipendente rispetto a quello degli Stati membri. In quell'occasione aveva affermato che “la Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini”. Ha, inoltre, sancito il principio della efficacia diretta o diretta applicabilità del diritto europeo negli Stati membri, principio che consente ai singoli di invocare direttamente una norma europea dinanzi a una giurisdizione nazionale o europea, e ciò anche se lo Stato non ha recepito la norma europea nel proprio ordinamento giuridico interno. Pertanto, in caso di violazione del diritto europeo, i giudici nazionali sono tenuti a garantire, ai privati e alle imprese, «tutti i rimedi giuridici previsti dalla legislazione nazionale, alle stesse condizioni che si applicano in caso di violazioni del diritto nazionale corrispondente (...)».

Con la sentenza *Simmenthal*, C. Giust. CE, 9 marzo 1978, causa C-106/77, in *Racc.*, 1978, p. 629, la Corte enuncia il principio della preminenza del diritto comunitario, in forza del quale «le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi».

²³⁴ Sent. *Sabam*, cit., relativamente al primo paragrafo dell'art. 101 e all'art. 102 TFUE (gli allora artt. 85 e 86); e successivamente, con C. Giust. CE, 6 febbraio 1973, causa C-48/72, *Brasserie de Haecht v. Wilkin II*, in *Racc.*, 1973, p. 77, relativamente al secondo paragrafo dell'art. 101.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Giustizia²³⁵, in assenza di una normativa comunitaria in materia, le disposizioni nazionali in tema di legittimazione attiva non devono risultare meno favorevoli di quelle relative alle azioni di risarcimento del danno fondate su una violazione delle regole nazionali (principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito dalla violazione delle regole di concorrenza (principio di effettività)²³⁶.

I giudici nazionali sono «incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli»²³⁷.

Già con la sentenza *BRT v. Sabam* del 1974, con cui la Corte di Giustizia riconobbe che «per loro natura i divieti sanciti dagli (attuali artt. 101 e 102 TFUE) sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli» e che «detti articoli attribuiscono direttamente (ai singoli) dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare», i giudici nazionali avrebbero potuto concedere ai singoli, oltre all'azione diretta a far valere la nullità dell'accordo lesivo della concorrenza, anche il risarcimento del danno, invece accordato nella pratica solo in una serie sporadica di casi.

È proprio allo scopo di garantire una piena ed effettiva applicazione della normativa antitrust che la Commissione europea ha tentato, con varie iniziative, di incentivare il *private antitrust enforcement* del diritto antitrust.

Secondo la Corte, infatti, «l'effetto utile dei divieti sarebbe messo in discussione se non fosse garantita a chiunque la possibilità di chiedere il risarcimento del danno

²³⁵ C. Giust. CE, 19 novembre 1991, *Francovich e a.*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, 1991, p. I-5357: in tale occasione la Corte ha individuato un diritto dei singoli al risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di un diritto di derivazione comunitaria, non solo quando a violarlo sia uno Stato membro ma anche un privato; C. Giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage e Crehan*, causa C-453/99, in *Racc.*, 2001, p. I-6297; C. Giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, causa C-295/04 a C-298/04, in *Racc.*, 2006, p. I-6619; C. Giust. CE, 14 giugno 2011, *Pfleiderer*, causa C-360/09, in *Racc.*, 2011, p. I-5161; C. Giust. CE, 06 giugno 2013, *Donau Chemie*, causa C-536/11, in *Racc.*, 2013, p. 366; C. Giust. CE, 06 novembre 2012, *Otis and Others*, causa C-199/11, in *Racc.*, 2012, 00000. Dalla giurisprudenza della Corte si può quindi desumere che il diritto al risarcimento del danno è direttamente collegato all'efficacia diretta di una norma, nel senso che gli Stati membri, in virtù dell'effetto utile, devono mettere a disposizione del singolo le tutele opportune in caso di violazione dei diritti riconosciuti dalla normativa comunitaria direttamente efficace. La diretta applicabilità delle regole di concorrenza nei rapporti tra privati è stata sancita a livello normativo solo con l'art. 6 del Reg. 1/2003.

²³⁶ In mancanza di una disciplina uniforme, spetterebbe in definitiva agli Stati membri l'onere di definire le regole sostanziali e procedurali effettivamente applicabili, compatibili con il sistema comunitario, e soprattutto con i principi di equivalenza e di effettività.

²³⁷ Sent. *Francovich*, cit.

causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza»²³⁸.

Più di recente un tentativo molto più imponente di armonizzazione delle legislazioni nazionali è stato compiuto attraverso la nuova direttiva sulle azioni risarcitorie per violazione della normativa antitrust, n. 104 del 2014²³⁹, con la quale l'Unione si è finalmente dotata di un corpo di norme comuni, di carattere sostanziale e procedurale, volte a disciplinare le azioni risarcitorie promosse ai sensi del diritto nazionale per la violazione delle disposizioni in materia antitrust.

È noto, infatti, come l'assenza di una legislazione europea uniforme rappresenti ad oggi uno dei principali ostacoli alla diffusione del rimedio risarcitorio a favore delle vittime dei comportamenti anticoncorrenziali, e comporti con sé un duplice rischio: da un lato, l'ineffettività delle regole di concorrenza, dall'altro, la difformità delle decisioni giudiziarie sul tema.

La mancanza di una legislazione efficace sul risarcimento dei danneggiati da violazioni di norme sulla concorrenza, inoltre, finisce per tradursi in una lesione del diritto a un ricorso effettivo e ad un'efficace tutela giurisdizionale, come stabilito dall'art. 19, 1° e 2° comma, del TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, nel nostro ordinamento, gli artt. 24 e 111 Cost.

L'obiettivo perseguito consiste, dunque, nell'armonizzare quanto più possibile le legislazioni nazionali.

²³⁸ C. Giust. CE, nelle sentenze *Donau Chemie*, *Courage*, *Manfredi*, *Otis*, *cit.*

²³⁹ La Commissione europea ha presentato la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sulle azioni di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust l'11.06.2013. Lo stesso giorno ha inoltre adottato una comunicazione e una guida pratica sulla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, nonché una Raccomandazione sui principi comuni relativi a meccanismi di ricorso collettivo per far valere diritti derivanti da norme UE. La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust 2014/104/UE è entrata in vigore il 25.12.2014 e, ai sensi dell'art. 21, è previsto l'obbligo per gli Stati membri di recepirla entro il 27.12.2016. Un tentativo in tal senso era, peraltro, già stato compiuto nel 2009, fallito prima ancora di essere formalizzato in una semplice bozza, per la mancata condivisione di alcuni aspetti delicati, quali la prospettata introduzione dello strumento delle *class actions* di impronta nordamericana, ovvero di quelle azioni basate su un sistema c.d. di "*opt-out*", della divulgazione predibattimentale e del risarcimento cumulativo dei danni.

3.1.2. La direttiva 104/2014.

La direttiva in materia di azioni risarcitorie antitrust ribadisce il diritto di “chiunque” ad ottenere il risarcimento del danno sofferto per la violazione di norme antitrust²⁴⁰, compresi gli acquirenti indiretti, cioè gli acquirenti che non hanno avuto un rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che nondimeno possono aver subito un danno perché su di essi è stato traslato un sovrapprezzo illegale.

Risarcire significa ripristinare il soggetto danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'infrazione, quindi il risarcimento deve coprire sia la perdita effettivamente subita (danno emergente), sia il mancato guadagno (lucro cessante), nonché il pagamento degli interessi.

Ciò in linea con la funzione riparatoria-compensativa della responsabilità civile nel nostro ordinamento, la quale richiede che sia risarcito tutto e soltanto il danno effettivamente subito dalla vittima.

Essa ha come base giuridica gli artt. 103 e 114 TFUE, in quanto persegue due scopi notevolmente importanti: da un lato, l'attuazione degli artt. 101 e 102 del TFUE (la cui base giuridica è l'art. 103 TFUE) e, dall'altro, l'adozione di condizioni più uniformi per le imprese che operano nel mercato interno, evitando che un approccio eccessivamente disomogeneo da parte degli Stati membri finisca per tradursi in discriminazioni a danno di alcuni cittadini e imprese per i quali l'esercizio dei diritti che discendono dai Trattati potrebbe risultare meno favorevole (incidendo, così, anche sulle norme nazionali applicabili in caso venga richiesto un risarcimento a seguito di una violazione del diritto nazionale della concorrenza).

²⁴⁰ L'art. 3 della direttiva “diritto a un pieno risarcimento” sancisce appunto che: «gli Stati membri provvedono a che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno», nonché l'art. 12 “trasferimento del sovrapprezzo e diritto al pieno risarcimento” prevede che: «(...) il risarcimento possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione (...)».

3.2. *Il danno subito dai concorrenti: i principali casi affrontati dalla giurisprudenza.*

Con riferimento specifico alla posizione del concorrente, non si è mai dubitato sulla possibilità degli imprenditori, situati allo stesso livello operativo delle imprese che hanno preso parte all'intesa, di avanzare pretese risarcitorie per il danno subito a seguito di un illecito antitrust²⁴¹.

Già la Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 17475/2002²⁴², si era espressa nel senso di limitare il diritto di attivare le tutele antitrust ai soli imprenditori concorrenti delle imprese autrici della violazione antitrust, in quanto operativi allo stesso livello di mercato, escludendo invece i consumatori, con ciò suscitando ampie critiche da parte della dottrina²⁴³.

È innegabile, infatti, come in molti casi, le imprese che pongono in essere il comportamento anticoncorrenziale mirino proprio a danneggiare i concorrenti, e pertanto i loro interessi risultano allineati a quelli che la normativa antitrust è diretta a tutelare²⁴⁴.

In particolare, il danno cagionato ai concorrenti può consistere nell'escluderli dal mercato attraverso pratiche individuali o collettive di boicottaggio, o addirittura nell'impedirgli di farvi ingresso, o attraverso un cartello ad efficacia escludente, o un abuso perpetrato da un'impresa in posizione dominante.

Al concorrente danneggiato si applicano, quindi, in via diretta le norme sulla responsabilità aquiliana, sicché egli potrà agire davanti al giudice ordinario per il risarcimento del danno.

²⁴¹ A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, 4, p. 1121 ss. tende a restringere ulteriormente, all'interno della categoria dei concorrenti, i soggetti legittimati ad esperire l'azione risarcitoria, limitandoli agli imprenditori partecipanti dell'intesa illecita

²⁴² M.R. TUFARELLI, *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2144 ss.; F. CAMELI, *La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2003, p. 79 ss.; S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: Anno zero*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 339 ss.; M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore: la Cassazione non dilagua i dubbi nella vicenda Rc auto*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 747-757.

²⁴³ G. COLANGELO, *Il caso assicurazioni 2*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 133; M.R. TUFARELLI, *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa*, in *Giust. Civ.* 2003, 10, p. 2143; G. VETTORI, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2003, p. 325.

²⁴⁴ Non si può dubitare del fatto che la tutela sia applicabile ai concorrenti degli autori dell'illecito come si evince dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito, proprio aventi ad oggetto domande proposte dai concorrenti, V.M. SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, p. 95.

Nella giurisprudenza italiana è possibile rintracciare almeno tre casi di azioni dirette ad ottenere il risarcimento del danno antitrust da parte di un concorrente, conclusesi in modo vittorioso.

Il primo caso che si è posto, successivamente all'entrata in vigore della legge del 1990 a tutela della concorrenza, riguarda una richiesta di risarcimento dei danni avanzata da *Telsystem* nei confronti del concorrente *Telecom* su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte d'Appello di Milano²⁴⁵.

Nel caso di specie *Telsystem*, nell'intento di fornire servizi di telefonia interna per gruppi chiusi di utenti, costituiti da sedi distaccate di un'unica impresa, e allo scopo di risparmiare sul costo delle tariffe, chiedeva a *Telecom* la concessione in affitto dei collegamenti necessari a far sì che le telefonate tra le sedi di Milano e Roma di ciascuna azienda transitassero come chiamate interne.

Di fronte al rifiuto di *Telecom*, *Telsystem* denunciò il suddetto comportamento all'AGCM che lo giudicò un abuso della propria posizione dominante, perché aveva avuto come effetto di impedirle l'accesso al mercato²⁴⁶.

Successivamente la compagnia si rivolse al giudice civile al fine di ottenere il risarcimento del danno subito²⁴⁷.

Nella sentenza *Wind (Albacom) c. Telecom*, la Corte d'Appello di Roma²⁴⁸ ha condannato Telecom a risarcire il danno anticoncorrenziale subito dall'impresa cui era stato impedito l'ingresso sul mercato della trasmissione-dati con accesso in tecnologia DSL e SDH²⁴⁹.

²⁴⁵ App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, p. 276 ss., con nota di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, e in *Danno e resp.*, 1996, con nota di S. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, pp. 559-560.

²⁴⁶ AGCM, 10 gennaio 1995, n. 2662, in *Boll.*, 1-2/1995.

Tale abuso di posizione dominante, già accertato dall'AGCM con provvedimento 10 gennaio 1995 (procedimento A71 *Telsystem/Sip*), è consistito nell'ingiustificato ritardo nel mettere a disposizione di *Telsystem* alcune infrastrutture di rete essenziali, nonché nel rifiuto di installare alcuni circuiti diretti urbani necessari per i servizi innovativi che *Telsystem* intendeva fornire sul mercato.

²⁴⁷ I giudici milanesi hanno stabilito che: «*Telecom* ha abusato della propria posizione dominante nel mercato dell'affitto delle linee per il trasporto della voce, impedendo dapprima e comunque ritardando l'ingresso di *Telsystem* nel mercato della telefonia per gruppi chiusi di utenti, ed è pertanto tenuta al risarcimento dei danni a norma degli artt. 3 e 33 l. 287/90».

²⁴⁸ App. Roma, 20 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2474 ss.

²⁴⁹ La Corte d'Appello di Roma ha, nel caso di specie, accolto le domande di risarcimento proposte da vari operatori, tra cui *Albacom* e *Wind*, per il danno derivato loro dall'abuso di posizione dominante posto in essere da *Telecom Italia* nel nascente mercato dei servizi Internet a banda larga. Tale condotta abusiva, già accertata dall'AGCM con provvedimento 27 aprile 2001 (procedimento A285 *Infostrada/Telecom Italia-Tecnologia Adsl*), era stata attuata attraverso l'applicazione, agli operatori alternativi, di tariffe per la fornitura di servizi all'ingrosso a banda larga sostanzialmente analoghe alle tariffe *retail* praticate agli

La terza pronuncia si differenzia dalle precedenti azioni *follow-on*, in quanto cronologicamente successive rispetto al provvedimento amministrativo dell'Autorità, essendo, invece, un'azione *stand-alone*, ossia incardinata in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole antitrust da parte dell'Autorità amministrativa.

Tale caso, su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte d'Appello di Milano²⁵⁰, riguardava il boicottaggio collettivo posto in essere da alcuni *tour operators* ai danni dell'agenzia di viaggi *Bluvacanze*.

In particolare, le società fornitrici, al fine di reagire contro una politica di sconti, pari al 10%, posta in essere dalla società attrice, attiva nel settore della rivendita al dettaglio di viaggi organizzati, interrompevano le relazioni commerciali nei suoi confronti, mediante la chiusura dei codici tramite i quali le agenzie di *Bluvacanze* erano abilitate a procedere alla prenotazione per via telematica dei pacchetti di viaggio-soggiorno confezionati dagli stessi *tour operators* collusi, necessari per poter operare quale intermediario fra i clienti e gli operatori turistici nella commercializzazione dei pacchetti turistici²⁵¹.

La Corte sanzionò il suddetto boicottaggio in quanto integrante un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 L. 287/90 e riconobbe all'attore il risarcimento dei danni subiti per l'interruzione delle forniture nonché del danno all'immagine causato dalla campagna stampa promossa dai *tour operators*.

Il boicottaggio collettivo è una fattispecie che consiste in un accordo tra più soggetti imprenditoriali per esercitare, come gruppo, contro un concorrente, una forma di boicottaggio che viene qualificato come primario, se consiste nel rifiuto di intrattenere rapporti commerciali con un concorrente, o secondario, se consiste nella pressione esercitata da un'impresa per indurre un'altra ad astenersi dal contrattare con

utenti finali nella fornitura di servizi Internet ADSL, impedendo in questo modo agli operatori concorrenti di offrire alla clientela condizioni economiche concorrenziali se non operando in perdita o comunque in maniera non efficiente e, in ultima istanza, escludendo tali concorrenti dal mercato dei servizi a banda larga.

²⁵⁰ App. Milano, 11 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 2099 ss.

²⁵¹ G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto industriale*, 2004, p. 157 ss.

un concorrente²⁵², e si differenzia da quello individuale, che è posto in essere dal singolo imprenditore²⁵³.

3.2.1. Tipologie di illecito: gli abusi escludenti e gli abusi di sfruttamento.

Il danno che deriva da una condotta anticoncorrenziale varia a seconda che venga posto in essere un illecito escludente o un illecito di sfruttamento.

Si parla di *condotte escludenti* rispetto a quegli illeciti finalizzati a realizzare l'esclusione di un concorrente dal mercato o ad impedirgli di farvi ingresso (es. boicottaggio, prezzi predatori, pratiche discriminatorie); sono considerati *illeciti di sfruttamento*, invece, quelle condotte dirette ad imporre condizioni abusive ai consumatori (consistenti, ad es., nel fissare prezzi eccessivamente gravosi, nel ridurre la produzione ecc.)²⁵⁴.

Il danno subito dal concorrente deriva normalmente da condotte escludenti, poste in essere, appunto, per impedirgli di entrare ad operare in un determinato mercato o per determinarne la fuoriuscita.

In tal caso il concorrente, per ottenere il risarcimento del danno, dovrà dimostrare che in assenza della condotta escludente avrebbe avuto accesso al mercato o vi sarebbe rimasto.

E il danno risarcibile consisterà tanto nel danno emergente, pari alle spese e ai costi inutilmente sostenuti per accedere al mercato, quanto nel lucro cessante, pari alla perdita dei profitti che non ha potuto conseguire, avendo riguardo ai guadagni normalmente percepiti e che si può ragionevolmente ritenere che sarebbero continuati in assenza dell'illecito (per l'ipotesi in cui il concorrente sia stato escluso da un mercato in

²⁵² G. SENA, *Il boicottaggio*, Milano, 1970, p. 13 ss.; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 291 ss.

²⁵³ Nell'ambito del boicottaggio individuale, la dottrina tende a distinguere tra boicottaggio primario e secondario. Nel primo, l'autore rifiuta egli stesso di trattare con il boicottato; nel secondo, invece, il boicottaggio non consiste nell'omissione, ma nell'atto commissivo di indurre altri a tale comportamento. Così G. SENA, *Il boicottaggio*, cit., p. 33 ss.

²⁵⁴ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Recensione di T. Elmi, in *Persona e mercato*, 1/2010, p. 21 ss.

cui già operava), o a quelli che presumibilmente avrebbe conseguito se avesse avuto accesso al mercato o vi fosse rimasto ad operare²⁵⁵.

Dai danni così computati, vanno sottratti quelli che l'imprenditore avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, così come disposto dall'art. 1227, comma 2, c.c., ritenuto applicabile anche all'illecito extracontrattuale, in virtù del richiamo ad esso operato dall'art. 2056 c.c.

Spetterà all'attività interpretativa della giurisprudenza individuare quali condotte colpose del danneggiato da un'intesa illecita restrittiva della concorrenza o da un abuso di posizione dominante possano aver concorso a cagionare il danno²⁵⁶.

Non risulta, peraltro, agevole valutare fino a che punto l'imprenditore danneggiato avrebbe dovuto attivarsi per limitare le conseguenze dannose del fatto illecito.

Presumibilmente, si deve ritenere che è possibile pretendere dal danneggiato solo quelle condotte che non si rivelino per lui eccessivamente gravose o eccezionali, tali da richiedergli uno sforzo o un sacrificio eccessivo, dovendosi verificare se, ad esempio, avrebbe avuto la possibilità di intraprendere un'attività imprenditoriale sostitutiva e, in quel caso, i danni vanno limitati al lucro cessante, ossia alla differenza tra il guadagno percepito con la suddetta attività, o che avrebbe potuto percepire laddove l'avesse intrapresa, e quanto avrebbe potuto guadagnare in assenza della condotta escludente.

Le pratiche escludenti hanno come finalità ultima, analogamente agli illeciti di sfruttamento, quella di comportare un innalzamento dei prezzi rispetto a quelli concorrenziali mediante l'acquisizione di un potere di mercato sufficientemente rilevante a consentire all'impresa o alle imprese che lo detengono di incrementare i prezzi, attuata attraverso la temporanea fissazione di prezzi predatori o che, comunque, non superano il costo marginale del bene o servizio offerto²⁵⁷.

²⁵⁵ L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, p. 527.

²⁵⁶ La *ratio* della disposizione è evidentemente quello di impedire che possano gravare sul debitore conseguenze dannose che non sono a lui imputabili, perché determinati dalla condotta del creditore o perché questi ha contribuito ad aggravarle.

²⁵⁷ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 262.

In tale fattispecie, la tutela delle imprese escluse discende direttamente dal principio fondamentale della libertà di iniziativa economica, oltre che dalle finalità del diritto antitrust²⁵⁸.

Accanto agli abusi escludenti, le imprese possono porre in essere anche abusi di sfruttamento o di prezzo, ossia comportamenti diretti a ridurre la produzione al fine di innalzare i prezzi al di sopra del livello competitivo²⁵⁹. In simili fattispecie, gli aumenti di prezzo dipendono, nella generalità dei casi, da intese restrittive poste in essere da imprese concorrenti, ma possono dipendere anche dalla imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi da parte dell'impresa dominante.

Nell'ipotesi più frequente di intesa tra concorrenti, che si accordano per ridurre la produzione al fine di innalzare i prezzi, la pratica illecita viene realizzata da soggetti che non entrano in contatto con i soggetti danneggiati.

Si ipotizzi, ad es., un cartello sul prezzo della farina.

In tal caso, il bene interessato dalla pratica illecita è un bene intermedio, in quanto la farina viene utilizzata dall'impresa per la produzione di un altro bene (il pane): è evidente che ad essere danneggiata dall'aumento del prezzo della farina è in primo luogo l'impresa che produce il pane, in quanto acquirente diretto della farina.

Pertanto, se la domanda del bene pane è perfettamente rigida rispetto al prezzo²⁶⁰, i suoi produttori riusciranno a traslare sui consumatori l'aumento del proprio costo di produzione, attraverso un innalzamento del prezzo del bene finale²⁶¹, non subendo in concreto alcun danno.

²⁵⁸ A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 263.

²⁵⁹ L. PROSPERETTI, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per violazione della normativa antitrust*, relazione presentata al Workshop "Le pratiche commerciali scorrette e la tutela del consumatore", AFGE, Milano, 26 giugno 2013, p. 21.

Si tratta, in sostanza, di condotte finalizzate ad ottenere profitti sovracompetitivi o altri benefici non realizzabili in una situazione competitiva

²⁶⁰ L'elasticità della domanda rappresenta la variazione percentuale della quantità acquistata di un certo bene in corrispondenza di una variazione del prezzo. Ciò significa che, se la domanda è elastica rispetto al prezzo, la quantità domandata si ridurrà all'aumentare del prezzo, se invece è rigida non vi sarà una variazione della quantità domandata al variare del prezzo. In tal caso l'intero sovrapprezzo sarebbe trasferito sui consumatori, dato che la quantità da questi acquistata non varia in funzione del prezzo.

P. KOTLER, *Marketing Management*, ed. it., a cura di W.G. Scott, Torino, 1993, p. 693 afferma che «i fattori che determinano la rigidità della domanda sono i seguenti: 1. Vi sono pochi o nessun prodotto sostitutivo o concorrente; 2. Gli acquirenti non si accorgono prontamente del cambiamento di prezzo; 3. Gli acquirenti sono lenti a modificare le loro abitudini d'acquisto e a ricercare prezzi inferiori; 4. Gli acquirenti ritengono che i prezzi più alti siano dovuti a miglioramenti qualitativi, inflazione e così via».

²⁶¹ Viceversa, maggiore è l'elasticità della domanda, minore è la percentuale di sovrapprezzo che verrà trasferita dall'acquirente diretto all'acquirente indiretto. Considerazioni di questo tipo sono svolte da G.

Nel caso contrario, invece, di domanda elastica, di fronte ad un aumento del prezzo del prodotto finale, i consumatori tenderanno a ridurre la quantità di beni consumati, e vi sarà quindi un danno maggiore per gli acquirenti diretti, consistente nel lucro cessante, pari alla differenza tra i profitti che avrebbe ricavato in assenza del cartello e quelli effettivamente conseguiti²⁶².

Si producono così tre tipologie di danno: i produttori di pane subiranno sia un danno emergente, consistente nell'aumento dei costi di produzione che non sono in grado di traslare sulla propria clientela, sia un lucro cessante, per i profitti che si sarebbero potuti conseguire, nonché un danno emergente in capo ai consumatori, conseguente all'aumento del prezzo del pane.

3.2.2. Il danno subito dall'impresa che ha partecipato alla pratica illecita: la sentenza Courage.

Nell'ordinamento comunitario, inoltre, non è neppure esclusa la possibilità che a chiedere il risarcimento siano le stesse imprese che hanno partecipato all'illecito: di questo profilo si è occupata direttamente la sentenza *Courage*²⁶³.

Anche nell'ordinamento italiano non sussistono ragioni sufficientemente valide per non applicare alle imprese che hanno partecipato all'intesa la stessa disciplina applicabile ai concorrenti.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte europea, si trattava di determinare se una parte di un contratto, vietato ed illecito ai sensi delle regole di concorrenza, potesse legittimamente far valere in giudizio nei confronti dell'altra parte la nullità del contratto e chiedere il risarcimento del danno subito.

La Corte di Giustizia non si è, peraltro, limitata a ravvisare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza nel contratto di locazione, stipulato tra il sig. *Crehan*, esercente di un pub, e la IEL, società che metteva in locazione i pub, contenente la clausola di esclusiva, per cui tutti i locatari della prima dovevano necessariamente acquistare la birra da *Courage*, fabbrica di birra operante nel Regno Unito, ma si è spinta ben oltre, giungendo a riconoscere la legittimazione ad esercitare

AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 514.

²⁶² L. PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 3 ss.

²⁶³ P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 745.

le azioni di risarcimento del danno antitrust a qualunque categoria di potenziali attori, dettando così un principio basilare, destinato necessariamente ad influenzare anche le legislazioni dei paesi membri.

Sebbene il caso concreto riguardasse direttamente il concorrente, la Corte europea riconobbe a *chiunque* il diritto di agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione antitrust, compreso il professionista, parte debole del contratto illecito.

La Corte ritenne, infatti, che anche chi è parte di un accordo anticoncorrenziale possa avanzare una pretesa risarcitoria nei confronti della controparte che abbia posto in essere un'intesa anticoncorrenziale, a condizione di trovarsi in una posizione di "inferiorità economica grave" rispetto ad essa.

La pronuncia della Corte di Lussemburgo ha suscitato, tuttavia, alcuni dubbi interpretativi in dottrina, in primo luogo sulla sussistenza, nel caso di specie, di un'intesa restrittiva della concorrenza.

Se, infatti, per "intesa" si intende un convergere delle intenzioni delle imprese partecipanti verso un progetto comune, diretto a restringere la concorrenza, nel caso in questione riesce davvero difficile ipotizzare l'esistenza di un'intesa, nel senso poc'anzi accennato, poiché ci troviamo al cospetto di un contratto di locazione rispetto al quale il sig. *Crehan* è stato costretto a subire le clausole unilateralmente imposte dalla controparte, senza avere la benché minima possibilità di negoziarle, a causa della posizione di notevole inferiorità economica nella quale versava²⁶⁴.

Ciò sposterebbe il discorso dalla fattispecie di intesa restrittiva della concorrenza all'abuso di posizione dominante.

Senza approfondire il dibattito dottrinario sulla configurabilità nel caso di specie di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione economica, va rilevato che la stessa pronuncia ha suscitato un'ulteriore perplessità riguardo al tipo e al titolo di responsabilità ravvisabile, sulla base della quale chiedere il risarcimento dei danni. Avendo alla base un contratto stipulato tra le parti si potrebbe ipotizzare una

²⁶⁴ S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1153 ss., secondo il quale, nel caso di specie, «(...) è difficile, se non impossibile, ravvisare una comune linea d'azione volta a restringere la concorrenza».

Nello stesso senso, si veda anche: G. ROSSI, *"Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, pp. 90-100; A. PALMIERI – 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.*, 2002, pp. 76-84.

responsabilità contrattuale, la quale, come noto, si configura o in presenza di un inadempimento o per l'invalidità del contratto.

A creare problemi in concreto si pone la circostanza per cui nel caso in questione non vi è stato alcun inadempimento contrattuale, posto che *Courage* ha sempre fornito il quantitativo di birra indicato nel contratto²⁶⁵, sicché la prima ipotesi va senz'altro esclusa. La responsabilità dovrebbe allora discendere dal contratto nullo, come del resto è stato prospettato dalla Corte europea²⁶⁶.

A seguire, invece, la strada della responsabilità extracontrattuale, emerge come ad essere illecito non è tanto il contratto stipulato tra le parti, quanto il comportamento unilaterale tenuto dalla *Courage* che, approfittando della propria forza contrattuale, ha imposto alla controparte la clausola di esclusiva, contenente l'obbligo di approvvigionamento per un quantitativo ed un prezzo imposti.

Seguendo tale impostazione, tuttavia, ci si imbatte nell'obiezione per cui il comportamento tenuto dalla fabbrica di birra non può assumere alcun rilievo dal punto di vista antitrust posto che, non detenendo la *Courage* una posizione di dominanza sul mercato, non può configurarsi un abuso di posizione dominante *ex art. 82* (oggi 102 TFUE)²⁶⁷.

Vi sono, poi, altri autori che hanno letto la vicenda in questione in chiave di responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.²⁶⁸, per la difficoltà di concepire come danneggiato di una fattispecie di illecito extracontrattuale proprio chi sia stato parte della stessa²⁶⁹.

Secondo questa impostazione, il soggetto, anche se non riveste una posizione dominante sul mercato ma si trova comunque in una situazione di supremazia

²⁶⁵ Secondo A. DI MAIO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 791-796, si tratterebbe di una responsabilità da pieno adempimento delle prescrizioni contrattuali.

²⁶⁶ Tale impostazione è stata criticata da A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento*, *cit.*, p. 80, secondo i quali «ci si imbatterebbe inevitabilmente nel paradosso di una responsabilità *ex contractu* da pieno adempimento delle sue prescrizioni».

²⁶⁷ In tal senso A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 76 ss.

²⁶⁸ E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, p. 1121 ss.

²⁶⁹ Questa ricostruzione, tuttavia, non può essere applicata ai casi di intese non integrano un negozio giuridico. Inoltre si impone un obbligo accessorio e diverso in capo all'impresa che si trova in posizione dominante, ulteriore rispetto a quelli che già gli incombono in virtù della posizione dominante che detiene. Si avverte, in questo modo, il rischio di applicare al diritto antitrust categorie che difficilmente sono adattabili ad esso, il cui obiettivo non è quello di tutelare i concorrenti, e ciò a prescindere dal fatto che essi siano forti o deboli, ma il mercato, al fine di mantenerne l'assetto competitivo, nonché i consumatori.

economica, è tenuto a comportarsi secondo buona fede e ha degli obblighi di protezione e conservazione della sfera giuridica del soggetto con cui contratta e che si trova in una condizione di dipendenza economica²⁷⁰.

Del resto è la stessa Corte di Giustizia che, nell'indicare al giudice del rinvio i criteri da prendere in considerazione per valutare la fondatezza della domanda di risarcimento danni, fa riferimento a “(...) *il contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano ad operare*”, come a dire che la legittimazione del sig. *Crehan* dipende dallo specifico contesto di mercato in cui si è sviluppata la relazione commerciale con la *Courage*.

Di conseguenza, l'illiceità dell'accordo, da cui la Corte desume la nullità del negozio e il diritto del sig. *Crehan* al risarcimento del danno, deriva sostanzialmente dall'insieme di negozi, dal contenuto uniforme, tra i gestori dei pub ed altri produttori di birra, che impedisce ad altri distributori di birra di avere accesso al relativo mercato²⁷¹.

Dalla sentenza si evince altresì che la tutela risarcitoria antitrust serve non solo per compensare la vittima delle perdite subite ma altresì per potenziare l'effettività del *private enforcement* del diritto antitrust, in quanto l'ampliamento delle azioni risarcitorie private può contribuire ad aumentare il rispetto della normativa concorrenziale attraverso la repressione delle sue violazioni, così affiancandosi all'attività svolta sul piano pubblicistico.

Dall'insieme delle considerazioni che precedono si desume che non tutte le violazioni delle regole di concorrenza danno luogo allo stesso tipo di danno, il quale può variare anche in funzione della struttura del mercato all'interno del quale l'illecito antitrust si è verificato.

²⁷⁰ S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, cit., pp. 1153-1160, il quale afferma che: «Il diritto al risarcimento del danno non deriva dal contratto asseritamenente nullo o da un torto di cui lo stesso danneggiato sarebbe artefice in concorso con il danneggiante. Deriva dalla violazione dell'obbligo, precedente alla stipulazione dell'intesa, di protezione dell'altrui sfera giuridica all'interno di una relazione di dipendenza economica. L'inadempimento è precedente all'esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale, in quanto è integrato dall'infrazione al dovere di protezione»; nonché E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 88.

²⁷¹ Ragiona in questi termini M. SCHININA', *La nullità delle intese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 411 ss., secondo la quale: «il fondamento della declaratoria di nullità dell'intesa anticoncorrenziale non sembra potersi ravvisare in un vizio intrinseco all'atto, inerente alla sua struttura o al suo contenuto, ma nel fatto che l'atto collocato in un determinato contesto di mercato e unitamente ad un insieme di elementi ad esso esterni, è idoneo a determinare la situazione distorsiva della concorrenza, producendo in tal modo, il risultato vietato dall'art. 81».

Il danno sofferto dall'impresa concorrente è completamente diverso rispetto a quello sofferto dal consumatore finale, e diversi sono i criteri per la sua quantificazione in giudizio.

3.2.3. L'entità del danno negli illeciti escludenti e in quelli di sfruttamento.

Nella pratica escludente, tipici i casi sopra richiamati di *Telecom* o di *Bluvacanze*, il danno patrimoniale subito dal concorrente escluso dal mercato consiste nella perdita di profitti che avrebbe ragionevolmente potuto percepire in assenza della pratica anticoncorrenziale²⁷².

I concorrenti, quindi, patiscono un danno economico immediato, consistente sia nel danno emergente, ossia nella perdita degli investimenti effettuati, dei costi per entrare nel mercato ecc., che nel lucro cessante, dato dalla perdita dei profitti che avrebbero conseguito rimanendo sul mercato e, talvolta, anche un danno da perdita di *chance*, nel caso in cui l'esclusione dal mercato impedisca di acquisire titoli o competenze utili in futuro per aumentare la produzione, e quindi i profitti, o per entrare su nuovi mercati²⁷³.

Se da un lato è innegabile che essi rappresentino le vittime designate dalle imprese autrici della violazione della normativa sulla concorrenza, e pertanto i loro interessi siano allineati a quelli che la normativa antitrust è diretta a tutelare, dall'altro occorre valutare attentamente se l'esclusione o il mancato ingresso al mercato di riferimento dipenda dall'illecito commesso dalle imprese concorrenti o, piuttosto, sia imputabile alla mancanza di efficienza della stessa impresa danneggiata.

Nella prima ipotesi, il danno che il concorrente può rivendicare consiste sia nei costi inutilmente sostenuti (danno emergente), sia nei profitti che non ha potuto conseguire, avendo riguardo ai guadagni normalmente percepiti e che si può ragionevolmente ritenere che sarebbero continuati in assenza dell'illecito (lucro cessante).

²⁷² G.A. BENACCHIO – M. CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Quaderni di dipartimento di Scienze giuridiche*, Università di Trento, 2007, p. 82 ss.

²⁷³ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Recensione di Giovanni Taddei Elmi, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, 1/2010, p. 40.

Nel secondo caso, invece, va escluso il risarcimento quando la fuoriuscita o il mancato ingresso nel mercato sia dipeso dal comportamento del medesimo imprenditore, e si sarebbe comunque verificato anche in assenza della condotta antitrust.

Il principio si ricollega al concetto del rischio nel senso che la vittima non ha diritto ad essere garantita contro i rischi ai quali sostanzialmente sarebbe stata esposta anche se l'atto illecito non fosse stato commesso²⁷⁴.

In caso contrario, risulterebbe sconfessata la funzione reintegrativa della responsabilità civile, la quale mira a compensare il danneggiato per la perdita ed è diretta a porlo nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito²⁷⁵.

Ne consegue, quindi, che il danneggiato non può venirsi a trovare in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato in mancanza dell'atto illecito, conseguendo un arricchimento non giustificato, che non rientra nella funzione del sistema di responsabilità civile.

Quanto al concorrente il cui ingresso sul mercato è stato impedito, occorre anche in questo caso valutare se esso sia dipeso da mancanza di efficienza dell'imprenditore o dall'illecito concorrenziale.

Solo in questo secondo caso, infatti, sarà risarcibile il danno da esso subito, configurabile in termini di perdita di *chance*, poiché non si tratta di risarcire un danno per un profitto ordinariamente conseguito prima dell'illecito e che presumibilmente sarebbe continuato in assenza di esso, ma una *chance*, ossia una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non una mera aspettativa di fatto.

Problemi in merito alla risarcibilità del danno possono sorgere a seconda di come venga inteso tale istituto.

Dottrina e giurisprudenza hanno, infatti, seguito due strade antitetiche per ammettere la risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

La prima tende a ricostruire la *chance* come ipotesi di danno emergente, ossia come bene attuale, già presente nel patrimonio del soggetto, "posta attiva" del

²⁷⁴ L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 1052; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 117 ss.

²⁷⁵ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1999; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.

medesimo, consistente nella perdita “attuale” della possibilità (ormai definitivamente compromessa) di raggiungere il risultato favorevole sperato²⁷⁶.

La seconda, invece, concepisce la *chance* in termini di lucro cessante, consistente nella mancata realizzazione del “risultato finale favorevole” che, in assenza dell’evento lesivo, sarebbe stato raggiunto²⁷⁷.

La giurisprudenza prevalente²⁷⁸ tende ad aderire alla tesi dottrinale che qualifica la perdita di *chance* in termini di danno emergente, poiché si ritiene che la *chance* costituisca un autonomo bene già presente nel patrimonio del danneggiato²⁷⁹.

Concepire la *chance* come lucro cessante, ossia come danno futuro, legato alla ragionevole probabilità di un evento, pone a carico del danneggiato una prova eccessivamente gravosa posto che richiede al creditore di dimostrare che al momento del fatto, egli godeva di una percentuale di possibilità favorevoli superiore rispetto a quella di possibilità sfavorevoli, nel senso che vi erano almeno il 50%+1 di *chances* (favorevoli) che l’evento favorevole si sarebbe verificato.

Risulta, viceversa, più agevole la prova del *quantum debeatur*, poiché il danno sarà liquidato nella misura pari al valore economico complessivo del risultato finale mancato.

La tesi della *chance* come danno emergente comporta, invece, una semplificazione dell’onere della prova gravante sul danneggiato quanto all’*an debeatur*, il quale dovrà dimostrare non la certezza del conseguimento del risultato favorevole, ma solo la sua possibilità, se pur seria, pari ad almeno il 10%²⁸⁰.

Dunque si dovrà, in primo luogo, dimostrare la sussistenza di un collegamento causale tra la condotta del danneggiante e la lesione dell’opportunità presente nel proprio patrimonio. In un momento successivo, invece, verrà determinato l’ammontare

²⁷⁶ Tra gli altri, si veda in dottrina, C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, proseguito da F. Galgano, Roma-Bologna, 1979, 229 ss.; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1181 ss. nonché M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. della resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 83 ss.

²⁷⁷ Tra gli altri, si veda in dottrina, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 676; M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e (virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 6/2000, p. 658 ss.

²⁷⁸ Tra le tante pronunce si veda, in particolare, Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *Danno e resp.*, 2004, p. 567.

²⁷⁹ Si è dovuto, tuttavia, attendere Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, p. 1403.

²⁸⁰ Dal punto di vista del *quantum debeatur*, il danno non viene più fatto coincidere con il valore economico del risultato finale mancato, ma si deve quantificare il vantaggio economico che il soggetto leso avrebbe conseguito se non si fosse verificato l’evento dannoso e poi si deve ridurre percentualmente, in funzione della possibilità (percentuale, appunto) di realizzarlo (10%, 15%, 20% etc.).

del danno risarcibile, il quale, dovendo riguardare *ex art. 1223 c.c.* solo le conseguenze immediate e dirette della condotta, non potrà avere ad oggetto l'intera utilità futura mancata, bensì la sola *chance*²⁸¹.

Nello specifico contesto dell'illecito antitrust, il soggetto danneggiato da un abuso escludente sarà tenuto a provare con quale grado di probabilità si sarebbe verificato il proprio ingresso (o la propria permanenza) nel mercato, qualora non si fosse verificata la condotta anticompetitiva, nonché le stime del guadagno futuro correlato all'esercizio dell'attività²⁸².

Quanto agli illeciti di sfruttamento o di prezzo, ossia i comportamenti diretti a ridurre la produzione al fine di innalzare i prezzi al di sopra del livello competitivo essi possono cagionare un danno a diverse categorie di soggetti; in particolare ciò dipende dal livello di elasticità della domanda del bene, il cui prezzo viene aumentato.

Quindi, se la domanda del suddetto bene è perfettamente rigida rispetto al prezzo, i suoi produttori riusciranno a traslare sui consumatori l'aumento del proprio costo di produzione, attraverso un innalzamento del prezzo del bene finale, non subendo in concreto alcun danno.

Nel caso contrario, invece, di domanda elastica, di fronte ad un aumento del prezzo del prodotto finale, i consumatori tenderanno a ridurre la quantità di beni consumati, e vi sarà quindi un danno maggiore per gli acquirenti diretti, consistente nel lucro cessante, pari alla differenza tra i profitti che avrebbero ricavato in assenza del cartello e quelli effettivamente conseguiti.

Si produrranno, così, tre tipologie di danno: i produttori del bene finale, per la cui realizzazione utilizzano il bene intermedio il cui prezzo è stato aumentato, subiranno sia un danno emergente, consistente nell'aumento dei costi di produzione che non sono in grado di traslare sulla propria clientela, sia un lucro cessante, per i profitti che si sarebbero potuti conseguire, nonché un danno emergente in capo ai consumatori, conseguente all'aumento del prezzo del bene finale.

²⁸¹ La peculiarità del pregiudizio in esame sta proprio nella determinazione dell'ammontare del risarcimento che sarà pari all' "attualizzazione" del valore dell'utilità futura non percepita.

Detto altrimenti, sarà necessario moltiplicare il valore del vantaggio economico mancato per il grado di probabilità di conseguirlo. In dottrina si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 1994, p.161.

²⁸² La prima vicenda in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura del danno da perdita di *chance* è quella decisa dalla Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, *Telsystem c. Telecom*.

3.3. *Il danno subito dai consumatori.*

Il problema del diritto di agire in giudizio dei consumatori per il risarcimento del danno da violazione antitrust si presenta sicuramente più complesso rispetto a quello relativo ai concorrenti, appena esaminato.

Si è già avuto modo di notare come, in un primo tempo, la giurisprudenza nazionale si è concentrata quasi esclusivamente sulla sorte dei contratti «a valle», riproduttivi delle clausole contenute nelle NBU mentre, solo in un momento successivo, si è iniziata ad occupare più specificatamente del rimedio risarcitorio, in occasione della nota vicenda del cartello assicurativo sanzionato dall'Autorità Antitrust²⁸³.

L'intervento della Corte di Giustizia in tal senso è stato pionieristico.

Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno antitrust riconosciuto espressamente dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Courage* del 2001, è stato poi confermato nel caso *Manfredi* del 2006²⁸⁴, relativo a soggetti terzi rispetto all'intesa (gli assicurati) lesi dall'illecita distorsione della concorrenza, diversamente dal primo caso che aveva riconosciuto il diritto di chiedere il risarcimento del danno patrimoniale subito in seguito alla violazione delle regole di concorrenza anche a chi è parte di un contratto idoneo a restringere o falsare la concorrenza.

Secondo l'ampia impostazione accolta dalla Corte europea, nessuna categoria di potenziali attori del mercato è esclusa dalla legittimazione all'azione risarcitoria antitrust; ad essere potenzialmente esclusa è solo la parte del contratto illecito che abbia avuto una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.

Nel caso *Manfredi*, quindi, la domanda di risarcimento proveniva dal consumatore diretto²⁸⁵.

In quell'occasione la Corte, consolidando i principi espressi nella precedente *Courage*, ha ribadito che «dall'applicazione del principio di effettività, deriva che i danneggiati devono poter chiedere in giudizio il risarcimento sia del danno effettivamente subito (danno emergente), sia del mancato guadagno (lucro cessante),

²⁸³ AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546, in *Boll.* 30/2000.

²⁸⁴ C. Giust. CE, 13 luglio 2006, *Manfredi c. Llyod Adriatico Assicurazioni S.p.a.*, C-295/04, riunita poi con altre cause da C-295/04 a C-298/04, in *Racc.*, 2006, p. I-06619.

La sentenza della Corte di Lussemburgo origina da un rinvio pregiudiziale compiuto dal Giudice di Pace di Bitonto a seguito delle numerose richieste di risarcimento danni avanzate dai clienti di varie compagnie assicurative dopo che l'AGCM aveva sanzionato il cartello da queste posto in essere.

²⁸⁵ Il caso *Manfredi* deciso dalla Corte di Giustizia rappresenta, al momento, l'unico caso di applicazione nei riguardi dei terzi della normativa antimonopolistica comunitaria in un'azione di risarcimento danni promossa da un consumatore finale.

oltre al pagamento degli interessi, che rappresentano una componente essenziale dell'indennizzo»²⁸⁶.

Ha inoltre riaffermato che per poter chiedere il risarcimento del danno occorre che sia provata una condotta anticoncorrenziale, un pregiudizio, nonché un nesso di causalità tra la pratica illecita e il danno subito.

La controversia riguardava, peraltro, i consumatori diretti, ossia soggetti terzi rispetto all'intesa illecita che, quindi, non sono entrati in contatto con gli autori della violazione, in ciò differenziandosi dal caso *Courage*, relativo alla parte economicamente più debole del rapporto contrattuale.

Il principio della risarcibilità dei danni patiti dai consumatori a causa della violazione del diritto antitrust, nazionale o comunitario, è stato poi affermato anche dalla Corte di Cassazione, che ha operato un *revirement* con la più volte citata sentenza delle Sezioni Unite del 2005, mediante l'esplicito riconoscimento della legittimazione ad attivare le tutele di cui all'art. 33 della legge antitrust «*a chiunque (quindi anche ai consumatori) abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato e sia in grado di allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*».

Tale affermazione implica il riconoscimento che tutti i soggetti del mercato sono portatori, almeno sul piano astratto, di un interesse al mantenimento della concorrenza sul mercato e che, per l'ipotesi in cui tale lesione produca un danno, i soggetti danneggiati possono attivare le tutele previste dall'art. 33.

Dunque nel caso in cui il comportamento anticoncorrenziale si concretizzi in un atto negoziale, si può ipotizzare che il risarcimento sia a titolo di responsabilità precontrattuale o che si abbia la nullità di protezione del contratto.

La giurisprudenza successiva ha consolidato l'indirizzo espresso dalle S.U. del 2005²⁸⁷.

²⁸⁶ Tale principio è sempre stato affermato dalla Corte di Giustizia, si veda ad es. C. Giust. CE, 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*, in *Racc.*, p. I-4367.

²⁸⁷ Tra queste si veda: Cass., 27 ottobre 2005, n. 20923, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 253 ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*; Cass., 10 maggio 2011, n. 10211, *Allianz v. D.C.M.*, in *Persona e Danno*, p. 105; Cass., 14 marzo 2011, n. 5941, *Allianz v. A.E.*, in *Diritto e Fiscalità dell'Assicurazione*, 2012, I, p. 192 ss., con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *Ancora sulla prova del nesso di causalità e del danno, nell'azione di risarcimento derivante da illecito antitrust*, nota a Cass., in *Dir. e fisc. dell'ass.*, 2012, I, p. 192.

Con la sentenza 2305/2007²⁸⁸ la Cassazione, confermando nelle sue linee essenziali la sentenza delle Sezioni Unite, ha ulteriormente sviluppato la tematica della tutela risarcitoria per violazione della normativa antitrust²⁸⁹, tralasciando il diverso tema degli effetti dell'invalidità dell'intesa sui contratti «a valle».

In quell'occasione la Corte si è preoccupata di individuare la situazione giuridica tutelata nella fattispecie davanti ad essa dedotta, consistente nell'interesse alla libertà contrattuale, inteso come diritto di scelta effettiva tra i prodotti offerti sul mercato, quindi come diritto a godere dei benefici della concorrenza, direttamente pregiudicato dal comportamento anticoncorrenziale tenuto dalle imprese «a monte», la cui lesione integra il danno ingiusto, risarcibile *ex art.* 2043 c.c.²⁹⁰

3.3.1. Le diverse tipologie di danno per i consumatori nei vari tipi di illecito.

I consumatori, diversamente dai concorrenti, normalmente non risultano danneggiati, quantomeno nel breve periodo, da illeciti escludenti, potendo al contrario beneficiare di una riduzione dei prezzi che, nel lungo periodo, comporta un incremento degli stessi, pari o quasi al prezzo monopolistico.

Più frequentemente essi sono invece danneggiati da illeciti di sfruttamento, consistenti, appunto, nel fissare i prezzi al di sopra del loro livello competitivo, così costringendoli a pagare un prezzo più alto per il loro acquisto.

Peraltro, se risulta abbastanza agevole riconoscere il risarcimento a quei consumatori che, a causa dell'infrazione, hanno comprato il bene o il servizio ad un

²⁸⁸ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, p. 755 ss. con nota di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*; R. PARDOLESI, *Il Danno Antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Il Foro it.*, 2007, p. 1102 ss.; G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 764 ss.; R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, nota a Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondaria-Sai assicuraz. C. Nigriello*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1616 ss.

²⁸⁹ La vicenda riguardava ancora una volta un cartello assicurativo sanzionato dall'AGCM, sulla base del quale la ricorrente agiva per il risarcimento dei danni.

²⁹⁰ R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, *cit.*, p. 1104, rileva come «il diritto a godere dei benefici della competizione commerciale viene “inopinatamente” definito quale “interesse ultraindividuale”, posto che il carattere ultraindividuale sembra il meno consono ad attivare una tutela individuale».

prezzo più elevato di quello che avrebbero pagato in assenza dell'illecito antitrust²⁹¹, lo stesso non può dirsi per i consumatori cd. esclusi, i quali cioè hanno rinunciato ad acquistare il bene a causa dell'aumento illecito del prezzo²⁹², risultando molto meno facilmente tutelabile il danno dagli stessi subito.

In questo caso, il danno risarcibile sarebbe pari alla differenza tra l'utilità che il consumatore avrebbe tratto dal consumo di quel prodotto e l'utilità che effettivamente ha ricavato dal consumo di un prodotto alternativo o dal diverso utilizzo del denaro che sarebbe stato destinato all'acquisto del prodotto interessato dalla violazione antitrust²⁹³.

Pur trattandosi di un danno di difficile, se non impossibile dimostrazione, non è possibile escludere a priori l'eventualità che i consumatori che lo hanno subito propongano un'azione risarcitoria, nel momento in cui riescano a fornirne la prova della sua verifica e della sua derivazione causale dall'illecito anticoncorrenziale²⁹⁴.

Si tratta, invero, di una prova tutt'altro che agevole, appunto, poiché il consumatore dovrà dimostrare che in assenza dell'intesa illecita avrebbe sicuramente acquistato il bene, quindi il nesso di causalità diretta tra l'aumento di prezzo e la propria decisione di non acquistare il bene²⁹⁵.

È verosimile ritenere che tale prova sarà possibile in presenza di trattative precontrattuali tra le parti²⁹⁶.

Egli potrà, inoltre, dare la prova di aver acquistato beni sostitutivi, al fine di far fronte al medesimo bisogno che il bene a cui si è rinunciato avrebbe soddisfatto²⁹⁷.

²⁹¹ I consumatori vengono danneggiati normalmente da un illecito di sfruttamento, consistente nel fissare prezzi superiori al costo marginale – in assenza del cartello, il prezzo concorrenziale di un bene è pari al suo costo marginale -.

²⁹² G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, a cura di G. Ghidini, B. Libonati e P. Marchetti, Milano, 2009, pp. 494-521; A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 347.

²⁹³ G. AFFERNI, *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2/2012, p. 120.

²⁹⁴ L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 147 evidenzia come il consumatore che ha rinunciato ad acquistare il bene incontri delle difficoltà probatorie, dovendo dimostrare che prima dell'illecito acquistava il bene e che, in seguito ad esso, ha deciso di non acquistarlo più. Le difficoltà probatorie, connesse a tale tipo di danno, portano, invece, altra parte della dottrina ad escludere la risarcibilità, per timore di ristorare un danno inesistente. In tal senso si veda: G. AFFERNI, *La traslazione del danno*, *cit.*, p. 508 ss.

²⁹⁵ G.T. ELM, *op. cit.*, p. 260.

²⁹⁶ A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 347 ss.

²⁹⁷ L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 148, sottolinea come la percorribilità di tale via risulti altamente condizionata dalla elasticità della domanda rispetto al prezzo. Nel caso di domanda altamente elastica, non vi sarebbero particolari difficoltà nel sostituire il bene oggetto della condotta illecita con uno simile; nel caso, invece, in cui la elasticità della domanda sia molto bassa, questa probabilità si avvicinerebbe allo zero.

Per ciò che concerne la quantificazione di tale danno si dovrà, necessariamente, far ricorso ad una valutazione di tipo equitativo, evitando di arrecare un miglioramento alla situazione economica del danneggiato e tenendo conto anche del fatto che, rinunciando ad acquistare il bene, il consumatore ha risparmiato denaro, dunque il danno da lui patito non può essere pari all'intero prezzo del bene non acquistato.

Nel caso in cui, poi, il consumatore cd. escluso abbia acquistato un bene sostitutivo, il danno andrà valutato avendo riguardo alla differenza di prezzo tra il bene acquistato e quello che si acquistava in precedenza o, in alternativa, sempre attraverso una valutazione equitativa²⁹⁸.

Alla base di tale soluzione vi è il principio della *compensatio lucri cum damno*, per il quale nel calcolo del risarcimento si deve tener conto non solo degli effetti negativi prodotti dall'illecito ma anche degli effetti positivi.

Si tratta di un istituto non del tutto pacifico in dottrina dove, accanto a tesi negazioniste²⁹⁹, se ne ravvisano altre³⁰⁰ che ne riconoscono un fondamento normativo³⁰¹.

Vi è poi un'impostazione per così dire "intermedia" che, pur ammettendo l'esistenza di un tale principio, ne nega la valenza di principio generale dell'ordinamento giuridico, e lo concepisce come criterio di determinazione del risarcimento del danno, che trova fondamento nell'art. 1223 c.c., secondo cui va risarcito tutto e soltanto il danno sofferto, detratto il vantaggio contemporaneamente e direttamente procurato dalla condotta causativa del danno³⁰², sicché quest'ultimo è dato dalla differenza patrimoniale risultante dalla commissione dell'illecito, al fine di realizzare quella che è la funzione tipica del risarcimento, ossia porre il danneggiato

²⁹⁸ L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 225.

²⁹⁹ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 48, U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come "latinismo di ritorno"*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, n. 5, p. 1747.

³⁰⁰ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, 2008, p. 114 ss.

³⁰¹ Il suddetto fondamento normativo viene ravvisato, talvolta, nel principio espresso dall' art. 1592, comma 2, c.c., in virtù del quale il conduttore il quale non abbia diritto all'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa può in ogni caso compensare il valore di questi con i deterioramenti non dovuti a sua colpa grave; o nell' art. 41 L. 21 giugno 1865, n. 2359, il quale in materia di espropriazioni per pubblica utilità stabilisce che «Qualora dall'esecuzione dell'opera pubblica derivi un vantaggio speciale e immediato alla parte del fondo non espropriata, questo vantaggio sarà stimato e detratto dal calcolo dell'indennità di espropriazione».

³⁰² F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2007, p. 281, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, p. 146; D.R. PERETTI GRIVA, *Sulla "Compensatio lucri cum damno"*, in *Riv. proc. civ.*, 1957, p. 437.

nelle medesime condizioni in cui si sarebbe trovato se non fosse stato commesso l'illecito³⁰³.

In dottrina e in giurisprudenza si afferma in modo costante il principio secondo cui la *compensatio lucri cum damno* può trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito quali suoi effetti contrapposti, per cui se ne esclude l'operatività quando l'illecito sia non già causa ma semplice occasione del vantaggio³⁰⁴.

Viene, poi, in rilievo il danno che possono subire gli acquirenti di prodotti complementari a quello oggetto della pratica illecita, quando la diminuzione della domanda di quest'ultimo, determinata da un innalzamento del prezzo di vendita, comporta, a sua volta, la riduzione della domanda del primo.

3.4. Umbrella prices.

Sempre con riferimento agli aumenti di prezzo determinati da un'intesa illecita, si pone un ulteriore problema consistente nello stabilire se la responsabilità dei membri di un cartello si estenda anche ai cd. prezzi guida o *umbrella prices*³⁰⁵.

Si tratta del danno subito dai consumatori che acquistano da imprese diverse rispetto a quelle partecipanti al cartello le quali, approfittando dell'incremento dei prezzi realizzato attraverso l'intesa dai propri concorrenti, aumentato a loro volta i prezzi applicati ai propri clienti al di sopra del livello competitivo.

In tal caso si pone il quesito se anche tali acquirenti possano agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno pari al maggior prezzo che hanno dovuto pagare a causa dell'esistenza del cartello³⁰⁶.

³⁰³ M FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008, p. 41.

³⁰⁴ Si veda in dottrina A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 322 ss., P.G. MONATERI, D. GIANI – L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, p. 253.

³⁰⁵ La Corte di Giustizia definisce «prezzi guida» quelli fissati dagli imprenditori estranei all'intesa "sotto l'ombrello dell'intesa", nel senso che essi fissano i propri prezzi, consapevolmente o inconsapevolmente, ad un livello superiore rispetto a quello che sarebbe stato applicato in normali condizioni concorrenziali.

³⁰⁶ Nel caso degli *umbrella prices* si contrappongono due opposte esigenze: da un lato, il riconoscimento della responsabilità delle imprese partecipanti al cartello anche per i danni subiti dagli acquirenti di altre imprese, estranee all'intesa, potrebbe portare a risarcire anche danni indiretti, ossia privi di un collegamento causale diretto con la condotta illecita; al contrario, se venisse negato tale risarcimento, sarebbe compromesso il diritto al pieno risarcimento del danno derivante da una condotta antitrust e il principio di effettività della tutela, più volte affermati dalla Corte di Giustizia europea.

È evidente, infatti, come anche gli acquirenti di imprese estranee all'intesa vietata abbiano subito un danno non dissimile da quello patito da coloro che hanno acquistato direttamente dai partecipanti all'intesa.

Diventa allora fondamentale stabilire chi debba essere chiamato a rispondere delle conseguenze dannose in questione. Nelle fattispecie analoghe a quelle di cui al caso in questione andrebbe anzitutto esclusa la responsabilità dell'impresa che ha applicato il prezzo maggiore allineandosi a quello determinato nel cartello. Ed infatti, il diritto antitrust sanziona la fissazione di un prezzo anticoncorrenziale quando esso è il frutto di un'intesa illecita tra concorrenti o un abuso di posizione dominante.

Né l'uno né l'altro caso ricorrono nel caso di specie, sicché non si può dire che il terzo venditore abbia commesso un illecito concorrenziale³⁰⁷.

Si tratta, quindi, di verificare se possa essere sostenuta la responsabilità delle imprese partecipanti al cartello, essendo innegabile che l'aumento del prezzo praticato dall'impresa estranea al cartello sia a questo collegato, in quanto essa ha sfruttato l'aumento di prezzi praticato dai suoi concorrenti, aderenti all'intesa, cd. prezzi guida, al fine di innalzare, a sua volta, i prezzi praticati ai propri clienti, tenendo altresì conto che si tratta pur sempre di un effetto collaterale di una decisione indipendente che un soggetto terzo all'intesa ha assunto sulla base di proprie autonome valutazioni gestionali³⁰⁸.

3.4.1. Il caso Kone.

Per rispondere a questo problema, si ritiene opportuno far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed in particolare ad un recente caso sottoposto

³⁰⁷ L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 149.

³⁰⁸ Soprattutto con riferimento ai sistemi di *common law*, si veda L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 150, la quale rileva come la giurisprudenza statunitense abbia escluso il risarcimento di un simile danno poiché il sovrapprezzo pagato dagli acquirenti in virtù di *umbrella prices*, non avrebbe comportato un corrispondente guadagno illecito ad opera degli autori dell'illecito concorrenziale. Se venisse riconosciuta la risarcibilità di tali danni, significherebbe attribuire all'attore un ristoro che corrisponde ai guadagni non dei convenuti, ma di coloro che non hanno partecipato all'illecito, e che però hanno sfruttato gli *umbrella prices*. Nello stesso senso si porrebbe la dottrina ritenendo che la risarcibilità di simili danni comporterebbe un problema di *overdeterrence* posto che le *tremble damage actions* esercitate dagli acquirenti diretti nei confronti degli autori dell'illecito svolgono già una funzione deterrente nei confronti di tali danneggiati. In questi sistemi, quindi, l'attenzione concentrata sul danneggiante si giustifica con la funzione punitiva propria dello strumento risarcitorio. La stessa autrice sottolinea come la prospettiva deterrente non possa essere accolta nel nostro ordinamento, dove lo strumento risarcitorio svolge una funzione prevalentemente compensativa, concentrandosi sul danneggiato piuttosto che sul danneggiante, la stessa funzione che impedisce la risarcibilità dei danni punitivi.

alla sua attenzione relativo ad un contenzioso *follow-on*, derivato dal cartello degli ascensori accertato dalla Commissione nel 2007³⁰⁹.

In tale occasione, la Corte ha stabilito il principio per cui nel caso in cui venga realizzata un'intesa diretta all'aumento dei prezzi al di sopra del livello concorrenziale, che induca anche i concorrenti che non hanno preso parte all'intesa ad aumentare i prezzi praticati, del pregiudizio subito dagli acquirenti di quest'ultimi possono essere chiamati a rispondere i membri dell'intesa stessa. Il danneggiato, quindi, può chiedere il risarcimento del danno anche in assenza di qualsiasi rapporto contrattuale con i membri dell'intesa³¹⁰.

Il caso trae origine da un'azione di risarcimento danni intentata dalla società *ÖBB Infrastruktur AG* («ÖBB»), filiale della società delle ferrovie austriache, la quale aveva acquistato ascensori e scale mobili in parte da imprese aderenti all'intesa e in parte da imprese estranee all'accordo. La ÖBB lamentava, quindi, che anche le imprese non partecipanti al cartello ne avevano approfittato per aumentare i prezzi praticati, adattandosi ai prezzi di mercato risultanti dall'intesa, mentre in assenza dell'accordo illecito, i prezzi praticati sarebbero stati notevolmente inferiori³¹¹.

³⁰⁹ C. Giust. CE, 5 giugno 2014, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG* causa C-557/12, in *Danno e resp.*, 7/2014, p. 707 ss. con nota di C. LOMBARDI, *E piovve anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di Giustizia*, e in *Dir. civ. cont.*, 1/2015, C. MATRANGA, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocation del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*.

³¹⁰ Parte della dottrina, ritiene indiretto o mediato quel danno rispetto al quale sia intervenuto l'atto cosciente e volontario di un terzo che sarebbe stato in grado di evitare il danno, a meno che non ricorra, come nel caso degli *umbrella effects*, un'eccezione a tale regola in presenza di tre circostanze: 1) quando non si può dire che in assenza dell'illecito, il danno si sarebbe provocato con la stessa probabilità. Applicato al nostro caso, non si può ritenere che il prezzo di vendita del bene sarebbe comunque aumentato, posto che il venditore ha potuto farlo proprio sfruttando i prezzi guida; 2) il danno è realizzazione di quel rischio che la norma violata (quella che vieta i cartelli) intendeva prevenire, ossia la lesione della concorrenzialità del mercato; 3) non possa dirsi che il danno rappresenti una conseguenza anormale dell'illecito, essendo al contrario un evento assolutamente prevedibile. In questo senso L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 154, secondo la quale nella fattispecie degli *umbrella effects*, il nesso di causalità non sarebbe interrotto nemmeno in presenza di un atto volontario posto in essere da parte di un'impresa non partecipante al cartello.

³¹¹ Nel caso di specie, l'infrazione dell'art. 81 TCE era già stata accertata con decisione della Commissione del 21 febbraio 2007, Caso COMP/E-1/38.823 — *Ascensori e scale mobili*, consistendo la stessa nella realizzazione di ben quattro cartelli, in Belgio, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi cui avevano preso parte, in tutti e quattro i Paesi, le imprese KONE, Otis, Schindler e ThyssenKrupp, e che avevano ad oggetto la vendita e l'installazione di ascensori e scale mobili. A seguito delle indagini espletate, la Commissione decideva che le suddette imprese avevano violato l'articolo 81 del trattato attribuendosi appalti e altri contratti in Belgio, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi al fine di ripartirsi i mercati e di fissare i prezzi, concordando un meccanismo di compensazione in taluni casi, scambiandosi informazioni sui volumi delle vendite e sui prezzi e partecipando a riunioni regolari nonché utilizzando altri contatti per concordare e attuare restrizioni della concorrenza.

Nella pronuncia in esame, la Corte afferma che *«chiunque è legittimato a chiedere il risarcimento del danno subito qualora esista un nesso di causalità tra il danno fatto valere e la relativa intesa, tale per cui risulti, anche alla luce delle peculiarità del mercato di riferimento, che l'aumento dei prezzi praticati dall'intesa abbia indotto anche i concorrenti non aderenti ad innalzare a loro volta i prezzi applicati, ed il risarcimento dovrà essere chiesto ai membri del cartello»*³¹².

La Corte austriaca, che ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, facendo applicazione dei propri principi civilistici, aveva ritenuto non sussistente il nesso di causalità tra l'illecito concorrenziale e il danno lamentato dall'attore, sulla base della considerazione per cui l'impresa non partecipante al cartello avrebbe deciso autonomamente di innalzare il prezzo di vendita dei beni³¹³.

³¹² La Corte di giustizia, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza sulle azioni risarcitorie antitrust e sui principi di equivalenza e di effettività della tutela che gli ordinamenti giuridici degli Stati membri devono assicurare, ha stabilito che:

a) il prezzo di mercato è uno dei principali elementi presi in considerazione da un'impresa nella determinazione del prezzo al quale offrire i propri prodotti o servizi. Nel caso in cui un'intesa riesca nell'intento di mantenere prezzi artificialmente elevati per taluni prodotti e qualora sussistano determinate condizioni di mercato attinenti, segnatamente, alla natura del prodotto o alla dimensione del mercato oggetto dell'intesa stessa, non si può escludere che l'impresa concorrente, esterna all'intesa, decida di fissare il proprio prezzo offerto ad un importo superiore a quello che avrebbe fissato in normali condizioni di concorrenza, vale a dire in assenza dell'intesa. Ciò premesso, ancorché la determinazione del prezzo offerto sia considerata quale decisione puramente autonoma, adottata dall'impresa non aderente all'intesa, si deve tuttavia rilevare che tale decisione ha potuto essere presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall'intesa e, conseguentemente, in contrasto con le regole della concorrenza. Ne consegue che il fatto, per il cliente di un'impresa non aderente ad un'intesa la quale tragga peraltro vantaggio dalle condizioni economiche di un prezzo di protezione, di subire un danno per effetto di un prezzo offerto superiore a quanto sarebbe stato in assenza dell'intesa stessa, rientra nei possibili effetti di quest'ultima, cosa che i suoi aderenti non possono ignorare;

b) 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 intrattenuto 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.

Sulla base di tali premesse, la Corte di giustizia ha stabilito che la vittima di un prezzo di protezione può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa.

³¹³ La giurisprudenza austriaca, che ha operato il rinvio pregiudiziale nel caso *Kone*, ritiene che il soggetto che propone una domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità extracontrattuale, deve dimostrare, oltre al fatto illecito, il verificarsi di un danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra i due elementi. Applicando tali principi alla fattispecie antitrust, ne consegue, sempre secondo tale giurisprudenza, che qualora un'impresa estranea ad un'intesa benefici dell'effetto del prezzo di protezione, non sarebbe ravvisabile un sufficiente nesso di causalità tra l'intesa stessa e l'eventuale danno subito dall'acquirente, in quanto si tratterebbe di un danno indiretto, di un effetto collaterale di una decisione autonoma che un soggetto terzo all'intesa ha assunto sulla base di proprie considerazioni gestionali. Inoltre, secondo il diritto austriaco una condotta viene considerata illecita e comporta l'obbligo del risarcimento del danno, solo nei casi in cui il danno derivi dalla violazione di obblighi contrattuali, di diritti assoluti o di norme poste a tutela degli interessi del soggetto leso.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ed evitando peraltro di fornire un principio generale di causalità, afferma che l'accertamento del nesso di causalità debba essere superato dall'applicazione del principio di effettività del diritto europeo.

Nell'ottica del giudice europeo, il danneggiato dovrà dare la prova dell'esistenza di un cartello, qualora esso non sia già stato accertato dall'Autorità a tutela della concorrenza e si tratti, quindi, di un'azione *stand alone*, dell'idoneità del cartello medesimo a generare prezzi guida, cd. *umbrella prices*, nonché di un adeguato nesso di causalità tra il fatto illecito e il danno subito³¹⁴.

Sarà invece onere delle imprese convenute dimostrare la mancanza di un nesso di causalità diretta tra il fatto e il pregiudizio lamentato.

Con riguardo a tale specifica questione, la direttiva sul risarcimento del danno antitrust di recente approvazione prevede all'art. 17 una presunzione *iuris tantum* per cui «da una violazione sotto forma di cartello deriva un danno, in particolare attraverso un effetto sui prezzi»; si tratta di un danno risarcibile, salva la prova contraria fornita dalle società convenute, presunzione che opererà solo dopo che l'attore avrà dato la prova dell'idoneità del cartello a creare prezzi guida e di un nesso di causalità tra l'illecito ed il danno.

Tale presunzione giova sicuramente ai soggetti danneggiati, esonerandoli dalla prova, invero ardua, dell'esistenza del cartello, il quale è normalmente connotato dal carattere di segretezza, nonché della causazione di un pregiudizio, ma che appunto si applica solo alla fase di quantificazione del danno, mentre presuppone che la sussistenza di quest'ultimo sia già stata dimostrata.

3.5. L'acquirente indiretto.

Altrettanti problemi interpretativi si pongono allorché ad essere stato danneggiato da una condotta anticoncorrenziale sia un acquirente indiretto, ossia un soggetto che non è entrato in rapporto diretto con l'autore dell'infrazione, sia esso un

³¹⁴ Significative, in tal senso, le conclusioni dell'avvocato generale secondo cui il diritto di chiunque ad ottenere il pieno risarcimento dei danni subiti per violazione della normativa antitrust non comporta automaticamente e in ogni caso un obbligo risarcitorio dei partecipanti all'intesa nei confronti dei clienti di soggetti estranei al gruppo di partecipanti all'intesa, ma non esclude neanche un tale obbligo a priori. È necessario, quindi, valutare il fatto, alla luce di tutte le circostanze del singolo caso, al fine di verificare che l'intesa abbia effettivamente comportato la comparsa di prezzi guida sul mercato.

commerciante al dettaglio o un consumatore finale, sul quale viene “scaricato” il sovrapprezzo pagato.

In particolare, si pone il problema se l’acquirente indiretto, sul quale è stato traslato, in tutto o in parte, il cd. sovrapprezzo anticompetitivo, da parte dell’acquirente diretto attraverso un aumento del prezzo del bene illegittimamente monopolizzato, possa proporre in giudizio un’azione risarcitoria antitrust (cd. *passing on* offensivo) e se, a sua volta, il soggetto che ha partecipato all’intesa, convenuto in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, possa eccepire che l’acquirente diretto ha traslato il sovrapprezzo a valle, ossia su un diverso soggetto che si trova in altro livello della catena produttiva-distributiva mediante un aumento del prezzo da lui praticato ai propri clienti (cd. *passing on* difensivo)³¹⁵.

Va precisato che il problema si pone solo per gli illeciti antitrust di sfruttamento, cioè quelli che diano luogo a prezzi o condizioni di scambio ingiustificatamente gravosi, e non anche per gli illeciti escludenti³¹⁶.

Si può, ad esempio, prospettare il caso di un cartello avente ad oggetto la fissazione del prezzo di un bene o servizio ad un livello maggiore rispetto a quello che si sarebbe formato in regime di libera concorrenza.

In tal caso, nessun dubbio può sorgere sul fatto che ad essere danneggiato in via diretta è proprio il consumatore finale che acquista il bene o il servizio in questione ad un prezzo più elevato rispetto a quello che avrebbe pagato in assenza del cartello³¹⁷.

Ne consegue che, se pure la pratica anticoncorrenziale posta in essere dalle imprese colluse ha l’obiettivo ultimo di far uscire o impedire l’ingresso nel mercato di un concorrente, determinando così una modifica della struttura del mercato, finisce, in definitiva, per danneggiare altresì i consumatori finali.

³¹⁵ G.A. BENACHIO M. CARPAGNANO, *L’azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, p. 111 ss.; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 261 ss., L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, p. 533 ss.

³¹⁶ *Concorrenza e mercato, Rassegna degli orientamenti dell’Autorità Garante*, raccolti da G. Ghidini, B. Libonati, P. Marchetti, 13-14/2005-2006, pp. 389 ss.

Gli illeciti escludenti, infatti, consistono in condotte dirette ad escludere dal mercato i concorrenti (es. boicottaggio, prezzi predatori, pratiche discriminatorie) e pertanto è evidente che non possa porsi un problema di traslazione del danno rispetto agli acquirenti indiretti.

³¹⁷ Si pensi alle azioni risarcitorie intentate dai consumatori che avevano stipulato un contratto di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli ad un prezzo più elevato rispetto a quello che si sarebbe formato in un mercato competitivo, per effetto di un’intesa orizzontale, accertata e sanzionata dall’AGCM con provvedimento n. 8546 del 28.07.2000, tra numerose compagnie assicurative.

La suddetta politica viene perseguita dall'impresa dominante nel primo periodo, con l'abbassamento dei prezzi praticati, attraverso il quale essa, una volta riuscita ad estromettere il concorrente dal mercato, potrà praticare un prezzo più alto, cioè il prezzo monopolistico.

I consumatori, invece, traggono nel primo periodo un beneficio economico consistente nella riduzione del prezzo di vendita. Essi subiscono, invece, un danno nel lungo periodo: se, infatti, inizialmente hanno potuto acquistare beni sottocosto, ora si trovano a dover pagare un prezzo sicuramente maggiore rispetto a quello che si sarebbe formato in un mercato concorrenziale, proprio perché l'impresa dominante ha "eliminato" i concorrenti³¹⁸.

Come già evidenziato a proposito degli *umbrella prices*³¹⁹, anche in questo caso il danno patito dal consumatore risulta essere diverso da quello subito dal concorrente, consistendo nel dover pagare un prezzo più elevato rispetto a quello che sarebbe stato praticato dall'impresa non partecipante al cartello in condizioni di concorrenza³²⁰.

Il tema in questione si dimostra di rilevante interesse posto che, se da un lato, riconoscere la responsabilità delle imprese partecipanti all'intesa anche per i danni subiti dagli acquirenti di imprese estranee all'intesa potrebbe comportare la risarcibilità di danni indiretti e non adeguatamente ricollegabili, sotto il profilo della causalità, alla condotta illecita; dall'altra parte, invece, l'esclusione della responsabilità delle imprese partecipanti all'intesa anche per i danni subiti dagli acquirenti di imprese estranee

³¹⁸ Risulta evidente come la fattispecie in questione si discosti notevolmente dal contenzioso originato dal cartello assicurativo, in quanto in quel caso gli attori che hanno agito per il risarcimento del danno erano i clienti diretti delle imprese assicuratrici che hanno posto in essere la violazione antitrust.

³¹⁹ Si parla di *umbrella prices* (il cd. effetto di prezzo di protezione o prezzo guida) quando il cartello viene posto in essere da alcune imprese che tuttavia non controllano l'intero mercato. In tal caso, anche le imprese che non hanno partecipato alla collusione tenderanno ad innalzare i prezzi, allineandosi a quelli praticati dalle imprese partecipanti al cartello.

³²⁰ La questione della risarcibilità di tale tipo di danno è stata affrontata per la prima volta dalla Corte di Giustizia in un caso molto recente riguardante un cartello realizzato tra imprese e relativo all'installazione e manutenzione di ascensori e scale mobili in vari Stati membri. Si tratta della sentenza della C. Giust. CE, 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1571 ss., ha statuito che: «La vittima di un prezzo di protezione «umbrella pricing» può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa restrittiva della concorrenza, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con gli stessi, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima». In ambito statunitense, in mancanza di una pronuncia da parte della Corte Suprema, la giurisprudenza delle Corti di merito risulta essere notevolmente contrastante.

all'intesa potrebbe privare talune vittime dal diritto (di matrice comunitaria) al pieno risarcimento dei danni subiti.

La possibilità di trasferire un danno patrimoniale al livello successivo della catena produttiva-distributiva, dipende da una serie di fattori, tra cui specialmente la struttura e le caratteristiche del mercato interessato, ad es. l'elasticità della domanda e dell'offerta, il lasso di tempo durante il quale il sovrapprezzo illecito viene praticato, l'effettiva sostituibilità del bene intermedio a cui il sovrapprezzo si riferisce³²¹.

3.5.1. La prospettiva della giurisprudenza sulla questione della risarcibilità del danno subito dall'acquirente indiretto.

L'Unione europea è carente di giurisprudenza sul tema della risarcibilità del danno subito dall'acquirente indiretto, in quanto, sebbene con le sentenze *Courage* e *Manfredi*³²² è stato riconosciuto il diritto di "chiunque" di agire in giudizio per il risarcimento del danno antitrust, non si è ancora mai pronunciata espressamente su tale questione.

Nell'ordinamento italiano manca una espressa presa di posizione da parte del legislatore ordinario circa l'ammissibilità del *passing-on defence*³²³ nei casi di diritto antitrust nazionale.

La legittimazione attiva dell'acquirente indiretto è stata comunque riconosciuta per la prima volta, sia pure in modo incidentale, dalla giurisprudenza di merito nella causa *Juventus FC Spa*³²⁴.

³²¹ M. CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, (a cura di) L. F. Pace, 2013, p. 300 ss.

³²² Nella sentenza *Manfredi* la Corte di Giustizia ha affermato che sarebbe contraria al diritto comunitario una regola nazionale che escludesse la legittimazione attiva dei consumatori finali. Nella fattispecie in questione, tuttavia, gli attori che avevano agito per il risarcimento del danno antitrust erano acquirenti diretti ossia consumatori che avevano stipulato una polizza RC Auto con le imprese assicurative che avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, generando un danno ai loro clienti, consistente nell'aumento illecito del prezzo.

³²³ Con tale espressione si allude alla possibilità per l'impresa, convenuta in giudizio in un'azione di risarcimento dei danni, di invocare a sua difesa che il sovrapprezzo applicato è stato in realtà traslato dal suo cliente ai suoi rispettivi contraenti, al fine di esimersi dal dovergli risarcire il danno. Dunque il convenuto deve avere la possibilità di invocare il fatto che l'attore abbia trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione.

³²⁴ App. Torino, 6 luglio 2000, *Indaba Incentiva Company s.r.l. v. Juventus F.C. S.p.a.*, in *Danno e resp.* 2001, p. 46 ss. Pur mancando in Italia una espressa presa di posizione da parte del legislatore sull'ammissibilità del *passing on defense* nelle controversie antitrust, la Corte di Cassazione ha riconosciuto costantemente, a partire dal 2007 (sent. n. 2305 del 2007), e ribadita più recentemente con la sentenza n. 1160/2011, la legittimazione attiva di ogni soggetto del mercato che abbia subito un danno a

In tale caso, un *tour operator*, la società *Indaba Incentive co.*, ha convenuto in giudizio la società calcistica per essere stata vittima di un abuso di posizione dominante, consistito nell'imposizione di condizioni onerose e prezzi eccessivi per l'acquisto dei biglietti della finale di *Champions League* del 28 maggio 1997, abbinando all'acquisto dei biglietti altri servizi, quali il trasporto aereo ed il pernottamento in albergo.

La Corte d'Appello di Torino, anticipando in un certo senso la giurisprudenza *Courage*, e ribadendo la natura solo compensativa dell'azione risarcitoria, ha riconosciuto la legittimazione attiva «esclusivamente al soggetto che abbia concretamente subito un danno», e ritenne privo di legittimazione attiva «il soggetto che abbia concorso a traslare il danno a terzi, e così ai consumatori finali».

In tal modo respinse la pretesa risarcitoria avanzata dalla *Indaba* nei confronti della *Juventus* motivandola con la circostanza che i costi ulteriori sarebbero stati trasferiti a valle, sui tifosi, mediante un incremento dei prezzi dei biglietti della partita.

Un precedente lo ritroviamo anche in ambito fiscale e, specificatamente, nella causa *Commissione c. Italia*, con riferimento all'art. 29, co. 2, L. 428/90 "Rimborso dei tributi riconosciuti incompatibili con norme comunitarie"³²⁵.

La Corte di Giustizia, in quell'occasione, ha riconosciuto la possibilità per il convenuto (nella specie l'amministrazione finanziaria dello Stato italiano) di invocare l'eccezione di trasferimento del danno a valle della catena, imponendo però allo stesso l'onere di provare l'avvenuta traslazione³²⁶.

La Commissione europea ha affrontato il problema della traslazione del danno nel Libro bianco "in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle

proporre un'azione risarcitoria antitrust, indipendentemente dalla sua posizione lunga la catena distributiva.

³²⁵ C. Giust. CE, 9 dicembre 2003, C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2003, I-14637.

³²⁶ Secondo la Corte «l'art. 29 secondo comma della legge italiana 29 dicembre 1990, n. 428, così come interpretato ed applicato in sede amministrativa e giudiziaria, avrebbe determinato un regime probatorio tale da rendere praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente difficile per i contribuenti l'esercizio del diritto al rimborso dei tributi riscossi in violazione delle norme comunitarie».

Pertanto, il sistema italiano di rimborso dei tributi illegittimamente riscossi è stato più volte oggetto di condanne comunitarie. Nella sentenza C. Giust. CE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, in *Racc.*, 1983, p. 3595, ad esempio, la Corte aveva analizzato l'art. 10 del decreto legge 10 luglio 1982, n. 430, che prevedeva una presunzione legale di traslazione del tributo su altri soggetti e riconosceva il diritto alla restituzione solo se fosse stata fornita documentalmente prova contraria. In tale caso, la Corte aveva dichiarato che «uno Stato membro non può subordinare il rimborso di tributi nazionali riscossi in contrasto con quanto disposto dal diritto comunitario alla prova che i detti tributi non sono stati trasferiti su altri soggetti, qualora il rimborso sia subordinato a criteri di prova che rendano l'esercizio del detto diritto praticamente impossibile o estremamente difficile».

norme antitrust comunitarie”³²⁷ in cui ha proposto di riconoscere anche all’acquirente indiretto la legittimazione ad agire in giudizio per il risarcimento del danno antitrust (*passing on* offensivo) nonché di ammettere la possibilità, per l’impresa convenuta in giudizio per il risarcimento dei danni, di sollevare l’eccezione di trasferimento da parte dell’acquirente diretto sugli altri soggetti che si trovano lungo la catena distributiva (*passing on* difensivo), al fine di evitare risarcimenti multipli, impedendo che il convenuto sia chiamato a risarcire più volte lo stesso danno, e non permettere a chi non abbia effettivamente subito una lesione di conseguire un vantaggio economico indebito.

Con la direttiva 2014/14/UE viene espressamente codificata all’art. 13 la possibilità per l’impresa autrice dell’infrazione di invocare l’eccezione di trasferimento.

Spetta, cioè, a chi invoca il trasferimento, l’onere di dimostrare che esso si sia effettivamente prodotto.

Tale impostazione risulta peraltro in linea con le regole, vigenti nel nostro ordinamento, sulla ripartizione dell’onere probatorio, ed in particolare con l’art. 2967, co. 2, c.c. ai sensi del quale incombe sul convenuto l’onere di dimostrare i fatti sui quali si fonda la propria eccezione.

In mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all’acquirente indiretto che agisce in giudizio per il risarcimento dei danni, dimostrare che vi è stata una traslazione del sovrapprezzo su di lui, in applicazione della regola di cui al 1° comma dell’art. 2967, in base al quale spetta a chi agisce in giudizio l’onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento del suo diritto.

Tuttavia, spesso risulta molto difficile, se non addirittura impossibile, per gli acquirenti indiretti procurarsi prove sufficienti per dimostrare l’infrazione, nonché il trasferimento del sovrapprezzo, vista la loro distanza dalla violazione, trovandosi in una posizione di estremità della catena di distribuzione, con la conseguenza che, non riuscendo a dare la relativa prova, i reali danneggiati non verrebbero risarciti, mentre l’autore della violazione, che riuscisse a dare la prova del trasferimento del sovrapprezzo nei confronti di un altro attore a monte, conseguirebbe un arricchimento senza causa.

Per agevolare la prova della traslazione, e in virtù del principio di effettività del diritto comunitario, si potrebbe far ricorso al meccanismo delle presunzioni, attraverso il

³²⁷ Per un commento a tale documento, si veda E.L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l’anno che verrà*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, 3, p. 229 ss.

quale il giudice può ritenere provato il fatto della traslazione del danno, quando l'attore abbia provato certi fatti secondari, cd. indizi, i quali facciano presumere che la traslazione del danno sia avvenuta con un certo grado di probabilità, o meglio che sia più probabile che improbabile che sia avvenuta la traslazione, secondo la regola della *preponderance of evidence*³²⁸.

Anche la direttiva 104/2014, al fine di alleggerire l'onere della prova gravante sull'acquirente indiretto, codifica all'art. 13 la possibilità per lo stesso di giovare della presunzione relativa di avvenuto trasferimento del sovrapprezzo, purché dimostri che: i) il convenuto ha posto in essere un illecito anticoncorrenziale; ii) da tale illecito è derivato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto; iii) l'acquirente indiretto ha acquistato i beni o servizi colpiti dall'illecito aumento di prezzo (art. 13, co. 2).

Questa diversa ripartizione dell'onere della prova si giustifica, secondo la Commissione, sulla base della considerazione che sembra più equo che sia l'autore della violazione antitrust a dover sopportare l'onere della prova, piuttosto che la vittima di tale infrazione³²⁹.

La novità introdotta a livello europeo si pone a parziale deroga della normativa nazionale, per la quale spetterebbe a chi intende dimostrare un fatto in giudizio fornirne la relativa prova a norma dell'art. 2697 c.c., sicché graverebbe sull'acquirente indiretto l'onere di provare la traslazione del danno³³⁰.

³²⁸ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1992, pp. 443 ss.; S. PATTI, *Prova testimoniale, Presunzioni (art. 2721-2729)*, in *Comm. del c.c. Scialoja-Branca*, 2001, p. 77 ss.

Proprio in considerazione del fatto che in certi casi la prova della traslazione del danno potrebbe essere eccessivamente difficile, se non praticamente impossibile, si potrebbe ricorrere a degli indizi che facciano ritenere al giudice che la traslazione è più probabile che non. A tale riguardo, si deve tener conto del fatto che la traslazione dipende da un insieme di fattori economici, solo alcuni dei quali sono suscettibili di essere provati in giudizio. In particolare, la traslazione dipende da un insieme di fattori economici, in particolare dal grado di elasticità dell'offerta e della domanda. L'elasticità dell'offerta rappresenta la variazione percentuale della quantità prodotta rispetto all'aumento di prezzo. Maggiore è l'elasticità dell'offerta, ossia la quantità prodotta all'aumentare del prezzo, maggiore sarà la traslazione del sovrapprezzo nei confronti dell'acquirente indiretto. L'elasticità della domanda, invece, rappresenta la variazione della quantità acquistata rispetto al prezzo. Maggiore è l'elasticità della domanda, ossia la variazione percentuale della quantità acquistata di un certo bene in base alla variazione di prezzo, minore è il sovrapprezzo che verrà trasferito dall'acquirente diretto a quello indiretto.

³²⁹ Libro Bianco, *cit.*, p. 66.

³³⁰ A completamento della previsione introdotta dall'art. 13 della direttiva si pone l'art. 15, secondo il quale i giudici nazionali davanti ai quali vengono incardinate le azioni risarcitorie, al fine di stabilire se sia stato assolto o meno l'onere della prova a carico dell'acquirente indiretto, devono tener conto: i) delle azioni di risarcimento intentate da attori a diversi livelli nella catena di commercializzazione; ii) o delle decisioni giudiziarie che abbiano già statuito riguardo a tali richieste.

Tali regole risultano indispensabili per garantire il risarcimento a “chiunque” abbia subito un danno e possa dimostrare “un sufficiente nesso causale con l’infrazione”³³¹.

Tale soluzione, inoltre, risulta in linea con la funzione riparatoria-compensativa della responsabilità civile in generale, nonché specificatamente della legislazione antitrust, la quale implica che il risarcimento sia riconosciuto a chi abbia in concreto subito un danno, e venga invece negato a chi sia riuscito a traslarlo integralmente su altri soggetti³³².

Resta fermo il diritto del convenuto, autore della violazione, di dimostrare che il sovrapprezzo non è stato trasferito o non interamente sull’acquirente indiretto, trattandosi di una presunzione *iuris tantum*, che ammette quindi prova contraria.

Non sussiste, invece, la necessità che l’impresa dimostri un ingiusto arricchimento da parte dell’attore, come invece richiesto dalla Corte di Giustizia nei casi di restituzione di tributi illegittimi.

È evidente, tuttavia, come la presunzione in questione finisca con il pregiudicare la posizione del convenuto, imponendogli una sorta di *probatio diabolica*: egli, infatti, deve dare la prova negativa del trasferimento a valle del sovrapprezzo, prova che, nella maggior parte dei casi, non sarà in grado di fornire.

Dal punto di vista dell’acquirente diretto, invece, presumere che il sovrapprezzo dallo stesso pagato sia stato trasferito integralmente sull’acquirente indiretto, equivale ad esonerare quest’ultimo dal provare il danno subito, ovvero riconoscere un danno *in re ipsa* derivante dal semplice accertamento della commissione dell’illecito, laddove il fatto che sia stato applicato un prezzo sovra concorrenziale, non implica per ciò solo che l’acquirente diretto sia riuscito a trasferirlo su quello indiretto.

Più in linea con la normativa in tema di onere della prova sarebbe stato non introdurre la presunzione di avvenuta traslazione del danno, ma imporre all’acquirente indiretto di provare, secondo i consueti meccanismi, i fatti idonei a fondare la sua eccezione.

³³¹ In linea con l’impostazione della Corte di Giustizia nella sentenza Manfredi, *cit.*

³³² A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, *cit.*, p. 248.

3.5.2. La soluzione americana.

Il problema della traslazione del danno è stato affrontato in numerose occasioni anche dalla Corte suprema statunitense, a partire dalla sentenza pronunciata nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corporation*³³³ in cui è stata negata al convenuto³³⁴ la possibilità di sollevare l'eccezione di trasferimento (*passing on* difensivo)³³⁵, ossia di dimostrare che controparte ha traslato in tutto o in parte il sovrapprezzo anticompetitivo, mediante l'aumento dei prezzi applicati ai propri clienti, al fine di escludere la propria responsabilità.

Tale pronuncia presentava il pregio di contenere i costi dell'amministrazione della giustizia, evitando le lungaggini ed i costi connessi all'accertamento dell'avvenuta traslazione del sovrapprezzo, proprio concentrando la legittimazione in capo a quei soggetti più vicini agli autori della violazione.

In una sentenza successiva pronunciata nel caso *Illinois Brick Co.* del 1977³³⁶, la Corte Suprema ha altresì negato la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti per il risarcimento del danno subito a causa della traslazione del sovrapprezzo anticompetitivo (*passing-on* offensivo)³³⁷.

In questo caso, la decisione è stata motivata dalla necessità di impedire che l'impresa convenuta venga chiamata a risarcire lo stesso danno più volte, prima all'acquirente diretto, poi a quello indiretto, nonché per esigenze di coerenza rispetto

³³³ *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481 (1968).

³³⁴ Nella specie, un produttore di scarpe aveva chiesto il risarcimento del danno subito a causa di una pratica anticoncorrenziale di un produttore di macchine per la fabbricazione delle scarpe, che aveva approfittato della propria posizione di potere di mercato per aumentare ingiustificatamente il prezzo delle macchine acquistate dall'attrice stessa. La convenuta si era difesa eccependo che in realtà il sovrapprezzo causato dalla pratica illecita era stato trasferito a valle sui consumatori mediante un aumento del prezzo delle scarpe. Nel caso di specie, l'attore non aveva sofferto alcun danno in quanto aveva traslato l'incremento dei costi sui propri clienti. La Corte ha rigettato l'eccezione sollevata dalla convenuta rilevando che deve ritenersi irrilevante il fatto che la vittima diretta della pratica illecita abbia successivamente trasferito il sovrapprezzo sui consumatori finali.

³³⁵ G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, cit., p. 497.

³³⁶ *Illinois Brick Co. v. State of Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

³³⁷ Nella specie, lo Stato dell'Illinois, insieme ad altri contraenti pubblici, aveva fatto causa ad alcuni fabbricanti di blocchi di cemento, i quali avevano preso parte ad un cartello restrittivo della concorrenza, chiedendo il risarcimento del danno subito per aver pagato prezzi più elevati per l'esecuzione di certe opere pubbliche. I blocchi di cemento erano stati utilizzati per la costruzione di alcune opere di muratura da parte di certi subappaltatori, i quali avevano venduto queste opere ai *general contractor*, i quali a loro volta le avevano incorporate nell'opera finale, commissionata dagli attori, i quali in definitiva erano i consumatori finali danneggiati. In quell'occasione la Corte Suprema negò il risarcimento chiesto dallo Stato dell'Illinois nella qualità di acquirente di alcune nuove palazzine per il maggior prezzo pagato, sul presupposto che il cemento non era stato acquistato dall'attore ma dall'appaltatore per la costruzione delle palazzine, e solo lui era legittimato a chiedere la restituzione del sovrapprezzo.

alla precedente sentenza *Hanover*: una volta ammessa la legittimazione attiva degli acquirenti indiretti, sarebbe stato necessario consentire al convenuto di sollevare l'eccezione di traslazione del danno. La Corte ha, dunque, addotto sostanzialmente due motivazioni al fine di escludere la legittimazione ad agire dell'*indirect purchaser* (ossia l'acquirente indiretto): la prima, consisterebbe nella eccessiva difficoltà di provare in giudizio l'entità del danno traslato – se totale o parziale –, l'altra, presupponendo l'efficacia preventiva del risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust, ritiene che essa non sarebbe compiutamente realizzabile tutte le volte in cui il consumatore finale non abbia un sufficiente incentivo finanziario ad agire in giudizio, concludendo nel senso di riconoscere la legittimazione attiva solo a chi si trovi nella posizione migliore per agire in giudizio, per aver subito un danno maggiore, per essere più vicino agli autori della violazione, quindi in una posizione più agevole per scoprire l'esistenza dell'intesa, o per incontrare minori oneri probatori, nella misura del triplo del danno lamentato³³⁸.

In tale occasione, quindi, la Corte ha affermato la legittimazione ad agire per la risarcibilità del danno antitrust solo in capo a coloro che abbiano acquistato direttamente dai responsabili di una violazione antitrust e non anche ai soggetti che si trovino più a valle nella catena distributiva, ivi inclusi i consumatori finali.

Indicava, comunque, due eccezioni alla regola della carenza di legittimazione ad agire del compratore indiretto: da un lato, si tratta dell'ipotesi di *cost-plus contracts*, in cui tra l'acquirente diretto e quello indiretto sussista, prima della consumazione dell'illecito, un contratto di fornitura di beni a quantità fissa che comporta il trasferimento integrale sul secondo degli aumenti di prezzo subiti dalla parte venditrice causati dalla pratica antitrust; dall'altro, si tratta dell'ipotesi, di non facile comprensione, in cui il compratore diretto sia sottoposto in qualche modo al controllo dell'autore dell'illecito, il quale interpone a sé un altro soggetto, appunto l'acquirente indiretto, al fine di rendere non esperibile l'azione risarcitoria³³⁹.

In definitiva, la normativa antitrust statunitense, pur prevedendo espressamente la legittimazione di qualunque soggetto “*any person*” ad agire per il risarcimento del danno subito, triplicato per la funzione sanzionatoria e deterrente riconosciuta in quel

³³⁸ M. CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, cit., p. 302 ss.; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit., pp. 298-299.

³³⁹ A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 307.

sistema al *private antitrust enforcement*³⁴⁰, riconosce poi sostanzialmente tale legittimazione solo all'acquirente diretto, mentre non ammette il *passing on* né offensivo né difensivo. Dopo la sentenza *Illinois Brick*, comunque, ben 36 Stati membri hanno adottato provvedimenti legislativi in base ai quali è stata riconosciuta la legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti per ottenere il risarcimento del sovrapprezzo che gli acquirenti diretti hanno traslato su di loro aumentando i prezzi praticati³⁴¹, determinando, con ciò, un sistema tutt'alto che omogeneo.

Evidente è la diversità di prospettiva adottata in ambito europeo, dove l'ammissibilità del *passing-on* è stata, dapprima, ammessa, sia pure implicitamente, dalla sentenza *Courage*, mediante il riconoscimento in capo a "*chiunque*", e dunque anche dell'acquirente indiretto, della legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento del danno, consolidata dalla sentenza *Manfredi*, successivamente con la pubblicazione del Libro Bianco che suggerisce l'opportunità di ammettere la "eccezione di trasferimento del danno", solo quando il convenuto è in grado di dimostrare con certezza che l'attore ha traslato il danno su terzi soggetti, nonché di favorire la posizione dell'acquirente indiretto mediante una presunzione semplice che il sovrapprezzo è stato traslato su di lui, al fine di incentivare il ricorso alle azioni civili³⁴² e, infine, con la direttiva 2014/104/UE, il tema della traslazione del danno è stato ulteriormente specificato in quanto ritenuto indispensabile per garantire la completa efficacia del diritto al pieno risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza³⁴³.

³⁴⁰ Il riconoscimento di una legittimazione ad agire così generalizzata è contenuta sia nella Sezione 4 del *Clayton Act*, in cui si prevede che "[...] qualunque soggetto "*any person*" che sia danneggiato nella sua attività commerciale o nella sua proprietà a causa di quanto proibito dalle leggi antitrust può proporre un'azione giudiziale [...] e recuperare tre volte il danno da esso subito, unitamente alle spese sostenute in giudizio, ivi incluso un ragionevole compenso per la consulenza legale ricevuta dall'avvocato", e dalla Sezione 16 che autorizza l'adozione di misure cautelari "*injunctions*" a favore di qualunque soggetto "*any person*" in presenza del pericolo di perdite o danni a suo carico in ragione di una violazione antitrust perpetrata da un altro soggetto.

³⁴¹ G. AFFERNI, *La traslazione del danno*, cit., p. 499.

Ciò si è reso possibile anche grazie ad una sentenza della Corte Suprema, *California v. ARC America Corp.* 109 S. Ct. 1661 (1989), la quale ha stabilito che le leggi nazionali dei singoli stati membri fossero legittimati ad attribuire all'acquirente indiretto il diritto al risarcimento del danno.

³⁴² L. F. PACE, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, cit., p. 304.

³⁴³ La direttiva 104/2014/UE si occupa del tema in questione negli artt. 12-14. In particolare, l'art. 12 riconosce espressamente il diritto al pieno risarcimento del danno a chiunque lo abbia subito, a prescindere che si tratti di acquirente diretto o indiretto; l'art. 13, invece, riconosce al convenuto in un'azione risarcitoria antitrust la possibilità di sollevare l'eccezione di trasferimento del danno, ossia di dimostrare che l'attore abbia traslato il danno subito in conseguenza della violazione del diritto della

Il sistema europeo, quindi, diversamente da quello statunitense, da un lato, ammette l'uso del *passing on*, sia offensivo che difensivo, dall'altro, esclude tutte quelle forme di danni esemplari e punitivi “*punitive damages*”, quali la triplicazione del risarcimento rispetto al danno effettivamente subito, con una chiara finalità deterrente e sanzionatoria, assente nel nostro sistema dove il risarcimento del danno svolge una funzione di mera compensazione del danno subito.

Nel sistema statunitense, invece, la tendenza è nel senso di limitazione il novero dei soggetti legittimati, riservando il rimedio risarcitorio solo ad alcune categorie di vittime, attraverso l'elaborazione e l'impiego di determinati criteri, quali l'*antitrust injury*, così evitando i rischi connessi ad un'ampia legittimazione antitrust³⁴⁴.

In tale ordinamento, quindi, l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire risulta influenzata dalla diversa funzione dell'azione risarcitoria (punitivo-sanzionatoria-deterrente)³⁴⁵ e, per tale ragione, viene limitata al soggetto maggiormente incentivato ad agire in giudizio, nonché maggiormente in grado di individuare il danno.

L'Europa adotta la soluzione inversa, che consiste nel non negare a priori ad alcuna delle categorie di potenziali attori la legittimazione ad agire, considerando in pratica soggetto danneggiato solo colui che sia in grado di provare il nesso di causalità tra condotta ed evento.

Per la Commissione europea, infatti, l'affermazione che “*chiunque*” abbia subito un danno da una violazione di una norma antitrust deve poter richiedere il risarcimento dei danni implica che sarebbe contrario al diritto comunitario una disciplina nazionale che escludesse a priori la legittimazione attiva di un acquirente indiretto per il risarcimento di un danno causato da un illecito antitrust³⁴⁶.

Pertanto, la direttiva “in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”, pur presentando un indubbio rilievo, stante il riconoscimento, a livello legislativo, della legittimazione ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni dovuti ad una condotta antimonopolistica, anche all'acquirente indiretto, a condizione che li abbia effettivamente subiti, focalizzandosi

concorrenza. L'art. 14, infine, prevede che spetti all'acquirente indiretto che propone la domanda risarcitoria, dimostrare che vi è stato trasferimento del sovrapprezzo.

³⁴⁴ E. L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il Libro Bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, op. cit., p. 255.

³⁴⁵ A. TOFFOLETTO, op. cit., p. 247; G.T. ELMI, *La tutela di fronte all'A.G.O.*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, pp. 237-238.

³⁴⁶ Libro Bianco, cit., p. 4.

su tale figura, non risolve tutti i dubbi in tema di legittimazione attiva, sussistendo numerose altre categorie dubbie di soggetti che potrebbero subire un danno e rispetto alle quali neanche la giurisprudenza ha ancora avuto modo di pronunciarsi.

Il silenzio del legislatore, tanto a livello europeo che nazionale, su chi siano gli altri soggetti astrattamente legittimati a chiedere il risarcimento dei danni ai sensi della normativa antitrust, costituisce una delle ragioni principali che hanno ostacolato sino ad ora lo sviluppo del *private enforcement*.

3.6. *Gli altri soggetti del mercato “terzi” rispetto all’intesa illecita legittimati all’azione risarcitoria antitrust.*

Accanto ai consumatori e ai concorrenti, si tratta di capire se sussistano ulteriori categorie di soggetti astrattamente legittimati ad attivare la tutela risarcitoria per le ipotesi di violazione di norme antitrust.

È noto, infatti, come le condotte antimonopolistiche siano suscettibile di arrecare una molteplicità di effetti sul mercato, nei confronti delle diverse categorie di soggetti che, a qualunque titolo, si trovino ad operare in esso, incidendo sui prezzi dei beni prodotti e sulle condizioni di accesso al mercato, stante la portata plurioffensiva dell’illecito antitrust, più volte affermata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁴⁷.

Va da sé che nella maggior parte delle ipotesi in questione la responsabilità per i danni antitrust avrà natura extracontrattuale, diversamente da quanto accade quando tra i soggetti danneggiati e gli autori della violazione intercorre un rapporto contrattuale – come nel caso dei «contratti a valle» - dove è ipotizzabile una responsabilità di natura precontrattuale.

Si tratta di indagare, pertanto, sulle rilevanti conseguenze “a catena” che un’intesa anticompetitiva può comportare.

³⁴⁷ Anche la direttiva 104/2014/UE riconosce all’art. 15 la potenziale idoneità delle condotte antitrust a propagarsi nei vari livelli della catena produttiva-distributiva. Per tale ragione, tende ad evitare che vi sia pluralità di responsabilità o, al contrario, un’assenza di responsabilità da parte dell’autore della violazione.

3.6.1. I fornitori e i distributori.

In particolare, vengono in rilievo due ulteriori categorie di potenziali attori: i fornitori e i distributori.

Quanto ai primi, può trattarsi, innanzitutto, dei fornitori delle imprese partecipanti all'intesa che potrebbero subire un danno dalla diminuzione della domanda causata dall'aumento di prezzo, generato dal cartello, quindi tipicamente da un illecito di sfruttamento.

Analogamente, anche i fornitori di beni e servizi ad imprese che vendano beni comunque legati a quelli oggetto dell'intesa anticompetitiva potrebbero subire un pregiudizio dalla riduzione della quantità acquistata dai consumatori, conseguente all'aumento di prezzo.

Anche un illecito escludente diretto a realizzare la fuoriuscita dal mercato di imprese concorrenti può determinare un danno per i suoi fornitori i quali vengono a perdere un cliente che abitualmente rifornivano.

La differenza rispetto alle altre categorie di soggetti esaminate sta nel fatto che il danno da questi patito non è conseguenza di un'alterazione della concorrenza ma deriva dal proprio cliente il quale a sua volta è stato vittima dell'illecito, ossia ha subito un danno dalla condotta anticoncorrenziale, che ha determinato la sua estromissione dal mercato, così come è possibile che l'impresa abbia scelto autonomamente di fuoriuscire dal mercato, o semplicemente di rifornirsi da un diverso imprenditore, o ancora dalla chiusura dell'impresa determinata dall'inadempimento di un proprio cliente³⁴⁸.

Se, dunque, astrattamente non ci sono dubbi sul fatto che anche tali soggetti rientrino tra quelli legittimati ad esercitare l'azione antitrust, in quanto anch'essi hanno interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato, e presentano interessi coincidenti con quelli tutelati dalla normativa antitrust, è necessario adottare tutte le cautele opportune al fine di evitare che veramente chiunque possa aver accesso alla tutela risarcitoria antitrust, pur non avendo subito in concreto alcun danno.

È opportuno, peraltro, distinguere le ipotesi in cui fornitori e distributori subiscano un danno diretto dalla pratica anticompetitiva, in quanto ne costituiscono le vittime designate, da quelle in cui questi, pur non essendo le vittime designate, possono

³⁴⁸ L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 157.

comunque risentire un pregiudizio dall'illecito antitrust, e in tal caso è più opportuno parlare di "danno riflesso".

Alcuni esempi aiuteranno a comprendere meglio le diverse ipotesi sopra descritte.

Con riferimento al primo caso, quello cioè in cui fornitori e distributori rappresentano le vittime designate dell'illecito antitrust, si potrebbe immaginare un atto di boicottaggio posto in essere dalle imprese che operano a monte del mercato rispetto alla vittima del cartello, al fine di escludere il fornitore o il distributore.

Il danno patito in tale caso dai fornitori o distributori presenta indubbe analogie con quello patito dai concorrenti a causa di pratiche escludenti realizzate nei loro confronti³⁴⁹.

Per fare un altro esempio, si può pensare ad un cartello di prezzo, di acquisto o di vendita, posto in essere tra i fornitori a danno del distributore, la cui posizione in tal caso è assimilabile a quella dei consumatori³⁵⁰, posto che egli assume la qualità di acquirente, con l'unica differenza che ha la possibilità di traslare il danno subito sugli acquirenti finali.

L'altra ipotesi, ossia quella in cui i distributori e i fornitori subiscono solo un danno riflesso, si verifica quando la condotta anticompetitiva viene posta in essere per colpire un'altra categoria di soggetti, ma inevitabilmente tale illecito produce un danno anche ad essi.

Si pensi all'ipotesi di un cartello posto in essere dalle imprese al fine di escludere un concorrente, con il quale il fornitore/distributore intrattenga rapporti commerciali esclusivi, nel senso che costituisce il suo unico cliente³⁵¹.

³⁴⁹ Si ricordi il caso, di cui si è parlato in precedenza, sul boicottaggio collettivo posto in essere da alcuni *tour operator* ai danni dell'agenzia di viaggi Bluvacanze.

³⁵⁰ P. IANNUCELLI, *il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia*, cit., p. 748

³⁵¹ Si veda, in proposito A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 370, secondo l'autore i fornitori dell'impresa esclusa dal mercato non sono legittimati ad esperire la tutela risarcitoria antitrust, i quali saranno assoggettati alle regole generali dettate in materia di illecito aquiliano.

La stessa idea è sostenuta da M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 672-73, il quale afferma che: «Non può invece configurarsi un nesso di causalità diretta per la lesione delle aspettative di guadagno che possono registrarsi a carico di fornitori o dipendenti dell'impresa direttamente danneggiata o anche a carico di contraenti di quest'ultima che abbiano crediti per corrispettivi a percentuale sul fatturato (ad es. in una licenza di brevetto). In tali casi, il danno subito dal terzo è tradizionalmente qualificato come «indiretto», perché in ogni caso dipendente da scelte di comportamento dell'impresa direttamente danneggiata».

È evidente come tali fattispecie pongono dei seri problemi circa l'individuazione del nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno subito da questa categoria di soggetti, specialmente se si ha riguardo alla disposizione di cui all'art. 1223 c.c., cui l'art. 2056 c.c. dettato in tema di responsabilità extracontrattuale fa rinvio per la determinazione del risarcimento, che prevede che sia risarcibile solo il danno emergente e il lucro cessante, in quanto "conseguenza immediata e diretta della condotta illecita".

Tra le categorie dubbie si pongono, quindi, coloro i quali assumono di essere stati estromessi da un determinato mercato a causa della condotta anticompetitiva, fornitori di beni o servizi ai partecipanti all'intesa o all'impresa che si trova in posizione dominante, che potrebbero aver subito un danno derivante dalla riduzione delle quantità richieste in seguito all'illecito anticoncorrenziale, o ancora fornitori di beni e servizi ad imprese che vendono prodotti comunque legati a quelli oggetto dell'intesa o condotta anticompetitiva, i quali potrebbero subire una riduzione delle quantità vendute come risultato della pratica commerciale imposta³⁵².

Al di fuori, però, dei suddetti casi dubbi, posso verificarsi altre ipotesi in cui i fornitori/distributori, pur non essendo le vittime direttamente designate dell'illecito, vengono a risentire un danno che può essere qualificato come "riflesso"³⁵³.

Rispetto al più generale problema del danno patito dai soggetti terzi, (tale è ad es. quello subito dai fornitori della vittima dell'illecito antitrust) è interessante notare come la dottrina sia divisa sulla risarcibilità o meno dei danni da questi subiti.

Mentre per la dottrina prevalente³⁵⁴ ad essi non potrebbe essere riconosciuto il risarcimento dei danni, mancando un nesso di causalità diretta tra la condotta illecita e il pregiudizio subito, di avviso contrario è altra parte della dottrina³⁵⁵ per la quale anche tali categorie di potenziali attori sono legittimate ad esperire la tutela risarcitoria e anche nei casi in cui non subiscano danni diretti in quanto non rappresentano le vittime designate dell'illecito.

³⁵² L. CAMILLI, P. CAPRILE, R. PARDOLESI, A. RENDA, *Il Libro Bianco sul danno antitrust*, op. cit., 2008, pp. 256-257.

³⁵³ Si porti l'esempio di un'intesa tra due imprese diretta alla ripartizione del mercato, in esecuzione del quale un'impresa cessa i suoi rapporti commerciali con il distributore attivo nella zona territoriale assegnata all'altra impresa.

³⁵⁴ A. TOFFOLETTO, op. cit., p. 368 ss.; G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante* (l. 10.10.1990, n. 287), in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, (a cura di) G. Vettori. Padova, 1999, p. 461; L. NIVARRA, *Il secondo comma dell'art. 33. La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano, commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, (a cura di) A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertaini, vol. II, Bologna, 1993, p. 1457.

³⁵⁵ G.T. ELMI, op. cit., p. 260.

3.6.2. I lavoratori e i soci investitori.

A subire un danno possono essere anche i produttori di un bene complementare poiché, per effetto dell'aumento di prezzo del bene monopolizzato, che comporta la diminuzione della quantità acquistata dai consumatori³⁵⁶, si viene a ridurre anche la quantità comperata del bene complementare, o ancora i lavoratori che, in seguito ad un'intesa tra imprese diretta ad estromettere dal mercato l'impresa concorrente, loro datrice di lavoro, vengono a perdere il posto di lavoro, o quando, in esecuzione di un cartello, le imprese partecipanti riducano la produzione e, di conseguenza, i fattori della produzione tra cui la forza lavoro o ancora dei finanziatori che perdono quanto investito nell'impresa stessa³⁵⁷.

Per quanto riguarda i lavoratori licenziati in simili fattispecie si trovano in una posizione sostanzialmente analoga a quella dei fornitori, in quanto il danno da essi patito non dipende direttamente dagli autori della violazione antitrust ma deriva da coloro che a loro volta hanno subito un danno dall'illecito escludente³⁵⁸.

Con specifico riferimento alla posizione dei soci, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente propende per il principio di irrisarcibilità, nei confronti dei singoli soci, di quei danni c.d. "indiretti" o "riflessi", ossia che risultino mera conseguenza dell'impoverimento del patrimonio patito dalla società per l'illecito del terzo³⁵⁹.

In particolare, con la sentenza n. 27733 del 2013, la Corte di Cassazione ha affermato il principio per cui *«non hanno titolo al risarcimento dei danni che costituiscano mero riflesso del pregiudizio arrecato da terzi alla società, atteso che la perfetta autonomia patrimoniale (inerente alla personalità giuridica della società) comporta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello personale dei soci. Ne*

³⁵⁶ Ciò avviene particolarmente nel caso di domanda elastica, tale che la variazione di prezzo influisce sulla quantità di merce domandata.

³⁵⁷ G. AFFERNI, *La traslazione del danno*, cit., p. 510; A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 370.

³⁵⁸ L. CASTELLI, *op. cit.*, pp. 159-160 nega il risarcimento del danno ai lavoratori licenziati facendo leva sullo scopo della norma violata. L'interesse protetto dalla normativa antitrust è leso a causa della violazione di essa consiste nella conservazione del carattere competitivo del mercato, mentre il rischio di licenziamento è un rischio tipico del mercato del lavoro, che può dipendere sia da un illecito anticoncorrenziale che da altri fattori, quali la chiusura della stessa impresa o varie esigenze di ridimensionamento del personale. L'autrice, inoltre, sottolinea come la soluzione negativa sia accolta anche dalla dottrina statunitense, sia pure per ragioni diverse. L'esclusione del risarcimento viene da questa giustificato dall'esigenza di recuperare efficienza economica per l'impresa mentre il riconoscimento del risarcimento ai lavoratori licenziati costituirebbe un disincentivo alla produttività delle imprese, incrementando invece le perdite economiche dell'impresa.

³⁵⁹ La giurisprudenza è stata investita, in diverse occasioni, del compito di valutare la legittimazione del socio all'esperimento dell'azione di cui all'articolo 2395 c.c. e la possibilità per lo stesso di reagire all'illecito posto in essere da un terzo, non direttamente relative al risarcimento del danno antitrust.

conseguono l'esclusiva imputazione alla società stessa dell'attività svolta in suo nome e delle relative conseguenze patrimoniali passive, essendo la responsabilità del socio limitata al bene conferito e la legittimazione esclusiva della società ad essere risarcita dal terzo che con la propria condotta illecita abbia recato pregiudizio al patrimonio sociale»³⁶⁰.

Gli effetti negativi sull'interesse economico del socio costituiscono, per contro, mero riflesso di detto pregiudizio e non conseguenza diretta e immediata dell'illecito³⁶¹.

Qualora fosse ritenuto ammissibile per i soci di una società di capitali agire per ottenere il risarcimento dei danni procurati da terzi alla società (in quanto incidenti sui diritti a questi derivanti dalla partecipazione sociale), si configurerebbe un'inutile duplicazione del risarcimento, in quanto riguarderebbe lo stesso danno³⁶².

Tra l'altro, è lo stesso sistema del diritto societario che impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio o del terzo da quelli che siano solo il riflesso dei danni patiti dalla società.

Dei primi si può lamentare solo il socio, mentre, dei secondi solo la società.

³⁶⁰ Cass., 12 dicembre 2013, n. 2773, in *federalismi.it*, 2/2014, p. 5 ss. Il caso trae origine da una vicenda in cui alcuni soci, uno dei quali anche amministratore, di due società di capitali, avevano prestato fidejussioni a garanzia delle obbligazioni delle società stesse; a seguito del comportamento, ritenuto illecito, di due istituti di credito nella gestione delle procedure di incasso di alcuni assegni bancari, le società avevano subito un depauperamento tale che infine erano fallite. I soci, nonché fideiussori delle società, erano stati quindi escussi trovandosi a subire di riflesso un nocumento patrimoniale ingente. Inoltre, gli stessi soci lamentavano che a causa della situazione prodottasi con il comportamento illecito degli istituti di credito convenuti, essi si erano trovati esposti ad azioni civili, penali, ad umiliazioni personali, così gravi da costringerli ad abbandonare l'attività lavorativa, impedire loro di intrattenere rapporti bancari e quindi di svolgere in concreto attività economica. Inoltre, i soci lamentavano anche di aver dovuto subire l'azzeramento della partecipazione a causa del fallimento della società da essi partecipata.

³⁶¹ Cass., 8 settembre 2005, n. 17938, in *Giust. civ. Mass.*, n. 7/8, 2005; in senso conforme Cass. S.U., 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Società*, 2010, p. 511 ss., *Giur. it.*, 2010, p. 1081 ss.

³⁶² La citata sentenza 27733/2013 ha stabilito, quindi, che i soci di una società di capitali non hanno titolo per avanzare pretese risarcitorie nei confronti del terzo che con il suo comportamento illecito abbia danneggiato la società, con conseguente depauperamento del patrimonio personale dei soci, per la perdita del capitale investito nella società e nei possibili utili di gestione. Ciò discende dall'autonomia patrimoniale perfetta della società, che comporta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello personale dei soci, dalla quale derivano l'esclusiva imputazione alla società stessa dell'attività svolta in suo nome e delle relative conseguenze patrimoniali passive, essendo la responsabilità del socio limitata al bene conferito, e l'esclusiva legittimazione della società all'azione risarcitoria nei confronti del terzo che con la propria condotta illecita abbia recato pregiudizio al patrimonio sociale. Gli eventuali danni subiti dal singolo socio, sotto forma di riduzione del valore della quota e della redditività dell'investimento, costituiscono mero riflesso di detto pregiudizio e non conseguenza diretta ed immediata dell'illecito. Viceversa, se si ammettesse che i soci di una società di capitali possano agire per ottenere il risarcimento dei danni procurati da terzi alla società, si finirebbe con il configurare un duplice risarcimento per lo stesso danno.

Peraltro, un danno patito dal socio non può essere considerato dipendente o riflesso, per il solo fatto che uno analogo possa essere subito anche dalla società o, al massimo, da tutti i soci, occorrendo, invece, che costituisca esattamente una porzione di quello stesso danno subito dalla società e a questa risarcibile.

La Suprema Corte ammette, invece, la risarcibilità dei danni diretti, ossia quei pregiudizi che siano prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e non consistano nella mera ripercussione di un danno inferto alla società: si tratterebbe di danni patrimoniali o non patrimoniali che, indipendentemente dalla complessa posizione giuridica ricoperta dal socio all'interno della società, siano tali da determinare ripercussioni negative direttamente sul piano personale e patrimoniale del singolo.

Applicando i principi espressi dalla giurisprudenza della Cassazione ai danni derivanti da un illecito antitrust, è opportuno distinguere, anche in tale ambito, tra danni c.d. indiretti o riflessi³⁶³, che ricadano sul patrimonio personale del socio quale mera conseguenza di pregiudizi patiti dalla società, come tali irrisarcibili, e danni diretti³⁶⁴, ossia ogni altro danno, patrimoniale o non, che colpisca direttamente e personalmente il singolo socio, questi si risarcibili³⁶⁵.

Ne consegue che tali danni, patiti di riflesso dal socio, non possono trovare ristoro se non a seguito del ristoro della società.

Se si riconoscesse la tesi contraria, si esporrebbe il danneggiante ad un duplice risarcimento, alla società e al socio, a fronte di un danno unitario.

Peraltro, affinché il socio possa proporre in giudizio un'azione di risarcimento danni conseguenti ad un comportamento anticoncorrenziale è necessario, in applicazione dei principi generali, che fornisca adeguata prova sia dell'esistenza di un

³⁶³ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Catanzaro, 2005, p. 217, a proposito del danno riflesso riporta l'esempio di «un'impresa in posizione dominante che, prima mette la società concorrente in difficoltà finanziarie e poi ne acquisisce il controllo, sfruttando a tale scopo anche il deprezzamento delle azioni conseguenti alle difficoltà finanziarie della società. In un caso del genere, la legittimazione ad agire del socio danneggiato andrebbe in concreto riconosciuta».

³⁶⁴ A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 373, il quale, con riguardo ai lavoratori, fa l'esempio di quelli che vengono licenziati a seguito dell'esecuzione di un cartello tra più imprese, di cui fa parte anche il loro datore di lavoro, che controllino un certo mercato e che stabilisca di innalzare i prezzi e ridurre la produzione, attraverso una riduzione di tutti i fattori della produzione, compresa la forza lavoro.

³⁶⁵ Il fondamento normativo di tale diritto del socio si rinviene nell'art. 2395 c.c. che fa riferimento espressamente al diritto del singolo socio o del terzo al risarcimento quando sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori, nonché nello stesso art. 2043 c.c. (responsabilità per fatto illecito).

nesso causale tra condotta illecita e danno antitrust, sia del fatto che il danno subito sia diverso da quello sociale (la dottrina in generale tende ad ammettere che il socio possa agire in via surrogatoria per il danno subito dalla società), al fine di evitare una duplicazione del risarcimento³⁶⁶.

A tal proposito, si registra in dottrina una divergenza di opinioni.

Ed infatti, mentre la dottrina prevalente³⁶⁷ sostiene la tesi che esclude la legittimazione del socio ad agire per il risarcimento del danno arrecato al patrimonio sociale, fondandola sulla mancanza di un nesso di causalità diretta tra la condotta illecita e il pregiudizio subito dal socio³⁶⁸; non manca chi tende a riconoscerne, invece, la legittimazione, anche nel caso in cui si tratti di un danno indiretto e riflesso rispetto a quello patito dalla società³⁶⁹, quando è stato realizzato da terzi³⁷⁰.

Inoltre, sebbene nella maggior parte dei casi, al pregiudizio patito dai soci corrisponde un danno alla società di appartenenza (cd. danni riflessi) possono presentarsi anche casi in cui i soci subiscano un danno diretto, ossia non correlato al

³⁶⁶ A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 215.

³⁶⁷ Per tutti G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, 5° ed., Torino, 2002, pp. 401-402; M. LIBERTINI – G. SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 405 ss.

Anche negli ordinamenti di common law è dominante l'idea secondo cui, in caso di *torts* che causano un danno alla persona giuridica, solo questa sia legittimata ad azionare la pretesa risarcitoria nei confronti del danneggiante. Si veda in proposito A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, 1, p. 681 ss.

³⁶⁸ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, *cit.*, pp. 369-370, con riguardo all'ipotesi di risparmiatori che hanno investito in titoli dell'impresa esclusa dal mercato per effetto di una pratica anticoncorrenziale, afferma che: «(...) in queste situazioni l'oggetto della protezione della normativa antitrust è l'impresa esclusa, e non i suoi soci, che subiscono al più un danno sotto il profilo fattuale causalmente collegato alla pratica illecita, ma sotto il profilo giuridico del tutto scollegato dalla stessa perché non rientrante nell'area di protezione della norma. In effetti, il ristoro del danno indiretto subito dai soci sarà costituito dal risarcimento cui avrà eventualmente diritto l'impresa esclusa, che sempre indirettamente andrà a beneficiare anche i suoi soci. Appare evidente che in queste ipotesi il tentativo di estendere la protezione fornita dal diritto antitrust a soggetti estranei al mercato non può avere alcun successo, perché il collegamento tra i soggetti danneggiati e la pratica illecita è troppo tenue e indiretto per poter rientrare nell'area di protezione delle norme». In senso conforme M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 673.

³⁶⁹ G. GALGANO, *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. dell'ec.*, 2° ed., vol. VII, Padova, 1988, p. 211. Secondo M. LIBERTINI – G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 409-410, due sarebbero le motivazioni addotte dalla dottrina che sostiene la legittimazione ad agire del socio per giustificare la sua tesi: da un lato, il comportamento illecito del terzo che, attraverso la lesione del patrimonio sociale, pregiudichi anche le ragioni di credito che ciascun socio vanta nei confronti della società, o sottoforma di una parte degli utili, o alla quota di liquidazione, o al rimborso della partecipazione, costituisce fonte del diritto al risarcimento del danno; dall'altro, si ammette che sia risarcibile il danno da diminuzione del valore delle azioni, conseguenza della diminuzione del valore del patrimonio sociale, e dunque danno riflesso.

³⁷⁰ Viceversa la legittimazione del socio ad agire per il risarcimento del danno è unanimemente escluso quando il danno sia stato inferto non da terzi ma da organi della società stessa.

pregiudizio subito dal patrimonio della società cui appartengono³⁷¹, ma arrecato alla sfera personale (es. danno all'immagine, all'onorabilità ecc.) o patrimoniale del socio stesso (perdita di opportunità economiche o lavorative ecc.).

Applicando, quindi, quella giurisprudenza che riconosce il diritto di proporre azione risarcitoria antitrust in capo a chiunque abbia subito un danno, non si può escludere a priori che i soggetti danneggiati abbiano diritto di accedere alla tutela risarcitoria antitrust a condizione, però, che venga dimostrato, secondo gli ordinari criteri probabilistici che governano la prova del nesso causale e avvalendosi di presunzioni, la lesione di un proprio interesse a godere dei benefici della libera competizione commerciale³⁷².

Il problema si concentra, dunque, sulla prova dell'effettiva sussistenza del nesso di causalità tra condotta illecita e danno che ne è derivato.

Stesso discorso può essere fatto per gli altri potenziali attori, quali gli acquirenti che hanno rinunciato ad acquistare il bene o servizio a causa dell'aumento del prezzo, o che ne hanno acquistato una quantità ridotta, o coloro che hanno acquistato da imprese che non hanno partecipato all'intesa restrittiva della concorrenza, ma ciononostante hanno approfittato del cartello per praticare prezzi più elevati, allineati a quelli stabiliti dalla collusione (cd. *umbrella prices*).

Si pone, peraltro, il problema di individuare dei criteri restrittivi, idonei a circoscrivere i danni effettivamente risarcibili – come nel caso di coloro che hanno rinunciato all'acquisto dovranno addurre prove inconfutabili circa il fatto che le trattative precontrattuali sono fallite a causa del prezzo eccessivamente elevato praticato - posto che una legittimazione attiva potenzialmente estesa a qualunque categoria di attori presenti sul mercato può comportare il rischio di duplicare i danni risarciti o di risarcire danni inesistenti.

³⁷¹ Si pensi all'ipotesi, prospettata nel testo, di un cartello posto in essere tra imprese concorrenti al fine di limitare reciprocamente la produzione, da cui consegua la riduzione dei fattori della produzione e, quindi, anche della forza lavoro.

³⁷² A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 213. Secondo l'autrice, «vi sono ormai nella legge diverse ipotesi in cui la legittimazione ad agire del socio è espressamente prevista, benché la condotta possa aver danneggiato anche la società. Si pensi alla legittimazione del socio esterno di una società soggetta a direzione e coordinamento ad agire per il danno imputabile alla capogruppo (art. 2497 c.c.), e alla legittimazione del socio danneggiato da una delibera assembleare (art. 2377, comma 3, c.c.), o consiliare invalida. E si pensi ai casi di fusione, scissione o trasformazione perfezionate con un atto invalido. Malgrado la previsione del risarcimento del danno che tiene luogo della tutela invalidativa sia, in tali ipotesi, affatto generica, sarebbe difficile negare al socio la legittimazione ad agire, in presenza di un danno che può essere, anche o *in primis* sociale».

CAPITOLO IV: ESPERIENZE A CONFRONTO

Sommario: 4.1. Il sistema americano di *private antitrust enforcement*. Le origini storiche. 4.2. Riflessioni sulla giurisprudenza americana: un'analisi comparata. 4.2.1. Brunswick. 4.2.2. Blue Shield. 4.2.3. Associated General Contractors. 4.2.4. Matsushita. 4.2.5. Cargill. 4.2.6. Arco. 4.3. La funzione della causalità giuridica nel nostro ordinamento al fine di selezionare le conseguenze dannose risarcibili di un illecito antitrust.

4.1. Il sistema americano di *private antitrust enforcement*.

Le origini storiche.

L'esperienza statunitense rappresenta un punto di partenza essenziale per studiare ed approfondire il diritto della concorrenza anche in un sistema giuridico del tutto diverso come il nostro, stante l'ampia casistica e i numerosi contributi dottrinari che ne hanno accompagnato lo svolgimento³⁷³.

La necessità di analizzare lo sviluppo del diritto antitrust in ambito statunitense nasce dalla constatazione di fondo che lo sviluppo delle azioni risarcitorie antitrust sta vivendo in ambito nazionale e comunitario una fase di sviluppo ed espansione pressoché assimilabile a quella che ha attraversato il diritto americano nei primi anni della sua applicazione, quando il ricorso alla tutela risarcitoria risultava estremamente limitato, nonostante fosse riconosciuta, sul piano soggettivo, un'ampia legittimazione a ricorrere a tale strumento di tutela.

È evidente, quindi, la valenza anticipatoria rivestita dall'esperienza statunitense rispetto alle cause di risarcimento del danno causate dalla violazione di norme antitrust.

L'origine del diritto antitrust viene fatta risalire allo *Sherman Act* del 1890 che, oltre a vietare i monopoli e le intese restrittive della concorrenza, stabilisce le sanzioni, e riconosce espressamente alle vittime di tali condotte il potere di agire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno subito³⁷⁴.

³⁷³ Si veda al proposito: A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, 1, p. 681 ss.

³⁷⁴ G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva Ue del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 187; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, p. 17; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, pp. 13-14.

È interessante notare come il sistema americano conosca, accanto all'azione risarcitoria civile, anche sanzioni di natura penale al fine di reagire contro condotte anticoncorrenziali, sanzioni invece del tutto sconosciute non solo in Italia, ma anche in gran parte degli altri Stati europei³⁷⁵.

Le ragioni che hanno portato all'emanazione delle norme di diritto antitrust sono rinvenibili nella necessità di combattere il fenomeno dei trusts e dei monopoli³⁷⁶.

Nel sistema statunitense, quindi, il *private antitrust enforcement* è stato, sin dall'inizio, componente essenziale del sistema di *antitrust enforcement*, al contrario di quanto è accaduto in ambito europeo dove, fino a poco tempo fa, esso è stato sostanzialmente estraneo al diritto antitrust mentre si è sviluppata quasi esclusivamente una tutela pubblica di natura amministrativa.

Caratteristica fondamentale del sistema antitrust statunitense è proprio l'elevato coinvolgimento dei privati nell'applicazione delle regole di concorrenza, ragion per cui la normativa riconosce la più ampia legittimazione ad agire in capo ai soggetti danneggiati, i quali possono ottenere il risarcimento del danno subito, alla sola condizione che provino una violazione della normativa antitrust, un danno nonché un adeguato nesso di causalità tra la violazione ed il danno.

Oltreoceano si è, infatti, sempre ritenuto che incentivando i privati ad incardinare azioni risarcitorie in materia antitrust, si potesse ottenere un maggiore rispetto delle regole di concorrenza da parte delle imprese, con un importante effetto deterrente che va ad aggiungersi a quello realizzato con la sanzione pubblica.

Nei primi cinquant'anni di applicazione dello *Sherman Act* le azioni private erano scarsamente utilizzate dai potenziali legittimati, ragion per cui sono stati introdotti

³⁷⁵ G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 189.

³⁷⁶ Negli ultimi decenni del 1800 si consolidarono i grandi trusts, intesi come accordi tra imprese dediti a monopolizzare intere macro-aree dell'economia, ed in particolare si andava consolidando un vero e proprio cartello petrolifero, avente come guida l'impresa "*Standard Oil*", appartenente al grande capitalista J.D. Rockefeller.

Molte imprese, inoltre, tendevano a strutturare dei cartelli, cd. *pools*, al fine di ridurre la concorrenza attraverso il controllo dei prezzi o della produzione, o la spartizione dei mercati., i quali si distinguono dai trusts per il carattere temporaneo dell'accordo. I trusts, invece, rappresentano una coalizione molto più vincolante in cui le singole imprese partecipanti si assoggettano ad un apposito organismo di direzione unitaria che mantiene il controllo sulle stesse.

Obiettivo della legislazione antitrust era appunto quello di limitare il potere economico di questi trusts e di proteggere, in primo luogo, la libertà di iniziativa economica dei piccoli imprenditori, nonché i consumatori nei confronti dello strapotere delle grandi imprese, contro i prezzi monopolistici da questi applicati.

alcuni incentivi, quali la triplicazione del danno risarcibile e la *class action*, al fine di incoraggiarne il ricorso³⁷⁷.

Ne seguì un enorme incremento delle azioni private per il risarcimento dei danni antitrust tale da ingenerare una tendenza esattamente opposta a quella che si era verificata alcuni decenni prima tesa ad introdurre regole più rigide per riconoscere la legittimazione giudiziale alle azioni risarcitorie nonché per l'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito antitrust.

Tutto ciò nella consapevolezza che il rischio cui erano esposte le imprese di vedersi condannare a risarcire il triplo dei danni subiti dall'attore costituiva un forte disincentivo dall'adottare comportamenti che, pur efficienti ed in grado di incrementare la concorrenza, risultavano lesivi per alcuni soggetti del mercato, con ulteriori effetti negativi legati ai costi e all'efficienza della giustizia.

Nell'ordinamento statunitense, la legittimazione dei privati a promuovere l'azione risarcitoria antitrust è riconosciuta espressamente dalla *Section 4* del *Clayton Act* che attribuisce a chiunque “*any person*” abbia subito un danno nella sua attività commerciale o nella sua proprietà, a causa di un comportamento contrario alla legge antitrust, la legittimazione ad agire giudizialmente per ottenere il risarcimento del triplo del danno lamentato, oltre al rimborso delle spese legali, nonché degli onorari dell'avvocato.

È evidente il parallelismo con la formulazione, altrettanto ampia, adottata dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*, e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza del 2005, nonché dalla Commissione europea nel Libro Bianco e dalla recente Direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust.

Chiunque voglia agire in giudizio per il risarcimento del danno antitrust deve dare la prova, oltre che della sussistenza della legittimazione in generale³⁷⁸, anche dei requisiti della legittimazione antitrust.

È necessario, infatti, che sussistano contestualmente tre elementi: 1) *injury in fact*, ossia la ricorrenza di un danno reale e personale subito dall'attore, riferito alla sua

³⁷⁷ F. GHEZZI, *Verso un antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 499 il quale rileva che nei primi cinquant'anni di applicazione della normativa antitrust erano limitate le azioni private e pochissime quelle conclusesi in modo favorevole agli attori

³⁷⁸ Si veda, al proposito, art. III Costituzione federale.

attività commerciale o proprietà³⁷⁹; 2) *causation*, ossia un nesso di causalità tra la condotta e il danno, nel senso che il danno sia causalmente riconducibile alla condotta anticoncorrenziale del convenuto; 3) *redressability*, ossia che la decisione favorevole possa effettivamente rimediare al danno subito dall'attore, di cui quest'ultimo deve dare la prova³⁸⁰.

Dunque, al fine di valutare la legittimazione dell'attore occorre accertare, innanzitutto, se la violazione della normativa antitrust abbia cagionato un danno attuale all'attività commerciale o alla proprietà dell'attore; si deve poi verificare che tale danno non sia troppo remoto o duplicativo di quello sofferto dal soggetto danneggiato in modo più diretto; va quindi accertato che il danno sia un “*antitrust injury*” e infine che il risarcimento richiesto dall'attore rifletta tale danno in maniera quantificabile e ragionevole³⁸¹.

Va poi considerata anche la *Section 16* del *Clayton Act* che prevede, in presenza del pericolo di perdite o danni, la possibilità di ottenere misure cautelari “*injunctions*” a favore della vittima di un comportamento anticoncorrenziale perpetrato da un altro soggetto.

Sulla base delle suddette disposizioni, fino agli anni '50 del secolo scorso, la giurisprudenza americana riconosceva la più ampia legittimazione ad agire a chiunque avesse dato la prova di aver subito un danno antitrust nonché di un nesso di causalità tra la violazione e il danno stesso.

Le azioni risarcitorie antitrust erano allora scarsamente utilizzate, quindi si cercò di incrementare il ricorso ad esse attraverso non solo il riconoscimento di un'ampia legittimazione ad agire, ma anche attraverso una serie di incentivi, quali principalmente la triplicazione dei danni risarcibili, i *treble damages*, e i *punitive damages*, la *class action*, a cui si aggiunge la relativa semplicità di soddisfare l'onere probatorio gravante sul ricorrente grazie alla *discovery rule*, ossia l'obbligo, gravante sul convenuto, di divulgare la propria documentazione interna³⁸².

³⁷⁹ I danni subiti dai consumatori, consistenti nel dover pagare un sovrapprezzo anticoncorrenziale, costituiscono danni alla proprietà dei consumatori, dunque rientrano nella formulazione della norma. Restano esclusi dalla *Section 4* del *Clayton Act* solo i danni alla persona.

³⁸⁰ D. BERGER – R. BERNSTEIN, *An Analytical framework for Antitrust Standing*, *The Yale Law Journal*, 1977, p. 809 ss.; C. DEFFENSE, *A Farewell to Arms: The Implementation of a Policy-Based Standing Analysis in Antitrust Treble Damages Actions*, *California Law Review*, 1984, p. 437 ss.

³⁸¹ AREEDA & HOVEMKAMP, *An analysis of antitrust principles and their application*, 2014, pp. 286-287.

³⁸² G. TADDEI ELM, *op. cit.*, p. 191 ss.

Nel giro di pochi anni si è sviluppato così un fenomeno del tutto inverso, e segnatamente all’inizio degli anni settanta, le azioni di risarcimento danni antitrust sono aumentate a dismisura al punto che la giurisprudenza statunitense ha introdotto dei criteri al fine di limitare la legittimazione antitrust.

Nella casistica giurisprudenziale americana si rinviene l’elaborazione di numerosi test, al fine di verificare preliminarmente la procedibilità dell’azione, con riferimento alla legittimazione ad agire³⁸³, in particolare il *direct injury test* – derivato dalle tradizioni di *common law* in tema di *torts* – riconosce il risarcimento del danno solo quando esso sia conseguenza immediata e diretta della condotta illecita, escludendolo, invece, nel caso di danno derivato da quello subito da un altro soggetto, vittima diretta dell’illecito; ed il *target area test*, che considera risarcibili solo i danni che siano voluti e prevedibili effetti dell’illecito³⁸⁴.

Di fronte all’insufficienza di questi criteri a selezionare le conseguenze dannose risarcibili, la giurisprudenza della Corte Suprema Usa ha elaborato ulteriori requisiti di *antitrust standing* (legittimazione ad agire), quali l’*antitrust injury* e l’*indirect purchaser rule*, il primo applicabile a tutte le controversie antitrust e a tutte le classi di potenziali attori, il secondo, invece, solo ai consumatori finali e solo in ipotesi di traslazione del danno.

Ci occuperemo ora del solo requisito dell’*antitrust injury*, come regola di legittimazione antitrust elaborata negli Stati Uniti, al fine di selezionare tra i danni prodotti da un illecito antitrust quelli che meritano di essere risarciti.

La giurisprudenza statunitense, infatti, non si limita a riconoscere il risarcimento del danno a chiunque abbia subito un danno causalmente collegato alla pratica anticoncorrenziale, ma richiede la sussistenza di ulteriori requisiti, funzionali a selezionare i danni risarcibili.

Perché sussista il requisito dell’*antitrust injury* occorre non solo che vi sia un rapporto di causalità tra il comportamento concorrenziale e il danno che ne è scaturito,

³⁸³ A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 694.

³⁸⁴ A. GENOVESE, *op. cit.*, p. 697. Tale requisito è stato interpretato in modo diverso da altri Circuiti, ossia come coincidenza tra il settore economico in cui è stata posta in essere la condotta illecita e l’attività o la proprietà della vittima. Come già rilevato nel cap. 3, la Corte Suprema degli Stati Uniti, con due importanti pronunce, ossia *Brunswick* e *Illinois Brick*, ha introdotto un primo limite alla legittimazione attiva antitrust, ossia la “*indirect purchaser rule*”, che esclude la sussistenza del requisito di legittimazione in capo agli acquirenti indiretti, ai quali è precluso invocare la traslazione del danno su di essi, al fine di aver accesso alla tutela risarcitoria.

ma altresì che sussista una relazione causale tra i danni che l'attore lamenta di aver subito e gli effetti anticompetitivi tipici che la norma che si ritiene violata mira ad impedire.

Il requisito in parola mira, infatti, a garantire che siano instaurate azioni risarcitorie solo rispetto a condotte che la normativa antitrust è finalizzata a prevenire, «assicurando che un attore possa ottenere un risarcimento soltanto nel caso in cui il danno derivi da un aspetto o effetto riduttivo della concorrenza ascrivibile al comportamento del convenuto»³⁸⁵.

Altra regola elaborata dalla giurisprudenza americana è quella della *remoteness* o *proximate rule*, la quale tende a selezionare ulteriormente, nell'ambito dei soggetti che hanno sofferto un *antitrust injury*, le vittime che hanno diritto al risarcimento del danno, in quanto danneggiati in via diretta dall'infrazione antitrust³⁸⁶.

L'attore che agisce in giudizio per il risarcimento dei danni è tenuto a dimostrare quindi: 1) la sussistenza di un nesso di causalità materiale tra la condotta antimonopolistica e il danno lamentato, 2) che il danno in questione rientra tra quelli che la normativa antitrust mirava a prevenire (cd. *antitrust injury*), 3) che tra l'infrazione antitrust e il danno patito dall'attore sussista un nesso diretto ed immediato (cd. *remoteness* o *proximate rule*) e, infine, 4) l'ammontare del danno subito³⁸⁷.

Ciò posto, è opportuno sottolineare come la presente indagine non sia diretta a valutare la possibilità di trasporre integralmente istituti propri di un dato ordinamento, nel nostro; tuttavia può risultare utile nella misura in cui è finalizzata a trarre degli spunti cui ispirarsi nel nostro ordinamento, al fine di individuare dei criteri per selezionare i danni antitrust meritevoli di essere risarciti.

4.2. Riflessioni sulla giurisprudenza americana: un'analisi comparata.

4.2.1. Brunswick.

Il requisito dell'*antitrust injury* è stato elaborato per la prima volta dalla Corte Suprema nel caso *Brunswick* del 1977, riconosciuto come un caso fondamentale del sistema antitrust³⁸⁸.

³⁸⁵ *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328344(1990), par 342-343.

³⁸⁶ G. TADDEI ELMi, *op. cit.*, p. 183.

³⁸⁷ G. TADDEI ELMi, *op. cit.*, p. 196.

³⁸⁸ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 489 (1977).

Secondo il requisito in parola, il danno di cui si chiede il risarcimento non può essere una qualsiasi conseguenza negativa di una violazione della disciplina antitrust, ma deve essere un danno antitrust del tipo che il diritto della concorrenza ha la funzione di prevenire³⁸⁹.

Esso si affianca ai presupposti di causalità materiale e giuridica dei danni risarcibili, non essendo ritenuto sufficiente che l'attore si limiti a provare di aver subito un danno che sia eziologicamente collegato alla condotta anticoncorrenziale del convenuto.

È evidente, infatti, come da una violazione della disciplina antitrust i soggetti che possono aver subito un danno sono molteplici e i più diversi. Non tutti questi soggetti, tuttavia, possono pretendere un risarcimento da parte dell'impresa/e che ha/hanno preso parte alla pratica illecita.

Nel caso di specie, alcuni gestori di bowling convennero in giudizio *Brunswick*, uno dei principali produttori di materiali per il bowling, il quale aveva acquisito quattro impianti di bowling, chiedendo il risarcimento dei danni subiti corrispondenti ai maggiori profitti che avrebbero conseguito se il convenuto non avesse acquisito quei locali, in quanto i concorrenti sarebbero sicuramente falliti e quindi avrebbero chiuso.

Gli attori deducevano la violazione della *Section 7* del *Clayton Act*, il quale “*prohibits not only the acquisitions of “stock” but also the acquisitions of “assets” where “the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”*”³⁹⁰, sostenendo che *Brunswick* aveva monopolizzato o tentato di monopolizzare il funzionamento dei centri di bowling.

La Corte Suprema, pur riconoscendo che nella fattispecie sottoposta al suo esame gli attori avevano subito un danno per effetto della condotta di *Brunswick*, contraria alla disciplina antitrust – per i profitti che avrebbero conseguito se, in mancanza di acquisizione, i locali concorrenti sarebbero falliti – e che ricorreva un nesso di causalità tra violazione della disciplina antitrust e danno lamentato dagli attori, gli ha in concreto negato l'accesso alla tutela risarcitoria per mancanza della legittimazione antitrust sulla base dell'*antitrust injury doctrine*.

³⁸⁹ “*the injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants*”.

³⁹⁰ La *Section 7* del *Clayton Act* vieta, dunque, non solo le acquisizioni di “magazzino”, ma anche le acquisizioni di “attività”, dove “l'effetto di tale acquisizione può essere sostanzialmente di ridurre la concorrenza, o di tendere a creare un monopolio”.

L'illecito antitrust, per la sua natura plurioffensiva, è in grado di produrre una pluralità di pregiudizi di natura diversa e ad una molteplicità di soggetti operanti sul mercato; tuttavia, non tutti possono essere risarciti, ma occorre individuare adeguati filtri di legittimazione attiva antitrust.

La Corte ha riconosciuto che una concertazione contraria alla normativa antitrust, come quella in questione, è idonea a produrre una serie di conseguenze pregiudizievoli di diversa natura, ma solo quei danni che derivano dagli effetti anticoncorrenziali che la normativa rilevante intende prevenire e reprimere, assumono la qualifica di *antitrust injury* e pertanto possono essere risarciti.

In base alla dottrina dell'*antitrust injury*, infatti, possono essere risarciti, nella misura del triplo di quelli lamentati, non genericamente tutti i danni derivanti dalla condotta contraria alla normativa antitrust, ma solo quelli che costituiscano concretizzazione dei rischi che la normativa antitrust intendeva prevenire³⁹¹.

Siccome nel caso di specie i danni lamentati discendevano dai mancati profitti che si sarebbero conseguiti in caso di fallimento dei concorrenti – che si sarebbe senz'altro verificato in assenza dell'acquisizione compiuta dal convenuto, quindi sostanzialmente da una condotta pro-concorrenziale (salvataggio degli operatori acquisiti dal rischio di fallimento) -, mentre i pregiudizi che la norma mira ad evitare sono quelli che possono derivare da effetti anticoncorrenziali³⁹² (nel caso di specie l'acquisizione di un potere di mercato in capo a *Brunswick*), la Corte ha negato la legittimazione ad agire in capo agli attori in base al requisito dell'*antitrust injury*, trattandosi di danni che hanno avuto origine non da una restrizione della concorrenza ma da effetti a favore della concorrenza (poiché i concorrenti erano stati salvati dal fallimento) e, dunque, non meritevoli di risarcimento.

4.2.2. Blue Shield.

Successivamente, sono stati affrontati almeno altri cinque casi dalla Suprema Corte in tema di *antitrust injury*.

In sostanza, non si tratta più di stabilire solo la ricorrenza di un nesso di causalità tra la condotta contraria alle norme sulla concorrenza e il danno lamentato dall'attore

³⁹¹ M.J. JACOBSON – T. GREER, *Twenty-one Years of Antitrust Injury: down the Alley with Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 66 *Antitrust Law Journal*, 1998, p. 273.

³⁹² “(damages) of the type the antitrust laws were intended to prevent”, *Brunswick*, par. 488.

ma il pregiudizio lamentato deve essere del tipo di quelli che le leggi antitrust mirano a prevenire.

Soltanto nel caso *Blue Shield*³⁹³, tuttavia, la Corte Suprema ha riconosciuto la sussistenza del suddetto requisito.

Nel caso di specie, la signora *McCready* denunciava un boicottaggio tra la società assicurativa *Blue Shield* e la società dei neuropsichiatri, finalizzato ad escludere dal mercato gli psicologi, realizzato tramite il rimborso agli assicurati, tra cui la stessa signora *McCready*, delle spese mediche sostenute per le prestazioni fornite dagli psichiatri e non anche di quelle degli psicologi.

Pertanto l'attrice era solo un danneggiato indiretto della condotta anticoncorrenziale e tuttavia la Corte riconobbe la sua legittimazione ad agire per il fatto che ricorreva il requisito dell'*antitrust injury*.

La Corte ha ritenuto sussistente il requisito in parola per il fatto che il maggior prezzo pagato dalla signora *McCready* per usufruire dei servizi prestati dagli psicologi, a causa del mancato rimborso, era un danno connesso così inestricabilmente al danno che i convenuti con la loro condotta anticoncorrenziale avevano arrecato agli psicologici e al mercato in cui essi operano, che il primo costituiva il mezzo per realizzare il secondo.

In sostanza venne elaborata una sorta di eccezione tale per cui il requisito dell'*antitrust injury* può eccezionalmente ritenersi sussistente anche quando il danno subito dall'attore costituisca una componente essenziale della violazione, tale per cui la seconda non si sarebbe mai verificata senza il primo.

È come se venisse invertita la relazione causale, poiché è il danno subito dalla sig.ra *McCready*, ossia il mancato rimborso da parte del fondo assicurativo delle prestazioni mediche rese dagli psicologi, a determinare l'effetto anticompetitivo, ossia l'esclusione degli psicologi dal mercato dei servizi psicoterapici, proprio perché è attraverso il mancato rimborso che si realizza l'esclusione degli psicologi a vantaggio degli psichiatri, le cui prestazioni vengono invece rimborsate.

³⁹³ *Blue Shield of Virginia V. McCready*, 457 U.S. 465 (1982).

4.2.3. Associated General Contractors.

La causa in questione veniva intentata da un sindacato di lavoratori impiegati nel settore edilizio contro l'associazione di categoria (*Associated General Contractors - AGC*) a cui aderivano numerosi enti appaltanti dello stesso settore, denunciando la violazione delle norme antitrust, consistente nel costringere i propri membri a stipulare contratti solo con appaltatori e subappaltatori che non facessero parte di alcun sindacato, così determinando una restrizione delle proprie attività economiche³⁹⁴.

L'imposizione, dunque, non era direttamente rivolta al sindacato, attore in giudizio, ma ai membri dell'AGC e ai terzi, e non immediatamente rivolta ad eliminare l'attore dal mercato in cui operava, quello appunto dell'assistenza sindacale.

L'attore risultava, quindi, danneggiato solo indirettamente poiché, obbligando quei soggetti a stipulare accordi solo con gli appaltatori non iscritti al sindacato denunciante, inevitabilmente si veniva a limitare l'attività commerciale di quest'ultimo.

La Suprema Corte ha negato la legittimazione attiva dell'attore per la mancanza dell'*antitrust injury*, stante che la concorrenza era stata ristretta e danneggiata in un mercato diverso, quello edile, rispetto a quello in cui operava l'attore, mercato dell'assistenza sindacale, e pertanto non si poteva ritenere che si fossero prodotti pregiudizi del tipo che la norma violata intendeva prevenire.

Secondo la Corte non era dimostrato come la diminuzione della concorrenza sul mercato edile, realizzata attraverso la coercizione nei confronti dei membri dell'associazione edile, potesse danneggiare il sindacato e l'attività da questi svolta, poiché si trovava ad operare in un diverso mercato, quello dell'assistenza sindacale.

4.2.4. Matsushita.

Nella suddetta controversia, gli attori erano alcune società americane produttrici di apparecchi elettronici di consumo i quali denunciavano il fatto che i loro concorrenti giapponesi avessero posto in essere un accordo orizzontale per mezzo del quale vendevano prodotti sotto costo "a prezzi predatori" negli Stati Uniti al fine di ampliare le proprie quote di mercato, compensando le perdite subite attraverso l'applicazione nel mercato giapponese di prezzi più elevati di quelli concorrenziali³⁹⁵.

³⁹⁴ *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983).

³⁹⁵ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* 475 U.S. 574 (1986).

La Suprema Corte, ribaltando la decisione della Corte d'Appello che aveva riconosciuto l'esistenza di una *conspiracy* illecita tra i produttori giapponesi, ha ritenuto che gli attori fossero sforniti della legittimazione attiva ad agire in giudizio per mancanza del requisito dell'*antitrust injury*, in quanto non era stato dimostrato che dalla condotta tenuta dai convenuti fosse derivato un danno per gli attori.

La decisione è fondata in sostanza su due argomentazioni: l'assenza di una prova idonea a dimostrare la cospirazione e l'inesistenza di un valido motivo per colludere.

Al contrario, la condotta denunciata, pur essendo stata posta in essere in violazione della normativa antitrust, non era tale da arrecare danno agli attori, i quali potevano addirittura trarre vantaggio dall'intesa stipulata tra i propri concorrenti, attraverso un innalzamento dei prezzi di mercato praticati.

Il cartello di prezzo aveva, infatti, prodotto un effetto anticompetitivo consistente nella restrizione della libertà degli aderenti di fissare i prezzi al di sotto del livello dell'accordo, eliminando così la concorrenza tra di loro, mentre nessuna relazione causale poteva ritenersi sussistente tra tale effetto anticompetitivo e il danno patito dall'attore.

4.2.5. Cargill.

Anche nella suddetta controversia la Corte Suprema ha escluso la sussistenza della legittimazione ad agire in capo all'attore per la mancanza del requisito dell'*antitrust injury*.

Nel caso di specie, *Monfort*³⁹⁶ lamentava il pericolo di un danno, consistente dalla riduzione dei profitti, come conseguenza della condotta dei concorrenti convenuti, i quali avevano posto in essere un'operazione di concentrazione finalizzata alla riduzione dei prezzi ad un livello pari, o poco superiore, ai costi di produzione.

Analogamente al caso *Brunswick*, il pericolo di danno, che l'attore temeva di poter subire, derivava da un aspetto pro competitivo dell'operazione di concentrazione che aveva, semmai, determinato un miglioramento dell'assetto concorrenziale del mercato, non vietato dalla normativa antitrust la quale, al contrario, mira a far sì che si sviluppi la più ampia concorrenza possibile sui prezzi di mercato.

³⁹⁶ *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

La Corte, tuttavia, afferma anche che il requisito dell'*antitrust injury* sarebbe risultato soddisfatto se l'attore fosse riuscito a dimostrare che l'operazione realizzata dai concorrenti avrebbe comportato prezzi predatori, ossia inferiori al livello dei costi, e quindi anticoncorrenziali, al fine di escludere l'attore dal mercato di riferimento, posto che l'applicazione dei prezzi predatori è vietata dalla normativa antitrust.

Con tale limitazione imposta dalla giurisprudenza si vuole evitare un effetto di *over deterrence*, per le ipotesi in cui i danni antitrust derivino dall'aumento di competitività del mercato, anziché dagli effetti anticoncorrenziali della condotta antimonopolistica.

4.2.6. Arco.

L'ultimo caso, e anche il più recente, in cui la Suprema Corte si è pronunciata sul requisito dell'*antitrust injury* riguarda un'intesa verticale avente ad oggetto la fissazione di prezzi massimi di rivendita della benzina, realizzato tra ARCO, una società petrolifera verticalmente integrata, e i suoi distributori³⁹⁷.

L'attore, *USA Petroleum*, che competeva direttamente con i concessionari del marchio ARCO a livello di vendita al dettaglio della benzina, lamentava che la fissazione dei prezzi massimi in verticale costituiva una cospirazione finalizzata a limitare il commercio in violazione dello *Sherman Act* poiché, a seguito di esso, le stazioni di rifornimento benzina della ARCO avevano cessato di farsi concorrenza.

In tal modo, anche le stazioni di rifornimento di benzina indipendenti avevano dovuto controllare i propri prezzi mentre, se non fosse stata conclusa l'intesa illecita, tutte le stazioni, anche quelle indipendenti, come *USA Petroleum*, avrebbero potuto aumentare i prezzi e quindi i propri profitti.

La Corte, richiamando la precedente giurisprudenza, ed in particolare il caso *Albrecht*³⁹⁸, ha affermato che un'intesa verticale, diretta alla fissazione dei prezzi massimi, deve tradursi in prezzi predatori per causare al concorrente un danno antitrust.

L'attore, quindi, in qualità di concorrente, non avrebbe subito alcun danno poiché i prezzi praticati, anche se bassi, non erano prezzi predatori, ma pienamente leciti per la normativa a tutela della concorrenza. Il danno era stato arrecato, invece, ai consumatori e ai rivenditori ARCO, limitati nella loro libertà di stabilire i prezzi per i

³⁹⁷ *Atlantic Richfield v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990).

³⁹⁸ *Albrecht v. Herold Co.*, 390 U.S. 145 (1969).

servizi prestati e di fornire i servizi aggiuntivi, in modo superiore a quanto indicato nell'accordo.

Per tali ragioni, la domanda risarcitoria dell'attore è stata respinta per mancanza del requisito dell'*antitrust injury*, requisito che, viceversa, avrebbe potuto ritenersi soddisfatto, se l'attore avesse dimostrato che i convenuti avevano praticato prezzi predatori, dunque illeciti perché contrari alla normativa antitrust.

Il punto centrale della pronuncia in questione consiste nell'affermazione per cui, anche in presenza di una presunzione assoluta di illegittimità da un punto di vista antitrust – come nel caso di specie di accordo con fissazione dei prezzi massimi di rivendita – si possano produrre sia effetti pro-competitivi, che effetti dai quali i privati possono subire un pregiudizio.

4.3. La funzione della causalità giuridica nel nostro ordinamento al fine di selezionare le conseguenze dannose risarcibili di un illecito antitrust.

Come si è avuto modo di constatare, il problema di individuare i soggetti che possono vantare un danno risarcibile in quanto causalmente collegato all'illecito antitrust viene risolto dal diritto della concorrenza americano attraverso le regole dell'*antitrust injury* e della *remoteness o proximate cause*³⁹⁹, in base alle quali i privati possono ottenere il risarcimento dei danni subiti a condizione che sussista un nesso di causalità tra il comportamento posto in essere dal convenuto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e gli effetti anticompetitivi che ne derivano e che il danno da essi subito derivi dagli effetti anticompetitivi tipici della violazione che la normativa antitrust intende prevenire, e che comunque i danneggiati non si trovino ad una distanza eccessiva dagli autori dell'infrazione.

³⁹⁹ La *Section 4* del *Clayton Act* si limita ad affermare, analogamente alla Corte di Giustizia nel noto e più volte richiamato caso *Courage*, nonché nei vari documenti della Commissione e da ultimo nella Direttiva del 2014, che «chiunque abbia subito un danno nella sua attività commerciale o nella sua proprietà a causa di una condotta antimonopolistica ha diritto di chiederne ed ottenerne il risarcimento».

Gli ulteriori criteri in questione sono stati appunto elaborati dalla giurisprudenza per delimitare i soggetti legittimati ad agire per il risarcimento. La regola della *proximate cause* si pone in completa antitesi rispetto all'indagine compiuta da parte dei giuristi continentali, posto che per stabilire quali conseguenze risarcire prescinde del tutto dall'accertamento della causalità dal punto di vista naturalistico, basandosi su un criterio puramente giuridico, per lo più individuato nella efficienza economica. In base al realismo americano il problema della causalità si risolve in una valutazione di opportunità, mentre i vari criteri utilizzati per il suo accertamento «non solo non forniscono all'operatore un criterio per decidere, ma anzi rimettono all'arbitrio dell'operatore l'adozione di un criterio di decisione piuttosto che un altro». Tali considerazioni sono proprie di G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 131.

È evidente come, applicando i suddetti criteri, sia possibile selezionare quali, tra i possibili danni conseguenti ad illeciti antitrust, meritano di essere risarciti, restando esclusi, ad es., quei danni che risultano da effetti pro-competitivi delle condotte contrarie alla normativa a tutela della concorrenza, come nel caso ARCO e nel caso *Brunswick*.

Ricordiamo, infatti, come in quest'ultimo caso, la Corte ha riconosciuto che una concertazione contraria alla normativa antitrust (come quella del caso in questione) è idonea a produrre una serie di conseguenze pregiudizievoli di diversa natura, ma solo quei danni che derivano dagli effetti anticoncorrenziali assumono la qualifica di *antitrust injury* e pertanto possono essere presi in considerazione in un'azione ai sensi della Sezione 4 del *Clayton Act*.

Nel caso concreto, la Corte ha osservato che gli attori reclamavano i profitti che avrebbero conseguito nel caso in cui i quattro impianti di bowling fossero falliti, in assenza dell'acquisizione; pertanto, le perdite subite traevano origine da un aspetto pro-competitivo dell'operazione di acquisizione, cioè il salvataggio degli operatori acquisiti dal rischio di fallimento, senza che i danni potessero in alcun modo essere ricondotti a ciò che rendeva l'acquisizione contraria alle norme sulla concorrenza, ossia la creazione di un potere di mercato in capo a *Brunswick*.

Ciò posto, è d'obbligo interrogarsi sulla possibilità di utilizzare tale criterio anche nel nostro ordinamento, al fine di individuare un criterio di carattere generale, utile a selezionare i soggetti che, tutti astrattamente legittimati, possono avere concretamente accesso alla tutela risarcitoria, tenuto conto dell'estrema diversità dei due sistemi.

Va detto, anzitutto, che il requisito dell'*antitrust injury* svolge una funzione assimilabile a quella svolta nel nostro ordinamento dalla clausola dell'ingiustizia del danno e dal criterio della causalità giuridica, seppure sono diverse le finalità perseguite nei due sistemi, consistenti nell'individuazione del più efficiente attore privato nelle cui mani concentrare l'azione risarcitoria civile, in funzione deterrente, poiché egli svolge un ruolo pubblico, sostituendosi agli organi amministrativi⁴⁰⁰, nel primo; essenzialmente compensativa del danno subito dalla vittima, nel secondo.

⁴⁰⁰ G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 196.

Inoltre, diversamente dal sistema americano, né la disciplina nazionale né, in ambito europeo, la nuova direttiva sulle azioni di risarcimento del danno antitrust, forniscono utili indicazioni al fine di circoscrivere l'ambito dei soggetti titolari del diritto di agire in giudizio per il risarcimento dei danni antitrust, limitandosi quest'ultima a riaffermare⁴⁰¹ che chiunque abbia subito un danno anticoncorrenziale ha diritto di essere risarcito e a dettare alcune regole in tema di *passing on*, lasciando quindi aperta e non risolta la questione.

L'attuale inefficacia delle azioni risarcitorie antitrust è dunque ascrivibile, principalmente, alla notevole incertezza del diritto⁴⁰².

Le regole elaborate dal sistema americano consentono di circoscrivere in qualche modo l'ambito dei soggetti che abbiano subito un danno anticoncorrenziale causalmente riconducibile all'illecito antitrust, cioè un danno che rientra nello scopo delle norme antitrust, purché siano stati direttamente lesi dalla pratica anticoncorrenziale⁴⁰³.

Tuttavia, nel nostro sistema di responsabilità civile, il riferimento che appare senz'altro più adeguato, per selezionare le conseguenze dannose risarcibili degli atti illeciti è quello che rimanda al tema della causalità, ed in particolare alla causalità giuridica.

Quanto sin qui osservato pone in luce, dunque, l'estrema rilevanza di un'indagine avente ad oggetto l'accertamento del legame causale intercorrente tra illecito anticoncorrenziale ed evento dannoso anche nel nostro ordinamento.

Per ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito anticoncorrenziale, infatti, il danneggiato dovrà dare la prova non solo dell'esistenza di una violazione della disciplina della concorrenza, ma anche di aver subito un danno, nonché l'esistenza di un collegamento causale tra la violazione della disciplina antitrust lamentata ed il danno subito.

La prova della violazione della normativa antitrust, infatti, se è sufficiente per ottenere la condanna dell'autore dell'illecito alla sanzione irrogata dall'Autorità amministrativa, non lo è invece per dar luogo al risarcimento del danno antitrust.

⁴⁰¹ Come già previsto nel Libro Bianco, par. 2.6, p. 8 con la precisazione che anche i consumatori finali, acquirenti indiretti, hanno diritto al risarcimento dei danni antitrust.

⁴⁰² M. COLANGELO, *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 3, p. 675.

⁴⁰³ G. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 227.

La giurisprudenza esclude in modo unanime la teoria del danno *in re ipsa*, che consentirebbe al giudice di basarsi esclusivamente sul provvedimento amministrativo per considerare provato il danno antitrust, nelle cause risarcitorie *follow-on*⁴⁰⁴.

Il danno deve, quindi, essere provato secondo i principi generali in tema di responsabilità aquiliana⁴⁰⁵.

Nelle cause *stand-alone*, poi, un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante neppure sussiste, sicché è il danneggiato a dover provare, da solo, l'esistenza dell'illecito.

È evidente come, in tale ultima ipotesi, il danneggiato incontri maggiori difficoltà nell'assolvere l'onere probatorio su di lui gravante, per il fatto che gli elementi decisivi sono normalmente in possesso del convenuto, o comunque di terzi, ed è estremamente difficile per lui non solo venirne a conoscenza ma anche produrli in giudizio una volta scoperti.

La questione dell'accesso alle prove da parte delle vittime rappresenta, per tale ragione, un punto chiave al fine di rendere più efficienti le azioni giudiziarie in materia.

Su questo punto interviene la recente direttiva 104/2014, che disciplina proprio l'aspetto relativo alla divulgazione delle prove.

Si prevede che i giudici nazionali hanno il potere di divulgare categorie precise di prove rilevanti e in circostanze tassative, così da salvaguardare gli interessi delle imprese coinvolte.

L'attore deve raccogliere tutti i mezzi di prova necessari a dimostrare di aver subito un danno per effetto dell'illecito, e allo stesso tempo dimostrare di non poter reperire in altro modo le prove richieste. La richiesta, ad ogni modo, deve essere sufficientemente precisa, rilevante, necessaria e proporzionata.

Nel caso in cui all'impresa autrice dell'infrazione sia stato concesso un trattamento favorevole (cd. *leniency programme*) per essersi impegnata ad eliminare le violazioni, si pone il problema se tali programmi siano utilizzabili nel giudizio risarcitorio, stante che comporterebbero una situazione più sfavorevole per l'impresa che ha deciso di autodenunciarsi, rispetto a quella dei concorrenti, coautori dell'illecito.

⁴⁰⁴ Tale principio è stato affermato a partire dalla sentenza Manfredi, in cui la Corte di Giustizia ha statuito che «tutte le intese restrittive della concorrenza sono nulle ma non tutte comportano il sorgere del diritto al risarcimento del danno; soltanto se il ricorrente riesca a dar prova dell'esistenza del nesso di causalità tra l'illecito e il danno avrà diritto ad ottenere tale risarcimento».

⁴⁰⁵ In giurisprudenza si veda: Cass., 10 settembre 2013, n. 20695 e Cass., 28 maggio 2014, n. 11904.

Per incentivare il ricorso a tale strumento, è tuttavia necessario assicurare all'impresa un trattamento di favore.

Il danneggiato, peraltro, ha anche a disposizione gli ordinari rimedi previsti dal codice di procedura civile, quali la prova testimoniale, la produzione di documenti, l'interrogatorio formale della controparte, il deferimento del giuramento decisorio ed in particolare l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio⁴⁰⁶.

Occorre, dunque, premettere alcune considerazioni di carattere preliminare sulle tematiche della causalità, al fine di selezionare le conseguenze risarcibili degli illeciti antitrust⁴⁰⁷.

Si può affermare che costituisce un illecito il fatto difforme dal diritto, ossia il comportamento umano, attivo o omissivo, in contrasto con una norma giuridica.

La nozione di illecito è strettamente connessa a quella dell'ingiustizia del danno, in forza del quale va risarcito solo il danno ingiusto, arrecato *non iure*, ovvero in assenza di una causa di giustificazione, che lede un interesse rilevante per l'ordinamento⁴⁰⁸.

È possibile affermare che l'illecito civile rappresenti una fattispecie a formazione complessa, articolata in cinque elementi costitutivi:

- Il fatto, ossia il comportamento umano che può consistere tanto in un'azione che in un'omissione;
- L'elemento soggettivo, ossia il dolo o la colpa del responsabile del fatto;
- L'evento, che è il risultato finale del comportamento illecito, potenzialmente lesivo;
- Il danno, ossia le conseguenze dannose del fatto illecito, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria;

⁴⁰⁶ M. TAVASSI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust*, in *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, pp. 261 ss.

⁴⁰⁷ Come ha osservato la dottrina, la causalità rappresenta uno tra i vari strumenti di cui i giudici si servono concretamente per imputare un danno ad un responsabile, o per limitare le conseguenze di un fatto illecito astrattamente risarcibili. In tal senso VENEZIANO A. – GIANCOTTI G., *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, in *La responsabilità civile*, vol. IX, (a cura di) Cendon, Torino, 1998, pp. 3 e 24.

⁴⁰⁸ Dall'art. 2043 c.c., norma dettata in materia di fatto illecito, secondo il quale «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» emerge che il sostantivo “danno” ricorre due volte, con due diverse accezioni. Una prima volta è accompagnato dall'aggettivo ingiusto e la seconda volta, invece, è privo di qualsiasi qualificazione. Secondo la dottrina, al danno ingiusto si contrappone il danno conseguenza, inteso come pregiudizio risarcibile del fatto illecito. In questo senso si veda: M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 22; G. VISINTINI, *Tratt. breve della resp. civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1999, p. 589.

- Il nesso di causalità, nel suo duplice aspetto di collegamento tra il comportamento e l'evento, e tra il fatto e le sue conseguenze dannose.

CAPITOLO V

NESSO DI CAUSALITÀ E ONERE DELLA PROVA

Sommario: 5.1. Inquadramento generale del problema causale. 5.2. Il nesso di causalità nell'illecito civile: il dato normativo. 5.3. La causalità giuridica. 5.4. La risarcibilità dei danni immediati e diretti ai sensi dell'art. 1223 c.c. 5.5. Le altre norme sulla quantificazione del danno risarcibile. 5.6. Il rapporto di causalità materiale. 5.7. Le teorie sull'accertamento della causalità materiale. 5.8. La posizione della giurisprudenza. 5.9. Riepilogo. 5.10. La perdita di *chance*. 5.11. La *chance* e l'accertamento del nesso di causalità. 5.12. Il danno da perdita di *chance*: punti di forza e criticità. 5.13. Riflessioni in tema di nesso causale negli illeciti anticoncorrenziali. 5.14. I problemi connessi all'onere della prova. 5.15. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11564 del 2015 sull'onere della prova in caso di azione di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale.

5.1. Inquadramento generale del problema causale

Ai sensi dell'art. 2043 c.c. uno degli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale è il nesso di causalità⁴⁰⁹.

Infatti, nel giudizio di responsabilità che si svolge in base all'art. 2043 c.c., è necessario accertare l'esistenza di una condotta dolosa o colposa del danneggiante, un danno ingiusto, nonché un collegamento causale tra i suddetti elementi⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Per tutti: A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 114; P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile, Lezioni*, Padova, 1968, p. 45; G. ALPA, *La responsabilità civile*, (a cura di) Alpa e Bessone, Torino, 1997, p. 322.

⁴¹⁰ In dottrina il tema del nesso di causalità è stato approfondito molto meno rispetto agli altri elementi del fatto illecito. Tra i contributi più importanti, vanno senz'altro segnalati: P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; R. SCOGNAMIGLIO, (voce) *Responsabilità civile* in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, XV, p. 649; P. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998; G. VISINTINI, *Tratt. breve della resp. civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1999; G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 481.

Il concetto di causalità rimanda a quello di probabilità, cui sono connesse due diverse questioni: da un lato, stabilire un criterio di misurazione della proposizione probabilistica⁴¹¹; dall'altro, valutare la credibilità della stessa⁴¹².

⁴¹¹ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005, p. 272 il quale distingue due tipi di probabilità: la probabilità statistica e quella logica o induttiva. Osserva, al riguardo, come «La distinzione tra i due generi di probabilità sarebbe essenzialmente rappresentata dal fatto che la probabilità statistica si svilupperebbe intorno a una relazione quantitativa tra generi di eventi ripetibili (ossia potremmo avere una probabilità statistica solo per quegli eventi che si presentano con una certa frequenza) e quindi sarebbe un concetto empirico; la probabilità logica, che dovrebbe servire per spiegare i casi meno frequenti, è semplicemente il grado di probabilità che una determinata ipotesi causale può avere. Ritengo che si debbano tenere distinte queste due forme di probabilità, in quanto differente può essere il criterio di valutazione: solo per la probabilità statistica è astrattamente possibile una valutazione numerica, mentre per la probabilità logica dovrebbero potersi impiegare solo criteri logici e quindi si avrebbe un giudizio che non può che essere rimesso alla decisione del caso singolo».

⁴¹² In taluni ordinamenti la responsabilità civile viene definita cd. stocastica in quanto, in assenza di un nesso causale certo tra il fatto e l'evento dannoso, questa viene fondata sul mero stato di pericolo, prescindendo dal nesso causale, il cui accertamento può essere basato anche su valutazioni probabilistiche, come ad es. lo svolgimento di alcune attività che comportino un elevato rischio di produrre danni del tipo di quelli che si è verificato. Un ordinamento di questo tipo è quello tedesco (§ 830 BGB) dove, per l'ipotesi di causalità alternativa, ossia che fra più partecipanti ad un'azione vietata sia certo che uno ha cagionato l'evento dannoso, ma non è possibile identificarlo, viene disposta la responsabilità solidale di tutti i coautori del reato, indipendentemente dall'accertamento del nesso causale tra la condotta ed il danno. In senso contrario P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 11, il quale richiama quella dottrina tedesca che propone di ritenere responsabile colui che abbia colpevolmente creato un pericolo del verificarsi del concreto evento dannoso qualora sia possibile ritenere esistente il nesso di causalità tra l'uno e l'altro. Per comprendere le ragioni per le quali nel nostro ordinamento non possa essere accolta la tesi della responsabilità stocastica si può riprendere l'esempio fatto dal Trimarchi di un automobilista che procede a forte velocità nel centro abitato e di un altro automobilista che, nella via adiacente, investe un pedone. Se fosse sufficiente a fondare la responsabilità la creazione di uno stato di pericolo, arriveremmo all'assurda conseguenza di addebitare l'investimento tanto all'uno quanto all'altro automobilista, in quanto entrambi hanno dato luogo ad una situazione di pericolo, inoltre una norma che prevedesse tale tipo di responsabilità, da un lato, sarebbe idonea ad assolvere sia alla funzione reintegrativa, mediante il risarcimento del danno subito dalla vittima nonché a quella preventiva, scoraggiando dal tenere comportamenti imprudenti. Nel nostro sistema giuridico, tuttavia, non è possibile prescindere dall'accertamento del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile.

Il primo quesito non ha una risposta univoca, in quanto il criterio varia a seconda del contesto in cui viene utilizzato⁴¹³.

Nelle ipotesi in cui l'utilizzo delle valutazioni probabilistiche possa essere condizionato da parametri di riferimento in qualche modo oggettivizzabili, quale la frequenza con cui un certo evento si ripete nel tempo, ossia il rapporto tra casi favorevoli e casi possibili, la stima della forza dell'asserzione probabilistica può essere espressa con una valutazione numerica, matematica, che ne condiziona anche la credibilità⁴¹⁴.

È diffusa nella dottrina la presa di coscienza per cui non esiste un'unica nozione di causalità⁴¹⁵.

Ancora più complesso appare il problema se lo si osserva dalla prospettiva del tema di prova.

Il problema ha senz'altro assunto un significato più intenso nell'ambito del diritto penale, ove un fondamentale principio di certezza vuole che l'accertamento della responsabilità del reo sia garantita “*oltre ogni ragionevole dubbio*”⁴¹⁶.

Nel contesto della responsabilità civile, invece, opera un principio di antica origine e ad oggi applicato di fatto da numerosi operatori del diritto, per cui la misura della probabilità con cui si reputa un certo fatto causato da un altro, porta il giudice a

⁴¹³ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 2, il quale rileva come la dottrina più recente ha preso atto del fatto che il problema della causalità non è risolubile con una formula rigida e unitaria, e che in particolari ipotesi operano anche speciali limiti, connessi con lo scopo della singola norma da cui deriva la responsabilità.

⁴¹⁴ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 260, il quale precisa quelli che sono due aspetti rilevanti al fine di affrontare correttamente il problema della individuazione di un criterio oggettivo di accertamento del nesso causale: «a) la probabilità è un dato meramente quantitativo, in quanto anche un fatto rarissimo è probabile, nel senso che esso ha un basso grado di probabilità. È indispensabile individuare successivi livelli di possibilità statistica. Vi è una grossa differenza tra un fenomeno che si realizza 99 volte su 100 e un altro che si verifica 1 volta su 1000 tentativi. Entrambi gli eventi sono probabili e nessuno dei due è certo. b) il concetto di prevedibilità non può essere di alcun aiuto perché neppure in esso si rinvergono limiti: è prevedibile tutto ciò che è possibile, ed è possibile tanto che il fatto si realizzi una volta su un milione quanto 99 su cento».

⁴¹⁵ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 8, rileva come «il nesso causale non è un dato unitario per ogni ipotesi di responsabilità civile, bensì si atteggia diversamente in funzione del criterio di imputazione. In altre parole, nel diritto civile non si richiede sempre l'accertamento del medesimo nesso di causalità come, invece, avviene nel diritto penale dove, stante il principio di personalità, il giudice può essere chiamato solo ad accertare il rapporto tra il comportamento tenuto dal responsabile e l'evento: per il sorgere della responsabilità civile, è necessario che sussista il nesso causale richiesto nella fattispecie legale, che indica, di volta in volta, la diversa causa in relazione alla quale deve compiersi la valutazione eziologica».

⁴¹⁶ Cass., S.U. pen., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 379 ss.

ritenere, alternativamente, come dimostrato o negato l'apporto causale nella produzione dell'effetto⁴¹⁷.

Si fa riferimento convenzionalmente alla soglia del 50%, sicché quando la probabilità a favore dell'esistenza della relazione causale sia superiore alla probabilità contraria, il nesso eziologico si dà per esistente, secondo una regola che negli ordinamenti di *common law* prende il nome di “*preponderance of evidence*”⁴¹⁸.

L'incertezza può certamente permanere dal punto di vista naturalistico, ma sul piano giuridico viene applicata la regola del “tutto o niente”, nel senso che la responsabilità viene riconosciuta per intero quando la prova della sua esistenza sia maggiore di quella contraria, mentre viene esclusa, all'opposto, se sul piano del *balance of probabilities*, prevale la soluzione opposta.

Anche in ambito risarcitorio, pertanto, è richiesta la certezza del nesso di causa, intesa in modo relativo come prevalenza delle probabilità favorevoli su quelle contrarie.

La nostra giurisprudenza ha in più occasioni rifiutato un approccio matematico alla probabilità del nesso causale, applicando al suo posto altri criteri quali, a titolo meramente esemplificativo, la “ragionevole certezza”⁴¹⁹ o la “ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità”⁴²⁰.

Emerge, già da queste brevi considerazioni, come si tratti di un tema alquanto complesso che, nonostante i numerosi sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non si può dire abbia ancora raggiunto risultati soddisfacenti nel sistema della responsabilità civile⁴²¹.

⁴¹⁷ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 12, individua due diverse motivazioni della rilevanza del requisito del nesso di causa: «la prima è che il rapporto di causalità di fatto costituisce il criterio più semplice di collegamento tra danno da risarcire e soggetto responsabile; la seconda è che nella responsabilità per colpa la rinuncia al requisito del nesso di causalità imporrebbe di colpire imprudenze non causative di danno e azioni rimaste allo stadio di tentativo solo se sussista il sospetto che esse abbiano causato il danno in questione».

⁴¹⁸ Il principio risalirebbe al 1571 (*Newis v. Lark*) così REECE, *Losses of Chances in the Law* (1996), 59 *The Modern Law Review*, p. 204.

⁴¹⁹ Così ad es., Cass. Civ., 5 aprile 1984, n. 2222, in *Dir. e prat. ass.*, 1985, p. 306 con riguardo alla responsabilità del legale per mancata impugnazione della sentenza di primo grado.

⁴²⁰ Cass. Civ., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 750.

⁴²¹ Nella dottrina civilistica, dopo un intenso interesse manifestato negli anni '60, interesse che ha portato all'elaborazione di tre importanti monografie, quali P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova 1960; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, nonché numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità, il dibattito si è per lungo tempo sopito, nella convinzione che esso dovesse ispirarsi alle fondamentali elaborazioni penalistiche. Di regola non è stato attribuito al problema del nesso causale quell'importanza che invece avrebbe meritato, nel convincimento errato che esso riguardi questioni di fatto, e non questioni di diritto, da lasciare alla discrezionalità del giudice.

Si tratta, peraltro, di un tema non solo giuridico ma, per così dire, multidisciplinare, distinguendosi il concetto giuridico di causalità da quello proprio delle scienze naturali⁴²².

In questo secondo caso, si tratta, infatti, di individuare rapporti di regolarità tra fenomeni concepiti come eventi ripetibili, al fine di acquisire conoscenze che consentano previsioni sullo svolgersi degli accadimenti; l'altro, invece, è interessato alla causalità come presupposto della possibilità di imputare eventi singoli o concreti già accaduti alla condotta umana, posto che quello condotto dal giudice è un giudizio di responsabilità, diretto a valutare l'incidenza della condotta umana su determinati accadimenti⁴²³.

Alla scienza giuridica interessa solo stabilire se e come attribuire rilevanza giuridica a un determinato nesso causale, la cui presenza venga preliminarmente accertata mediante autonomi criteri di conoscenza⁴²⁴.

In presenza di una pluralità di cause, poi, si pone il problema fondamentale di individuare precisi criteri di selezione per realizzare la scelta a favore di quelle cause meritevoli di rilevanza giuridica⁴²⁵.

⁴²² Rileva, a tal proposito, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 10 che «la scienza giuridica non ha assolutamente la pretesa né la necessità di spiegare e di interpretare il fenomeno causale dal punto di vista naturalistico al fine di stabilire quando e come un determinato evento possa essere causalmente materialmente imputato a determinati soggetti. Il giurista non tenta di rispondere autonomamente al quesito se un determinato soggetto abbia «causato» un determinato fatto. Rispetto a questo interrogativo (squisitamente causale) la conoscenza giuridica è assolutamente tributaria delle altre scienze e, in particolar modo, delle scienze sperimentali». Il giurista accetta le risposte date dalle altre scienze circa la presenza o l'assenza del nesso di causa e ne fa derivare conseguenze giuridiche. La distinzione tra la nozione di causa dal punto di vista giuridico e da quello naturalistico è rilevata anche da M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 12, secondo il quale nelle scienze naturali si ricercano normalmente tutte le cause di un evento, mentre nel diritto «non abbiamo fenomeni di fronte ai quali ci domandiamo quale sia la causa: ma soltanto ci domandiamo se un determinato antecedente ne sia stato elemento causale».

⁴²³ S. ROSSI, *Brevi note a margine in materia di causalità*, in *Persona e danno*, 2009.

⁴²⁴ P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 12.

⁴²⁵ P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 15, evidenzia le varie ipotesi di causalità multipla, distinguendo tra la serie causale unica o causalità a catena, che si verifica quando una prima causa ne abbia prodotto una seconda, che impone al giurista di non arrestarsi alla causa prossima ma di risalire alla causa più remota, ossia la causa originaria. In presenza di una pluralità di cause, quelle giuridicamente rilevanti sono solo quelle umane, prossime o remote, e l'ipotesi di pluralità di cause umane, tutte *condizione sine quibus non*, dove si rende necessaria una selezione tra le stesse, in base al criterio temporale. «In presenza di un'unica causa umana imputabile, a prescindere dal fatto che sia più prossima o più remota, prevale sempre sulle cause umane non imputabili e sulle cause naturali o fortuite. Poiché la causa umana può trovarsi in posizione intermedia tra la causa originaria e il danno, per stabilire la esclusiva rilevanza della causa originaria o della causa umana intermedia si deve aver riguardo alla presenza o assenza di un altro elemento, estraneo al fenomeno causale, caratterizzato dall'attribuibilità psicologica del danno all'autore della causa umana».

5.2. Il nesso di causalità nell'illecito civile: il dato normativo.

Non vi è, tuttavia, unanimità di vedute su quale sia la teoria causale che meglio si presta a soddisfare le specifiche esigenze dell'imputazione penalistica o della responsabilità civilistica⁴²⁶.

In ambito civile, ci troviamo di fronte ad un vero e proprio vuoto normativo: l'art. 1227 c.c. nell'ambito della responsabilità contrattuale e l'art. 2043 c.c. in materia di illecito aquiliano si limitano a strutturare, rispettivamente, il rapporto tra fatto (doloso o colposo) ed evento (dannoso) in termini di "cagionare", senza ulteriori specificazioni⁴²⁷.

In assenza di un'articolata disciplina codicistica, sono state elaborate numerose teorie al riguardo, per lo più in ambito penale e poi importate anche nel settore civile della responsabilità extracontrattuale.

⁴²⁶ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, p. 128-131, secondo il quale «i diversi criteri proposti per l'accertamento del nesso causale non solo non forniscono all'operatore uno strumento decisionale, ma finiscono per rimettere al suo arbitrio l'adozione di un criterio di decisione piuttosto che un altro».

⁴²⁷ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 13, il quale evidenzia che tutte le disposizioni del codice civile che prevedono ipotesi di responsabilità civile «si limitano a richiedere l'esistenza del nesso causale quale elemento della fattispecie, senza in alcun modo disciplinarne le modalità di accertamento. È necessario quindi individuare in via interpretativa i criteri da seguire in tale accertamento, in quanto il legislatore non ha provveduto a dettare alcuna disciplina, nonostante questa lacuna fosse già stata riscontrata anche nella previgente legislazione».

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che l'unica disposizione codicistica che affronta espressamente il tema della causalità civile sia rappresentata dall'art. 1223⁴²⁸, dettato nell'ambito della responsabilità contrattuale, e applicabile anche in sede extracontrattuale in virtù del rinvio che ad esso opera l'art. 2056 c.c., a tenore del quale «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta»⁴²⁹.

I profili maggiormente problematici relativi all'interpretazione della disposizione citata sono essenzialmente due: da un lato, si tratta di stabilire se il suo campo di applicazione concerna l'accertamento del nesso di causalità materiale o, viceversa, sia diretta alla selezione delle conseguenze dannose risarcibili; dall'altro, si tratta di interpretare la locuzione «immediate e dirette»⁴³⁰.

⁴²⁸ Con l'art. 1223 c.c. il legislatore ha integralmente riprodotto l'art. 1229 del codice civile del 1865, che a sua volta ricalcava l'art. 1151 del cod. Nap. con il quale i redattori avevano riassunto il pensiero di *Pothier* circa i danni che il debitore inadempiente è tenuto a risarcire, il quale, presupponendo già individuato il soggetto responsabile, fissa i criteri in virtù dei quali determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, mirando a circoscrivere il contenuto e l'estensione del danno risarcibile alle sole conseguenze «immediate e dirette». In particolare il giurista francese, rifacendosi all'es. dell'animale compravenduto affetto da malattia contagiosa, il quale arrechi al compratore una serie di danni, distingue i danni risarcibili, ossia il valore dello stesso animale nonché degli altri animali contagiati escludendo, invece, la risarcibilità degli ulteriori danni, quali ad es. la mancata coltivazione dei terreni per mancanza di animali, nonché il dissesto economico del compratore che, a causa del mancato raccolto, non è stato in grado di adempiere ai suoi impegni, così che i suoi beni sono stati sottoposti ad esecuzione forzata, in quanto danni indiretti, ossia costituenti conseguenza remota di un danno in precedenza prodotto, quindi solo indirettamente e mediamente derivato dalla condotta illecita, in apparente aderenza con il significato letterale della distinzione tra danni diretti e indiretti. Tuttavia, al fine di dimostrare che non tutti i danni indiretti sarebbero esclusi dal risarcimento, introduce il concetto di «danno necessario», quale danno che, pur essendo indiretto, sarebbe risarcibile in quanto non poteva essere evitato dal danneggiato, nemmeno usando l'ordinaria diligenza, mentre lo stesso non può essere considerato «necessario» quando sono intervenute altre cause estranee senza le quali non si sarebbe prodotto o avrebbe comunque potuto essere evitato, in modo da escludere l'esistenza di un nesso causale necessario o sufficiente tra il danno e il comportamento colpevole del danneggiante. Ne consegue che il nesso di causalità risulta interrotto non per il carattere remoto del danno ma per il fatto che il danno era evitabile con la normale diligenza dal creditore/danneggiato. Il danno «indiretto» verrebbe ad assumere nel pensiero del giurista il significato di «danno non necessario», cosicché anche un danno riflesso, e quindi remoto, può essere «necessario». Per una ricostruzione più dettagliata del pensiero di *Pothier*, si veda P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 43 ss., il quale ritiene che le considerazioni fatte a proposito del cod. Nap. valgano anche per il cod. civ.

⁴²⁹ In tal senso A. DE CUPIS, *Il danno (Teoria generale della responsabilità civile)*, Milano, 1951, p. 110 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 336 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, 1958, n. 632, p. 63 ss.

Contra P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 21, per il quale l'art. 1223 c.c. non è l'unica norma positiva dettata dal legislatore in materia di causalità civile, ma vi sono altre norme, inspiegabilmente trascurate, che si riferiscono allo stesso problema.

⁴³⁰ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 19.

5.3. La causalità giuridica.

Al centro del dibattito dottrinale sul tema della causalità nell'illecito civile si pone, quindi, il problema se l'art. 1223 c.c. possa applicarsi alla verifica del nesso di causalità cd. materiale, tra condotta ed evento lesivo, o se tenda unicamente a selezionare le conseguenze dannose risarcibili⁴³¹.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono, infatti, che l'indagine sull'elemento causale vada distinta in due fasi: l'una, diretta all'accertamento della causalità materiale tra il comportamento astrattamente considerato e l'evento dannoso, la quale svolge la funzione di imputare il fatto illecito al responsabile, l'altra, diretta all'accertamento della causalità giuridica tra evento dannoso e conseguenze pregiudizievoli che ne scaturiscono al fine di delimitare l'ambito del danno risarcibile⁴³².

⁴³¹ È significativo il fatto che l'art. 1223 c.c. sia richiamato dall'art. 2056 per determinare l'estensione del risarcimento e non dall'art. 2043 per l'estensione stessa della responsabilità. L'art. 2043, infatti, nel sancire l'obbligo del risarcimento a carico di «colui che ha commesso il fatto», presuppone già un nesso di causalità che consenta l'attribuzione di un dato fatto a colui che ne debba rispondere. Ciò confermerebbe che l'art. 1223 presuppone già risolto il problema della responsabilità, e mira unicamente a stabilirne il contenuto, l'estensione. Non si tratta, dunque, di un problema di causalità, ma di ammontare del danno risarcibile.

⁴³² La scomposizione del nesso causale sarebbe confermata, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, dalla stessa lettera dell'art. 2043 c.c., nel quale il sostantivo “danno” ricorre due volte, in una prima è accompagnato dall'aggettivo “ingiusto”, una seconda, senza alcuna qualificazione, relativo alle conseguenze economiche pregiudizievoli.

La giurisprudenza di legittimità si è espressa a favore della scomposizione del nesso causale a partire dalla storica sentenza Meroni, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss. con nota di M. Bona. Contrario alla distinzione tra le due categorie di nesso di causalità, C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, p. 650 secondo il quale «siffatta duplicazione del rapporto causale sembra costituire già a prima vista un artificio logico, e rappresenta in effetti la fonte di grossi equivoci in una questione già di per sé delicata». Per tale autore «il rapporto di causalità rilevante non può che essere uno, quello che si pone tra la fattispecie soggettiva e il danno, considerato come suo evento terminale»; P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 25 ss., il quale rileva, a tal proposito che: «non sembra che l'illecito civile si presti alla distinzione tra danno evento e danni conseguenze; e ciò per la decisiva ragione che sotto il profilo civilistico ogni danno, purché legato a una determinata condotta illecita va sempre e inevitabilmente considerato evento in senso tecnico. Talché, a mio parere, il diritto civile a differenza del diritto penale non ha spazio per la categoria del danno conseguenza, inteso quale danno non rientrante nella fattispecie illecita». La conseguenza di tale impostazione è l'applicabilità dell'art. 1223 per stabilire il rapporto di causalità in relazione ad ogni danno. In contrasto con tale interpretazione F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964, p. 123, il quale osserva come: «la rilevata tendenza ad impiernare il problema causale su un'unica ricerca (quella tra condotta ed evento), se indubbiamente si impone in diritto penale, non sembra, per contro validamente giustificarsi in campo civilistico (in cui l'ulteriore rapporto tra fatto e conseguenze dannose acquista un rilievo preminente); e ciò neppure sulla base della dianozi criticata parificazione fra concetti di evento e di danno, giacché, così facendo, si verrebbe a forzare l'ordine naturale delle cose». Vi sono, poi, degli autori che, pur riconoscendo, contrariamente a Forchielli, la distinzione tra danno ingiusto e danno pregiudizio, sono comunque favorevoli all'applicazione dell'art. 1223 anche per disciplinare l'accertamento del nesso di causalità materiale tra fatto e danno ingiusto, oltre al rapporto tra fatto e danno risarcibile: C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 624.

Innanzitutto bisognerebbe accertare il nesso di causalità tra condotta illecita e danno ingiusto, onde stabilire se la prima sia stata la causa del secondo. Questo primo accertamento verrebbe compiuto attraverso i criteri delineati dagli artt. 40 e 41 c.p.⁴³³

Tale preliminare indagine ha ad oggetto l'*an* del risarcimento e prende il nome di causalità naturale o di fatto⁴³⁴.

Una volta risolto il problema della imputazione del fatto e, quindi, dell'individuazione del soggetto responsabile, si tratta di delimitare l'ambito della risarcibilità delle singole conseguenze dannose.

Secondo la tesi attualmente dominante, l'art. 1223 c.c., richiamato espressamente dall'art. 2056, lungi dall'occuparsi del rapporto tra condotta ed evento lesivo, cd. causalità materiale, e dunque dell'*an* del risarcimento, presuppone già risolto il problema della responsabilità (art. 1218 c.c.)⁴³⁵, mirando unicamente a circoscrivere l'area del danno risarcibile, alle sole conseguenze pregiudizievoli immediate e dirette⁴³⁶.

Detto in altri termini, la normativa in esame serve ad affrontare soltanto un aspetto della tematica che viene riportata nell'ambito della causalità, cioè quell'aspetto che consiste nel porre la questione: l'inadempimento o il fatto illecito sono cause necessarie di determinate conseguenze lontane e immediate, o soltanto l'occasione?

⁴³³ Nonostante le peculiarità che caratterizzano la responsabilità civile, si può affermare che, con riguardo alla prima fase dell'accertamento causale, non sussiste sostanziale differenza tra come opera il nesso causale nel diritto penale e nella responsabilità civile con riferimento all'individuazione del responsabile. Nell'ambito della stessa responsabilità civile, poi, tale accertamento è sicuramente più semplice nel caso della responsabilità contrattuale dove, per stabilire l'*an debeatur*, è necessario verificare che la prestazione non sia stata adempiuta o, se l'adempimento è divenuto impossibile, che l'impossibilità non sia dipesa da causa imputabile al debitore. Accertato l'*an*, si procede poi alla valutazione del *quantum*. Nella responsabilità aquiliana, invece, l'accertamento dell'*an* (causalità materiale) è più complesso, in quanto si deve verificare la sussistenza sia dell'elemento soggettivo, sia di quello oggettivo, ossia del rapporto di causalità tra il fatto del danneggiante e il danno ingiusto. Compiuto tale accertamento, si deve passare alla selezione delle conseguenze dannose risarcibili (causalità giuridica) con gli stessi criteri delineati in ambito contrattuale, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c.

⁴³⁴ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 20; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 326.

⁴³⁵ Osserva al riguardo F. REALMONTE, *op. cit.*, pp. 169-170, che: «l'art. 1223 c.c. presuppone già risolta la questione se la mancata realizzazione del risultato utile per il creditore dedotto nel rapporto obbligatorio, costituisca inadempimento e si riferisca esclusivamente alle situazioni dannose ulteriori causate da quest'ultimo; riguarda, in altri termini, il problema della determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria che grava sul debitore inadempiente».

⁴³⁶ Così G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 557. Una dottrina minoritaria nega che l'art. 1223 c.c. abbia un fondamento causalistico: tra questi, F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 99; ed P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 346. Tale dottrina minoritaria sostiene la tesi dell'unicità del giudizio di causalità tra fatto e danno, il quale andrebbe compiuto prima di pervenire alla selezione dei danni risarcibili.

Essa sancisce il principio di rilevanza del nesso di causalità tra inadempimento (o fatto illecito) e danno ai fini del sorgere del diritto al risarcimento dei danni subiti, ma non chiarisce quali siano i criteri di accertamento della sussistenza di tale nesso poiché la norma presuppone che sia già risolto (in senso positivo) il problema della esistenza del collegamento eziologico⁴³⁷. E tale problema, secondo l'opinione comune in dottrina come in giurisprudenza, va affrontato sulla scorta dei criteri ermeneutici desumibili dagli artt. 40 e 41 del codice penale⁴³⁸.

La norma suddetta sarebbe rivolta, quindi, a risolvere esclusivamente il problema della cd. causalità giuridica, ossia della determinazione del danno risarcibile⁴³⁹.

⁴³⁷ L. GORLA, *op. cit.*, p. 409 ss.; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, *cit.*, p. 200 ss.; Id., *Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) Visintini, Milano, 1984, p. 10.

⁴³⁸ Peraltro, se normalmente per causalità naturale si intende il rapporto causale che lega il comportamento lesivo con il danno evento e per causalità giuridica il rapporto che lega il fatto illecito alle conseguenze dello stesso, si assiste, talvolta, ad un impiego di tali espressioni in un'accezione diversa. La causalità naturale viene, cioè, intesa come causalità nella natura, ossia del mondo fenomenico, e si contrappone alla causalità giuridica che è la causalità rilevante per il diritto e che costituisce una porzione limitata della prima. In tal senso si veda: C. SCOGNAMIGLIO, (voce) «Responsabilità civile», *cit.*, p. 651; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 114; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 1008.

⁴³⁹ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss., secondo il quale «l'art. 1223 presuppone che di un dato fatto, che comprende anche un evento, si debba rispondere in base ad altre regole che non siano quelle dello stesso art. 1223. Questo articolo si limita a considerare le conseguenze o eventi successivi a quel fatto-evento; ma il rapporto di causalità e la ragione di responsabilità, all'interno di questo fatto, l'art. 1223 li presuppone disciplinati da altre norme». Questo orientamento è ora sostenuto da G. VISINTINI, (a cura di), *I fatti illeciti III, Causalità e danno*, Padova, 1999, p. 255 e ss.

5.4. La risarcibilità dei danni immediati e diretti ai sensi dell'art. 1223 c.c.

A questo punto occorre domandarsi che cosa debba intendersi per conseguenze “immediate e dirette” dell'inadempimento o, che è la stessa cosa, quand'è che ricorre il nesso di causalità tra inadempimento (o fatto illecito) e danno⁴⁴⁰.

La stessa disposizione, dopo aver stabilito che la reintegrazione del patrimonio leso debba essere integrale, limita il risarcimento alle sole conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento stabilendo, così, la necessità che ricorra un nesso di causalità tra l'illecito e la misura dell'obbligazione risarcitoria.

Autorevole dottrina ritiene che con il termine “immediato” si alluda a quei danni che vanno direttamente ricollegati alla condotta illecita e non sono conseguenza di altri danni⁴⁴¹.

Accogliendo questa interpretazione, ne deriverebbe come conseguenza che i danni mediati non sarebbero risarcibili, con evidente mancata giustificazione di fronte ad un danno pur immediato, ma estremamente esiguo o, all'opposto, di un danno mediato ma di ingente entità⁴⁴².

Ancora più complessa risulta la distinzione tra danni diretti e danni indiretti.

⁴⁴⁰ Sul tema della causalità si vedano, tra gli altri, P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 14 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 13 ss.; G. GORLA, *op. cit.*, p. 405 ss.; P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 22-23, il quale rileva come in dottrina emergono due diverse interpretazioni dell'art. 1223 c.c. Secondo la prima, accolta dalla dottrina maggioritaria, il requisito della natura «diretta ed immediata» del danno, è un requisito che la legge esige per qualsiasi danno, sia quello iniziale che quelli successivi e, in tal caso, non essendo concepibile illecito civile senza danno, per stabilire se sia in presenza di un illecito civile occorre stabilire non solo che una condotta ha prodotto danni, ma che si tratta di danni immediati e diretti. In tale prospettiva, l'art. 1223 c.c. si confonde con il problema della causalità civile. Accogliendo, viceversa, la seconda interpretazione, per la quale occorre distinguere due diversi problemi causali, quello tra condotta ed evento e quello tra ciascuno dei danni prodotti, escluso quello iniziale, e la condotta illecita, si ammette che solo questa seconda relazione risulta disciplinata dall'art. 1223, mentre il danno iniziale sarebbe sempre risarcibile, anche se mediato e indiretto. Secondo questa impostazione, l'art. 1223 sarebbe autonomo rispetto al problema di natura causale. Secondo l'Autore, tuttavia, «se la distinzione tra danno-evento e danni-conseguenze trova la sua ragion d'essere nel diritto penale; nel diritto civile, invece, ogni danno, purché legato ad una condotta illecita, va sempre considerato evento in senso tecnico, mentre non vi sarebbe spazio per il danno-conseguenza, quale danno non rientrante nella fattispecie illecita. Ritiene, quindi, che l'impostazione in base alla quale la natura «diretta ed immediata» del danno si applicherebbe solo ai danni-conseguenze e non anche al danno-evento, non ha alcuna consistenza. Occorre, invece, aver riguardo allo scopo pratico perseguito da ciascuna norma, i base al quale il legislatore, di volta in volta, costruisce la fattispecie comprendendovi la sola condotta, o solo una parte delle relative conseguenze. Ritiene, pertanto, che l'evento costitutivo ed essenziale di ogni illecito civile debba necessariamente consistere in una lesione patrimoniale, in un danno cioè civilmente inteso che, per essere risarcito, deve rientrare nella fattispecie prevista dall'art. 2043, costituendone l'evento in senso tecnico. Inoltre, non solo il danno-evento, ossia il danno iniziale, ma anche i danni-conseguenze rappresentano l'evento in senso tecnico dell'illecito.

⁴⁴¹ Così A. DE CUPIS, *Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1980, p. 119 ss.; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 65.

⁴⁴² P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 35.

Con il termine “danno indiretto” si vuole indicare o il danno che non consiste nella lesione diretta di un bene ma pregiudichi un incremento patrimoniale futuro, come il lucro cessante o la conseguenza riflessa di un danno in precedenza prodotto⁴⁴³, che consisterebbe in un danno indirettamente e mediatamente derivato dalla condotta illecita, o alla circostanza che il soggetto che subisce un danno indiretto è diverso da quello che subisce un danno diretto o, ancora, nell’ipotesi in cui il soggetto passivo del danno diretto era la fonte del guadagno del soggetto passivo del danno indiretto⁴⁴⁴.

La dottrina si mostra incline ad oltrepassare il significato letterale dell’art. 1223 c.c.⁴⁴⁵, e allo stesso modo si comporta la giurisprudenza che in più occasioni ha riconosciuto la risarcibilità dei danni diretti e mediati⁴⁴⁶.

Il danno indiretto o mediato è quel danno evitabile, ossia quel danno che pur essendo provocato da una causa remota, in esso si inserisce una condotta successiva di un altro soggetto, che può essere lo stesso danneggiato o un terzo, in grado di evitare il danno⁴⁴⁷.

⁴⁴³ D. BARBERO, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁴⁴ P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 36, il quale, a tal proposito, riporta dell’es. della moglie che deve accontentarsi di un mantenimento minore, a causa delle diminuite capacità di guadagno del marito.

⁴⁴⁵ Così P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 9, per il quale l’art. 1223 c.c. vigente, riproducendo l’art. 1151 *Code Napoleon*, ha accolto il principio della “causalità necessaria”: il danno non è necessario quando a produrlo siano intervenute altre cause estranee, senza le quali il danno stesso non si sarebbe verificato o, comunque, avrebbe potuto essere evitato. Ne consegue che il nesso causale tra illecito e danno si interrompe non a causa del carattere remoto del danno ma per l’evitabilità del danno da parte del creditore diligente potendo, quindi, essere risarciti anche i danni mediati e indiretti.

Nello stesso senso si vedano: A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 110 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 336 ss.; D. BARBERO, *op. cit.*, p. 63 ss.

⁴⁴⁶ La giurisprudenza è costante nel ritenere che il danno risarcibile per inadempimento (o fatto illecito) sia delineato dal criterio della cd. regolarità causale, nel senso che andrebbero risarciti i danni diretti e immediati nonché quelli mediati e indiretti che rientrano nella serie delle conseguenze normali del fatto, in base ad un giudizio di probabile verifica rapportato all’apprezzamento dell’uomo di ordinaria diligenza. In tal senso si veda Cass., 6 marzo 1997, n. 2009, in *Rep. Foro it.*, 1997, (voce) *Obbligazioni e contratti*, n. 571; Cass., 24 marzo 2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, 6, p. 599.

In sostanza, secondo la giurisprudenza, un evento dannoso sarebbe da considerare come conseguenza di un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, cd. teoria della *condicio sine qua non*, dovendosi all’interno delle serie causali così determinate dare rilievo solo a quelle che, nel momento in cui si produce l’evento causante, non appaiono del tutto inverosimili in base alla teoria della causalità adeguata o della regolarità causale.

⁴⁴⁷ Il riferimento normativo si rinviene nell’art. 1227, comma 2, c.c. secondo il quale il risarcimento è escluso per quei “danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l’ordinaria diligenza”. E se ciò vale per quei danni imputabili a colpa del danneggiato, a maggior ragione lo stesso effetto si dovrà produrre quando si inserisca la condotta di un terzo, tale per cui risulta ripugnante addebitare il danno alla condotta remota in presenza della colpa di un terzo soggetto.

In presenza di più cause umane imputabili, quindi, il giudice è chiamato a ricercare la causa prossima giuridicamente rilevante dell'illecito, escludendo le cause più remote⁴⁴⁸.

Come anticipato, il danno si compone di due voci: il danno emergente e il lucro cessante. La liquidazione tanto dell'uno quanto dell'altro richiede che il danneggiato ne dia prova dell'esistenza, non essendo sufficiente la sola dimostrazione del fatto illecito per ottenerne il risarcimento⁴⁴⁹.

Il primo viene definito come la diminuzione economica, in sé considerata, ossia il danno che si sarebbe evitato con l'esatto adempimento, o il mancato compimento dell'atto illecito⁴⁵⁰.

Il lucro cessante, invece, è il mancato profitto, cioè il mancato incremento del patrimonio conseguente all'inadempimento (o al fatto illecito)⁴⁵¹.

La norma in questione si occupa, quindi, della valutazione e della liquidazione del danno risarcibile.

⁴⁴⁸ P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 63-64.

⁴⁴⁹ La dimostrazione del danno viene normalmente fornita attraverso il giudizio ipotetico di differenza tra la situazione quale sarebbe stata senza il verificarsi del fatto dannoso e quella effettivamente avvenuta. Così Cass. 19 settembre 2008 n. 23897.

⁴⁵⁰ La giurisprudenza ha considerato la perdita di *chance* come un danno attuale e risarcibile, consistente, non nel lucro cessante, ma nel danno emergente da perdita di possibilità attuali, a condizione che il soggetto che ne chiede il risarcimento provi la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

⁴⁵¹ Secondo la giurisprudenza la liquidazione del lucro cessante presuppone almeno la prova, sia pure indiziaria, della utilità patrimoniale che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità, e non di mera possibilità, il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, e deve perciò essere esclusa per quei mancati guadagni che sono meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte. Si veda, a tal proposito: Cass., 3 settembre 1994, n. 7647, in *RFI*, 1994, (voce) *Obbligazioni e contratti*, n. 319. La risarcibilità o meno del lucro cessante non si può rapportare ad un problema causale, proprio perché in tali casi non si è di fronte ad un evento che sia il risultato di una condotta, come prevede l'art. 40 c.p. Ne consegue che per il lucro cessante la determinazione del limite di estensione del risarcimento va stabilita con altri criteri che non siano quelli della causalità. In altri termini, il danno inteso quale ripercussione patrimoniale sfavorevole di un dato fatto non costituisce un'entità suscettibile di essere spiegata in termini causali. Inoltre, per il risarcimento del lucro cessante deve essere provato che il danno si produrrà nel futuro secondo una fondata e ragionevole previsione, e non solo in caso di assoluta certezza. Il creditore/danneggiato, per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale da mancato guadagno deve dare la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che secondo un rigoroso giudizio di probabilità e non di possibilità avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta o il fatto illecito non fosse stato commesso, e va quindi escluso per i mancati guadagni meramente ipotetici.

Tradizionalmente il danno viene definito come la differenza tra la consistenza del patrimonio del danneggiato quale è in seguito al fatto lesivo e quella che avrebbe avuto in mancanza del fatto dannoso⁴⁵².

Secondo il dettato legislativo il risarcimento del danno per inadempimento o per il ritardo deve comprendere tanto la perdita subita dal creditore quanto il mancato guadagno. La giurisprudenza è costante nel ritenere che la reintegrazione del patrimonio leso deve essere integrale; infatti la misura del danno non deve essere necessariamente contenuta nei limiti di valore del bene danneggiato ma deve avere ad oggetto l'intero pregiudizio subito dal soggetto danneggiato, essendo il risarcimento diretto alla completa *restitutio in integrum* del patrimonio leso.

Il risarcimento del danno, quindi, sia esso contrattuale o extracontrattuale, ex artt. 1223 e 2056, deve porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza il verificarsi dell'evento lesivo, trovando il suo presupposto nella effettiva perdita subita, senza risolversi in un vantaggio patrimoniale per il soggetto leso, dovendo la determinazione delle conseguenze patrimoniali negative limitarsi alla perdita subita e al mancato guadagno⁴⁵³.

Deve escludersi, pertanto, che il risarcimento possa condurre il danneggiato in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato in mancanza del fatto illecito, ed inoltre il risarcimento va escluso anche quando il danno, anche in mancanza del fatto del convenuto si sarebbe comunque verificato e sarebbe rimasto definitivamente a carico del danneggiato⁴⁵⁴.

⁴⁵² Così Cass., 16 dicembre 1988, n. 6856, in *RFI*, 1988, (voce) *Danni civili*, nn. 58 e 266.

In dottrina: P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 169 ss.; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Trattato* diretto da Rescigno, 9, I, Torino, 1999, p. 254; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 1991, p. 635.

⁴⁵³ V. CARBONE, sub Art. 1223, in *La Giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libro IV, Delle obbligazioni*, a cura di U. Bellini, V. Carbone, L. Delli Priscoli, G. Marziale, H. Simonetti, G. Stella Richter, p. 523.

⁴⁵⁴ P. FORCHIELLI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 56 ss., secondo il quale il danneggiato non può essere garantito contro quei rischi cui sarebbe stato comunque esposto, anche in assenza dell'illecito. Applicato all'ambito antitrust, l'impresa danneggiata da un illecito escludente, non avrebbe diritto di ottenere il risarcimento per la fuoriuscita o il mancato ingresso nel mercato, qualora questo si sarebbe comunque verificato, anche in mancanza della condotta anticoncorrenziale, per es. per mancanza di efficienza.

5.5. Le altre norme sulla quantificazione del danno risarcibile.

Ma l'art. 1223 c.c. non è l'unica norma che si occupa della quantificazione del danno⁴⁵⁵.

Accanto all'art. 1223 c.c. si pongono, infatti, gli artt. 1225, 1226 e 1227 che costituiscono gli ulteriori criteri dei quali si deve servire l'interprete per la quantificazione del danno risarcibile⁴⁵⁶.

L'art. 1227 c.c., al comma 1, sancisce che “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”, lascia chiaramente intendere che il legislatore ha preso in esame l'ipotesi in cui il fatto del creditore/danneggiato interviene a spezzare il legame, a monte, tra comportamento del soggetto agente ed evento, escludendo così la totale imputabilità del fatto all'agente, e limitando di conseguenza la responsabilità di quest'ultimo⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Si veda in tal senso G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss., secondo il quale «l'art. 1223 presuppone che d'un dato fatto, che comprende anche un evento, si debba rispondere in base ad altre regole che non sono quelle dello stesso art. 1223. Questo articolo si limita a considerare le conseguenze o eventi successivi a quel fatto-evento; ma il rapporto di causalità e la ragione di responsabilità, all'interno di questo fatto, l'art. 1223 li presuppone disciplinati da altre norme».

⁴⁵⁶ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, p. 17 ss.

⁴⁵⁷ Secondo l'orientamento prevalente della dottrina, l'attribuzione di una parte della responsabilità al danneggiato sarebbe la conseguenza della sua collaborazione nella produzione del danno. In questo senso P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 70; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 236; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. p. 215. Secondo un orientamento minoritario, il problema va risolto in base ad un principio di autoreponsabilità, per cui «il danneggiato non può cagionare danno a se stesso con un atto libero e consapevole, e poi pretendere il risarcimento da altri». Di conseguenza, il sopravvenuto atto volontario del danneggiato esclude sempre la responsabilità dell'agente. Pertanto, mentre in base al 2° comma art. 1227 c.c. e per il principio di autoreponsabilità, il danneggiato deve subire le conseguenze della propria negligenza, ove questa abbia aggravato la lesione iniziale, quando il fatto colposo del danneggiato concorre con quello del danneggiante nella produzione della lesione iniziale, il suo diritto al risarcimento è limitato in base al 1° comma. Così P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 129. Nello stesso senso G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 460.

Secondo una larga parte della dottrina e la giurisprudenza pressoché unanime, l'art. 1227, co. 1 costituisce applicazione o corollario dei principi della causalità, dai quali si ricava la regola per cui «come il soggetto deve sopportare il danno che subisce per propria unica cagione, così deve sopportare parzialmente il danno che subisce per propria parziale cagione»⁴⁵⁸.

Il comma 2, al contrario, nello stabilire che “il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”, chiarisce in che modo il fatto del creditore possa influire, a valle, sul diverso rapporto evento-danno, e cioè rendendo non più risarcibili talune delle conseguenze immediate e dirette dell'evento, nonostante sia già stata accertata la piena responsabilità del danneggiante, e sia già stato determinato il risarcimento attraverso il filtro dell'art. 1223 c.c.”⁴⁵⁹.

Altro criterio limitativo della determinazione del danno risarcibile viene rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel principio della *compensatio lucri cum*

⁴⁵⁸ L'espressione è di A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 218 ss. Nello stesso senso, si veda M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., p. 772 ss.; R. PUCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1990, II, p. 5 ss. Secondo tali autori, la disposizione in questione costituisce corollario del funzionamento del nesso causale, prendendo in considerazione il fatto colposo del danneggiato se e in quanto causa dell'evento dannoso. Tale impostazione sarebbe confermata dal fatto che l'art. 1227 utilizza il verbo “cagionare”, ossia lo stesso verbo utilizzato dal 2043 e riferito al nesso causale. Dunque il fatto del danneggiato viene in rilievo ai fini della riduzione del risarcimento, sia in quanto abbia concorso a cagionare l'evento, sia in quanto sia stato colposo, ossia negligente.

Il primo comma dell'art. 1227 rappresenta un'ipotesi particolare della più generale previsione del concorso di più autori del fatto dannoso di cui all'art. 2055, che ne sancisce la responsabilità solidale, salvo il regresso da parte di colui che ha risarcito il danno, ipotesi particolare in cui il verificarsi del fatto dannoso sia ricollegabile a più soggetti, dei quali uno sia il danneggiato, il quale non potrà ripetere quella parte di danno che egli stesso si sia causato e quindi non costituisce danno ingiusto. Esso presuppone un nesso causale tra un fatto addebitabile anche al danneggiato ed il fatto dannoso, nel senso che il primo è stato una concausa del secondo.

⁴⁵⁹ Secondo P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 68 ss., l'art. 1227, 2° comma, c.c., per il quale la causa prossima esclude la causa remota, rappresenta una deviazione rispetto al principio della *condicio sine qua non* che imporrebbe, invece, di attribuire rilevanza anche alle cause condizionanti più remote. Secondo l'Autore è necessario distinguere la fattispecie di cui all'art. 1227, 2° comma, che presuppone sempre una successione temporale tra le diverse condotte condizionanti, da quella del 1° comma, che opera, invece, quando non sia possibile stabilire una successione temporale tra il fatto del danneggiante e il fatto del danneggiato o del terzo, tale che non si possa accertare quale dei due fatti sia più prossimo, operando contemporaneamente, o nel caso in cui le diverse condotte siano legate da un rapporto di complicità, tale per cui non sia possibile addebitare ogni porzione di danno al suo rispettivo autore. Il secondo comma disciplina, quindi, una situazione del tutto diversa da quella del primo comma; mentre la logica del primo è ricondotta al problema causale, in quanto si occupa del concorso causale e prevede la riduzione del risarcimento; il secondo presuppone che si sia già verificato l'evento dannoso (inadempimento o illecito aquiliano) che, in quanto tale, è addebitabile per intero, sotto il profilo causale, unicamente al danneggiante/debitore. Non si tratta, quindi, di un problema causale, ma del problema, logicamente successivo, dell'entità ed estensione del danno risarcibile. Infatti, per ragioni equitative, l'ordinamento ritiene non risarcibili quei pregiudizi economici che, pur essendo conseguenze immediate e dirette ai sensi dell'art. 1223, avrebbero potuto essere evitati dal danneggiato/creditore con l'ordinaria diligenza, in assenza di una sua inerzia colposa.

damno, per il quale si deve tener conto degli effetti vantaggiosi per il danneggiato che abbiano causa diretta nel fatto dannoso⁴⁶⁰.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza il principio suddetto, che comporta che nella determinazione del danno risarcibile si deve tener conto degli effetti vantaggiosi che hanno causa diretta nell'atto dannoso, discenderebbe dai principi generali che vogliono sì che il danno contrattuale ed extracontrattuale sia risarcito integralmente, ma allo stesso tempo esso non deve essere fonte di lucro e di arricchimento per il danneggiato, proprio in virtù del principio compensativo della responsabilità civile⁴⁶¹.

La compensazione in questione presuppone, dunque, che il vantaggio sia cagionato dall'inadempimento o dall'illecito, secondo il principio della causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c. e si verifica esclusivamente quando il vantaggio e il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento e non quando il fatto generatore del pregiudizio patrimoniale subito dal creditore sia diverso da quello che invece gli abbia procurato un vantaggio⁴⁶².

Va poi sottolineato come l'art. 1226 c.c. stabilisca che «Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa».

La norma in questione disciplina l'ipotesi in cui il danneggiato non sia in grado di fornire la prova del preciso ammontare del danno.

⁴⁶⁰ Tradizionalmente l'entità del danno da risarcire viene determinata attraverso la cd. teoria della differenza, ossia viene ravvisato nella differenza tra l'ammontare che ipoteticamente il patrimonio del danneggiato avrebbe raggiunto senza l'intervento dell'atto illecito e il suo effettivo ammontare, teoria invocata per giustificare il principio per cui dall'ammontare del danno risarcibile vanno detratti gli eventuali vantaggi causalmente imputabili all'illecito, cd. *compensatio lucri cum damno*. Su tale principio si veda: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 308 e ss.; M. BESSONE, *Tratt. Rescigno*, XIV, p. 436 ss., M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II, *Tratt. resp. civ.*, p. 80 e ss., secondo i quali il vantaggio deve, come il danno, essere conseguenza immediata e diretta del medesimo fatto illecito, mentre il suddetto principio non può trovare applicazione quando il vantaggio sia un effetto indiretto e riflesso dell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria da parte del debitore.

⁴⁶¹ Cass. S.U., 25 novembre 2008, n. 28056, in *Cc*, 2009, p. 289. Sebbene non espressamente previsto da alcuna norma, la giurisprudenza fa discendere dall'art. 1223 c.c. e dal principio di causalità la regola della *compensatio lucri cum damno*, in virtù della quale il risarcimento non deve fornire fonte di lucro per il danneggiato. Pertanto, se dal fatto dannoso derivi qualche vantaggio per quest'ultimo, di esso si deve tener conto nella liquidazione del danno, sottraendolo al risarcimento.

⁴⁶² *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, III° ed., a cura di G. Perlingeri, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1173-2059), p. 88. Come rileva la giurisprudenza, Cass. 2 marzo 2010, n. 4950; 11 febbraio 2009, n. 3357, il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione solo quando il lucro sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso.

Presupposti della valutazione equitativa del danno sono, pertanto, sia la certezza dell'esistenza dello stesso⁴⁶³, sia l'impossibilità di valutarlo nel suo preciso ammontare.

5.6. Il rapporto di causalità materiale.

Diversamente dalla causalità giuridica che riguarda l'estensione della responsabilità, la causalità materiale riguarda, invece, l'accertamento della responsabilità; essa serve per rispondere all'interrogativo: la condotta del danneggiante può aver provocato quell'evento lesivo?

L'indagine sulla responsabilità è considerata preliminare rispetto a quella sulla causalità c.d. giuridica; questa, infatti, presuppone l'accertamento positivo del rapporto di causa ed effetto tra l'evento ed il conseguente pregiudizio⁴⁶⁴.

La determinazione dei danni risarcibili avviene, pertanto, in un momento successivo all'accertamento della responsabilità.

È ovvio che al giurista non interessa indagare la causalità come categoria universale, sempre che esista⁴⁶⁵, sebbene non possa rinunciare ad individuare una nozione di causa che abbia il valore di "minimo comune denominatore" per tutti i saperi, in mancanza del quale, altrimenti, il concetto stesso di causa diverrebbe equivoco e per ciò solo inservibile⁴⁶⁶.

È evidente, inoltre, che dal modo in cui viene data soluzione al problema della causalità, derivano conseguenze diverse circa l'affermazione o l'esclusione di responsabilità di taluni soggetti riguardo a certi danni⁴⁶⁷.

La ricostruzione del nesso causale, operata dal giudice, risulta condizionata dalla funzione generale che si attribuisce alla responsabilità civile, sia dalle peculiarità delle specifiche ipotesi normative⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Secondo la giurisprudenza, in base al principio dell'onere della prova, spetta all'attore dimostrare l'esistenza del pregiudizio economico e l'esistenza del suo diritto al risarcimento del danno, pena il rigetto della sua domanda. Si veda in tal senso Cass., 5 aprile 2003, n. 5375, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2003, 4.

⁴⁶⁴ G. CIPRIANI, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, pp. 1104-1123.

⁴⁶⁵ Che possa essere formulata una nozione di causalità condivisa e valida "per tutti i settori della scienza" è, infatti, molto dubbio. Così da ultimo STELLA, *Il contesto della spiegazione causale: il processo penale*, in AA.VV., *Scienza e causalità*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, 2006, p. 2.

⁴⁶⁶ Così E. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA.VV., *Scienza e causalità*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, *cit.*, p. 39.

⁴⁶⁷ G. ALPA – M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980, I, p. 144 ss.

⁴⁶⁸ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, nel *Tratt. di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 13, 16, individua il problema della responsabilità civile nella scelta dei criteri in base ai quali un determinato costo sociale, anziché essere lasciato in capo alla vittima, secondo la regola che appare più naturale ed economica, viene traslato ad altri soggetti, che possono anche non essere i danneggianti; G.

Se si accoglie una concezione sanzionatoria dell'illecito, questa comporta una valutazione più rigorosa circa l'accertamento del nesso causale, per contro la valorizzazione, sempre più frequente, delle esigenze di tutela del danneggiato e la funzione compensativa della responsabilità civile, comportano l'utilizzo di criteri probabilistici in favore delle vittime (criterio del “*più probabile che non*”) e vere e proprie inversioni dell'onere probatorio in ordine alla causalità⁴⁶⁹.

In tale prospettiva, si afferma che la prova della causalità debba rispondere ad un criterio di “vicinanza alla prova”⁴⁷⁰; una ricostruzione della responsabilità civile come strumento di tutela delle vittime finisce per influenzare anche i profili causali.

La causalità materiale rappresenta sicuramente l'aspetto che più degli altri ha determinato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dove in un primo tempo si sono recepite le acquisizioni proprie del diritto penale, e solo successivamente si è giunti ad una autonoma ricostruzione in ambito civile⁴⁷¹.

Ciò è stato determinato dalla mancanza di una disciplina compiuta sul tema del nesso causale, poiché tanto l'art. 2043 c.c., quanto le fattispecie speciali di responsabilità, danno per presupposto che sia già risolto l'accertamento del nesso causale, cosicché gli interpreti in modo naturale hanno cercato risposte nel diritto penale e, segnatamente, negli artt. 40⁴⁷² e 41 c.p.⁴⁷³

ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, p. 57, rileva che il modificarsi delle tecniche di imputazione del danno è in stretta connessione con l'evolversi delle funzioni della disciplina dell'illecito.

⁴⁶⁹ A.P. BENEDETTI, *Il nesso di causalità nella responsabilità da fatto illecito*, in *Resp. civile e previdenza*, 1/2012, p. 37 ss.

⁴⁷⁰ Il principio di elaborazione giurisprudenziale di “vicinanza della prova” trova applicazione nelle ipotesi in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare viene invocato. In base a tale criterio tecnico, l'onere della prova, in deroga alla norma di cui all'art. 2967 c.c., viene posto a carico della parte prossima alla fonte di prova.

⁴⁷¹ L'impiego della disciplina penalistica per l'accertamento del nesso causale nell'ambito della responsabilità civile risulta accolto anche dalla dottrina prevalente. Così G. VALCAVI, *Sulla causalità*, cit., p. 1011; F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 126; R. SCOGNAMIGLIO, voce «*Responsabilità*», cit., p. 651; F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 173; L. GORLA, *op. cit.*, p. 411. Parzialmente favorevole è P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 197 ss., secondo il quale essa sarebbe applicabile solo alla responsabilità per fatto illecito, ma non a quella oggettiva per rischio lecito. Altra dottrina, invece, è contraria all'applicazione della disciplina penalistica per l'accertamento del nesso di causalità in ambito civile. Così P. FORCHIELLI, *op. cit.*, pp. 29 e 104. Inoltre, si veda M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 53 ss., il quale rileva come: «il rinvio operato al diritto penale non esaurisce tuttavia i problemi, ed anzi ne “importa” di nuovi. Infatti l'interpretazione e l'applicazione degli artt. 40 e 41 costituiscono oggetto di orientamenti contrastanti sia per la dottrina che per la giurisprudenza penale. Nonostante la presenza di norme apposite, neppure nel settore penale i problemi della causalità hanno ricevuto una soluzione univoca».

⁴⁷² L'art. 40 c.p. stabilisce che «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione

Dottrina e giurisprudenza hanno proposto diverse teorie per risolvere i problemi di valutazione e accertamento del nesso di causalità, e colmare la lacuna lasciata dal legislatore⁴⁷⁴.

5.7. *Le teorie sull'accertamento della causalità materiale.*

Procedendo ad una ricognizione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinviene come le principali teorie elaborate per l'accertamento del nesso di causalità sono: la teoria della *condicio sine qua non*, detta anche dell'equivalenza causale, e la teoria della causalità adeguata.

La prima, considera cause tutti gli avvenimenti cronologicamente antecedenti idonei a produrre un certo effetto⁴⁷⁵, nel senso che senza di essi l'evento illecito non si sarebbe verificato⁴⁷⁶.

o omissione». Il secondo comma prevede che può essere fonte di responsabilità il non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire.

⁴⁷³ Il primo comma dell'art. 41 c.p. conferma il principio per cui un'azione è causa dell'evento anche se a produrre quest'ultimo hanno concorso altre cause preesistenti, simultanee o sopravvenute; il secondo e terzo comma dispongono che: «le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione o omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui». Il secondo comma dell'art. 41 c.p., nel far riferimento alla causa «da sola idonea a produrre l'evento» non può essere intesa in senso letterale, e cioè come unica causa materialmente condizionante, ma come quella condotta umana imputabile, senza la quale il danno sarebbe stato evitato, tale che il nesso di causalità tra la causa remota e l'evento si interrompe quando la causa prossima sia stata condizionante. Solo così interpretata, tale disposizione è tale da evitare quella proliferazione della responsabilità che deriva dall'applicazione della teoria condizionalistica. In tal senso, si veda: P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 67. Questo fenomeno viene descritto come concorso di cause e, talvolta, come interruzione del nesso causale. Come giustamente osservato dalla dottrina, «la causa sopravvenuta non fa certo venir meno la rilevanza causale degli antecedenti sotto il profilo naturalistico, ma toglie loro rilevanza solamente sotto il profilo giuridico». Così R. SCOGNAMIGLIO, (voce) «Responsabilità civile», *cit.*, p. 650.

Quanto all'interpretazione dell'art. 41 c.p., la tesi prevalente, in ambito penale, riconosce la capacità di interrompere il rapporto di causalità alle sole cause sopravvenute, escludendo le cause preesistenti, recepita anche dalla giurisprudenza civile.

⁴⁷⁴ Parte della dottrina ritiene che l'impiego della disciplina penalistica per l'accertamento del nesso causale nella responsabilità civile, sebbene accolto dalla dottrina prevalente, risulti, in realtà, privo di una particolare motivazione. Così M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, III° ed., Trento, 2012, p. 47. Vi è, poi, chi fa riferimento ad un principio generale 1952, IV, p. 98, per il quale: «il testo fondamentale, in tema di causalità giuridica, i civilisti lo debbono andare a cercare nel codice penale che giustificerebbe una estensione della disciplina penale anche in ambito civilistico; precisamente in quell'art. 40 il quale, negando che l'effetto giuridico si produca se l'evento non sia legato alla azione dal nesso di causa pone un principio generale mentre il codice civile ne è ignaro perché i civilisti, quasi sempre non curanti per non dire sdegnosi del diritto penale e della sua scienza non lo hanno saputo enucleare». Così F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 100. Infine, altra dottrina rileva come l'impiego della disciplina penalistica venga giustificato con la circostanza che la valutazione operata in quella sede «costituisca una valutazione di tipo naturalistico e quindi trasponibile in ogni settore del diritto». Così F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 26. In senso contrario a tale estensione P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, *cit.*, p. 29.

Di conseguenza, il debitore (o il danneggiante) potrebbe essere sempre responsabile dei danni subiti dal creditore poiché può aver messo in moto la prima delle condizioni, o delle cause, che hanno provocato il danno, se procedendo alla loro eliminazione mentale *ex post*, l'evento non si sarebbe verificato⁴⁷⁷.

L'altra teoria è quella della causalità adeguata⁴⁷⁸, meno rigorosa dal punto di vista scientifico, ma più idonea dal punto di vista giuridico, in quanto prende in considerazione come causa di un certo fatto solo quella che appare normalmente idonea a produrlo⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ La paternità della teoria della *condicio sine qua non* si deve al giurista tedesco Von Buri. In dottrina si veda: A. DE CUPIS, *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954, p. 114; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 5; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1007, osserva come la teoria della *condicio sine qua non* sia applicabile alla causalità giuridica dal momento che amplierebbe eccessivamente il numero dei fattori causali, tanto da portare ad un possibile regresso all'infinito nella ricerca causale e quindi rende in concreto inutile la formula causale condizionalistica. La teoria in questione ha avuto una notevole diffusione anche in Francia e in Common law, nota come *but for test*.

⁴⁷⁶ La teoria in esame pone il problema di individuare un criterio che permetta di stabilire a quale punto smettere di ripercorrere all'indietro lo svolgimento causale, per riservare la qualifica di "causa" al fatto così raggiunto. Il merito che ad essa può riconoscersi è quello di aver risolto il problema della delimitazione dell'ambito delle conseguenze risarcibili, in connessione con il concetto di colpa, ossia della prevedibilità dello svolgimento causale e dell'evento, che costituisce il fondamento stesso della responsabilità. La teoria presenta, tuttavia, dei difetti tali da renderla insoddisfacente. Secondo P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 30, se vi era un sufficiente rischio di danno e la condotta doveva ritenersi perciò vietata, non si comprende come debba giovare all'agente il fatto che il concreto evento dannoso effettivamente verificatosi o lo svolgimento del processo causale non fosse per lui prevedibile. La prevedibilità, da parte dell'agente, è del tutto irrilevante. Emblematico è l'esempio riportato dallo stesso Autore, per il quale se A propina una bevanda a B sapendo che si tratta di veleno, ciò è sufficiente perché egli sia ritenuto responsabile di omicidio, e a nulla gioverebbe il fatto che per lui non fossero assolutamente prevedibili le particolari modalità di svolgimento causale che avrebbero condotto B alla morte.

⁴⁷⁷ Il metodo migliore per accertare se una condotta è stata condizione dell'evento è costituito dal criterio dell'eliminazione mentale. In base a tale metodo, se sommando tutti gli antecedenti si elimina con il pensiero la condotta dell'agente e risulta che l'evento si sarebbe verificato ugualmente, allora è chiaro che l'azione non è condizione dell'evento e neanche la causa; se, invece, eliminata mentalmente l'azione, ci si rende conto l'evento non si sarebbe verificato, o si sarebbe verificato con modalità diverse, si può ritenere esistente il nesso di causalità tra azione ed evento. Tuttavia allo scopo di adoperare lo schema dell'eliminazione mentale, è necessario preliminarmente sapere se la condotta analizzata appartenga al gruppo di quelle azioni che sono idonee a produrre quel risultato.

Questo rappresenta uno dei maggiori inconvenienti di questa tesi, che può essere utilizzata solo quando sono conosciute le leggi naturali che spiegano quell'evento verificatosi, mentre non è in grado di offrire una soluzione sicura in presenza di ulteriori fattori antecedentemente presenti.

⁴⁷⁸ La teoria della causalità adeguata nasce nel secolo diciannovesimo ad opera degli studiosi penalisti, e venne elaborata, in particolare, dal giurista tedesco *Von Kries*, come alternativa alla teoria della *condicio sine qua non* per l'accertamento del nesso di causalità nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, nella quale non è possibile far ricorso all'elemento soggettivo, criterio proposto per temperare l'eccessivo ampliamento del novero dei responsabili.

⁴⁷⁹ Il criterio in questione si serve, come è evidente, degli studi statistici riguardanti le probabilità di verifica di un dato evento come conseguenza di un certo antecedente: è "adeguata" solo una causalità che secondo le scienze statistiche è connessa a un'alta percentuale di verifica di un evento del tipo di quello effettivamente posto in essere. Secondo tale criterio, quindi, un evento dannoso è da

Tra le due teorie la più seguita dalla giurisprudenza, e da parte della dottrina, è quella della causalità adeguata⁴⁸⁰, la quale viene largamente impiegata nel nostro ordinamento come correttivo della teoria della *condicio sine qua non*⁴⁸¹, a tenore della quale ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta che appaiono prevedibili al momento nel quale ha agito (in base ad un giudizio *ex ante*, cd. prognosi postuma), che ne costituiscono, cioè, uno sviluppo adeguato, escludendosi la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche che si dovessero verificare⁴⁸².

considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, secondo la *condicio sine qua non*, ma nel contempo non è sufficiente tale relazione eziologica per determinare la causalità giuridicamente rilevante, dovendosi all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo solo a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili, secondo la teoria della causalità adeguata o della regolarità causale. Il principio della "causalità efficiente" serve a temperare la regola della "equivalenza causale", espungendo le cause antecedenti della serie causale, in presenza di un fatto sopravvenuto, «di per sé idoneo a determinare l'evento anche senza quegli antecedenti». Così Cass. 19 luglio 2005, n. 15183; Cass. 8 ottobre 2008 n. 24804.

⁴⁸⁰ La giurisprudenza ricorre alla regola della causalità adeguata al fine di ricostruire il legame tra atto illecito ed evento dannoso, tale per cui il pregiudizio rappresenta una conseguenza normale imputabile allorquando - secondo l'*id quod plerumque accidit*, regolarità statistica, probabilità apprezzabile *ex ante* -, integri gli estremi di una sequenza costante dello stato di cose posto in essere dal convenuto (v. in tale senso: Cass. 65/89; Cass. 7801/86; Cass. 567/83; Cass. 3622/80; Cass. 2264/77). In sostanza secondo la causalità adeguata la responsabilità è limitata alle conseguenze dannose che l'atto illecito fosse idoneo a produrre, nel senso di aumentare in misura non irrilevante la probabilità del loro verificarsi.

⁴⁸¹ Secondo la teoria della *condicio sine qua non*, nota anche come teoria dell'equivalenza delle condizioni, deve essere considerata causa dell'evento l'insieme degli antecedenti senza i quali l'evento non si sarebbe verificato. Necessario e sufficiente, perché si abbia il nesso di causalità e, dunque, perché sorga la responsabilità dell'agente, è che questi abbia posto in essere una condizione qualsiasi dell'evento, dato che tutte le condizioni sono equivalenti.

Per accertare la sussistenza del nesso causale si ricorre ad un procedimento di eliminazione mentale, tale per cui, eliminando mentalmente la condotta presa in considerazione, si deve verificare se l'evento rimane o viene meno. Solo nel secondo caso, si potrà considerare la condotta causa dell'evento.

Il maggior limite che questa teoria presenta consiste nell'estendere eccessivamente la responsabilità, posto che, considerando, equivalenti tutte le condizioni che concorrono alla produzione dell'evento, si finisce con il considerare rilevanti anche gli antecedenti più remoti fino ad arrivare a conclusioni paradossali. Al fine di spiegare questo problema è significativa la metafora utilizzata da A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 119, della palla di neve che, scendendo lunga la china causale, si trasforma in una valanga. G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, *cit.*, p. 413, il quale osserva che: «la teoria della *condicio sine qua non*, come espressione del metodo scientifico, è applicabile alla causalità materiale, ma non lo è altrettanto per quella giuridica, dove amplierebbe a dismisura il numero dei fattori causali. A quest'ultima potrebbe in teoria apparire più corrispondente il criterio dell'adeguatezza o della normalità, che poggia sulle regole probabilistiche e previsionali e tuttavia ad un esame più approfondito si rivela pure non immune da critiche».

⁴⁸² P.G. MONATERI, *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 458 ss. Al criterio soggettivo della prevedibilità utilizzato nella prima teoria, si contrappone, così, un criterio oggettivo nella teoria della causalità adeguata: quello della probabilità dell'evento. Come sottolineato da Von Kries, che per primo lo ha teorizzato, la probabilità, intesa come frequenza di due classi di eventi l'una rispetto all'altra, è indipendente dalle conoscenze e attese individuali. È in sede di applicazione del giudizio di probabilità al caso concreto che si manifesta un momento di soggettività.

In altri termini, essa si presenta come un correttivo alla teoria della *condicio sine qua non* in quanto ravvisa il nesso causale tra la condotta e le conseguenze limitatamente a quelle che la condotta appare idonea a provocare nel momento in cui è posta in essere⁴⁸³.

Il debitore (o danneggiante), secondo la tesi della causalità adeguata, non è responsabile dei danni subiti dal creditore quando intervenga un fatto del tutto distinto e autonomo dal suo inadempimento, che sia idoneo a produrre l'evento⁴⁸⁴.

In questi casi si avrebbe, quindi, un'interruzione del nesso di causalità, che potrebbe consistere sia nel fatto di un terzo, che nell'attività dello stesso creditore (o danneggiato), e il debitore non sarebbe responsabile per i danni subiti dal creditore.

Si è dunque elaborato un altro criterio basato su di un giudizio di prevedibilità in astratto, quello c.d. della regolarità causale, secondo il quale si deve rispondere delle conseguenze che si pongono in rapporto di regolarità causale con un dato fatto, cioè che ne costituiscono conseguenze normali (in altri termini quelle che normalmente accadono secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, e cioè secondo la comune esperienza)⁴⁸⁵.

⁴⁸³ In sostanza il giudizio va scomposto in due fasi, nella prima, mediante una valutazione *ex ante*, si accerta se non appaia improbabile che alla condotta consegua un risultato del tipo di quello considerato dalla norma giuridica; nella seconda, attraverso un giudizio si verifica se l'evento concreto realizzato consiste nel pericolo tipicamente o generalmente ricollegato alla condotta compiuta.

Un'obiezione alla tesi in esame è esposta da M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 82, per il quale la causalità adeguata non può essere considerata una vera e propria alternativa alla *condicio sine qua non* «perché la condotta deve essere innanzitutto causa delle conseguenze, siano queste prevedibili o meno: la causalità adeguata opererà in un secondo momento, escludendo la responsabilità per taluna delle conseguenze provocate. Per tale motivo essa viene attualmente intesa come un correttivo dei risultati ottenuti con l'applicazione del metodo condizionalistico, nel senso di ravvisare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta e le conseguenze, solo limitatamente a quelle che la condotta appare idonea a provocare nel momento in cui è posta in essere».

⁴⁸⁴ Il criterio della causalità adeguata è stato adottato in maniera pressoché generalizzata negli ordinamenti di Common law, dove viene compiutamente enunciato come il "*foreseeability test*" in forza del quale i danni risarcibili sono solo quelli che risultano conseguenze naturali e probabili della condotta illecita tenuta dal soggetto agente.

Al fine di limitare il novero dei responsabili, propria della teoria condizionalista, la teoria prevalente tanto in dottrina che in giurisprudenza fa leva sull'art. 41, co. 2, c.p., norma che comporta un temperamento alla teoria dell'equivalenza delle cause, riconoscendo «idoneità interruttiva del nesso eziologico alla sopravvenienza di un fattore sufficiente da solo a produrre l'evento, tale da degradare le cause antecedenti a semplici occasioni». A tale norma viene per lo più riconosciuta una validità generale anche nel campo dell'illecito civile.

⁴⁸⁵ Con tale espressione si intende che si considerano conseguenze di un dato fatto, quelle che rientrano in una successione normale di eventi secondo un calcolo di regolarità statistica da valutarsi a seconda di tutte le circostanze del caso. In altre parole, occorre effettuare un giudizio *ex ante*, e confrontare le conseguenze che la condotta era idonea a produrre con quelle prodotte, così da considerare conseguenza di un dato fatto solo l'evento che appaia conseguenza normale dell'antecedente, ed escludendo le conseguenze non volute, né prevedibili ed evitabili, trattandosi di fattori eccezionali che escludono il

L'aspetto più controverso di questa teoria consiste nelle modalità con le quali compiere il giudizio di adeguatezza e prevedibilità⁴⁸⁶.

La dottrina italiana è stata poco attenta in passato al problema della causalità, mentre sono state per lo più la dottrina e la giurisprudenza tedesche ad analizzare la questione, nel tentativo di rinvenire un criterio univoco in base al quale compiere il giudizio di adeguatezza causale tra condotta ed evento⁴⁸⁷.

Oggi dottrina e giurisprudenza italiane sembrano concordi nel ritenere che la prevedibilità dell'evento da parte del soggetto agente vada valutata *ex ante*, ossia al momento in cui si realizza la condotta, secondo un giudizio di prognosi postuma, al fine di verificare se al momento della condotta si potesse prevedere quali conseguenze ne sarebbero derivate⁴⁸⁸, tenendo conto non solo delle circostanze conosciute dall'uomo di normale diligenza, ma anche di quelle personali del soggetto agente⁴⁸⁹, ma per lungo tempo esse sono state divise se tale giudizio debba avvenire in astratto o in concreto.

rapporto causale in quanto hanno una probabilità minima di verificarsi, o comunque siano al di fuori della possibilità di controllo dell'uomo.

⁴⁸⁶ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 82 ss., che riporta la ricostruzione delle varie tesi elaborata da F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, p. 115, per il quale occorre distinguere tre posizioni: per la tesi originaria di *Von Kries*, l'adeguatezza va valutata *ex ante* e in concreto, ossia sulla base delle circostanze di fatto conosciute o conoscibili dal soggetto nel momento in cui ha agito, secondo le migliori conoscenze scientifiche; per la tesi di *Thon*, più rigorosa, l'adeguatezza dell'azione andrebbe valutata sulla base delle circostanze conosciute o conoscibili dall'uomo medio; per la tesi di *Rümelin*, ancora più rigorosa, il giudizio di probabilità va compiuto *ex post*, ossia sulla base di tutte le circostanze esistenti, anche se conosciute solo successivamente. Questo aspetto, che non è stato particolarmente approfondito dalla giurisprudenza italiana, ma è stato analizzato dalla giurisprudenza tedesca, che prevalentemente ritiene che tale valutazione debba avvenire *ex ante*, mediante prognosi postuma, ossia è al momento della condotta che occorre valutare se da essa poteva discenderne una certa conseguenza.

⁴⁸⁷ Il concetto di oggettiva idoneità dell'atto a determinare un evento è necessario per giustificare la regola secondo la quale l'atto non produttivo di danno non è fonte di responsabilità, neanche se compiuto con l'intenzione di fare danno e abbia effettivamente occasionato l'evento dannoso per il concorso di circostanze fortuite. P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 141, ritiene che la probabilità attenga al dolo e richieda la prova che il danneggiante ha previsto una certa situazione quale conseguenza della sua condotta. La prevedibilità o adeguatezza, invece, sempre secondo il Forchielli, deve essere impiegata nei casi in cui non vi sia stata previsione da parte del danneggiante, per l'accertamento della colpa. La differenza tra probabilità ed evitabilità sarebbe solo di tipo quantitativo: «l'adeguatezza si accontenta di un sensibile incremento di probabilità in ordine al verificarsi dell'accidente fortuito, mentre la prevedibilità esige un grado di probabilità positiva sensibilmente superiore al 50%».

⁴⁸⁸ *Ex multis*: Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2, 2006, p. 257 ss., con nota di F. Rolfi e in *Dir. e giust.*, 2005, 27, p. 25 con nota di Puliatti; Cass. 21 gennaio 2000 n. 632, in *Giur. it.*, 2000, p. 1817.

⁴⁸⁹ Non si potrebbe, infatti, pensare di fondare la responsabilità prendendo in considerazione solo i fatti astrattamente adeguati a produrre eventi dannosi, in quanto in tal modo non si potrebbe sanzionare un soggetto dotato di personali conoscenze scientifiche di carattere eccezionale che gli permettono di produrre un evento dannoso ponendo in essere un antecedente che secondo la comune esperienza non sarebbe idoneo a cagionare il danno. Per tale ragione si devono allora prendere in considerazione anche le eventuali conoscenze personali dell'agente, diverse da quelle ordinarie.

Accogliendo la seconda soluzione, se da un lato si eviterebbero risultati iniqui, dall'altro costituirebbe una ripetizione del giudizio di prevedibilità che è alla base della valutazione dell'elemento soggettivo⁴⁹⁰. La valutazione in astratto, invece, pone il problema di stabilire il modello da impiegare, ossia quello dell'uomo medio o quello delle migliori conoscenze di quel momento storico⁴⁹¹.

Tuttavia anche la teoria della causalità adeguata presenta degli inconvenienti, anzitutto perché non riesce a spiegare quelle ipotesi in cui l'azione non appaia *ex ante* idonea a determinare l'evento dannoso, ma questo sia prodotto da circostanze sopravvenute ed imprevedibili. Inoltre si basa su un criterio di prevedibilità *ex ante* e in concreto che mal si concilia con l'accertamento della causalità che, invece, dovrebbe basarsi su giudizi *ex post* e di natura oggettiva⁴⁹².

⁴⁹⁰ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 85-86.

⁴⁹¹ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 82, rileva come entrambe le soluzioni presentino degli inconvenienti: Il modello dell'uomo medio avrebbe come inconveniente quello di escludere l'impunità per quelle conseguenze pure cagionate volontariamente ma che non rientrano nelle conoscenze dell'uomo normale; la previsione in base alla migliore scienza ed esperienza, invece, costituisce nient'altro che un'applicazione del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche.

⁴⁹² Questa obiezione viene mossa, tra gli altri, da P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 42, per il quale è necessario procedere ad una descrizione dell'evento per come si è verificato poiché, in caso contrario, si arriverebbe all'assurda conseguenza di considerare una condotta come causa dell'evento in quanto ne costituisca *condicio sine qua non* nonché sia idonea a produrlo anche se fosse intervenuta un'altra causa sufficiente, da sola, a produrlo. L'Autore critica la teoria della causalità adeguata, sulla base della circostanza che non risulta precisato il modo in cui l'evento deve essere descritto e, quindi, «quanto più la descrizione si avvicina a cogliere l'evento nella sua singolarità tanto più improbabile deve apparire *ex ante* che l'evento si verifichi proprio in quel modo; procedendo sufficientemente nella descrizione, la probabilità può rendersi piccola quanto si vuole anche nelle ipotesi in cui il rapporto causale appaia al senso comune quanto mai stretto ed immediato: basta mettere in evidenza, nella descrizione, le particolarità individuali e irripetibili del caso concreto».

Per sottolineare l'importanza di questo problema, lo stesso Autore riporta l'esempio di A che ferisce gravemente B, il quale viene condotto in ospedale. In seguito alla guarigione viene dimesso e investito da un'automobile proprio davanti all'ingresso dell'ospedale. In tal caso la condotta di A è *condicio sine qua non* dell'evento e rappresenta altresì una causa idonea a produrlo. Tuttavia se si ha riguardo all'evento per come effettivamente si è realizzato risulta evidente che A non potrebbe essere ritenuto responsabile della morte di B. Si pone, poi, il problema di stabilire fino a che punto si deve procedere alla descrizione dell'evento, perché è chiaro che, più si aggiungono ulteriori specificazioni nella descrizione dell'evento, tanto più è improbabile *ex ante* che l'evento si verifichi proprio in quel modo. Per tentare di superare queste criticità, i fautori della teoria della causalità adeguata hanno ritenuto che la descrizione dell'evento e del processo causale non deve comprendere tutte le particolarità, né deve essere troppo generica, ma deve comprendere tutti i momenti più importanti. Altra critica alla teoria in questione viene mossa da P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 119 per il quale essa rischia di essere confusa con il criterio della prevedibilità e di essere contaminata con valutazioni attinenti all'elemento soggettivo della colpa. Se, infatti, tale giudizio venisse compiuto *ex ante* e in concreto, lo stesso finirebbe per sovrapporsi all'omologo giudizio inerente l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Va detto comunque che le teorie dell'equivalenza delle cause e della causalità adeguata rappresentano le teorie di maggior successo anche negli altri paesi dell'Europa continentale⁴⁹³.

Altra dottrina ha formulato la teoria della causalità umana, in base alla quale la condotta umana è causa dell'evento quando ne costituisce *conditio sine qua non* e l'evento rientra nella sfera di dominabilità dell'uomo in base ai suoi poteri conoscitivi e volitivi e quindi non sia dovuto all'intervento di fattori eccezionali⁴⁹⁴.

Tale teoria non riesce, tuttavia, a superare i problemi dogmatici posti dalla teoria condizionalistica, relativi alla indimostrabilità del nesso causale nel caso in cui non si conosca a priori l'idoneità della condizione a cagionare il fatto.

Inoltre, sono state poste nei confronti di questa teoria, le stesse critiche formulate in relazione alla causalità adeguata, posto che non fornisce parametri certi cui riferirsi per escludere il nesso di causalità, operando una contaminazione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo, facendo dipendere la causalità da una prevedibilità e dominabilità dell'evento, secondo il patrimonio di conoscenza del singolo agente⁴⁹⁵.

Un altro criterio utilizzato per individuare il nesso di causa è quello secondo cui la responsabilità si estende a tutte le conseguenze prodotte dall'illecito, salvo che il nesso di causalità sia interrotto dall'atto volontario di un terzo o da un fattore eccezionale sopravvenuto. La responsabilità non sarebbe invece esclusa da circostanze preesistenti, anche se eccezionali ed imprevedibili⁴⁹⁶.

⁴⁹³ M. BARCELLONA, *Scopo della Norma violata. Interpretazione Teleologica e Tecniche di Attribuzione della Tutela Aquiliana*, Riv. Dir. Civ., 1973, I, p. 313, il quale osserva che: «formule come quelle dell'«interruzione del nesso eziologico» o della «causalità adeguata» costituiscono ormai patrimonio comune della letteratura giuridica non solo continentale. Ciò si è verificato non solo perché esse corrispondevano ad un modo di sentire diffuso, ma soprattutto perché dovevano rispondere ad un problema che per essere sostanzialmente privo di specifiche soluzioni normative si prestava con facilità a recepire tesi e soluzioni generalizzanti».

⁴⁹⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale diritto penale, parte generale*, Torino, 2003, p. 214. Secondo questa teoria, esiste un campo in cui l'uomo può dominare: solo gli eventi che rientrano in questa sfera di signoria dell'uomo, possono essere considerati da esso causati, poiché egli, anche se non li ha voluti, era in grado di impedirli. Ciò che sfugge al controllo dell'uomo è, invece, il fattore eccezionale, in quanto ha una probabilità rarissima di verificarsi.

⁴⁹⁵ La critica in questione viene mossa da F. GRISPIGNI, *Il nesso causale nel dir. pen.*, in Riv. it. dir. pen., 1935, p. 12; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, p. 794.

⁴⁹⁶ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 43-44. L'Autore rileva come nella letteratura giuridica italiana, si sostiene che nel diritto penale, ma analoghe considerazioni si estendono all'illecito civile, il principio per il quale gli eventi eccezionali sopravvenuti interrompono il rapporto di causalità troverebbe fondamento nell'art. 41, 2° comma, c.p. Il problema del concorso con i fattori eccezionali è stato analizzato anche da: P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 115, per il quale il danneggiato sarebbe tenuto a fornire la prova della evitabilità del danno se a provocarlo non fosse intervenuto il comportamento del danneggiante. Nel caso, dunque, che il danno fosse inevitabile, significa che a cagionarlo non è stato il comportamento del danneggiante

Anche tale teoria presenta diversi inconvenienti, anzitutto il fatto di non essere sufficientemente determinata per essere applicabile⁴⁹⁷.

In secondo luogo, si ripropongono le stesse difficoltà poste dalla teoria della causalità adeguata, ossia il problema della descrizione dell'evento per come si è verificato, posto che spesso nel processo causale si inseriscono fattori rari e irripetibili⁴⁹⁸.

Si è dunque elaborato un ulteriore correttivo alla teoria condizionalistica, la quale non è in grado di spiegare i casi in cui non si conosce in anticipo se da determinati fatti discendono certe conseguenze: la causalità logico-scientifica⁴⁹⁹, che cerca di ancorare l'indagine causale al parametro certo delle leggi scientifiche.

In base a questa teoria, per accertare il nesso di causalità non basta affermare che una condotta può aver determinato l'evento ma occorre altresì individuare una legge dotata di validità scientifica, cd. legge generale di copertura, in base alla quale verificare se un determinato fatto rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme alla stessa, portano ad eventi del tipo di quello che si è verificato in concreto.

In sostanza, il giudizio controfattuale va condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica di copertura. Ne consegue che, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica, frutto

ma il caso fortuito. Nel caso in cui, invece, venga provato che il danno era inevitabile, si potrebbe desumere la rilevanza del caso fortuito.

⁴⁹⁷ Si tratta di un'altra critica, mossa da P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 104 ss., per il quale la limitazione dell'art. 41, co. 2, c.p., la cui applicazione viene estesa anche al diritto privato, alle sole cause sopravvenute, escluse quindi quelle anteriori o contemporanee, non troverebbe apprezzabili ragioni logiche ed equitative. L'Autore, inoltre, distingue a seconda che la causa fortuita, che concorre con la causa umana imputabile, abbia carattere favorevole o sfavorevole per il danneggiato, e a tal fine riporta l'esempio di Tizio che, mentre stava recandosi alla ricevitoria per giocare la schedina già compilata al totocalcio, viene investito e portato in ospedale senza aver potuto giocare la schedina. L'Autore precisa così che il criterio della causalità adeguata si basa su una valutazione in termini di probabilità: una causa condizionante è adeguata e quindi giuridicamente rilevante quando accresce in maniera non trascurabile la probabilità obiettiva di un evento del tipo di quello storicamente verificatosi. Nell'es. riportato, dunque, si può dire che la circostanza di trovarsi ricoverato in ospedale non aumenta sensibilmente le probabilità di vittoria, date le scarse probabilità di vittoria, e quindi, applicando il criterio della causalità adeguata, appare congruo negare il risarcimento a Tizio per la mancata vincita al Totocalcio. Forchielli, invero, applicando il criterio dell'equivalenza delle cause, riconosce il risarcimento del danno per la mancata vincita.

⁴⁹⁸ La critica è di P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁹⁹ Si tratta di una teoria elaborata in Italia da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 100.

della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi “del tipo” di quello verificatosi in concreto.

Nel compiere tale operazione, il giudice sarà guidato “sia da leggi ‘universali’ (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia, soprattutto, da leggi ‘statistiche’ che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest’ultime sono tanto più dotate di ‘alto grado di credibilità razionale’ o ‘probabilità logica’, quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili⁵⁰⁰.”

Nella teoria in questione manca, tuttavia, una soglia di probabilità certa superata la quale si può ritenere sufficientemente probabile che sussista il nesso di causalità.

La critica maggiore mossa a tale teoria concerne la sua inapplicabilità a quelle ipotesi in cui manchi una legge di copertura adeguata, con il rischio che il giudice stabilisca egli stesso una legge di copertura *ad hoc*, piuttosto che basarsi su una legge formulata in base ad un largo confronto di casi analoghi e preesistente al caso sottoposto al suo giudizio⁵⁰¹.

Un’altra teoria, più moderna, elaborata dalla dottrina per il giudizio di causalità è quella cd. “dello scopo della norma violata”⁵⁰².

Secondo tale teoria la sola infrazione di una norma giuridica non può essere considerata sufficiente per giungere ad un’affermazione di responsabilità del trasgressore, occorrendo invece accertare, sulla base della funzione svolta dalla regola

⁵⁰⁰ Cass. Penale S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, sent. *Franzese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 246, con nota di Capeccchi; e in *Riv. dir. civ.*, 2003, II con commento di Landini, p. 417.

⁵⁰¹ In altre parole, è necessario che il risultato possa trovare una spiegazione sulla base di una “legge di copertura”, che consente di ritenere che l’evento è realmente la conseguenza della condotta compiuta dal soggetto attivo. Nell’ambito delle regole scientifiche si distinguono quelle universali e quelle statistiche. Le prime, sono idonee a dire che la realizzazione di un effetto appare sempre seguita da un altro evento, sono leggi sicure, con un grado di probabilità del 100%. Al contrario, le leggi statistiche affermano la presenza di un rapporto statistico tra eventi, e a differenza di quelle universali, esse chiariscono che in un certo numero di casi accade un certo risultato (non sempre).

⁵⁰² La teoria dello scopo della norma trae origine negli ordinamenti di common law, nota come “*scope of duty*” e, successivamente, si è affermata anche in altri paesi, e soprattutto in Germania, dove si parla di *Normzwecktheorie*. In tal senso si v. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 45 ss. il quale propone tale teoria non per risolvere il problema dell’interpretazione dell’art. 41 c.p., ma per circoscrivere le conseguenze dannose del fatto illecito, non essendo possibile individuare un criterio unico, valido per tutte le ipotesi di responsabilità; per tale ragione, si propone di valutare se l’evento ricada o meno nell’ambito di protezione della norma violata.

non rispettata, la effettiva relazione esistente tra la violazione e l'evento o, secondo una diversa opinione, tra il danno e il rischio creato (cd. teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento per rischio)⁵⁰³.

Applicata all'ambito antitrust, essa potrebbe essere utile al fine di selezionare, nell'ambito dei pregiudizi causati da una condotta anticoncorrenziale, quelli che derivano da quegli effetti tipici della condotta in questione che le norme antitrust richiamate mirano a prevenire⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Tra le teorie che si basano sul rischio, emerge il criterio della causalità specifica, che è stata ideata da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 256. L'Autore ritiene che la teoria dello scopo della norma violata possa essere applicata solo alla colpa specifica, l'unica che presuppone una violazione di legge, mentre per quanto riguarda la colpa generica, ritiene che la responsabilità possa essere limitata a quel danno che, secondo l'esperienza, costituisce la realizzazione di un rischio specifico creato da un determinato antecedente. Quanto alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento per rischio, nata nel diritto penale tedesco, considera causa dell'evento quegli antecedenti che abbiano creato un rischio riprovato dall'ordinamento, o abbiano aumentato un rischio già esistente oltre i limiti tollerati dall'ordinamento. La tesi in questione è stata criticata da chi ritiene che essa non chiarisca quale debba essere l'entità dell'aumento della probabilità necessario perché si possa avere responsabilità. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 86 ss. Secondo tale Autore, la responsabilità da atto illecito incontrerebbe due limiti. Un primo limite esclude che la responsabilità si estenda a garantire la vittima dell'illecito contro rischi ai quali sostanzialmente sarebbe stata esposta anche se l'atto illecito non fosse stato commesso, in aderenza alla funzione reintegrativa della responsabilità. Un secondo limite per il quale la responsabilità dell'agente sarebbe limitata ai danni che sono realizzazione del rischio illecito creato, mentre egli non sarebbe chiamato a rispondere del danno che costituisce realizzazione di un altro rischio, di per sé lecito, dunque consentito, in concomitanza con quello vietato, sempre che il rischio lecito sia separabile da quello illecito, coerentemente con la funzione preventiva della responsabilità. Quando invece manca la possibilità di pratica separazione, la responsabilità va affermata. Il danno deve essere, quindi, realizzazione del rischio illecito. Affinché tale presupposto possa dirsi realizzato non basta che l'azione abbia determinato l'evento dannoso e che questo sia dello stesso tipo di quelli compresi nel rischio illecito, ma occorre altresì che il rischio sia perdurato senza soluzione di continuità dal momento dell'azione fino a quello dell'evento, altrimenti il rapporto tra condotta ed evento, necessario perché sussista la responsabilità, dovrà considerarsi interrotto. Un terzo criterio limitativo della responsabilità viene ravvisato dall'Autore nell'eccezionalità o enorme sproporzione tra la gravità dell'illecito e la gravità del danno che ne è derivato, in base alla funzione preventiva e sanzionatoria della responsabilità. In sostanza, egli ritiene di escludere la responsabilità per quegli eventi dannosi che si sono verificati per il concorso o l'intervento di cause eccezionali, le quali abbiano determinato una gravità del danno in enorme sproporzione con la gravità del rischio creato con l'atto illecito. La stessa circostanza eccezionale può escludere o meno la responsabilità in dipendenza del rapporto di gravità fra azione ed evento.

⁵⁰⁴ L. CASTELLI, *La causalità giuridica*, cit., p. 1053; G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980, p. 163 ss. In giurisprudenza si veda: Cass. 587/82; Cass. 335/73; Cass. 1002/70; Cass. 2492/69.

Sarebbe necessario, quindi, compiere una valutazione teleologica preliminare al fine di circoscrivere l'ambito applicativo della norma⁵⁰⁵.

Anche in tale criterio opera il concetto di "rischio" e quindi di "probabilità", solo che non si tratta di quella probabilità astratta ed indeterminata propria della teoria dell'adeguatezza perché il grado di probabilità dell'evento, necessario per la responsabilità, è quello stesso in considerazione del quale la condotta è illecita.

È proprio questa la teoria cui sembra far riferimento la giurisprudenza della Corte Suprema americana quando applica il criterio dell'*antitrust injury* ossia, avendo riguardo allo scopo della norma violata, ha finito per negare il risarcimento di quei danni che, pur essendo causalmente collegati all'illecito, erano scaturiti da un incremento della concorrenza che, come è evidente, non costituisce oggetto della tutela della normativa antitrust.

In alcuni casi, come *McCready*, poi, essa ha riconosciuto l'esistenza di un'eccezione tale per cui l'esistenza del danno subito dall'attore può considerarsi presunta quando costituisca una componente essenziale della violazione, nel senso che rappresenta esso stesso strumento attraverso cui viene posta in essere la violazione antitrust.

Nel giudizio di responsabilità occorrerebbe, quindi, accertare la *ratio*, ossia lo scopo delle norme che il soggetto agente ha violato nel compiere l'atto dannoso; una volta individuata tale *ratio*, essa consente altresì di stabilire quali interessi sono protetti dalle suddette norme, quali sono i soggetti che si intendono tutelati e quali danni possono considerarsi risarcibili.

⁵⁰⁵ M. BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 313 ss. Tra i maggiori sostenitori di questa teoria spicca L. GREEN, *Ratione of proximate cause*, Kansas city, Mo., 1927, il cui pensiero risulta riassunto da G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962. Egli evidenzia come, nell'accertamento della *causation* bisogna distinguere tra due piani. Il primo, è rappresentato da un accertamento di fatto che va condotto mediante la teoria della *condicio sine qua non*; il secondo, consiste nel valutare se il soggetto a cui la causa è imputabile debba essere ritenuto responsabile. Tarello osservava come la diversa natura delle due fasi dell'accertamento del nesso causale costituisse uno dei pochi aspetti su cui concordavano tanto i realisti quanto gli esponenti delle teorie analitiche.

Il realismo americano viene definito acritico e avalutativo poiché ha ad oggetto il mero esame del comportamento dei giudici, a prescindere da un'indagine delle motivazioni del comportamento stesso. Il diritto per i realisti è solo quello che si applica nei tribunali, che si concretizza nell'azione dei giudici. In tal modo si attenua la certezza che caratterizza il formalismo di *Kelsen*, posto che la sentenza del giudice non è prevedibile, non essendo frutto di ragionamenti ma di intuizioni, per le quali il giudice giunge alla decisione finale prima ancora di aver cercato di motivarla e di spiegarla.

La teoria in esame può essere considerata uno strumento utile a delimitare il risarcimento a quegli eventi dannosi che costituiscono la realizzazione del rischio in funzione del quale la condotta è vietata dalla legge, o meglio gli eventi dannosi che ricadono nell'ambito di protezione della norma che è stata violata⁵⁰⁶.

Ne consegue che non tutti gli eventi cagionati anche adeguatamente da una determinata condotta illecita possono farsi rientrare nella responsabilità, ma solo quelli che la norma violata mirava a prevenire ed evitare⁵⁰⁷: il responsabile del fatto illecito risponde così solo del danno arrecato al bene protetto dalla norma violata⁵⁰⁸.

Gli autori che hanno formulato tale teoria⁵⁰⁹ hanno tentato di individuarne dei correttivi, in modo da escludere la responsabilità del danneggiante per i danni a cui il danneggiato sarebbe stato comunque esposto, in tutte quelle ipotesi in cui l'evento si è verificato per il concorso di altre cause o per il verificarsi di eventi eccezionali.

Quando si è in presenza, invece, di un'ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio lecito, la responsabilità viene estesa a tutto il maggior rischio creato, e vengono esclusi gli eventi eccezionali di gravità sproporzionata al rischio tipico connesso a quella determinata attività⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Tale teoria è nata nei paesi di *common law* e si è sviluppata soprattutto in Germania.

Con essa si intende criticare il concetto unitario di causalità giuridica, ritenendo che, una volta accertato il nesso di causalità materiale tra fatto illecito ed evento dannoso, non si potrebbe far riferimento ad una formula generale come quella della "causalità giuridica", ma occorrerebbe aver riguardo allo scopo della norma violata, per accertare se l'evento ricada o no nel suo ambito di protezione.

⁵⁰⁷ P. CENDON, *Condotte dolose e causalità giuridica*, in *Persona e danno*, 2004, p. 5275.

⁵⁰⁸ La teoria in questione è stata oggetto di varie critiche, per far fronte alle quali P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 52 ss. individuato dei correttivi, distinguendo la responsabilità da atto illecito, dalla responsabilità oggettiva per rischio lecito. Quanto alla prima, l'Autore individua tre criteri di limitazione della responsabilità: in base al primo criterio, la responsabilità deve essere esclusa per i rischi ai quali il danneggiato sarebbe stato comunque esposto; il secondo criterio limita la responsabilità al rischio vietato, quindi il danno è risarcibile solo se è realizzazione di quel danno in considerazione del quale la condotta è illecita e non anche se dipende da altri rischi che sono occasionalmente e casualmente connessi con quello vietato; il terzo mira ad evitare che si verifichi un'enorme sproporzione tra gravità dell'illecito ed entità delle conseguenze dannose. Esso esclude la responsabilità, e di conseguenza il risarcimento, per quei danni che si sono verificati per l'intervento di fattori eccezionali e facciano quindi apparire la gravità del danno enormemente sproporzionata rispetto alla gravità dell'atto illecito. Si ha tale sproporzione quando «il tipo di evento che si è verificato è più grave degli eventi più gravi che un atto illecito del tipo considerato possa cagionare senza il concorso di circostanze straordinarie.

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità oggettiva per rischio lecito, i criteri di limitazione della responsabilità, individuati dall'Autore, sono essenzialmente tre: il primo, esclude la responsabilità per i rischi ai quali il danneggiato sarebbe stato comunque esposto; il secondo estende la responsabilità al maggior rischio creato, salvi i limiti derivanti, ed è questo il terzo criterio, dagli eventi eccezionali di gravità sproporzionata rispetto al rischio tipico dell'attività.

⁵⁰⁹ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 65.

⁵¹⁰ P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 160 ss.

D'altro canto, non si può non rilevare come tale teoria abbia trovato un terreno più fertile in ordinamenti giuridici, come quello tedesco, favorito dal sistema casistico e tipizzato, dove è agevole individuare una specifica norma violata.

Lo stesso non può dirsi, invece, per l'ordinamento italiano, retto dalla clausola generale dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., in cui per il risarcimento del danno non è richiesta la violazione di una specifica norma di condotta, ma la causazione di un danno ingiusto⁵¹¹.

A ciò si deve aggiungere la considerazione per cui circoscrivere il danno risarcibile a quello che corrisponde allo scopo della norma violata, sembra contrastare con i principi del nostro sistema di responsabilità civile, potendo in concreto portare all'irrisarcibilità di quei danni che, pur essendo conseguenze immediate e dirette dell'illecito, non rientrano nello scopo della norma⁵¹².

Tale tesi non ha infatti trovato particolare riscontro nella dottrina e nella giurisprudenza.

Il nostro legislatore sembra accogliere la teoria della *condicio sine qua non*: infatti, tanto l'art. 1221 quanto l'art. 1227 e l'art. 2055 c.c. attribuiscono rilevanza a qualunque antecedente che abbia svolto un ruolo anche minimo nel prodursi del danno⁵¹³.

Per limitare l'eccessivo ampliamento del novero dei responsabili che la teoria condizionalistica comporta, le ricostruzioni dottrinali hanno elaborato una serie di correttivi⁵¹⁴.

Dalle considerazioni svolte risulta, tuttavia, come nessuno dei criteri proposti sia idoneo in pratica a temperare l'eccessiva estensione di responsabilità derivante dall'applicazione della teoria della *condicio sine qua non*⁵¹⁵.

⁵¹¹ R. BORDON, L. TRAMONTANO, S. ROSSI, *La nuova responsabilità civile*, 2010, p. 133.

⁵¹² La suddetta critica è di F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 191 ss.

⁵¹³ C. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, cit., p. 12.

⁵¹⁴ Sulle varie teorie sviluppate in materia di nesso di causalità M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni" di analisi*, in *Corr. giur.*, 2008, I, pp. 43-62 rileva nella sua indagine come nel silenzio del legislatore, nessun criterio possa ritenersi più giustificato degli altri, ma anzi le diverse teorie sul nesso causale possono astrattamente essere utilizzate dal giudice per giungere alla decisione, secondo le caratteristiche specifiche della fattispecie dinanzi ad esso dedotta.

⁵¹⁵ P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 87, osserva come le giustificazioni offerte per le singole soluzioni suggerite «raramente attingono, a mio parere, a solidi canoni positivi e, anche quando non si risolvono in generiche considerazioni equitative, spesso non superano i confini della logica astratta e, tutt'al più, si riconducono agli insegnamenti del diritto penale».

5.8. La posizione della giurisprudenza.

Come già anticipato, per l'accertamento del nesso di causalità materiale, ossia quello sussistente a monte tra condotta ed evento, in mancanza di norme specifiche dettate in ambito civilistico, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali hanno ritenuto, in un primo tempo, di poter applicare il regime delineato dagli artt. 40⁵¹⁶ e 41 c.p.⁵¹⁷, ed in particolare il criterio della *condicio sine qua non*⁵¹⁸, coordinato con quello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura⁵¹⁹ e temperato dalla causalità adeguata di cui all'art. 41, 2° comma, c.p., nel caso di concorso di fattori sopravvenuti eccezionali, da soli sufficienti a produrre l'evento⁵²⁰.

Se si guarda al diritto positivo, non pare possa sorgere alcun dubbio sul fatto che il legislatore, nelle varie fattispecie legislative nelle quali ricorre il nesso di causalità, abbia richiesto un giudizio di certezza in ordine alla sussistenza dello stesso.

A tal proposito, rileva F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 38, come «la mancanza di riferimenti legislativi può essere determinata dal fatto che le tesi proposte in tema di causalità siano state formulate in contesti diversi sia sotto il profilo cronologico che geografico, e quindi sotto la vigenza di leggi diverse».

⁵¹⁶ L'art. 40 c.p., rubricato "rapporto di causalità", stabilisce che "nessuno può essere punito... se l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione", fissando il solo principio di equivalenza fra il non fare ed il cagionare, e discorrendo genericamente di "conseguenze" al momento di individuare caratteri e peculiarità del nesso tra condotta ed evento.

⁵¹⁷ Il successivo art. 41 c.p. si occupa del concorso di cause, per stabilire poi, in modo apparentemente superfluo, il principio "dell'interruzione del nesso causale" conseguente all'intervento di quella causa "sufficiente da sola a determinare l'evento".

⁵¹⁸ La principale critica mossa a tale tesi consiste nel fatto che, per eliminare mentalmente una data condotta al fine di verificare se l'evento si sarebbe verificato ugualmente, è necessario conoscere in anticipo il nesso di causalità tra l'azione e l'evento, dunque essa si rivela praticamente inutilizzabile, in quanto presuppone proprio ciò che pretende di dimostrare. La critica, riportata da M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 187, risale a Engisch.

⁵¹⁹ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p. 107 ss. ha proposto di compiere il giudizio di eliminazione mentale degli antecedenti attraverso una legge scientifica che consenta di stabilire in modo certo il rapporto causale tra un antecedente che costituisce la causa e una conseguenza.

⁵²⁰ Secondo l'opinione prevalente, l'accertamento del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile sarebbe, dunque, articolato in due fasi: la prima, tramite la teoria della *condicio sine qua non*, è diretta ad accertare tutti gli antecedenti causali di un dato evento; il secondo accertamento è diretto ad individuare quelle cause che hanno rilevanza ai fini del giudizio giuridico di causalità. Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41 c.p., comma 2, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (così Cass. 19.12.2006, n. 27168; Cass. 8.9.2006, n. 19297; Cass. 10.3.2006, n. 5254; Cass. 15.1.1996, n. 268).

Anche la dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo ritenuto, in modo pressoché unanime, che fosse necessaria una prova certa del nesso di causalità⁵²¹.

Da tale impostazione ne è derivata, almeno in un primo tempo, l'applicabilità dei principi espressi dalle Sezioni Unite penali della sentenza *Franzese*⁵²² anche in materia civile, così determinando l'abbandono, nella giurisprudenza civile, come in quella penale, del criterio della probabilità statistica – dal quale dedurre automaticamente la sussistenza o meno del nesso causale, in base alla percentuale di certezza raggiunta – a favore del criterio della probabilità logica o certezza processuale, “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”⁵²³.

⁵²¹ A. LUMINOSO, *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 563 osserva che: «nel capo del diritto, della relazione causale va affermata la realtà, la possibilità o la necessità? (...) Direi però che, forse, prevale sulle altre la valenza della necessità, nel senso che la causalità è una categoria indispensabile del pensiero giuridico, in quanto necessaria, ai fini dell'attribuzione della responsabilità. Da questo angolo di osservazione, la relazione causale corrisponde perciò a uno strumento concettuale irrinunciabile per la soluzione del problema giuridico della imputazione degli eventi lesivi». Sempre nel senso di ritenere che per il diritto sia necessario stabilire con certezza l'esistenza della relazione causale G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, cit., p. 1007 ss.

⁵²² Cass. Penale S.U., cit. Nella citata sentenza le Sezioni Unite della Cassazione penale sono intervenute in una fattispecie riguardante la responsabilità per omicidio colposo del medico in conseguenza di una condotta omissiva, per dirimere il conflitto che si era creato nella giurisprudenza delle corti di merito e dello stesso giudice di legittimità. Accanto ad un primo orientamento, in passato largamente maggioritario ma infine disatteso dalle Sezioni Unite, che riteneva sussistere il nesso causale in presenza di serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta impeditiva omessa, un secondo orientamento richiedeva l'esistenza di una probabilità di successo coincidente o prossima alla certezza; infine, il terzo orientamento, intermedio, fondava l'accertamento del nesso causale sul criterio dell'elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire proprio a quest'ultima prospettazione. Per la Corte, quindi, «non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”». Prosegue la Corte ritenendo che «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva (...) rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio».

⁵²³ Merita di essere segnalata una teoria proposta da P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 85 e ss., secondo la quale non sarebbe necessario far ricorso agli artt. 40 e 41 c.p., potendosi ricavare un'articolata disciplina sull'accertamento del nesso di causalità in ambito civile dagli artt. 1221, 1227 e 2055 c.c., dalle quali disposizioni si ricaverebbe l'accoglimento da parte del legislatore della teoria dell'equivalenza delle cause. Infatti, tanto l'art. 1221 quanto l'art. 1227 e 2055 c.c. attribuiscono rilevanza causale a qualunque antecedente che abbia svolto un ruolo anche minimo nel prodursi del danno. In particolare, l'art. 1221 c.c., che disciplina la *perpetuatio obligationis* (“Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore”), ritenuta dall'Autore espressione di un principio generale, quindi applicabile non solo al settore contrattuale ma anche alla responsabilità extracontrattuale, sarebbe ispirata alla teoria della *condicio sine qua non*, in quanto il debitore non è tenuto al risarcimento ogniqualvolta il danno si sarebbe comunque prodotto anche senza il contributo causale della sua condotta, ossia qualora quest'ultimo provi che il suo comportamento non è

Senonché l'impostazione più moderna della dottrina e della giurisprudenza, valorizzando la diversa funzione – riparatoria dell'illecito civile e repressiva di quello penale – nonché le diversità contenutistiche e disciplinatorie dei due sistemi di responsabilità, ha accolto la tesi opposta della autonomia dell'accertamento della causalità civile rispetto a quella penale, tornando al criterio della probabilità relativa fondata su base statistica o regola del c.d. “*più probabile che non*” e abbandonando quello della certezza processuale, caratterizzata da un coefficiente di probabilità minore rispetto a quella penale⁵²⁴.

La soglia di probabilità da raggiungere per provare la sussistenza del nesso eziologico in ambito civile è dunque meno elevata rispetto a quella penale, giustificato dal fatto che i due sistemi tutelano beni giuridici diversi: quello penale, la libertà personale, quello civile la ripartizione delle conseguenze dannose di un determinato evento lesivo.

In ambito civile, non si deve quindi accertare la causalità in base ad un criterio di certezza di determinati effetti originati da una condotta, ma ci si può limitare a verificare le conseguenze normali del fatto, in base ai principi della causalità adeguata e

stato *condicio sine qua non* dell'evento dannoso. Analogamente l'art. 2055 c.c., nell'imporre la solidarietà passiva tra più soggetti responsabili di un illecito extracontrattuale, non sembra potersi spiegare altrimenti se non come corollario della *condicio sine qua non*. Sempre secondo la dottrina in esame, nel codice civile sarebbe rinvenibile anche una disciplina organica del concorso di più cause nella produzione del medesimo evento. A tal fine, sarebbe necessario distinguere l'ipotesi della concomitanza di cause umane imputabili a soggetti diversi, da risolvere sulla base dell'art. 1227 c.c. e quindi, sempre secondo l'Autore occorre distinguere se le cause hanno operato contemporaneamente, allora i soggetti che hanno determinato le diverse cause sono considerati corresponsabili; se, invece, sia ravvisabile una successione cronologica tra le varie cause, la responsabilità dovrebbe ricadere solo sul soggetto cui sia imputabile la causa prossima all'evento, ossia quella che ha operato per ultima. Quando, viceversa, la causa umana imputabile concorre con cause fortuite, si applicherebbe l'art. 2055, 1° comma c.c. che, aderendo alla teoria della *condicio sine qua non*, sancisce il principio per cui il soggetto imputabile è tenuto a rispondere dell'intero danno, anche se a produrlo abbia concorso in modo considerevole o, preponderante, una causa fortuita. La teoria in questione è rimasta, tuttavia isolata, non essendo stata accolta dalla dottrina in punto di disciplina ed accertamento della causalità.

⁵²⁴ Tra le pronunce più significative della giurisprudenza civilistica che si discostano dalle regole di accertamento del nesso causale enucleate, per l'ambito penalistico, dalla sentenza *Franzese*, Cass., n.11755 del 2006, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, dove si evidenzia che il «principio accolto in materia penale dalla sentenza *Franzese* risponde ad esigenze specifiche del settore, costituendo in particolare espressione del principio *in dubio pro reo*, per cui riconoscere la responsabilità penale anche nei casi in cui la responsabilità è modesta comporta il degradare l'evento a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno a quello di pericolo, con grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e garanzia della responsabilità penale». Le stesse considerazioni non sono trasponibili nel settore della responsabilità civile, perché non hanno riscontro i principi posti alla base della stessa. Questo orientamento, che oggi risulta dominante, relativo all'autonomia dell'accertamento civilistico della causalità rispetto a quello ben più rigoroso del processo penale è stato poi confermato da Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n 581.

della regolarità causale in materia di danni conseguenza, verificando che la condotta sia idonea a produrli con un certo grado di probabilità.

La più recente giurisprudenza ha, peraltro, riproposto le teorie di stampo normativo, o di imputazione oggettiva dell'evento: la teoria dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio.

Secondo la teoria dello scopo della norma, la responsabilità dell'agente è limitata agli eventi dannosi che il dovere o la norma violata dal responsabile intendeva evitare: il fattore selettivo è quindi rappresentato dallo scopo della norma di protezione violata⁵²⁵.

In particolare, si allude alla sentenza della III^o Sezione della Corte di Cassazione n. 21619 del 2007⁵²⁶, dove è stato affermato il principio del “*più probabile che non*”⁵²⁷ quanto all'accertamento causale in sede civile, in sostituzione del principio dell'alta probabilità logica, che contiene un riferimento allo scopo della norma come criterio base per l'accertamento del nesso causale, ribadito anche dalla successiva sentenza delle Sezioni Unite civili del 2008⁵²⁸.

In entrambe le sentenze, quindi, si fa specifico riferimento allo scopo della norma, come criterio guida dell'accertamento causale⁵²⁹.

Ne consegue, come afferma anche la dottrina, che non tutti gli eventi cagionati anche adeguatamente da una determinata condotta illecita possono farsi rientrare nella responsabilità, ma solo quelli che il dovere o la norma violata mirava concretamente ad evitare⁵³⁰.

⁵²⁵ A. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1096 ss.; L. GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 1536.

⁵²⁶ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43 ss. con nota di R. PUCELLA, p. 58 ss., dove si afferma che: «nella nuova ricostruzione del rapporto di causalità materiale il nesso causale diviene la misura della relazione probabilistica concreta e svincolata da ogni riferimento soggettivo tra comportamento e fatto dannoso da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata».

⁵²⁷ Già affermato da Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, *cit.*, il principio è stato successivamente ribadito da Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, *cit.*

⁵²⁸ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011 ss. con nota di R. SIMONE.

⁵²⁹ M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 302, i quali osservano che: «il criterio di base rimane comunque quello della ‘causalità’ – giuridica innanzitutto – nel senso che il danno di cui è chiesto il risarcimento dovrà rappresentare il ‘risultato’ della violazione della norma antitrust posto che di lesione all'altrui ‘diritto della concorrenza’ potrà parlarsi solo e nella misura in cui il comportamento illecito denunciato abbia costituito realizzazione di quel pericolo che la previsione di legge voleva evitare».

⁵³⁰ P. CENDON, *op. cit.*, 2004, p. 5275.

Si ottiene, così, l'effetto di limitare la responsabilità secondo la *ratio* della norma violata perché l'autore del fatto illecito deve rispondere solo del danno arrecato al bene protetto dalla norma stessa.

Tuttavia, le sentenze richiamate sono relative alla valutazione del nesso causale nelle fattispecie degli illeciti omissivi, dove è necessario far riferimento allo scopo perseguito dalla norma violata, che imponeva al danneggiante di astenersi dal tenere una determinata condotta. Al contrario negli illeciti commissivi, alla cui categoria vanno ascritti gli illeciti antitrust, la Corte di Cassazione ha affermato la necessità che il giudizio causale venga condotto su un piano strettamente oggettivo, attraverso un giudizio di natura probabilistica, nel senso che il risarcimento deve essere limitato alle conseguenze che al momento in cui si verifica l'evento, secondo un giudizio *ex ante* o prognosi postuma, non appaiono inverosimili o imprevedibili, sempre dal punto di vista oggettivo, senza alcuna considerazione all'elemento psicologico e ai parametri soggettivi dell'illecito.

È evidente l'antinomia con la regola dello scopo della norma violata la quale si discosta dai parametri oggettivi e probabilistici, basandosi sugli obiettivi perseguiti dal legislatore con la predisposizione di quella norma, dunque segue un'impostazione di tipo teleologico, incompatibile con quella di tipo oggettivo e probabilistico propria dell'accertamento della causalità giuridica come delineato dalla Corte di Cassazione⁵³¹.

Ne consegue che la teoria dello scopo della norma violata mal si concilia con la struttura degli illeciti antitrust i quali, nella quasi totalità, hanno la natura di illeciti commissivi, e pertanto è da escludere che nel nostro ordinamento la selezione dei danni risarcibili possa essere operata per il tramite della regola dell'*antitrust injury*.

È rilevante sottolineare, inoltre, come le S.U. del 2008, accedendo ad una ricostruzione "bifasica" del nesso di causalità, dove si distingue la causalità materiale dalla causalità giuridica, si discostano da quanto affermato in una precedente sentenza, pronunciata in una fattispecie relativa proprio all'ambito antitrust, e specificatamente al cartello Rc auto, n. 2305 del 2007⁵³², la quale a sua volta si poneva a conferma della già

⁵³¹ M. BONA, *op. cit.*, p. 460.

⁵³² Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, pp. 1097 ss.

citata sentenza n. 21619 del 2007⁵³³, in cui si accoglieva, all'opposto, una concezione "unitaria" del nesso di causalità⁵³⁴.

Le S.U. sottolineano come il criterio della regolarità causale o della causalità adeguata deve operare su un piano oggettivo, in quanto «*ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento. Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito*»⁵³⁵.

Secondo la Cassazione, dunque, nell'accertamento del nesso causale si deve prescindere da valutazione di prevedibilità, sia di tipo oggettivo che soggettivo, i quali afferiscono esclusivamente all'ambito dell'elemento soggettivo, e quindi della colpa.

La sentenza in questione ribadisce peraltro la tesi dell'autonomia dell'accertamento civilistico della causalità rispetto a quello ben più rigoroso del processo penale, dove la differenza viene rinvenuta nella regola probatoria relativa all'accertamento del nesso causale.

Così, mentre in quest'ultimo, essendo in gioco la libertà personale, il relativo accertamento si basa su *standard* probabilistici logico-scientifici prossimi alla certezza o quantomeno "*al di là del ragionevole dubbio*", il settore civile introduce il paradigma della certezza probabilistica ovvero "*del più probabile che non*" dove l'evidenza logica della causazione del danno prevale sulla tesi contraria anche se con uno scarto percentuale minimo grazie alla valutazione dal punto di vista logico anche di altri elementi di conferma presenti nel caso concreto⁵³⁶.

In conclusione, anche nel campo civile il criterio della probabilità è di tipo logico e non statistico⁵³⁷; si tratta, tuttavia, di una probabilità meno rigorosa di quella penale elaborata nella sentenza *Franzese*, perché non richiede la certezza assoluta, sia

⁵³³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, I, pp. 35-41.

⁵³⁴ Tali considerazioni vengono sviluppate da M. BONA, *op. cit.*, pp. 43 ss.

⁵³⁵ Cass. S.U., *cit.*

⁵³⁶ Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, *cit.*

⁵³⁷ Si veda nota 346.

pure processuale, “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, ma la certezza relativa della sussistenza del nesso causale, secondo la logica del “*più probabile che non*”.

Secondo parte della dottrina è necessario individuare un criterio che guidi l’interprete nell’indagine sulla sussistenza del nesso di causalità secondo criteri statistici⁵³⁸.

È stata, quindi, elaborata una “soglia” di responsabilità, vale a dire il nesso di causalità deve avere una incidenza statistica di almeno il 51%; se il danneggiato ne riesce a dare la prova, si sposta sul danneggiante convenuto, l’onere di provare le cause ignote o non imputabili⁵³⁹.

Questa conclusione raggiunta in ambito civile risulta del resto confermata anche dalla Corte di Giustizia in materia di illeciti concorrenziali, abbracciando posizioni che accertano la sussistenza della causalità grazie a considerazioni di tipo probabilistico⁵⁴⁰.

Quanto all’onere della prova del nesso causale tra violazione antitrust e danno, dunque, risulta ribaltato in presenza dell’accertamento della prima.

Spetterà al convenuto contrastare tale presunzione, dimostrando che la relazione causale risulta interrotta da uno o più fattori idonei, da soli, a determinare il danno o abbiano assunto il carattere di equivalenti causali, insieme all’intesa, nella produzione del danno⁵⁴¹.

5.9. Riepilogo.

Riprendendo le fila del discorso, si evidenzia come l’indagine sulla causalità cd. naturale o materiale o di fatto risulti preliminare rispetto a quella relativa al nesso di causalità giuridica, nel senso che l’indagine diretta a circoscrivere le conseguenze

⁵³⁸ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del danno risarcibile*, Padova, II° ed. 2012; nonché R. PUCELLA, *La causalità “incerta”*, Torino, 2007.

⁵³⁹ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p.

⁵⁴⁰ Corte di Giustizia europea, 13 luglio 2006, n. 295, cause riunite *Manfredi vs. Lloyd Adriatico ass.ni s.p.a.* (C-295/04), *Cannito vs. Fondiaria SAI s.p.a.* (C-296/04) e *Tricarico vs. Assitalia s.p.a.* (C-297/04), *Murgolo vs. Assitalia s.p.a.* (C-298/04), con commento di E. ADOBATI, *La Corte di Giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un’azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell’ambito della RC auto*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2006, p. 534 ss.

In tali pronunce la Corte di Giustizia ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se “appaia sufficientemente probabile” che l’intesa tra compagnie assicurative possa avere un’influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione. Nella sentenza Corte di giustizia europea, 15 febbraio 2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che “occorre postulare le varie concatenazioni causa - effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili”.

⁵⁴¹ Cass., 2307/2005, *cit.*

dannose risarcibili presuppone che sia già stato accertato un nesso di causa ed effetto tra il fatto che costituisce fonte di responsabilità e il danno.

La causalità materiale va dunque accertata ricorrendo a leggi di copertura, che in materia antitrust sono le leggi economiche⁵⁴², al fine di individuare le conseguenze negative di una condotta anticoncorrenziale, per poi indagare quali, tra di esse, siano effettivamente risarcibili, cd. causalità giuridica.

Una volta accertato, in base ai criteri sopra riportati, che tra la condotta del responsabile e l'evento dannoso sussiste un legame causale, è necessario verificare altresì se ricorrano altri fattori in grado di rappresentare delle concause o dei fattori in grado di interromperlo.

A questo punto, si può passare alla verifica della causalità giuridica che, come già evidenziato, rappresenta la seconda fase dell'accertamento causale, quella che mira a determinare l'area del danno risarcibile, cioè a stabilire quali siano le conseguenze pregiudizievoli che meritano di essere risarcite. Per l'accertamento del nesso di causalità cd. giuridica tra evento lesivo e danno, occorre prendere le mosse dall'art. 1223 c.c., norma dettata nell'ambito della responsabilità contrattuale al fine di individuare e delimitare il danno risarcibile, che addossa al responsabile solo quei danni che rappresentano una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito.

La problematica centrale che si pone con riguardo alla causalità giuridica consiste proprio nello stabilire qual è il significato da attribuire alla risarcibilità dei danni che siano conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito, secondo la lettera dell'art. 1223 c.c.⁵⁴³

Al fine di giungere all'individuazione degli eventi dannosi risarcibili, soprattutto la giurisprudenza, mentre più cauta si è dimostrata la dottrina, ha tentato di superare la formulazione letterale dell'art. 1223 c.c., richiamando frequentemente il criterio della

⁵⁴² Le leggi economiche fungono, in ambito antitrust, da leggi di copertura, consentendo di individuare gli eventi che derivano da una certa condotta, in una determinata percentuale di casi.

Così in presenza di un incremento dei prezzi, fissati ad un livello maggiore di quello concorrenziale, gli strumenti dell'analisi economica consentono di affermare che, quanto più la domanda del bene è elastica al prezzo, tanto più i consumatori saranno indotti a rinunciare all'acquisto del bene stesso facendo ricorso a prodotti sostitutivi o, viceversa, tanto più la domanda è anelastica, tanto più i consumatori continueranno ad acquistare il bene, nonostante l'aumento di prezzo applicato.

In tal senso L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 1052.

⁵⁴³ È evidente la differenza rispetto alla formula utilizzata dall'art. 40 c.p., il quale si limita a richiedere che l'evento (dannoso o pericoloso) sia solo la conseguenza dell'azione o dell'omissione e non anche la conseguenza diretta ed immediata.

regolarità causale⁵⁴⁴, alla stregua del quale sono considerati risarcibili non solo i danni immediati e diretti, ma anche quelli indiretti e mediati purché, attraverso un giudizio di natura probabilistica, possano essere considerati un effetto normale e regolare del fatto illecito del danneggiante, secondo l'*id quod plerumque accidit* o secondo la comune esperienza”, e non un effetto eccezionale e atipico, che abbia trovato nel fatto illecito medesimo una mera occasione di insorgenza poiché, in tal caso, restano a carico del danneggiato⁵⁴⁵.

Emerge chiaramente dalla prassi applicativa delle Corti un utilizzo ampio ed elastico di questi criteri al fine di consentire una tutela ampia ed effettiva ai soggetti danneggiati dall'illecito. La funzione compensativa della responsabilità civile, infatti, ha spesso influenzato le valutazioni della giurisprudenza in merito alla causalità materiale.

Il danno costituisce, peraltro, elemento essenziale del fatto illecito, poiché se sussiste solo il fatto lesivo ma non vi è un danno conseguenza, non nasce l'obbligazione risarcitoria⁵⁴⁶.

Nella materia antitrust, tuttavia, anche una volta riconosciuto che gli eventi dannosi prodotti dall'illecito sono ascrivibili, in base al criterio della regolarità causale, alla condotta del convenuto, ciò non basta per affermare che il danneggiato abbia per ciò solo automaticamente titolo ad agire per il risarcimento del danno antitrust.

Il soggetto danneggiato che propone un'azione di risarcimento danni deve, infatti, dare la prova, non semplice, della condotta posta in essere in violazione della normativa concorrenziale, del danno e del nesso di causalità tra i due elementi.

La giurisprudenza più recente ha adottato, peraltro, alcuni principi diretti a temperare le difficoltà connesse alla prova del nesso causale.

La Cassazione ha riconosciuto, in particolare, che il giudice può accertare l'esistenza del nesso causale «in termini probabilistici o presuntivi» ovvero mediante «presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto di sequenza costante tra

⁵⁴⁴ Per la teoria della regolarità causale, ampiamente utilizzata anche negli ordinamenti di *common law*, ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte quelle conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili. In tal senso si veda: Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011 ss.

⁵⁴⁵ Cass., 4 luglio 2006, n. 15274, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, pp. 7-8; Cass., 15 giugno 2005, n. 12823, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6; Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 5.

⁵⁴⁶ Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Guida al dir.*, 2006, p. 45 ss.

antecedente e dato consequenziale»⁵⁴⁷, mentre deve essere consentito all'impresa convenuta di dare la prova contraria.

Le pronunce successive hanno inoltre rafforzato la rilevanza probatoria da attribuire all'accertamento dell'infrazione compiuto dall'autorità di concorrenza, sia sotto il profilo del nesso di causalità tra l'illecito antitrust e il danno, sia dell'entità di quest'ultimo⁵⁴⁸.

Ancora più di recente la direttiva emanata nel dicembre 2014 contiene una previsione di estremo rilievo al fine di alleviare l'onere probatorio gravante sull'attore che agisce per il risarcimento dei danni causati da una violazione della normativa antitrust, introducendo la presunzione secondo cui in presenza di un cartello, che è l'ipotesi di violazione della normativa antitrust più grave, si presume che esso abbia arrecato un danno, salvo che l'autore riesca a provare il contrario⁵⁴⁹.

La stessa attribuisce, inoltre, alla decisione definitiva emessa da un'autorità nazionale di concorrenza, effetto vincolante quanto all'accertamento dell'esistenza dell'infrazione nelle cause risarcitorie promosse davanti ai giudici dello Stato membro cui l'autorità di concorrenza appartiene⁵⁵⁰.

Va osservato, tuttavia, come anche nel caso di azioni *follow-on*, non sempre risulti agevolato l'onere della prova dell'attore posto che l'accertamento dell'autorità di concorrenza non sempre contiene anche accertamenti relativi ai danni causati dalla condotta antitrust sanzionata, su cui fondare presunzioni relative al nesso causale⁵⁵¹.

Rilevanti problemi possono sorgere, quindi, stante la mancata elaborazione nella normativa europea, direttiva compresa, di una nozione di causalità comune agli Stati membri, che costringe ciascuno Stato ad applicare la propria disciplina, ossia i criteri interni elaborati per il riconoscimento della sua sussistenza.

⁵⁴⁷ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Foro it.*, 2007, p. 1097, che definisce come “aberrante” la tesi del danno *in re ipsa*.

⁵⁴⁸ Cass., 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, p. 2674. Nella sentenza in questione, relativa ad un'intesa realizzata nel mercato assicurativo, la Corte ha ritenuto che il provvedimento dell'AGCM non si è limitato solo ad accertare il carattere potenzialmente lesivo della concorrenza e degli interessi dei consumatori proprio dell'intesa, ma anche il fatto che l'intesa aveva prodotto un'ingente lievitazione dei premi sul mercato italiano delle polizze RCA.

Sul punto, si veda, altresì, Cass., 10 settembre 2013, n. 20695, in *Foro it.*, 2013, p. 655 ss.; nonché Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Danno e resp.*, 2015, con nota di D. VOZZA, p. 151 ss.

⁵⁴⁹ Art. 17, comma 2, Direttiva «Quantificazione del danno».

⁵⁵⁰ Art. 9 Direttiva «Effetti delle decisioni nazionali».

⁵⁵¹ P. CROENE, *La violazione della normativa antitrust: esame della giurisprudenza*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, in *Trattati* a cura di P. Cendon, Milano, 2014, p. 371.

Ciò potrebbe pregiudicare i principi di equivalenza e di effettività e creare il rischio di soluzioni difformi per la stessa controversia nei vari Paesi, mancando, tra l'altro, in Europa un organo giurisdizionale *ad hoc*.

In base al cd. “*principio di vicinanza della prova*”⁵⁵², l'onere della prova va ripartito tra le parti in base alla concreta possibilità, per ciascuna di esse, di dimostrare i fatti rientranti nelle rispettive sfere di azione. Ne deriva che non è tanto l'attore a dover dare la prova dell'assenza di altri fattori che possono aver causato il danno, ma viceversa è il convenuto che deve addurre queste ultime come cause concorrenti o interruttrive della sequenza causale tra condotta illecita e danno lamentato⁵⁵³.

La ricerca di criteri utili a selezionare quali, tra i possibili danni conseguenti ad una condotta anticoncorrenziale, siano in concreto risarcibili, passa attraverso l'analisi della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale e gli eventi dannosi⁵⁵⁴ al fine di evitare, da un lato, di sovraccaricare i tribunali di contenziosi tali da aumentare i costi della giustizia, e con il rischio di comprometterne l'efficienza e, dall'altro, disincentivare le imprese dall'adottare comportamenti che, se pur aggressivi, risultano leciti alla luce della normativa antitrust, per evitare di subire azioni di danni, pur nella consapevolezza che tale sforzo interpretativo si pone in una logica del tutto opposta a quella che si sta seguendo a livello comunitario, di incentivare il ricorso alle azioni risarcitorie antitrust⁵⁵⁵.

Il riconoscimento della legittimazione ad agire, infatti, pur rappresentando il principale requisito dell'azione, deve essere necessariamente accompagnato anche dalla verifica dell'interesse ad agire e dal nesso di causalità giuridica tra la condotta anticoncorrenziale e il danno lamentato, al fine di evitare un rigetto, per manifesta infondatezza, dell'azione risarcitoria in sede di proposizione della domanda.

⁵⁵² Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, p. 1729, nella quale la Corte afferma che “il consumatore assolve all'onere della prova allegando il contratto stipulato con la compagnia assicurativa e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa anticoncorrenziale”. È onere della compagnia assicurativa vincere la presunzione di responsabilità, con riferimento alla sussistenza del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno, nonché all'entità del pregiudizio lamentato, allegando elementi probatori specifici inerenti la determinazione del premio nel caso concreto. Ciò perché il danno del singolo non può essere distinto da quello della generalità dei consumatori, poiché l'illecito anticoncorrenziale polverizza il danno tra tutti i consumatori.

⁵⁵³ G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 717 ss.

⁵⁵⁴ L. CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 1052.

⁵⁵⁵ Questo infatti è l'obiettivo dichiarato sia nel Libro Bianco che nella recente Direttiva 2014/104/UE.

Risulta, dunque, pacifico che l'attore deve provare in giudizio oltre al danno subito, nella duplice componente del danno emergente e del lucro cessante⁵⁵⁶, anche il nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale e il danno antitrust, nel senso che quest'ultimo deve essere una conseguenza diretta ed immediata del primo.

In mancanza di una disciplina *ad hoc* dettata per gli illeciti anticoncorrenziali, dovrà farsi applicazione delle norme dettate in via generale per l'illecito extracontrattuale.

5.10. La perdita di chance.

La *chance* rappresenta una figura alquanto controversa che deriva lessicalmente dal francese e assume il significato di "possibilità", "di occasione"⁵⁵⁷.

Il termine in questione viene giuridicamente utilizzato per indicare la perdita di un'occasione favorevole, di una possibilità di lucro, di una aspettativa di conseguire un incremento patrimoniale⁵⁵⁸.

Si tratta di una figura abbastanza controversa, soprattutto per l'assenza di precisi riferimenti normativi.

Per stabilire se tale perdita costituisca un danno, o se rappresenti un'entità risarcibile di per sé e, soprattutto secondo quale criterio è risarcibile, è necessario svolgere un'analisi sulla natura giuridica di questo tipo di danno⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Il danno emergente è, di regola, abbastanza contenuto, ed è costituito dalle spese sostenute per la prova dell'illecito, es. perizie, nonché le spese legali per ottenere la condanna risarcitoria. Per lucro cessante si intende, invece, il profitto cui l'impresa danneggiata avrebbe sicuramente conseguito in un mercato concorrenziale.

⁵⁵⁷ M.G. PIRASTU, *Brevi considerazioni in tema di risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1, p. 104 ss.

⁵⁵⁸ A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. e impresa Europa*, 2008, p. 332, rileva che l'espressione «perdita di chance» ha avuto origine nella giurisprudenza civile francese per agevolare la prova del nesso causale nelle ipotesi in cui la sua sussistenza tra la condotta del soggetto agente e il danno lamentato non possa essere stabilita con certezza. Nella dottrina e giurisprudenza italiane, invece, dopo un iniziale atteggiamento di chiusura che riteneva non risarcibile tale danno in quanto non provato ma meramente potenziale e, quindi, non suscettibile di valutazione, oggi è unanimemente condivisa e considerata quale tecnica risarcitoria. La *chance* viene considerata dalla giurisprudenza di legittimità quale danno patrimoniale futuro, risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, la sussistenza del nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verificazione futura del danno. In dottrina è stato rilevato come la perdita di *chance* non rappresenta la perdita di un incremento patrimoniale ma della speranza di un incremento patrimoniale. In tal senso si veda M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ.*, 2000, p. 662; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 161, il quale differenzia il danno da perdita di *chance* dal danno futuro, in quanto quest'ultimo richiederebbe la ragionevole certezza in ordine ad un evento che dovrà accadere, mentre il danno da perdita di occasione favorevole è un danno determinabile in via equitativa in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta.

La norma da cui partire risulta, ancora una volta, è l'art. 1223 c.c., a mente del quale «il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno», in quanto costituiscano conseguenze immediate e dirette del comportamento illecito dannoso»: dalla suddetta disposizione emerge la distinzione tra danno emergente⁵⁶⁰ e lucro cessante⁵⁶¹, a seconda del momento in cui si verifica l'evento danneggiante.

Se tale evento sottrae utilità che il danneggiato in quel momento già aveva, si è prodotto un danno emergente; se impedisce che nuovi elementi od utilità vengano acquisiti, si verifica un lucro cessante.

Si è posto, dunque, il problema di inquadrare il danno da perdita di *chance* all'interno di una delle due categorie di danno.

La giurisprudenza ha fatto ricorso al concetto di *chance* in numerose pronunce per gestire l'incertezza in materia di causalità giuridica tra il fatto illecito o l'inadempimento, fonte di responsabilità, e il danno⁵⁶².

Ciò comporta che, pur in presenza di un nesso causale indimostrato, il giudice può disporre comunque il risarcimento, facendo applicazione di quella che viene presentata come una mera tecnica di quantificazione del danno e di determinarne

⁵⁵⁹ M.G. PIRASTU, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁶⁰ Il danno emergente viene inteso dalla dottrina come “violazione dell’interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione degli altri beni che integrano in atto il suo patrimonio”. Così C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, 1970, p. 236.

⁵⁶¹ Il lucro cessante s’identifica con “l’incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l’utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione del contratto risoluto”. Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 260.

⁵⁶² Le prime pronunce della giurisprudenza si sono avute nell’ambito giuslavoristico, (tipico caso del lavoratore che a cui venga illegittimamente impedita la partecipazione ad un concorso interno per l’accesso alla qualifica superiore. In tal caso il giudice non può accertare la sussistenza di un legame causale certo tra l’inadempimento e il danno, nel senso che non può verificare se, qualora il lavoratore fosse stato ammesso al concorso, avrebbe conseguito la promozione) e successivamente estesa ai settori più disparati, compresa la responsabilità civile e la tutela risarcitoria. Tra le altre pronunce in cui si fa riferimento al danno da occasioni perdute, quale mera tecnica di quantificazione del danno, si veda: Cass., sez. lav., 25 ottobre 2000, n. 14074, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2177; Cass., sez. lav., 19 novembre 1997, n. 11522 in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 366 e in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 706 con nota di I. MILIANTI, *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all’esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione*; e Cass., sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 792 con nota di A. RIGANÒ, *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcimento del danno da perdita di “chance”*; Cass., sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 e ss., con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*. In queste sentenze, la *chance* è stata configurata come un danno attuale, ossia come un autonomo bene giuridico, economicamente valutabile, suscettibile di riparazione in caso di lesione, che rappresenta la perdita della probabilità di conseguire un certo risultato, e che va distinto dal risultato utile sperato.

l'ammontare in funzione della probabilità di realizzazione del risultato atteso: una riparazione, dunque, non integrale e rapportata al risultato utile sperato, bensì solo parziale e parametrata al valore delle opportunità perdute, in base, cioè, al grado di probabilità di conseguimento dell'evento sperato⁵⁶³.

Una prima tesi, risalente nel tempo, considerava la figura in esame alla stregua di una ipotesi di lucro cessante: essa consisterebbe in una mera aspettativa di fatto, ossia nella perdita di utilità future⁵⁶⁴.

In tale prospettiva, definita eziologica, la *chance* è risarcibile, analogamente al lucro cessante, a condizione che il danneggiato provi che le utilità future sarebbero state verosimilmente acquisite, in assenza dell'evento dannoso⁵⁶⁵.

Pertanto il soggetto leso, che chiede il risarcimento del danno da perdita di *chance*, non lamenta la menomazione del proprio patrimonio attuale, bensì la perdita del risultato finale favorevole che sarebbe stato sicuramente conseguito dal soggetto stesso se non ci fosse stato il comportamento illecito o l'inadempimento⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Così interpretata la *chance* viene utilizzata per determinare il contenuto dell'obbligo risarcitorio relativo ad una responsabilità già accertata, cioè si riferisce alla causalità giuridica, ossia al nesso di causa che deve intercorrere tra il fatto illecito e il danno da esso provocato.

⁵⁶⁴ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 184 ss.; M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 662; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 545; F. MASTROPAOLO, *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, p. 12; N. MONTICELLI, *Responsabilità e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. comm.*, 2003, p. 873 ss.; L. BAGLIAZZI GERI – U. BRECCIA- F.D. BUSINELLI – U. NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 728-730; C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 296 ss.

⁵⁶⁵ La tesi in questione è stata criticata da una parte della dottrina poiché richiederebbe al danneggiato una doppia prova: dimostrare che senza l'evento dannoso egli avrebbe potuto cogliere la *chance*; dimostrare che la possibilità sperata si sarebbe verosimilmente realizzata. La frequente difficoltà di questo tipo di prove comporta sempre più spesso l'intervento del giudice che valuterà con equo apprezzamento e con prognosi postuma le circostanze del caso. In tal senso si veda M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 664. La subordinazione del risarcimento al superamento di una soglia minima di rilevanza, proprio dell'impostazione tradizionale che ricostruiva la perdita di una *chance* come ipotesi di lucro cessante, viene considerato inaccettabile, posto che, una volta riconosciuta la configurabilità della mera possibilità di un risultato vantaggioso come autonomo bene giuridico, non potrebbe il risarcimento del danno essere subordinato ad una sua consistenza minima, mancando nel nostro ordinamento un principio di questo tipo.

⁵⁶⁶ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, II, Milano, 2007, p. 493.

A sostegno della tesi favorevole alla natura di lucro cessante, si è sostenuto in giurisprudenza che «nella fattispecie in questione non è in discussione l'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione del suo patrimonio, caratteristica del danno emergente, e poiché la tutela risarcitoria non si limita alla reintegrazione del pregiudizio economico già ricompreso nel patrimonio effettivo del danneggiato ma si estende a ulteriori benefici economici non presenti nel patrimonio del soggetto leso al momento della lesione, ma presumibilmente prevedibili in futuro, si tratterebbe di lucro cessante, in quanto nella perdita di *chance* si verifica un decremento patrimoniale quale conseguenza della prestazione inadempita o dell'illecito (...)». Così Cass., 25 settembre 1998, n. 9598.

Il creditore/danneggiato, già ai fini dell'*an debeat*, deve provare la sussistenza di almeno il 50% più uno di *chances* favorevoli, ossia deve dimostrare, sulla base di un giudizio prognostico, che al momento della realizzazione della lesione aveva una probabilità superiore al 50% di raggiungere il risultato sperato e che, comunque, la possibilità di raggiungere il risultato era superiore alla possibilità di non raggiungerlo.

Se, invece, la possibilità di raggiungere il risultato sperato era inferiore alla possibilità di non raggiungimento, mancherebbe il nesso di causalità tra condotta illecita o inadempimento e danno, e dunque si tratterebbe di una mera aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile⁵⁶⁷.

Così interpretata la *chance* diviene un criterio per dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e il danno, quale perdita del risultato finale⁵⁶⁸.

Questa tesi risulta inammissibile, posto che la certezza che il mancato guadagno si sarebbe prodotto a prescindere dall'evento lesivo non sarà mai assoluta né realmente dimostrabile, perché si tratta di un'utilità non preesistente ma che si formerà in un momento successivo⁵⁶⁹.

Secondo una opposta e ormai prevalente tesi, definita ontologica, la *chance* è un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione; così che la sua perdita configura un danno concreto e attuale da liquidare, qualora non possa essere provato nel suo preciso ammontare, in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.⁵⁷⁰

A favore dell'inquadramento sistematico della *chance* nella categoria del danno emergente milita la considerazione che non è il risultato finale sperato a venire in

⁵⁶⁷ F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 55; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, c. 1181; N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 295 ss.

⁵⁶⁸ M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 662 ss., secondo cui la *chance* se considerata quale lucro cessante, ossia come mancato raggiungimento del risultato finale, diviene strumento per l'accertamento in termini probabilistici del nesso di causalità tra la condotta inadempitiva o illecita e la verifica del danno, ossia la perdita del risultato finale. La sussistenza del nesso causale viene verificata attraverso la dimostrazione della consistenza percentuale delle probabilità favorevoli al conseguimento del risultato finale che sarebbero state prevalenti rispetto alle probabilità sfavorevoli, di non conseguimento, con conseguente onere in capo al ricorrente di dimostrare una *chance* superiore al 50%.

⁵⁶⁹ M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, nota a Cass. 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giur. comm.*, I, 2009, p. 180.

⁵⁷⁰ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, p. 84 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da perdita di un'utilità futura*, in *Riv. civ. comm.*, 1986, p. 364.

rilievo, ma la *chance* in quanto tale che costituisce un danno concreto ed attuale, concretandosi nella lesione all'integrità del patrimonio⁵⁷¹.

Così intesa la perdita di *chance* non rappresenta un danno meramente ipotetico o eventuale, ma consiste nella perdita di una probabilità, concreta ed attuale, per effetto della lesione⁵⁷². La *chance* viene cioè concepita come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto, la cui lesione configura una perdita, non un mancato guadagno, da intendersi come incremento patrimoniale che il danneggiato avrebbe conseguito con l'utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso; trattandosi di una parte attiva del patrimonio "il danno da perdita di *chance* non sarebbe configurabile come danno futuro, legato alla ragionevole probabilità di un evento, ma come danno concreto, attuale e certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole già presente nel patrimonio del soggetto"⁵⁷³.

L'individuazione del danno nella perdita della possibilità di conseguire il risultato favorevole, anziché nel mancato conseguimento del risultato definitivo, risolve anche le incertezze sul nesso di causalità, perché se il danno viene individuato nella probabilità perduta, allora il nesso diviene certo⁵⁷⁴.

Se si considera il danno da perdita di *chance* come bene giuridico autonomo, distinto da quello finale, già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato al momento in cui si verifica l'evento lesivo, si giunge a riconoscere ai danneggiati anche il risarcimento dei danni incerti⁵⁷⁵.

Il rischio che si corre però è di dover risarcire ogni perdita di *chance* che statisticamente abbia una probabilità di realizzazione superiore al cinquanta per cento; se, invece, la si consideri alla stregua di un fattore causale necessario per il

⁵⁷¹ D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, pp. 25-26.

⁵⁷² L. RINALDO, *Il danno da perdita di chance*, nota a Trib. Milano, 3 ottobre 2009, n. 1176, in *Riv. dir. ec. traspr. e dell'ambiente*, 2010, VIII, p. 545.

⁵⁷³ La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha avvertito solo in tempi abbastanza recenti l'esigenza di prevedere la risarcibilità del danno da perdita di *chance* in forma autonoma.

⁵⁷⁴ Così M. BOCCHIOLA, *op. cit.*, p. 86, secondo il quale anche la dottrina francese configura un perdita, piuttosto che un mancato guadagno. In giurisprudenza si veda, tra gli altri, Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759; Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, la quale afferma che la possibilità di conseguire un risultato utile esisteva nel patrimonio del danneggiato al momento del compimento dell'illecito.

⁵⁷⁵ Con specifico riguardo alla materia antitrust, si veda in giurisprudenza Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e d'identità)?*, che con riferimento ad una condotta antitrust posta in essere dalle compagnie di assicurazione, ha statuito che «il danno lamentato 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». La giurisprudenza consolidata ammette la prova del suddetto danno secondo un criterio probabilistico o per presunzioni.

conseguimento di un'utilità futura, il rischio che si corre è quello di addossare al danneggiato il pesante onere probatorio proprio del lucro cessante.

Dal punto di vista probatorio, infatti, accogliendo la tesi della *chance* come ipotesi di danno emergente, ne risulta semplificato per il danneggiato l'onere della prova sull'*an* del danno, posto che è sufficiente dimostrare la sussistenza di una sia pur minima, purché seria, e non meramente simbolica, possibilità di raggiungere il risultato sperato, a prescindere dal fatto che le possibilità di raggiungere il risultato siano superiori a quelle di non raggiungimento, come richiesto per il lucro cessante⁵⁷⁶.

In tal senso il nesso causale non subisce interferenze, posto che la prova non riguarda il nesso eziologico tra condotta ed evento, ma la consistenza percentuale di un bene già presente nel patrimonio del soggetto⁵⁷⁷.

Il coefficiente probabilistico rileverà, invece, dal punto di vista del *quantum debeatur*, nel senso che la *chance* sarà risarcibile nella misura dell'effettivo grado della possibilità di conseguire il risultato finale mancato.

Seguendo l'impostazione del lucro cessante viene, viceversa, addossato un rilevante onere probatorio al danneggiato, una sorta di *probatio diabolica*, dovendo questi dimostrare di avere una probabilità di conseguire il risultato maggiore di quella di non conseguirlo, agevolato però dal punto di vista del *quantum debeatur*.

La giurisprudenza di legittimità è ormai orientata nel senso di ritenere che «*la perdita di chance debba essere intesa come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non costituendo una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, e il danneggiato ha l'onere di provare, pur se solo in modo*

⁵⁷⁶ Se si considera la *chance* perduta come ipotesi di danno emergente, ossia come danno attuale, anziché come danno futuro da lucro cessante, ai fini della prova non occorrerà, quindi, la certezza del raggiungimenti del risultato ma la mera probabilità, sia pure significativa, almeno il 51% di conseguirlo. Per la concreta liquidazione del danno si dovrà procedere attraverso un criterio prognostico fondato sulla possibilità del risultato utile assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, ricavabile dagli elementi della singola fattispecie dedotta in giudizio. Qualora detto meccanismo non sia possibile, la giurisprudenza ammette l'applicazione del criterio equitativo ex art. 1226 c.c. sempreché risulti provato il danno risarcibile, pure in base ai ricordati calcoli di probabilità.

⁵⁷⁷ Così Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, secondo cui, ai fini del risarcimento del danno da perdita di *chance*, il Giudice, riscontrata la esistenza del nesso causale tra la lesione e la perdita di opportunità favorevole, dovrà esaminare se sia stata dimostrata la ragionevole probabilità di verifica della *chance* potendosi affidare a presunzioni che operano se ed in quanto specificamente allegate dal creditore-danneggiato.

presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di taluni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta»⁵⁷⁸.

5.11. La chance e l'accertamento del nesso di causalità.

Il nesso causale tra l'illecito e la perdita di *chance* si fonda sui principi generali vigenti in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per l'imputazione del fatto al suo autore, richiedendo, tuttavia, non la certezza del danno, ma la sussistenza di un'elevata possibilità del mancato raggiungimento del risultato favorevole⁵⁷⁹.

Il danno da perdita di *chance* viene ritenuto un danno attuale e risarcibile sempre che ne sia provata la esistenza, ancorché secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni ma, in mancanza di tale prova, la liquidazione in via equitativa non è ammessa, essendo diretta a fare fronte alla sola impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno⁵⁸⁰.

Generalmente, la valutazione del danno da perdita di *chance* viene espressa in termini percentuali rispetto all'ammontare del danno consistente nel mancato conseguimento del vantaggio patrimoniale atteso; il danno viene cioè liquidato proporzionalmente al grado di probabilità di raggiungere il risultato sperato⁵⁸¹.

L'inquadramento della *chance* nella categoria del danno emergente offre piena conferma all'indirizzo giurisprudenziale che distingue tra il ruolo che la causalità assume nel sistema penale, rispetto a quello rivestito nell'ambito dell'ordinamento civile.

⁵⁷⁸ Così Cass., 12 agosto 2008, n. 21544.

⁵⁷⁹ D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 34 ss. secondo il quale la causalità materiale va accertata in base alle regole dettate dagli artt. 40 e 41 c.p., basati sul principio della *condicio sine qua non*, mentre la causalità giuridica va accertata sulla base dei criteri desumibili dall'art. 1223 c.c., applicabile anche in via extracontrattuale in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2056, che limita il risarcimento ai soli danni immediati e diretti ma che, per giurisprudenza costante, deve ritenersi esteso ai danni mediati e indiretti, purché costituiscano effetti normali del fatto illecito, secondo il criterio della regolarità causale.

⁵⁸⁰ G. GRISI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, p. 2029; M. BONA, *Quantum del danno patrimoniale e liquidazione equitativa*, in *Danno e resp.*, 11, 2006, p. 1073; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile in Trattato della responsabilità civile*, 2010, p. 176; G. VISINTINI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, diretto da G. Visintini, 2009, p. 449.

⁵⁸¹ Occorre distinguere tra accertamento del nesso causale che deve avvenire nella sua interezza, sia pure in ambito civilistico in base al criterio meno rigoroso del "più probabile che non", con la prova del danno, risarcibile in base alla *chance*, in base alle probabilità di verificarsi. Della *chance* si deve tener conto ai soli fini della quantificazione del danno e non per l'accertamento del nesso causale.

In un recente arresto, la Suprema Corte ha evidenziato come, i due sistemi tutelino beni giuridici diversi, ciò che giustifica, sulla base di una “scala discendente” di valori, diversi criteri per l’accertamento del nesso causale⁵⁸².

Al livello più elevato, in ambito penale e in ossequio alla sentenza *Franzese*, si richiede un alto grado di credibilità razionale o quasi certezza processuale, *al di là di ogni ragionevole dubbio*; ad un livello inferiore, nel sottosistema dell’illecito civile, dove il criterio di accertamento proposto in ambito penale non può essere esteso, si richiede una probabilità relativa, ossia una soglia di probabilità meno elevata di quella richiesta in sede penale, rappresentato dal criterio del *più probabile che non*, criterio che impone di ritenere accertata la sussistenza del nesso causale ogni volta che la derivazione causale di un danno da una determinata condotta appaia più probabile che non l’ipotesi contraria; al terzo livello, sempre nell’ambito civilistico, si colloca la cd. causalità da perdita di *chance*, ossia la mera possibilità (*chance*) di conseguire un certo risultato sperato, da intendersi non come mancato conseguimento di un risultato solo possibile, ma come sacrificio della concreta ed effettiva possibilità di conseguirlo, quale bene autonomo rispetto al risultato utile atteso, che autorizzerebbe ad affermare l’esistenza del nesso causale anche nel caso in cui la probabilità di aver determinato il danno sia inferiore al 50% più 1⁵⁸³.

Ne consegue che le categorie concettuali alla stregua delle quali va accertato oggi il nesso di causalità sono rappresentate dall’alto grado di probabilità razionale o quasi certezza, dalla probabilità relativa e dalla mera possibilità.

In realtà questo ragionamento sembra confondere i differenti concetti di *chances* perse, da un lato, e di probabilità che sussista un nesso causale tra un dato fatto e l’evento, dall’altro; la perdita di *chance* risarcibile non è data dalle probabilità che ci sia un nesso causale tra fatto ed evento, piuttosto è la lesione delle possibilità di ottenere un vantaggio ad essere risarcita e non il mancato raggiungimento del vantaggio stesso.

⁵⁸² Cass., 16 ottobre 2007, n. 2161932, in *Danno e resp.*, 2008, 1, p. 43 con nota di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, ed in *Corr. Giur.*, 2008, 1, p. 35 con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*, relativo ad una fattispecie di responsabilità del sanitario per non aver diagnosticato tempestivamente l’embolia gassosa e non aver avviato il sub al più vicino centro iperbarico. La domanda di risarcimento proposta nei confronti del medico veniva accolta dalla Corte d’Appello adita; la questione giungeva poi in Cassazione, la quale coglieva l’occasione per descrivere sinteticamente gli approdi giurisprudenziali raggiunti in materia di nesso causale in ambito civile.

⁵⁸³ F. MAUCERI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile*, in *www.juscivile.it*, 2015, 3, p. 114.

Risulta, dunque, estremamente diversa la probabilità che esista un nesso causale e la possibilità persa risarcibile: la prima è un indice della credibilità razionale dell'esistenza di un rapporto di causalità che giustifica, insieme agli altri elementi del fatto illecito, l'attribuzione di responsabilità; la seconda, invece, è l'interesse la cui lesione è ritenuta degna di tutela dall'ordinamento, rispetto alla quale bisognerà comunque individuare l'esistenza di un nesso causale con un fatto imputabile al presunto danneggiante⁵⁸⁴.

Del resto affermare la rilevanza causale della perdita di *chance*, intesa come criterio che permette di affermare la responsabilità anche quando le probabilità di aver causato il danno siano inferiori al 50% più 1, significherebbe affermare la responsabilità anche quando l'esistenza del nesso causale sia più improbabile che non.

Dalle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, si evince che il giudice ritiene il nesso causale certo ogni qual volta esso appaia più probabile che no, così addossando esclusivamente sull'autore della condotta illecita l'intero costo dell'evento dannoso, mentre poi distribuisce tale costo su ambedue le parti in conflitto ogni qual volta l'esistenza del nesso causale sia più improbabile che probabile, facendo a tal fine ricorso alla *chance*.

La perdita di *chance* è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno.

Pertanto, la dimostrazione di un nesso di causalità tra condotta illecita e perdita della *chance* (che deve essere attuale ed effettiva) costituisce la condizione essenziale per il riconoscimento del diritto al risarcimento; è, così, necessario “provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita”⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ In definitiva, se si accoglie la tesi della *chance* come ipotesi di lucro cessante, cd. tesi eziologica, la prova della *chance* attiene al nesso di causalità tra condotta ed evento. Se, viceversa, si qualifica la *chance* come danno emergente, comunque attuale e concreto, trattandosi di bene suscettibile di valutazione economica, la prova di essa riguarda la consistenza percentuale di un bene già presente nel patrimonio del soggetto. Quindi la perdita di *chance* opera sul danno e non sul nesso causale che va accertato nella sua totalità. Dunque va prima accertato il nesso di causalità tra lesione e perdita di opportunità favorevole, poi la ragionevole probabilità di verificarsi del danno inteso come perdita di *chance*.

⁵⁸⁵ F. TALLARO, *Tracce per un'indagine su nesso di causalità e chance nell'ambito della responsabilità civile*, in *Persona e danno*, 2012.

5.12. Il danno da perdita di chance: punti di forza e criticità.

L'introduzione, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, della figura della *chance*, sembra aver determinato un'apparente frattura con le regole in materia di nesso causale, stante la difficoltà di ricondurre ad esse la discussa figura della *chance*⁵⁸⁶.

Dall'analisi che precede è emerso, infatti, come sia possibile individuare due distinte nozioni di causalità: la causalità dal punto di vista naturalistico, che consente di conoscere la causa di un fatto, e la causalità come indagine di carattere giuridico, che consente di selezionare solo quelle cause che hanno rilevanza ai fini del giudizio giuridico di causalità⁵⁸⁷. Entrambi gli accertamenti presuppongono la sussistenza del principio di causalità, ossia la possibilità per l'uomo di conoscere con esattezza la causa di un certo evento.

Tuttavia in base alle attuali conoscenze e allo stato del progresso scientifico, si è dovuto constatare come non sia possibile avere una perfetta conoscenza delle cause di un fatto; ciò ha portato a sostituire alla certezza dell'esistenza del nesso causale, nel senso che da un determinato fatto derivi necessariamente un certo evento, la probabilità che da un certo antecedente derivi una determinata conseguenza⁵⁸⁸.

In particolare, va evidenziato come nel sistema della responsabilità civile del '900 due erano i capisaldi fondamentali in punto di causalità: da un lato, il nesso di causalità era considerato un elemento essenziale di tutte le fattispecie di responsabilità civile; dall'altro, si riteneva che l'accertamento del nesso di causalità materiale andasse compiuto alla stregua dei criteri individuati dagli artt. 40 e 41 c.p.

Si riteneva implicitamente che l'uomo avesse la possibilità di conoscere con certezza la derivazione di un certo accadimento da un determinato fatto e solo in tal senso era possibile accertare il nesso di causalità⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101.

⁵⁸⁷ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁸⁸ La giurisprudenza, per superare lo iato esistente tra causalità, naturalisticamente intesa, e la valutazione che il giudice è chiamato a compiere, ha più volte fatto ricorso a strumenti processuali per conoscere la verità processuale, in particolare per l'accertamento del nesso di causalità vengono utilizzate presunzioni semplici, con le quali il giudice può trarre da un fatto noto delle conseguenze per risalire ad un fatto ignoto. È così possibile provare l'esistenza del nesso di causalità sulla base di una conoscenza solo probabilistica. Ciò significa che è possibile ritenere sussistente in via presuntiva il nesso causale tra un dato fatto e un certo evento. Lo strumento delle presunzioni non richiede che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile quello ignoto secondo un giudizio di probabilità secondo l'*id quod plerumque accidit*.

⁵⁸⁹ In altre parole, se si ritiene possibile determinare con certezza l'esistenza del rapporto di causa ed effetto tra due avvenimenti significa ammettere che l'uomo possa conoscere con esattezza la causa di ogni accadimento.

Tale impostazione si è, successivamente, scontrata con la acquisita consapevolezza dell'impossibilità per l'uomo di conoscere le cause di ogni evento, quindi dei limiti della conoscenza umana, posto che l'uomo o il giurista è solo in grado di individuare se un fatto aumenta le probabilità del verificarsi di un certo evento ma non se ne determina il suo verificarsi, potendo essere determinato anche da concause naturali o da cause ignote⁵⁹⁰.

Se, dunque, fino al '900 non si è mai dubitato dell'esistenza del principio di causalità per così dire naturalistico, ossia della possibilità, sotto il profilo naturalistico, di determinare con certezza il rapporto di causa ed effetto tra due avvenimenti, così che, non solo il legislatore lo ha richiesto come elemento essenziale di ogni fattispecie di responsabilità civile ma anche la giurisprudenza ha rispettivamente accolto o rigettato le richieste di risarcimento danni, motivandole con la sussistenza o insussistenza del collegamento causale, la presa d'atto, da parte della dottrina e della giurisprudenza, della impossibilità di avere conoscenza certa della sussistenza del nesso causale e della necessità di sostituire la regola della certezza con criteri basati su logiche di tipo essenzialmente probabilistico, in sede di accertamento del nesso causale, sussistendo incertezze ineliminabili, ha segnato il declino del principio di causalità.

In particolare, il principio di causalità è ormai tramontato in qualunque ambito scientifico, ad eccezione di quello giuridico, dove i giudici fanno ricorso spesso a regole artificiose per dimostrare ciò che non è possibile accertare, con la conseguenza che il giurista decide sulla base di ragioni di giustizia del caso concreto⁵⁹¹.

Infatti, se il giudice si trovasse a decidere un caso nel quale il nesso causale si sia verificato in modo eccezionale, imprevedibile con l'unica alternativa di accordare o negare il risarcimento del danno, sarà con molta probabilità portato a prendere una

⁵⁹⁰ La Suprema Corte di Cassazione, in una rilevante sentenza, ha affermato che: «Vero è che la natura stessa della fattispecie del nesso di causa si presenta, come già questa Corte ha avuto modo di affermare (Cass. 7997/2005) di per sé come un vero e proprio ossimoro fin dal momento in cui se ne predicano semplici quanto insopprimibili esigenze gnoseologiche. L'incipit di ogni indagine in tema di nesso causale, difatti, ne propone ad ogni passo "l'accertamento", ogni scritto sul tema della causalità anela "all'accertamento del nesso causale", muovendo così, del tutto inconsapevolmente, su di un terreno già assai scivoloso, se lo stesso sintagma "accertamento del nesso causale" cela una prima, latente insidia lessicale, dacché ogni "accertamento" postula e tende ad una operazione logico-deduttiva o logico-induttiva che conduca ad una conclusione, appunto, "certa"; mentre un'indagine, per quanto rigorosa, funzionale a predicarne l'esistenza sul piano del diritto, si arresta, sovente, quantomeno in sede civile, sulle soglie del giudizio probabilistico (sia pur connotato da un diverso livello di intensità, dalla "quasi certezza" alla "seria ed apprezzabile possibilità")».

⁵⁹¹ Per un approfondimento sul declino del principio di causalità nelle altre scienze si veda M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, cit., pp. 208 ss.

decisione basata su ragioni equitative, di giustizia del caso singolo, ossia basandosi su valutazioni che poco o nulla hanno a che fare con il nesso causale.

Ne consegue, dunque, come la circostanza che il legislatore ponga una rigida alternativa tra sussistenza o insussistenza del nesso causale si scontri con la consapevolezza che la conoscenza umana è in grado di fornire al giudice una risposta solo quantitativa in termini probabilistici.

Si tratta, allora, di individuare un criterio oggettivo di accertamento del nesso causale che guidi l'interprete in modo da assicurare la certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito della lite; la consapevolezza che la causalità giuridica sia inevitabilmente governata dall'incertezza, non significa, tuttavia, che incerte debbano essere le regole ed i criteri che governano la verifica del nesso di causa⁵⁹².

Il superamento del principio di causalità ha determinato la consapevolezza che non è possibile porsi nell'alternativa sussistenza/insussistenza del nesso causale, essendo preferibile, oltre che più corretto, ritenere che ciascun antecedente abbia determinato un grado di probabilità di essere seguito da una conseguenza.

In sostanza è possibile solo sapere che un fatto può determinare un evento in una certa percentuale di casi, ossia può aver aumentato il rischio del verificarsi dell'evento.

La giurisprudenza ha individuato una "soglia" raggiunta la quale può ritenersi sussistente il nesso di causalità. Tale soglia, in ambito penalistico, e a partire dalla sentenza Franzese è stato individuato nel criterio "*dell'alto grado di credibilità razionale o probabilità logica*", mentre in ambito civilistico, in seguito alla progressiva emancipazione dalle regole elaborate in ambito penalistico, la giurisprudenza ha accolto il criterio del "*più probabile che non*".

Tuttavia, neanche il criterio del "*più probabile che non*" è in grado di superare le difficoltà e le critiche connesse al modello penalistico del "*tutto o niente*", in base al quale il giudice è tenuto ad attestarsi sulla rigida alternativa di ritenere sussistente il nesso causale e condannare il danneggiante al risarcimento dell'intero danno varcata la soglia del "*più probabile che non*" o, viceversa, ritenere non sussistente il nesso di causalità e, quindi, negare il risarcimento del danno, se non si raggiunga la soglia del "*più probabile che non*", restando il danno interamente a capo del danneggiato.

⁵⁹² M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.*, 1/2008, p. 45.

Se, infatti, tale regola può essere utilizzata nei casi in cui sia abbastanza agevole verificare se sussiste o non sussiste il nesso causale, viceversa nelle ipotesi dubbie, di maggiore incertezza sarà necessario individuare criteri alternativi, per evitare di giungere a risultati iniqui⁵⁹³.

A tal fine, si tratta di verificare se sia possibile dare ingresso, nel nostro sistema di responsabilità civile, ad una forma di responsabilità proporzionale o progressiva, idonea a superare la logica del “tutto o niente”⁵⁹⁴. In tale prospettiva, si verifica che, in tutti i casi in cui sia incerta la sussistenza o meno del nesso causale tra il danno e la causa che si assume averlo determinato, e ragioni di equità suggeriscano di trasferire l’incertezza dall’*an* della sussistenza del nesso causale al *quantum* del danno risarcibile, si potrebbe ritenere risarcibile il danno in proporzione alla percentuale dell’apporto causale imputabile al danneggiante, decurtato della percentuale dell’apporto di altre cause. Tale forma di responsabilità comporta che il danneggiante sia tenuto a farsi carico del danno prodotto in misura proporzionale all’apporto causale della sua condotta, sul modello dell’art. 1227, 1° co. c.c. che prevede la diminuzione del risarcimento nel caso di concorso di responsabilità del danneggiato.

L’art 2055 c.c. prevede la solidarietà per l’ipotesi di concorso di cause imputabili, non applicabile, invece, al concorso di cause imputabili con cause naturali non imputabili, che restano a carico del danneggiato⁵⁹⁵.

⁵⁹³ M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 55 osserva che: «imputare per intero il danno all’agente, nel caso in cui le percentuali statistiche indicano una percentuale del 51% significherebbe addossargli, in ossequio a una mendace regola di certezza (del rapporto causale) e del diritto un danno che per il 49% non è stato da lui causato. Viceversa escludere qualsiasi risarcimento allorché le probabilità stimate sono circa 49% vorrebbe dire far gravare interamente il danno sulla vittima». Si avrebbe nel primo caso un fenomeno di *overcompensation* e nel secondo caso di *undercompensation*, ma in entrambi i casi la funzione compensativa della responsabilità civile è stata irrimediabilmente compromessa. La regola del “*più probabile che non*” è dunque insoddisfacente, sia nel caso in cui non si possa imputare l’evento al danneggiante per difetto di nesso causale, in presenza di basse probabilità sia, all’opposto, quando sia addossato al danneggiante l’intero danno nonostante solo una delle molteplici cause che lo hanno determinato sia a lui imputabile, mentre le altre cause sono imputabili alla vittima o a fatti naturali, così che il danneggiato verrebbe arricchito per aver ottenuto il risarcimento di una lesione che potrebbe essere stata cagionata da cause non imputabili al danneggiante.

⁵⁹⁴ M. CAPECCHI, *op. cit.*, p.

⁵⁹⁵ Sui rapporti tra art. 1227 e 2055 c.c., si veda P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 72.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, l’interpretazione suggerita sarebbe compatibile con il nostro sistema di responsabilità civile, in particolare con l’ipotesi prevista dall’art. 1227, co. 1 c.c.

Secondo Cass., 16 gennaio 2009, n. 975: «Della stessa soluzione danno testuale conferma le regole dettate dall’art. 1227 c.c. nelle quali è preciso il riferimento alla possibilità della scissione – stavolta con rilevanza verso l’esterno – del nesso causale sulla base del principio che la responsabilità va proporzionata alle conseguenze che si riconnettono ad una determinata causa imputabile».

Tale soluzione è anche stata applicata svariate volte dalla giurisprudenza, attraverso la responsabilità per perdita di *chance*.

La perdita di *chance*, che si è analizzata nei paragrafi immediatamente precedenti, rappresenta senza alcun dubbio un meccanismo che consente di graduare la responsabilità, ponendosi come soluzione alternativa alla regola della contrapposizione della sussistenza o insussistenza del nesso causale, quindi “*del tutto o nulla*”, nel senso di riconoscere il risarcimento dell'intero danno laddove il giudice ritenga sussistere il nesso causale o negarlo nel caso di ritenuta insussistenza del nesso causale, privilegiando, invece, un sistema diverso in cui viene addossato al danneggiante solo una parte di danno consistente nella perdita delle *chances* di ottenere un risultato diverso, anziché addossargli l'intero danno.

In tal modo viene imputato al danneggiante la parte di danno riconducibile alla sua condotta, lasciando invece l'altra parte di danno derivante da cause umane o ignote a carico del danneggiato, anziché addossare tutto il danno a carico del danneggiante o lasciarne l'intero peso a carico del danneggiato.

La *chance* rappresenta, quindi, una riscrittura delle regole che governano l'accertamento del nesso di causalità.

L'esigenza di elaborare nuove regole di accertamento del nesso causale, sul modello elaborato dai sistemi di *common-law*, induce a verificare la compatibilità di una siffatta prospettiva con il nostro sistema di responsabilità civile, nonché ad analizzare i percorsi logico-giuridici attraverso i quali è possibile attuare tale forma di responsabilità.

Una soluzione potrebbe essere quella di liquidare il danno in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. La norma in questione conferisce al giudice il potere di liquidare equitativamente il danno ogni qual volta sia impossibile determinarne il suo preciso ammontare, e ciò sia in sede contrattuale ai sensi dell'art. 1226 c.c., sia in sede extracontrattuale in virtù del rinvio operato a tale norma dall'art. 2056 c.c.

In realtà, un'interpretazione corretta della norma rende palese che essa possa applicarsi solo al giudizio sulla causalità civile e non anche a quello sulla causalità materiale. Ed infatti, essa presuppone la dimostrazione che il comportamento del danneggiante possa essere considerato causa del danno lamentato dall'attore, ossia che tra i due sia già stato accertato il nesso di causalità materiale, e che sussista

l'impossibilità o l'estrema difficoltà di determinare con esattezza l'ammontare del danno.

In presenza di tali presupposti, la legge consente al giudice di determinare il danno in via equitativa, in sede, quindi, di quantificazione del risarcimento del danno.

Accertato il nesso di causalità materiale tra condotta del danneggiante e il danno, in sede di quantificazione del danno, questo può essere ridotto in misura proporzionale in base all'intensità del rapporto causale, ossia in base alla probabilità che il fatto indagato possa aver determinato l'evento⁵⁹⁶.

Quando, invece, sia incerta l'esistenza del rapporto di causalità materiale, la norma in questione non può trovare applicazione.

Pertanto, la liquidazione equitativa non può essere impiegata tutte le volte in cui vi sia incertezza circa la riconducibilità della lesione alla condotta del danneggiante, ossia sulla sussistenza del nesso di causalità materiale.

Il ricorso all'equità consentirà di distribuire il costo dell'incertezza circa l'effettivo ammontare del danno su entrambe le parti: sull'attore graverà il rischio che l'ammontare del danno determinato in via equitativa risulti inferiore alla misura del pregiudizio effettivamente sofferto; il convenuto sopporterà, invece, il rischio che tale ammontare si riveli superiore al danno in realtà inflitto.

Dalle considerazioni appena svolte, si ricava come l'art. 1226 c.c. sia applicabile esclusivamente alle ipotesi in cui sia stata preventivamente accertata la sussistenza del danno: si tratta, in altre parole, di un danno certo nella sua esistenza e incerto nel suo ammontare⁵⁹⁷.

Altro percorso ricostruttivo che potrebbe essere seguito per dare ingresso nel nostro ordinamento alla responsabilità proporzionale è quello di distinguere le cause imputabili al danneggiante dalle concause non imputabili, che agiscono in concorso con le prime.

⁵⁹⁶ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, cit., p. 275.

⁵⁹⁷ Secondo una dottrina il criterio equitativo non può essere utilizzato nelle ipotesi di danno incerto a condizione che si parta da taluni presupposti, in particolare che il nesso di causalità possa essere accertato e che il procedimento di accertamento possa essere scomposto in due fasi: la causalità materiale e la causalità giuridica. Se, invece, si parte dal presupposto dell'impossibilità di accertare il nesso di causalità, il quale avviene solo in rarissimi casi attraverso una probabilità di tipo statistico, ma nella maggior parte dei casi attraverso una probabilità di tipo logico, allora potrebbe essere utilizzato il criterio equitativo in sede di accertamento del nesso causale. Così M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., pp. 277-278.

Una volta accertato, in base ai criteri esaminati, che tra la condotta del responsabile e l'evento dannoso vi è un legame causale, sarà necessario verificare se ricorrono ulteriori fattori in grado di rappresentare delle concause o addirittura un fattore causale autonomo in grado di interrompere il nesso causale.

Il problema che si pone concerne, dunque, la rilevanza delle concause naturali nell'accertamento del nesso causale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in particolare con la sentenza 975/09⁵⁹⁸, ribaltando il proprio precedente orientamento della irrilevanza giuridica dei cofattori naturali, promuoveva un modello di causalità del tutto innovativo quello c.d. "proporzionale". Essa affermava, infatti, che, qualora la produzione dell'evento dannoso risalga alla concomitanza di un'azione umana e di fattori naturali, non può accogliersi la soluzione dell'irrilevanza di tali fattori.

A breve distanza temporale, con la sentenza n. 15991/2011, la Corte invertiva nuovamente il proprio orientamento, ritornando al consolidato principio del «tutto o nulla» attraverso la riaffermazione della codificata regola *juris* riconducibile ad un giudizio alternativo di sussistenza/insussistenza e ripudiando ogni frazionamento della responsabilità⁵⁹⁹.

Tale posizione della Suprema Corte ha trovato ulteriore conferma nella recente pronuncia n. 9528/12 ove è statuita l'irrilevanza dei cofattori naturali e ribadita la completa responsabilità del soggetto agente il quale deve rispondere per l'intero danno che, in assenza della condotta antigiuridica, non si sarebbe verificato.

⁵⁹⁸ Cass., 16 gennaio 2009, n. 975 in , nella quale si legge che «deve ritenersi legittimo il ricorso alla applicazione della norma di cui all'art. 1226 c.c., ogni qualvolta si sia in presenza di uguale necessità, rispondendo l'interpretazione estensiva della citata norma, di per sé corretta, anche a ragioni di giustizia sostanziale, che impediscono di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso». La citata sentenza accoglie la ripartizione di responsabilità tra cause imputabili e non, stabilendo che «ricorrono ragioni logico giuridiche le quali consentono di procedere a una valutazione della diversa efficienza delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportare nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso».

⁵⁹⁹ Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in critica la sentenza n. 975 nella parte in cui consente di accertare il nesso causale in via equitativa. Secondo tale sentenza, la suddetta prospettiva sarebbe incompatibile con il nostro sistema di responsabilità civile, il quale non ammetterebbe alternativa alla contrapposizione sussistenza o insussistenza del nesso di causalità, sicché il criterio equitativo può essere utilizzato solo in sede di selezione delle conseguenze dannose risarcibili, e non anche in sede di accertamento del nesso di causalità materiale. Peraltro la stessa sentenza, pur seguendo un percorso logico-argomentativo distinto rispetto alla precedente sentenza, proclamando l'irrilevanza delle concause naturali, finisce nella sostanza con il pervenire a risultati non dissimili, potendo il risarcimento essere proporzionalmente venire ridotto qualora il danno sia in parte riconducibile a fattori preesistenti che possono aver costituito delle concause in grado di determinare la produzione del danno.

In quell'occasione la Corte ha ritenuto che la regola che il giudice di merito è chiamato ad applicare per l'accertamento del nesso di causalità materiale resta quella, codificata, per cui l'esistenza di concause naturali che comportano un'incertezza circa la sussistenza del nesso causale, non può essere risolto tramite un modello di responsabilità proporzionale, bensì attraverso la consueta regola della sua sussistenza/insussistenza.

Si pone, così, un'alternativa: o è certo che il fattore naturale sia tale da escludere del tutto il nesso di causalità, e in tal caso ha efficacia liberatoria avendo determinato l'evento in modo esclusivo, o se il danneggiante non sia riuscito a fornire la prova dell'esistenza di cause non imputabili, allora la responsabilità va a lui interamente addossata.

Altro percorso da seguire potrebbe essere quello di risarcire il danno sulla base dell'aumento delle probabilità del verificarsi del danno per effetto della condotta del danneggiante, tutte le volte in cui abbia aumentato il rischio del verificarsi dell'evento dannoso.

Si tratta di un meccanismo assai simile a quello della cd. perdita di *chance*: riconoscere al danneggiato il risarcimento della perdita della possibilità di conseguire il risultato favorevole altro non è che dire che una condotta ha aumentato il rischio del verificarsi dell'evento. Esso presenta, inoltre, analogie come il meccanismo della riduzione del risarcimento per il ricorrere di concause naturali non imputabili, tanto che da parte della dottrina si è sostenuto che il criterio esaminato rappresenterebbe una versione aggiornata dell'art. 1227, co. 1 e dell'art. 2055 c.c., formulati dal legislatore sul presupposto del principio di causalità.

Una volta tramontato il principio causale, si devono interpretare tali norme nel senso di ritenere aumentato il rischio del prodursi del danno in relazione ai diversi antecedenti.

La giurisprudenza, poi, si è spesso posta il problema del rapporto tra il criterio del “*più probabile che non*” e della perdita di *chances*.

A tal proposito, si deve ritenere che non vi sia compatibilità tra il canone del “*più probabile che non*” e la figura della *chance*, con la conseguenza che l'interprete si trova confinato in una rigida alternativa: o si ritiene di abbandonare il criterio del “*più probabile che non*”, adottando piuttosto quello penalistico della certezza, e risolvendo le

ipotesi in cui sussista incertezza nell'accertamento del nesso causale attraverso la categoria della *chance*, disponendo un risarcimento in proporzione all'incidenza statistica delle *chances*, stabilendo preventivamente una soglia minima di rilevanza, oppure utilizzare il canone del “*più probabile che non*” e, allo stesso tempo, abbandonare la figura della *chance* cosicché quando l'esistenza del nesso causale appaia più probabile che improbabile, va accordato al danneggiato l'intero risarcimento del pregiudizio subito; quando viceversa il nesso causale sia più improbabile che probabile, il giudice dovrà negare qualunque forma di risarcimento.

Non risulta, dunque, condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale che combina la regola del “*più probabile che non*” con la figura del danno da perdita di *chance*.

5.13. Riflessioni in tema di nesso causale negli illeciti anticoncorrenziali.

Il legislatore europeo si è astenuto per lungo tempo dal dettare una normativa completa e vincolante in materia risarcitoria antitrust, trattandosi non di materia di competenza esclusiva⁶⁰⁰, quanto piuttosto di competenza concorrente tra l'Unione europea e gli Stati membri, regolata come tale dal principio di sussidiarietà⁶⁰¹.

Come risulta a chiare lettere dall'art. 5 TUE «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. (...)».

Dalla medesima disposizione si ricava il principio di proporzionalità al par. 4, «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione

⁶⁰⁰ I settori di competenza esclusiva dell'Unione sono elencati dall'art. 3 del TUE, mentre l'art. 4 TFUE elenca solo i principali settori in cui l'UE ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri. Dal combinato disposto di tali norme risulta che un'ingerenza dell'Unione in materia di rimedi sostanziali e regole procedurali viola il principio di autonomia del diritto nazionale nelle materie non di competenza della UE ed i principi di effettività ed equivalenza.

⁶⁰¹ Nell'ambito delle competenze non esclusive dell'Ue, il principio di sussidiarietà sancito dal trattato sull'Unione europea, definisce le condizioni in cui l'Unione ha una priorità di azione rispetto agli stati membri. Mentre il principio di sussidiarietà tende a difendere e tutelare la capacità di decisione e di azione degli Stati membri, nelle materie che non sono di competenza esclusiva dell'Ue, ritenendo legittimo l'intervento dell'Unione solo se gli obiettivi di un'azione non possono essere conseguiti meglio a livello di Unione.

dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità»⁶⁰². Dal parag. 3 si evince, invece, il principio di sussidiarietà: «in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo».

Dalla ripartizione di competenze tra Stati membri e Ue delineata dalle norme europee, ne consegue che è compito degli Stati membri disciplinare la materia del risarcimento del danno antitrust, salvo che l'Unione Europea dimostri che gli obiettivi non possano essere conseguiti in misura sufficiente dall'azione dei singoli stati e possano essere meglio realizzati a livello comunitario.

In applicazione di tali principi, al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva difficilmente conseguibile a livello dei singoli Stati in assenza di qualsivoglia coordinamento, la Corte di Giustizia seguita dalla Commissione Europea hanno tentato di predisporre linee guida, raccomandazioni, comunicazioni e altri strumenti di *soft law*. In realtà, stante la complessità della materia, molti Stati tra cui l'Italia si sono astenuti dal dettare una disciplina positiva completa in materia, preferendo affidare ai giudici nazionali l'individuazione delle regole e delle soluzioni caso per caso e attendendo indicazioni precise e vincolanti dalla Corte di Giustizia o dalla Commissione.

Tuttavia, le pronunce della Corte di Giustizia hanno spesso riconosciuto il rimedio risarcitorio anche quando non sussisteva il nesso di causalità, unicamente sulla base di considerazioni di politica del diritto, in palese violazione, illegittima,

⁶⁰² Il principio di proporzionalità è il principio secondo il quale l'azione della Comunità non va al di là di quanto sia necessario per il raggiungimento degli obiettivi posti dal Trattato. Si tratta di un principio associato a quello di sussidiarietà tale per cui il contenuto e la forma dell'azione dell'Ue si limitano a quanto sia necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati.

dell'autonomia degli Stati nel disciplinare aspetti non di competenza esclusiva dell'UE e dei principi di effettività ed equivalenza⁶⁰³.

L'accertamento del nesso di causalità e la prova del danno subito dai consumatori presentano maggiori criticità, in alcune fattispecie tipiche antitrust, come quella del trasferimento del sovrapprezzo sugli acquirenti indiretti, che hanno acquistato beni o servizi dai contratti «a valle» rispetto all'intesa⁶⁰⁴, o dei consumatori che hanno avuto rapporti contrattuali con imprese diverse da quelle che hanno commesso la violazione delle regole antitrust, cd. *umbrella prices*⁶⁰⁵.

Fornire la prova del danno significa provare, anzitutto, che una violazione della normativa antitrust vi sia stata. Ed è naturale che in presenza di un precedente accertamento compiuto dall'Autorità di concorrenza, il danneggiato potrà limitarsi ad allegare il provvedimento con cui l'Autorità antitrust ha positivamente accertare l'esistenza dell'infrazione. Per agevolare la posizione dell'attore, la direttiva 104 attribuisce efficacia vincolante alla decisione definitiva emessa da un'autorità nazionale di concorrenza.

⁶⁰³ Emblematico il caso degli acquirenti indiretti così come quello degli *umbrella prices*.

⁶⁰⁴ La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, con riferimento al danno da sovrapprezzo anticompetitivo, ha sottolineato come l'impresa convenuta possa provare l'interruzione del nesso causale tra il cartello assicurativo e il danno da sovrapprezzo, dimostrando elementi specifici del rapporto negoziale che è stato instaurato, da soli idonei a determinare l'evento dannoso. Così Cass., 23 aprile 2014, n. 9116, ha affermato che: «la prova dell'insussistenza del nesso causale, non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell'impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, e che valgano a dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita; occorrerebbe cioè dimostrare (in ipotesi) che la compagnia assicuratrice convenuta in giudizio ebbe a discostarsi dal *trend* degli aumenti accertato dall'AGCM e comune alle altre; o che la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che le hanno imposto determinate scelte di prezzo; o che il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza; o che si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità».

⁶⁰⁵ I problemi di causalità in simili fattispecie, nascono dal fatto che tra l'illecito e il danno, consistente nel sovrapprezzo competitivo, si inserisce il fatto volontario di un terzo, onde bisognerà accertare se esso sia stata in grado di interrompere il nesso di causalità.

Nelle azioni *follow-on*, l'art. 9 della Direttiva prevede, infatti, che la decisione definitiva dell'AGC nazionale circa una violazione del diritto della concorrenza ha efficacia vincolante, dovendosi ritenere definitivamente accertata anche da parte dei giudici dello stesso Stato membro e costituisce, pertanto, prova privilegiata⁶⁰⁶. Ciò implica l'impossibilità per il convenuto di fornire prova contraria dell'avvenuta violazione che sia accertata in modo definitivo.

Se, invece, la decisione definitiva con cui viene accertata una violazione del diritto della concorrenza proviene da una autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, non possiede efficacia vincolante, ma costituisce una prova *prima facie*, ossia ha il valore di semplice prova, valutabile insieme ad altre prove, ciò che equivale a dire che il convenuto ha la possibilità di presentare una prova contraria⁶⁰⁷.

Nelle azioni *stand alone*, ossia non precedute da un accertamento dell'AGC nazionale, invece, l'onere della prova risulta più gravoso per l'attore, poiché ha ad oggetto anche l'esistenza del comportamento antigiuridico, cartello o abuso di posizione dominante. In secondo luogo, andrà provato il pregiudizio subito nonché il nesso di causalità tra il comportamento anticompetitivo e il danno ingiusto, il quale non può evidentemente essere determinato facendo ricorso a criteri strettamente scientifici, ma si dovrà, necessariamente, far ricorso a criteri probabilistici o logici.

Nelle azioni *follow-on*, stante l'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGC nazionale e della Commissione, l'attore può richiamare le prove acquisite dall'autorità e riportarle nel procedimento. Spetta al convenuto provare l'assenza dell'elemento soggettivo. Nelle azioni *stand-alone*, invece, la prova dell'elemento soggettivo grava sull'attore.

⁶⁰⁶ La Suprema Corte di Cassazione, (sentenze Cass., 2009 n. 3640 e Cass., 2011 n. 17891) ha statuito che: «il ruolo di prova privilegiata del provvedimento dell'AGCM impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione della sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza se non altro in base allo stesso materiale probatorio ed alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede». In sede di recepimento della direttiva, mentre alcuni ordinamenti, come quello spagnolo, stanno considerando di estendere tale efficacia probatoria anche alle decisioni adottate da autorità garanti di Stati membri diversi rispetto a quello di appartenenza del giudice, il legislatore italiano si manifesta più cauto, prevedendo nella bozza che l'efficacia vincolante di una decisione dell'autorità antitrust sia limitata «alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale», ma non si estenda «al nesso di causalità e all'esistenza del danno» (art. 7.1 della Bozza)

⁶⁰⁷ Anche in tal caso la Bozza si preoccupa di circoscrivere l'ambito di accertamento alla «natura della violazione» e alla «portata materiale, personale, temporale e territoriale», dimenticandosi però di escludere espressamente il nesso di causa e l'esistenza del danno.

Anche nelle azioni *follow-on* deve essere provata l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra l'illecito e il danno, nonché l'ammontare del danno.

La dimostrazione del nesso causale dovrà avere ad oggetto tutte le circostanze del caso concreto, emerse nel corso del giudizio che, se pur non direttamente connesse con l'illecito antitrust, possono avere interrotto o influito sulla sequenza causale tra la condotta e il danno subito dall'attore⁶⁰⁸.

Con specifico riferimento ai danni da violazione antitrust si può condividere la tesi del superamento del rigido criterio statistico con il più ampio criterio del «*più probabile che non*» ovvero della «*alta probabilità logica*» da intendersi come grado di credenza razionale nel verificarsi di un determinato evento⁶⁰⁹.

Naturalmente al convenuto dovrà essere data la possibilità di fornire la prova contraria al fine di smentire le presunzioni che operano in favore del danneggiato, o a far venir meno la ricostruzione probabilistica del nesso di causalità tra la condotta concorrenziale illecita e il danno subito, poste al fine di agevolare la posizione dei

⁶⁰⁸ Tale orientamento è stato di recente confermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, nella sentenza Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, *La Fondiaria Sai c. Nigriello*, la quale ha riconosciuto che «Il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti [...] per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che questi fatti, insieme con l'intesa illecita abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno». Nella sentenza n.11904 del 2014, la Corte ha statuito che: «Nel giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio "*praesumptum de praesumpto non admittitur*", che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo assicurato. Ne consegue che l'assicurato assolve l'onere della prova a suo carico allegando la polizza assicurativa contratta e il provvedimento sanzionatorio, mentre è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza della prova, dimostrare interruzione del nesso causale tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno patito, tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo, mediante la prova di fatti sopravvenuti, estranei all'intesa, idonei di per sé soli a determinare l'aumento del premio».

⁶⁰⁹ Tale impostazione risulta confermata da Trib. Milano 27 dicembre 2013, *Brennercom c. Telecom Italia*, secondo la quale «(...) quanto al nesso causale il giudice potrà accertarne l'esistenza in termini probabilistici o presuntivi». Inoltre la Cassazione, già nella sentenza n. 2305 del 2007, aveva accolto il principio per cui l'accertamento andrebbe condotto in termini probabilistici o presuntivi salva prova contraria, stabilendo che: «Ove l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo».

danneggiati delle violazioni antitrust, ed in particolare dei consumatori, così da rendere superfluo il ricorso alla CTU, almeno nei giudizi individuali⁶¹⁰.

Nonostante la sua estrema rilevanza nell'accertamento della sussistenza del danno antitrust, il nesso di causalità non viene disciplinato nella direttiva, la quale rimette ai giudici nazionali il compito di provvedere al suo accertamento, sulla base delle rispettive norme nazionali. In tal modo, però, si mantengono le differenze tra i vari paesi senza eliminare il fenomeno del cd. *forum shopping*⁶¹¹. In particolare, la mancanza di una nozione di causalità, comune agli Stati membri, influisce non poco nella soluzione dei problemi che si pongono in materia di *private enforcement*, e ciascun Paese continua ad applicare la propria normativa interna.

Al tempo stesso, si deve tener conto che vi sono delle norme dettate in materia di illecito aquiliano che non possono applicarsi all'illecito antitrust, soprattutto per la complessa valutazione economica necessaria per poter verificare l'esistenza di un'infrazione antitrust, o per le peculiarità in tema di quantificazione del danno antitrust o quanto ai criteri per l'accertamento del nesso di causalità.

Per evitare gli inconvenienti derivanti da una possibile disparità di trattamento sia tra le imprese, a seconda del Paese in cui operano, sia tra i soggetti danneggiati dalla violazione della normativa antitrust, in base alle diverse regole sul nesso di causalità che dovessero essere applicate, sarebbe necessario procedere, se non già ad una completa uniformazione, quanto meno ad una necessaria armonizzazione delle regole sulla responsabilità civile, comprese quelle sul nesso di causalità.

La direttiva 104 fa riferimento al nesso di causalità al considerando n. 11, in cui si riconosce il diritto al risarcimento subito «ove sussista un nesso di causalità tra tale

⁶¹⁰ La Corte, nella sentenza 10 maggio 2011, n. 10211, cioè, si è correttamente uniformata al principio per cui la prova dell'insussistenza del nesso causale non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative, ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell'impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, che siano tali da dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori: perché, in ipotesi, la compagnia ebbe a discostarsi dal *trend* degli aumenti accertato dall'AGCM (circostanza da dimostrare tramite la documentazione relativa ai criteri da essa seguiti per la determinazione dei premi, ai dati di costo su di essa specificamente gravanti, ecc, nel periodo dell'illecito, rispetto a quello precedente o successivo); o perché la compagnia versava in peculiari difficoltà economiche, che hanno imposto determinate scelte di prezzo; o perché il contratto copriva particolari rischi, normalmente non inclusi nella polizza, o si riferiva ad assicurati il cui comportamento era caratterizzato da abnorme sinistrosità; e così via.

⁶¹¹ Con tale espressione si fa riferimento alla possibilità di scegliere la giurisdizione in cui intentare un'azione privata per danni in base alle norme più favorevoli in essa vigenti.

danno e una violazione del diritto della concorrenza». E si sottolinea che anche nei sistemi nazionali si debbono osservare i principi di equivalenza e di effettività.

O ancora all'art. 17, in materia di quantificazione del danno, essa contiene una disposizione relativa alla prova del nesso causale, secondo la quale «si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno», salva la prova contraria da parte delle imprese convenute⁶¹².

Nel considerando 13 della direttiva si fa anche riferimento alla perdita di *chance*⁶¹³, intesa quale ragionevole probabilità di raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita, risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma sempre sulla base di circostanze di fatto certe ed esattamente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno stesso⁶¹⁴.

Ne consegue che la dimostrazione di un nesso di causalità tra condotta illecita e perdita della *chance* (che deve essere attuale ed effettiva) costituisce la condizione essenziale per il riconoscimento del diritto al risarcimento⁶¹⁵. Di fronte a tale lacuna normativa, spetta ai legislatori nazionali rinviare ai propri modelli di illecito per l'accertamento del nesso causale che, come noto, costituisce una delle tecniche per selezionare i danni risarcibili e soprattutto per imputare la responsabilità⁶¹⁶, o elaborare regole specifiche. Si ritiene, infatti, che, trattandosi di una fattispecie tipica di illecito, esso possa essere assoggettato a regole diverse rispetto a quelle dettate per l'illecito ordinario di cui all'art. 2043 c.c.

Aderendo all'impostazione maggioritaria che qualifica la perdita di *chance* in termini di danno emergente⁶¹⁷, ossia come bene autonomo già presente nella sfera del

⁶¹² G. ALPA, *Illecito e danno antitrust: casi e materiali*, Torino, 2016, p. 12.

⁶¹³ La stessa ammissibilità di una generale categoria di "danno da perdita di chance" è controversa. Si v. R. PUCELLA, *La causalità "incerta"*, cit., p. 81 ss. L'apertura verso una non occasionale tutela risarcitoria delle probabilità perdute trova la sua spiegazione nella evidente necessità di un compromesso tra l'esigenza di sanzionare una condotta negligente, che potrebbe essere stata causa del danno ed il rigore dei tradizionali principi in tema di nesso di causalità. Da più parti si riconosce, infatti, l'iniquinà di una regola che, sul piano causale, porta a riconoscere o a respingere la pretesa risarcitoria del danneggiato a seconda del fatto che le probabilità dell'esistenza di una relazione eziologica si collochi al di sopra o al di sotto del 50%.

⁶¹⁴ Cassazione 2 dicembre 1996 n. 10748; Cassazione 25 settembre 1998 n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534; Cassazione, n. 11340/1998; Cassazione, n. 15759/2001; Cassazione, 18 marzo 2003, n. 3999

⁶¹⁵ Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759.

⁶¹⁶ G. ALPA, *op. cit.*, p.12.

⁶¹⁷ Il confronto tra le varie tesi è già stato trattato nel capitolo 3, par. 3.2. a proposito del danno subito dai concorrenti.

danneggiato, occorrerà, innanzitutto, dimostrare il nesso di causalità tra la condotta del danneggiante e la lesione dell'opportunità presente nel proprio patrimonio e, in un secondo momento, verrà determinato l'ammontare del danno risarcibile, il quale, dovendo riguardare solo le conseguenze immediate e dirette, come disposto dall'art. 1223 c.c., non potrà avere ad oggetto l'intera utilità futura mancata, ma solo la *chance*.

Sul versante giurisprudenziale, invece, le varie pronunce della Corte di Giustizia, seppur dettate con riferimento a casi specifici, possono rappresentare l'orientamento che, verosimilmente, verrà seguito dalla giurisprudenza europea in sede di applicazione della direttiva. Già a partire dalla sentenza *Courage* la Corte, dopo aver affermato il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o comunque da un comportamento contrario alla concorrenza, ha precisato che in mancanza di una disciplina comunitaria in materia «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di “nesso di causalità”, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività».

Particolarmente significativa appare, poi, la sentenza *Kone*⁶¹⁸, dove la Corte si pronuncia a proposito dei prezzi guida, riconoscendo la risarcibilità dei danni subiti dai clienti delle imprese estranee all'intesa illecita a carico degli autori della violazione della normativa antitrust. È evidente come la sentenza in questione, in linea con la tendenza seguita a livello europeo di incentivare quanto più possibile il ricorso alle azioni risarcitorie antitrust, ponga dei problemi di compatibilità con i nostri principi civilistici sul nesso di causalità. Si tratta, infatti, di danni troppo remoti o indiretti, il risarcimento dei quali sarebbe stato escluso secondo il diritto civile nazionale, potendosi considerare la decisione dell'impresa estranea al cartello come fatto autonomo, in grado di interrompere il nesso causale tra l'illecito (l'intesa) e il danno (il sovrapprezzo pagato dai clienti di imprese estranee all'intesa).

Si è visto come la dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono a scomporre il giudizio diretto all'accertamento del nesso di causalità in due fasi: la causalità materiale, diretta a verificare se sussiste un nesso di causalità tra l'illecito (nel nostro caso la violazione della norma antitrust) e il danno lamentato dall'attore (che di quella condotta costituisce l'effetto), nel senso che questo non si sarebbe prodotto senza il primo; e la

⁶¹⁸ Riferimenti alla sentenza *Kone* sono già contenuti nel capitolo 3, par. 3.3.

causalità giuridica, al fine di delimitare il danno risarcibile, non solo alle conseguenze immediate e dirette ma anche a quelle prevedibili secondo un criterio di regolarità causale, ed escluse solo quelle che rappresentano conseguenze imprevedibili, o comunque troppo lontane dal fatto. Può tuttavia intervenire ad interrompere il nesso di causalità tra l'evento e il danno la condotta autonoma e volontaria di un soggetto terzo che abbia causato direttamente il danno.

Nel caso di specie, quindi, si potrebbe affermare che la condotta dell'impresa non collusa abbia da sola cagionato il danno e sia stata, pertanto, in grado di spezzare il nesso di causalità tra evento (intesa) e danno (aumento del prezzo applicato)⁶¹⁹.

La Corte di Giustizia rileva, in realtà, come il danno provocato a chi acquista da chi non è parte del cartello sia una conseguenza prevedibile del fatto illecito (il cartello), anche se nella catena causale si inserisce il fatto del terzo, che è stato indotto dal prezzo imposto a seguito dell'intesa, poiché in assenza del cartello non sarebbe stato possibile all'impresa non collusa innalzare i prezzi, e che il danno rappresenta proprio la realizzazione di quel rischio che la norma che vieta i cartelli mira a prevenire.

Quindi, secondo la Corte di Giustizia, tra il cartello e il danno subito dall'attore sussiste sia la causalità materiale che quella giuridica, che potrà essere interrotta dal fatto del terzo, solo nel caso di un comportamento tenuto da questi, doloso o colposo.

La pronuncia della Corte, in realtà, desta alcune perplessità per il fatto di ritenere lecito il comportamento del terzo perché indotto dal prezzo imposto con l'intesa e anche perché sembra prescindere anche dal nesso di causalità materiale, poiché non risulta

⁶¹⁹ In dottrina è stato considerato indiretto e mediato il danno quando nel processo causale si inserisce l'atto cosciente e volontario di un terzo, idoneo ad evitare il danno. In particolare, secondo un primo orientamento, è sufficiente che l'azione del terzo sia colpevole. In tal senso P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità, cit.*, p. 57 ss. il quale opera un parallelismo dell'art. 1223 con l'art. 1227, comma 2, c.c. ravvisando un'identità di *ratio* con l'ipotesi in cui a produrre il danno abbia influito in modo determinante la condotta imputabile di un terzo. L'Autore definisce «indiretti e mediati, e perciò non risarcibili, tutti quei danni rispetto ai quali la condotta umana imputabile è stata sì condizionante (nel senso che senza di essa non si sarebbero verificati), ma che, nonostante tale condotta, avrebbero potuto essere evitati se a cagionarli non fosse intervenuta la condotta, pure imputabile e condizionante, di un secondo soggetto, al quale ogni danno deve pertanto essere addossato. Trattasi infatti di danni «non necessari» rispetto al primo soggetto, in quanto non si sarebbero verificati se non fosse sopravvenuta la condotta imputabile del secondo soggetto. Quest'ultima condotta interrompe il nesso causale tra i danni in discorso e la condotta del primo soggetto o, più esattamente, rende questo nesso giuridicamente irrilevante». In buona sostanza l'Autore, ravvisando un parallelismo tra le due disposizioni codicistiche citate, ritiene che se la colpa dello stesso danneggiato è stata ritenuta dalla legge sufficiente per interrompere il nesso causale remoto, a maggior ragione questo stesso effetto dovrà prodursi allorché tra causa remota e danno si sia inserita la colpa del terzo. In senso contrario, si pone altra parte della dottrina in quanto il danneggiato resterebbe privo di tutela tutte le volte in cui il terzo risulti ignoto o insolvente. Per tale ragione, si riconosce efficacia interruttiva del nesso causale alla sola condotta dolosa. Così P. TRIMARCHI, *Causalità e danno, cit.*, p. 116 ss.

dimostrato in alcun modo che in assenza dell'intesa l'impresa terza non avrebbe comunque innalzato i prezzi. A rendere ancora più delicato il tema dell'*umbrella prices*, concorre senza dubbio il fatto che, prima della sentenza richiamata, la Corte di Giustizia non aveva avuto modo di affrontare la questione. Non si può, quindi, affermare con certezza che quello sarà l'orientamento seguito dalla Corte, in mancanza di precedenti, anche se è prevedibile che essa, nell'ottica di potenziare il *private enforcement*, tenda a confermarlo.

5.14. I problemi connessi all'onere della prova.

Si è visto, in sostanza, come in presenza di un cartello, accertato dall'AGCM o dal giudice, sia per le azioni *stand-alone* che per quelle *follow-on*, il danno e il nesso di causalità si presumono. Spetta al convenuto, autore della violazione, fornire la prova contraria, ovvero la prova di fatti sopravvenuti estranei all'intesa, idonei a determinare da soli l'aumento del prezzo⁶²⁰. Per altri abusi, diversi dai cartelli, nelle azioni *stand-alone*, il nesso causale può essere desunto da criteri di alta probabilità logica e presunzioni, e il convenuto potrà dimostrare elementi causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno⁶²¹; mentre nelle azioni *follow-on* l'autore della violazione ha un onere probatorio più stringente dovendo provare fatti o comportamenti specifici, idonei ad interrompere il nesso di causalità⁶²².

Nel nostro ordinamento i mezzi istruttori utili all'accertamento dei fatti sono attivati in giudizio o dall'iniziativa di parte o disposti d'ufficio dal giudice.

Nell'ambito antitrust, un'importanza fondamentale è rivestita dalla consulenza tecnica d'ufficio, indispensabile soprattutto per la quantificazione del danno che, laddove non riesce possibile, viene liquidato in via equitativa.

⁶²⁰ Così Cass., 28 maggio 2014, n. 11904.

⁶²¹ Cass., 2 febbraio, 2007 n. 2305.

⁶²² Cass., 9 febbraio 2011, n. 11610 e Cass., 28 maggio 2014, n.11904.

Questo strumento, se disposto d'ufficio dal giudice, tuttavia, non può sostituire l'onere probatorio a carico delle parti che, pertanto, dovranno comunque fornire al giudice gli elementi di prova e, successivamente, al consulente viene demandata la sola valutazione tecnica⁶²³.

Altrettanto importante è lo strumento della richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione, previsto dall'art. 213 c.p.c., attraverso il quale il giudice potrà rivolgersi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nel caso risulti essere in possesso di documenti che accertino fatti rilevanti per il giudizio di risarcimento del danno⁶²⁴. Altri importanti strumenti, valorizzati dalla direttiva 104/2014, sono le presunzioni, che consentono di ritenere provato un fatto utilizzando nozioni della comune esperienza⁶²⁵.

È il capo II della direttiva ad occuparsi specificatamente dell'esibizione delle prove. La disciplina in tema di "divulgazione delle prove" è contenuta, in particolare, nell'art. 5 della Direttiva che detta una serie di principi che devono orientare i legislatori nazionali nella disciplina dell'ordine di esibizione, strumento volto a garantire ai

⁶²³ La giurisprudenza della Cassazione ha da tempo chiarito che la consulenza tecnica d'ufficio non è, in linea di principio e come collocazione sistematica, un mezzo di prova e, come tale, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito (Cass. civ., Sez. III, 13/03/2009, n. 6155; Cass. civ., Sez. I, 05/07/2007, n. 15219; Cass. civ., Sez. III, 02/03/2006, n. 4660; Cass. civ., Sez. II, 17/02/2004, n. 3004). Ciò, peraltro, non vuol dire che la consulenza non possa divenire essa stessa vera e propria fonte di prova, nel caso in cui il sapere tecnico specialistico necessario ad integrare le conoscenze del giudice richieda non solo un'attività di deduzione, ma anche un'attività di percezione volta ad accertare i fatti (Cass. civ., Sez. III, 12/02/2015, n. 2761).

E' questa la c.d. consulenza percipiente, costituente una vera e propria fonte oggettiva di prova, quando un fatto non è percepibile nella sua intrinseca natura se non con cognizioni o strumentazioni tecniche di cui il giudicante è privo, o, comunque, risulta di più agevole ed efficace accertamento ove l'indagine sia condotta da un ausiliario dotato di specifiche cognizioni tecnico-scientifiche.

⁶²⁴ Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'esercizio del potere di cui all'art. 213 c.p.c., di richiedere d'ufficio alla p.a. le informazioni relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo rientra nella discrezionalità del giudice, analogamente al potere di disporre d'ufficio e in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova ex art. 421 c.p.c., ma non può risolversi, comunque, nell'esonero della parte dall'onere probatorio che incombe a suo carico. Ciò comporta che il potere inquisitorio del giudice non può andarsi a sostituire all'onere probatorio incombente alla parte, con la conseguenza per cui essi possono essere attivati soltanto quando, in relazione a fatti specifici già allegati, sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti della p.a. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'amministrazione sia in possesso proprio in relazione all'attività da essa svolta (*ex multis*: Cass. 7 novembre 2003, n. 16713; conforme Cass. 23 gennaio 2008 n. 1461 Cass. 27 giugno 2003, n. 10219; Cass. 12 aprile 1999, n. 3573).

⁶²⁵ Ai sensi dell'art. 2727 c.c. le presunzioni sono «le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto». Per giungere all'accertamento del fatto, quindi, si ricorre ad un ragionamento. Esistono due tipi di presunzioni, legali e semplici. Quando è la legge che stabilisce automaticamente il valore probatorio da attribuire ad un determinato fatto, senza che il giudice le possa valutare liberamente, si tratta di una presunzione legale. Quanto, invece, alle presunzioni che la legge non stabilisce direttamente ma sono rimesse al libero apprezzamento del giudice, si definiscono semplici.

soggetti danneggiati di accedere ai documenti idonei a dimostrare gli illeciti anticoncorrenziali, che normalmente sono nella esclusiva disponibilità del convenuto.

Lo schema di decreto legislativo, che dà attuazione alla direttiva 104/2014/UE, che regola le azioni per il risarcimento del danno antitrust, si occupa della esibizione delle prove⁶²⁶ agli artt. 3-6, i quali riproducono sostanzialmente la disciplina contenuta negli artt. 5-8 della direttiva.

Tali norme rivestono fondamentale importanza nell'ottica di potenziare le azioni risarcitorie private, poiché tentano di superare l'asimmetria informativa esistente tra le parti, ritenuta il principale ostacolo per l'ottenimento del risarcimento del danno subito dalle vittime di un illecito antitrust. L'ordine di divulgazione delle prove avviene da parte del giudice nei confronti delle parti e dei terzi. Nel fare questo, precisa la direttiva, il giudice deve assicurarsi che gli ordini siano proporzionati e che le informazioni riservate siano debitamente protette⁶²⁷.

La suddetta disciplina prevede la possibilità di chiedere e ottenere l'esibizione di "categorie di prove", istituto del tutto sconosciuto al nostro sistema processuale civile⁶²⁸.

L'art. 6 della direttiva, invece, si riferisce all'accesso agli atti del fascicolo istruttorio dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

La previsione ha sicuramente una portata importante in tutti gli Stati dell'Unione, ma costituisce un elemento di novità particolarmente significativo per l'Italia. Nel sistema anglosassone, a livello processuale si parla di *discovery* o *disclosure* ed ha una portata molto maggiore rispetto all'ordine di esibizione delle prove previsto dal nostro articolo 210 del codice di procedura civile

La direttiva antitrust lascia sul punto ampia discrezionalità agli Stati membri nel mantenere o introdurre norme che prevedano «una divulgazione più ampia delle prove».

Questa disposizione si giustifica per le varie diversità che sussistono tra gli ordinamenti degli Stati membri, in cui il sistema di *disclosure* inglese attribuisce

⁶²⁶ Contrariamente alla direttiva, che nella versione tradotta in italiano tratta la "divulgazione" delle prove, lo schema di decreto legislativo, che dà attuazione alla direttiva, parla più correttamente di "esibizione delle prove".

⁶²⁷ Art. 5 Direttiva.

⁶²⁸ Lo schema di decreto legislativo tende a circoscrivere l'ambito delle "categorie di prove", prevedendo all'art. 3, comma 2, che «la categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria».

sicuramente alle parti condizioni di gran lunga più favorevoli di quelle degli ordinamenti di *civil law*, tale per cui, molto probabilmente, il Regno Unito continuerà ad essere la giurisdizione preferita per le azioni di risarcimento di danno antitrust.

Una disciplina dettagliata del diritto alla prova è poi contenuta nei considerando 15 e 16 della direttiva stessa, in cui si evidenzia proprio la necessità di favorire l'accesso alla prova, quale presupposto indispensabile per potenziare l'accesso alle azioni private di risarcimento del danno, in vista della posizione di asimmetria informativa in cui spesso si trovano gli attori, incontrando una serie di difficoltà nel dimostrare non solo l'esistenza del cartello, ma altresì il verificarsi del danno antitrust e la sua entità. Per questo, si ritiene opportuno garantire a coloro che desiderano intentare azioni risarcitorie antitrust «il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi».

L'art. 3 dello schema di decreto legislativo, di recepimento della direttiva, dà attuazione all'art. 5 della direttiva, disciplinando l'ordine di esibizione delle prove richieste dall'istante nei confronti della controparte o di terzi, in conformità con la disciplina dettata dagli artt. 210-213 c.p.c. In proposito emergono dalla direttiva due opposte esigenze: da un lato, quella di impedire un accesso generalizzato alle informazioni, anche esteso ad informazioni che non hanno alcuna rilevanza per le parti del procedimento, nell'ottica di non scoraggiare le imprese dal collaborare con l'autorità garante della concorrenza al fine di ottenere un trattamento premiale – collaborazione che sarebbe disincentivata se le parti potessero aver accesso anche alle informazioni riservate -, dall'altro quello di garantire che il diritto di accesso alla prova sia pieno ed effettivo, a favore di chi agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito per effetto della violazione delle norme concorrenziali.

Ciò si giustifica con il fatto che le azioni risarcitorie antitrust spesso richiedono una complessa analisi fattuale ed economica e gli elementi di prova per dimostrare la fondatezza di una domanda risarcitoria antitrust spesso sono detenuti quasi esclusivamente dalla controparte e da terzi e non sono accessibili all'attore.

Per tali ragioni, viene previsto che la parte istante abbia l'onere di indicare i fatti e le prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o da un terzo, sufficienti a sostenere la fondatezza della domanda di risarcimento del danno o della difesa della

parte convenuta⁶²⁹ e che il giudice individua specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove⁶³⁰ oggetto della richiesta dell'ordine di esibizione. Il giudice può ordinare la divulgazione delle prove detenute dalla controparte o da terzi, valutando preliminarmente se la richiesta di esibizione sia proporzionata alla decisione da adottare, e in ogni caso ammette solo le richieste di esibizione ritenute pertinenti e rilevanti in base all'oggetto della prova, e a condizione che le informazioni riservate siano debitamente protette.

In particolare, al fine di tutelare la riservatezza dei terzi, che potrebbe essere incisa dalla divulgazione degli atti oggetto della richiesta di esibizione, è prevista la possibilità che il giudice imponga l'obbligo del segreto dei documenti che hanno carattere riservato, nonché il diritto della parte o del terzo nei cui confronti è rivolta l'istanza di esibizione, vengano sentiti prima che il giudice provveda sulla richiesta stessa⁶³¹.

L'art. 4 dello schema del decreto legislativo disciplina, invece, l'accesso al fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza, con lo scopo di contemperare due opposte esigenze. Da un lato, rafforzare il *private antitrust enforcement*, incentivando l'esperimento delle azioni risarcitorie private attraverso la previsione del potere del giudice di ordinare, nell'ambito del processo civile, l'esibizione delle prove nella disponibilità della stessa Autorità, ma allo stesso tempo senza compromettere l'efficacia del *public enforcement*, in quanto si prevede che l'accesso al fascicolo non deve compromettere l'attività di accertamento delle violazioni alle norme in materia di concorrenza compiuto dall'Autorità, e per tale ragione introduce dei limiti al diritto di

⁶²⁹ Il giudice deve valutare la plausibilità della domanda: le prove acquisite grazie allo strumento della divulgazione devono essere idonee a confermare ipotesi ricostruttive già avanzate e dimostrate in termini di plausibilità/verosimiglianza e non ad acquisire la conoscenza di fatti ulteriori e diversi, estranei a quelli già a quelli già allegati in giudizio.

⁶³⁰ L'espressione "categorie di prove", non prevista dal c.p.c., risulta specificata dal considerando 16 della direttiva, a sua volta fatta propria dallo schema di decreto legislativo, che prevede che: «Laddove una richiesta di divulgazione sia intesa ad ottenere una categoria di prove, quest'ultima dovrebbe essere individuata attraverso il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi, come la natura, l'oggetto o il contenuto dei documenti di cui è richiesta la divulgazione, il periodo durante il quale sono stati redatti o altri criteri, purché gli elementi di prova rientranti nella categoria siano pertinenti ai sensi della presente direttiva. Tali categorie dovrebbero essere definite nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base di fatti ragionevolmente disponibili».

⁶³¹ L'Art. 5.3. specifica che: «l'interesse del destinatario dell'ordine alla riservatezza delle informazioni non può condurre ad escludere la concessione dell'ordine istruttorio ma solo ad imporre al giudice l'adozione di speciali misure idonee ad assicurare il carattere riservato dei documenti». La direttiva tuttavia non specifica i criteri sulla base dei quali il giudice può individuare il miglior modo per salvaguardare la riservatezza dei terzi.

accesso. Il giudice, infatti, può ordinare l'esibizione solo quando la parte non sia in grado di fornire tale prova attraverso il medesimo giudizio di proporzionalità previsto dall'art. 3 nei confronti della controparte o dei terzi, ma condotto in modo più rigoroso, ma allo stesso tempo deve essere garantito che l'esercizio del diritto al risarcimento del danno non sia reso eccessivamente difficile o praticamente impossibile.

Dunque il giudice, chiamato a valutare la proporzionalità della richiesta di accesso al fascicolo dell'Autorità, è tenuto a verificare che la richiesta stessa sia formulata in modo specifico quanto alla natura, all'oggetto o al contenuto dei documenti presentati a un'autorità garante della concorrenza o contenuti nel fascicolo di tale autorità; che sussista un nesso di derivazione della domanda risarcitoria per cui viene formulata la richiesta di esibizione dalla violazione del diritto alla concorrenza; la necessità che sia salvaguardata l'efficace applicazione del diritto della concorrenza anche a livello pubblicistico.

È prevista, poi, la cd. *black list*, ossia un elenco di prove che non possono essere mai ammesse a giudizio civile, allo scopo di non pregiudicare l'efficacia dei programmi di clemenza, rispetto ai quali le imprese che si autodenunciano ottengono un trattamento premiale, consistente nella riduzione della sanzione o nell'impunità, e che, per tale ragione, costituiscono uno strumento molto importante per garantire l'accertamento e la repressione dei cartelli. Si tratta di un limite ben preciso al potere del giudice di ordinare l'esibizione delle prove, poiché in nessun tempo può essere ordinata la divulgazione dei *leniency programme*. Da essa si distingue la cd. *grey list*, costituita da un elenco di prove che possono essere esibite solo a determinate condizioni, in particolare solo dopo che sia stato definito il procedimento davanti all'autorità, trattandosi soprattutto di informazioni rese nell'ambito di un procedimento davanti ad un'autorità garante della concorrenza. Ed infine una *white list*, comprendente documenti la cui esibizione può essere ordinata dal giudice anche prima della conclusione del procedimento davanti all'autorità garante.

Lo schema di decreto si limita, peraltro, ad introdurre un *minimum* di tutela che deve essere garantito nell'Unione europea, potendo poi ciascuno Stato membro mantenere la propria disciplina che incrementa il livello di tutela dei documenti detenuto dall'autorità.

L'art. 8 della direttiva, poi, recepito dall'art. 6 dello schema di decreto legislativo, prevede delle sanzioni a carico delle parti e dei terzi che nel corso del processo non rispettano l'ordine di esibizione impartito dal giudice, che distruggono prove rilevanti, che non rispettano le prescrizioni imposte dal giudice a tutela della riservatezza dei terzi, o comunque violano i limiti previsti all'uso delle prove, consistenti in primo luogo nell'applicare sanzioni amministrative e, nei confronti della parte che rifiuta senza giustificato motivo l'ordine di esibizione impartito dal giudice o distrugge prove rilevanti, il giudice può, valutato ogni altro elemento di prova, ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Altro aspetto importante è l'art. 6 della direttiva che prevede che colui che intende proporre un'azione risarcitoria antitrust possa fare affidamento sulla decisione finale dell'Autorità garante della concorrenza, che ha stabilito che il convenuto ha compiuto una violazione del diritto della concorrenza⁶³².

Qualora la decisione che accerta la violazione del diritto della concorrenza sia stata presa dall'autorità nazionale per la concorrenza, il giudice di quello stato dovrà ritenere la violazione definitivamente accertata.

La direttiva incide, inoltre, sui termini di prescrizione, allo scopo di fornire certezza e garanzia di tutela alle vittime di comportamenti anticoncorrenziali.

A tal fine, si prevede che i termini di prescrizione non possano essere inferiori a cinque anni e che la prescrizione sia interrotta o sospesa dal momento in cui un'autorità per la concorrenza, nazionale o europea, accerti una violazione del diritto della concorrenza, in modo da assicurare a chi ha sofferto un danno, almeno un anno di tempo per chiedere il risarcimento dei danni, dal momento in cui la decisione dell'autorità è stata presa.

Non risulta del tutto chiaro quale sia il ruolo del giudice in tema di esibizione delle prove, ossia se esso possa intervenire solo in senso limitativo o anche estensivo delle richieste delle parti.

⁶³² In attesa dell'adozione della direttiva, la giurisprudenza nazionale si è trovata ad affrontare la delicata questione del valore e della portata da attribuire ad una decisione dell'Agcm nei procedimenti *follow-on* instaurati di fronte all'autorità giudiziaria italiana per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione della normativa in materia di concorrenza. Esclusa la pregiudizialità tra l'accertamento compiuto in sede amministrativa e azione risarcitoria proposta in sede civile, ne è stata sottolineata l'autonomia e indipendenza.

5.15. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11564 del 2015 sull'onere della prova in caso di azione di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale.

Sulla questione relativa all'accesso alle prove è di recente intervenuta la sentenza n. 11564 del 4 giugno 2015⁶³³ con cui la Corte di Cassazione ha in un certo senso anticipato il legislatore comunitario⁶³⁴.

La pronuncia in questione rappresenta un approdo fondamentale per la tutela della concorrenza attuata mediante strumenti di *private enforcement* per la repressione dei comportamenti antitrust. In particolare, con essa sono stati forniti interessanti chiarimenti in ordine all'onere probatorio incombente in capo ai privati e ai poteri istruttori del giudice nelle controversie sorte nella suddetta materia.

La sentenza risulta particolarmente importante in quanto, dopo l'entrata in vigore della direttiva 2014/104/UE, che disciplina la divulgazione delle prove nel Capo II, artt. 5-8, per la prima volta vengono espressamente enunciate le regole che il giudice nazionale deve osservare al fine di garantire un'effettiva tutela ai soggetti vittime di un illecito antitrust, i quali, generalmente, non dispongono degli elementi necessari per la dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie.

La Suprema Corte, riscontata l'obiettiva problematicità per l'attore nell'accesso alla prova in tale materia, suggerisce di interpretare le norme del codice di procedura civile in modo estensivo, tenendo debitamente conto del fatto che nei giudizi risarcitori antitrust si trovano in una posizione di asimmetria informativa⁶³⁵.

⁶³³ Cass., 4 giugno 2015, n. 11564 in *Il Diritto industriale*, 6, 2015, p. 537 con nota di A. Geraci.

⁶³⁴ A. TOFFOLETTO – E. DE GIORGI, *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del V Convegno biennale Antitrust, Trento 16-18 aprile 2015, a cura di Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano, p. 103.

⁶³⁵ R. RIZZO, *La funzionalizzazione del principio dell'onere della prova nella prospettiva dell'illecito antitrust*, in *Dir. civ. cont.*, 4 agosto 2015.

Nella vicenda che ha dato origine al giudizio di legittimità, la Corte di appello aveva rigettato la domanda di alcuni esercenti attività di commercio all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli per mancato assolvimento dell'onere probatorio, ritenendo solo generici i riferimenti forniti ai fini dell'esistenza di un "mercato rilevante", presupposto essenziale dell'illecito dell'abuso di posizione dominante⁶³⁶.

Secondo i giudici di legittimità nei giudizi non preceduti da un accertamento o da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'applicazione meccanica del principio dell'onere della prova determina il venir meno della tutela effettiva del diritto al risarcimento del danno derivante dalla condotta anticoncorrenziale della società che detiene la posizione dominante sul mercato di riferimento⁶³⁷.

Deve, infatti, tenersi in considerazione che in giudizi di questo tipo i privati incorrono in evidenti difficoltà probatorie e di allegazione: da un lato, i fatti da provare, di per sé complessi e di natura economica, spesso si trovano nella disponibilità del soggetto che pone in essere l'illecito, dall'altro, la spesa per l'acquisizione di elementi idonei per il compimento di indagini tecnico-economiche è particolarmente onerosa⁶³⁸.

Proprio per tali ragioni le Autorità nazionali garanti della concorrenza dispongono di numerosi poteri istruttori d'ufficio maggiormente penetranti degli strumenti probatori forniti dal codice di rito ai privati.

⁶³⁶ Nel merito, le parti attrici lamentavano che la società che gestisce, in via esclusiva, il Centro Agroalimentare di Guidonia avesse abusato della propria posizione dominante sul mercato ortofrutticolo ed ittico della capitale imponendo ai propri contraenti condizioni negoziali discriminatorie e vessatorie. In sede di appello i giudici avevano ritenuto che gli attori non avessero sufficientemente individuato la dimensione del mercato geografico rilevante ed in particolare circa la sostituibilità del centro agroalimentare di Guidonia con quello di Fondi, non eccessivamente distante da Roma.

La Corte d'Appello aveva dunque considerato non provata la posizione dominante della società incaricata della gestione del Centro Agroalimentare di Guidonia e conseguentemente aveva rigettato le domande attoree. La Corte di cassazione ha disatteso quanto asserito dalla Corte d'Appello di Roma ritenendo che la corte territoriale non avesse svolto un'adeguata attività istruttoria e non si fosse avvalsa dei poteri ufficiosi di acquisizione della prova previsti dal codice di rito.

⁶³⁷ La Corte di Cassazione ha accolto l'impugnazione in considerazione del fatto che: «la Corte di merito, senza svolgere un'attività istruttoria, ha fatto meccanica applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una *private antitrust litigation* non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato». La sentenza di merito è stata cioè cassata in quanto i giudici di merito hanno applicato meccanicamente il principio dell'onere della prova senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio.

⁶³⁸ Si ricordi la distinzione tra azioni *follow-on* e azioni *stand-alone*. Nel primo caso, le azioni di risarcimento del danno si basano su un precedente accertamento della violazione della normativa antitrust compiuto dall'AGCM, mentre nel secondo caso, il singolo consumatore propone un'azione risarcitoria in mancanza di un precedente provvedimento dell'Autorità. È evidente, dunque, come nel secondo caso sia molto più stringente l'onere probatorio che incombe sugli attori, dovendo dimostrare anche l'esistenza di un'illecita distorsione della concorrenza.

Si è già avuto modo di notare come le ragioni principali di uno scarso successo delle azioni risarcitorie antitrust siano riconducibili agli ingenti costi che l'attore deve sostenere nonché alla gravosità dell'onere probatorio che esso è chiamato ad assolvere.

Al fine di rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di violazioni del diritto alla concorrenza, la Suprema Corte ha ravvisato la necessità di valorizzare gli strumenti di indagine e di conoscenza che il codice di rito mette a disposizione del Giudice, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni, e soprattutto di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, fermo il rispetto del principio del contraddittorio⁶³⁹.

In tale prospettiva, il privato sarà tenuto solamente ad «indicare in modo sufficientemente “plausibile” seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale»⁶⁴⁰.

La Cassazione, quindi, suggerisce di superare, in qualche modo, il principio dispositivo, creando un regime di accesso alla prova speciale per la materia antitrust, e ancora di più per le azioni *stand-alone*, attribuendo poteri d'ufficio al giudice, nonché al consulente tecnico, il quale svolge un ruolo fondamentale, nelle cause risarcitorie, nella determinazione del nesso di causa e nella quantificazione del danno.

La consulenza tecnica risulta ammessa anche per l'accertamento di fatti risultanti da documenti non prodotti, ma pur sempre a condizione che la parte li abbia specificatamente allegati e che si tratti di fatti accessori, non avendo il consulente un potere di accertare i fatti principali posti a fondamento di domande ed eccezioni il cui onere probatorio incombe sulle parti⁶⁴¹.

⁶³⁹ La sentenza è stata dunque cassata in quanto la Cassazione ha ritenuto che questo metodo non fosse stato seguito dai giudici di merito, i quali hanno deciso la causa facendo meccanica applicazione del principio dell'onere della prova, senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori anche d'ufficio e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia.

⁶⁴⁰ Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, *cit.*

⁶⁴¹ Cass. 23 giugno 2015 n. 12921, secondo la quale l'acquisizione da parte del consulente tecnico di dati e documenti ultranei rispetto a quelli prodotti dalle parti ha la sola funzione di riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti. Diversamente, deve escludersi al consulente la facoltà di sostituirsi alle parti, andando a ricercare *aliunde* dati che costituiscono materia di onere di allegazione e di prova, in ossequio all'art. 2697 c.c. e al principio del contraddittorio.

Il CTU, infatti, come noto, opera quale strumento di accertamento di fatti non altrimenti acclarabili se non con il ricorso a determinate cognizioni, e non di valutazione di fatti già acclarati (cd. c.t.u. deducente), assurge a vera e propria fonte oggettiva di prova e non già a mero mezzo di valutazione, e ciò senza comportare, in capo all'allegante, il venir meno dell'onere della prova.

Per giurisprudenza costante, se il giudice affida al consulente il semplice incarico di valutare fatti già accertati o dati preesistenti, la funzione del consulente è deducente e la sua attività non può produrre prova; se, viceversa, al consulente è conferito l'incarico di accertare fatti non altrimenti accertabili che con l'impiego di tecniche particolari, il consulente è percipiente, la consulenza costituisce fonte diretta di prova ed è utilizzabile al pari di ogni altra prova ritualmente acquisita al processo»⁶⁴².

Seguendo l'impostazione della Cassazione, si prospetta, tuttavia, il rischio di incentivare una prassi, già diffusa nei giudici, di acquisire come provati fatti rilevati dal consulente, ma non allegati dalle parti⁶⁴³.

Le medesime considerazioni valgono per gli altri mezzi istruttori, soggetti a determinati limiti desumibili dal codice di rito, quali l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c., che è ammesso solo su istanza di parte e a condizione che sia specificamente individuato il documento o la cosa di cui si richiede l'esibizione e che vi sia prova che la parte o il terzo li possieda; la richiesta di informazioni di cui all'art. 213 c.p.c., riguarda soltanto gli atti e i documenti in possesso di una Pubblica amministrazione ed è intesa come non sostitutiva dell'onere probatorio incombente sulla parte, con la conseguenza che è ammessa soltanto in relazione a fatti specifici già allegati; l'ispezione (art. 118 c.p.c.) è ammessa limitatamente alle cose indispensabili per la conoscenza dei fatti di causa.

Sulla stessa linea d'onda della citata giurisprudenza si pone la Direttiva 104/2014 che, nell'ottica di rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti, come previsto all'art. 19 del Trattato sull'Unione europea e all'art. 47 della Carta dei diritti

⁶⁴² Tuttavia è necessario limitare l'attività cd. percipiente del consulente, il quale non può in nessun caso avere funzione sostitutiva o integrativa dell'onere probatorio delle parti.

In giurisprudenza si veda, *ex plurimis*: Cass. 26 aprile - 22 giugno 2005 n. 13401, Cass. 8 gennaio 2004 n. 88, *idd.*, 21 luglio 2003 n. 11332, 16 maggio 2003 n. 7635, 30 gennaio 2003 n. 1512, 4 novembre 2002 n. 15399, 31 luglio 2002 n. 11359, 15 aprile 2002 n. 5422, 7 marzo 2001 n. 3343, 12 dicembre 2000, n. 15630, 17 agosto 2000 n. 10916, 20 giugno 2000, n. 8395; nella giur. di merito, Trib. Monza 17 gennaio 2007, Trib. Bari, sez. Modugno, 26 luglio 2005.

⁶⁴³ Contrari a questa prassi, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, II, Torino, 2015, p. 209.

fondamentali dell'Unione europea, tiene conto, al considerando 14, del fatto che molto spesso gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno a fronte delle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale sono detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore e che, pertanto, disposizioni troppo rigide che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione.

Per tali ragioni, la direttiva ha previsto agli art. 5 ss. specifici meccanismi di *disclosure* della prova mediante ordini che i giudici nazionali possono emettere nei confronti del convenuto o di un terzo quando la violazione denunciata dall'attore sia "plausibile" onde impedire che le difficoltà probatorie possano incidere negativamente sull'effettività della tutela giurisdizionale.

I supremi giudici hanno fatto ricorso anche al principio della "vicinanza della prova" che risulta espressione del principio costituzionale della effettività della tutela giurisdizionale desumibile dall'art. 24 Cost.⁶⁴⁴

La direttiva prevede, infatti, che, a seguito di istanza motivata del danneggiato, purché fondata su fatti e prove ragionevolmente disponibili e sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento, i giudici nazionali possano ordinare al convenuto o ad un terzo, quale l'autorità antitrust che ha condotto le indagini, la divulgazione delle prove rilevanti di cui i suddetti soggetti siano in possesso.

Vi sono, tuttavia, delicati limiti a tale divulgazione, in quanto entrano in gioco gli opposti interessi delle imprese e del mercato nel suo complesso: oltre al generale rispetto del principio di proporzionalità, l'accesso ai documenti probatori in nessun caso potrà estendersi alle eventuali dichiarazioni rese dalle imprese coinvolte nell'ambito di programmi di clemenza o di proposte di transazione che, in qualità di dichiarazioni "autoincriminanti", risulterebbero altrimenti disincentivate, intaccando un pilastro fondamentale del *public enforcement* della disciplina antitrust.

⁶⁴⁴ *Ex multis* Cass. SU, 30 ottobre 2001, n. 13533 in

Sempre in tema di prove, la direttiva ha risolto anche un altro problema, riguardante il valore da attribuire nel giudizio civile alle decisioni di infrazione adottate dalle Autorità antitrust nazionali.

In proposito, si era suggerito, sia nel Libro Verde che nel Libro Bianco, di assegnare vincolatività alla decisione dell'Autorità Antitrust nazionale, ovvero di considerarla prova irrefutabile dell'infrazione in modo da evitare, nelle azioni *follow-on*, di dover nuovamente provare la violazione⁶⁴⁵.

Nel nostro ordinamento, è prevalsa la soluzione giurisprudenziale intermedia, della “quasi vincolatività”, basata su una presunzione *iuris tantum* di legittimità della decisione dell'Autorità, trattandosi pur sempre di atti amministrativi, almeno fino a quando non trovino copertura giurisdizionale.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato al riguardo che i provvedimenti dell'Autorità Garante assumono valore di prova privilegiata in relazione alla sussistenza dell'illecito, pur incombando al danneggiato di fornire dimostrazione dei suoi effetti in termini di nesso causale e pregiudizio risentito⁶⁴⁶.

La direttiva 104/2014 ripropone sul punto la regola della vincolatività della decisione dell'Autorità Garante, purché definitiva, ossia non più soggetta ad impugnazione, o della decisione del giudice dell'impugnazione, ciò anche sulla falsariga di quanto previsto dal Reg. CE 1/2003, che impedisce al giudice nazionale di assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione Ue.

In caso di decisione divenuta ormai irrevocabile, infatti, il relativo accertamento della violazione avrà valore di “piena prova” e non potrà più essere messo in discussione dinanzi al giudice civile. Qualora invece la decisione, sebbene definitiva, sia stata adottata dall'Autorità antitrust di uno Stato Membro diverso da quello in cui è stata azionata la pretesa risarcitoria, tale pronuncia non sarà inconfutabile nel giudizio civile, però costituirà comunque una prova “*prima facie*” della commissione dell'illecito, che andrà valutata insieme ad altri elementi probatori allegati dalle parti.

Ciò vale esclusivamente per le decisioni che accertano l'esistenza di un'infrazione, e non per quelle che la escludono.

⁶⁴⁵ M. SCUFFI, *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, atti del convegno di Genova, 20 novembre 2015.

⁶⁴⁶ Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640 in *Foro It.*, 2010, 6, 1, p. 1901.

Altro problema che sorge in tema di divulgazione delle prove si manifesta quando il risarcimento del danno deriva dal cartello che è stato oggetto di *leniency programe*. Il rischio che viene in rilievo in tal caso, consiste nel fatto che il danneggiato che agisce per il risarcimento possa venire a conoscenza dell'autodenuncia compiuta dall'impresa e delle relative prove contenute nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza, con la conseguenza che una loro divulgazione potrebbe compromettere l'applicazione a livello pubblicistico delle norme in materia di concorrenza.

In tale fattispecie, verrebbe tutelato il danneggiato che agisce con un'azione risarcitoria, mentre verrebbe danneggiata l'impresa che decide di autodenunciarsi, in quanto verrebbe, sul piano civile, a trovarsi in una situazione peggiore rispetto alle imprese che non hanno scelto di autodenunciarsi. È evidente che tale evenienza potrebbe costituire un forte disincentivo per le imprese ad aderire ai programmi di clemenza, laddove invece l'utilizzo di tale strumento dovrebbe essere fortemente incentivato, poiché contribuisce alla scoperta degli illeciti concorrenziali, e funge da deterrente dalla commissione in futuro dei medesimi⁶⁴⁷.

Nel tentativo di trovare il giusto equilibrio tra le due opposte esigenze, la direttiva ha cercato di colmare la lacuna, sino ad allora esistente nella normativa, distinguendo due tipi di documenti⁶⁴⁸. L'art. 6 della direttiva prevede, infatti, che i giudici nazionali non possono ordinare in alcun momento la divulgazione delle dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e le proposte di transazione; tali documenti ricevono, pertanto, una protezione assoluta.

Quanto, infine, al profilo della quantificazione del danno antitrust, quando risulti difficile o praticamente impossibile, la disciplina generale prevede all'art. 1226 c.c. che il giudice possa procedere alla valutazione equitativa del danno quando sia certo l'an del risarcimento, ma sia impossibile dare la prova del suo "preciso ammontare".

⁶⁴⁷ F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programe nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. Mercati*, 2002, p. 229.

⁶⁴⁸ La Corte di Giustizia, già nella sentenza *Pfeiderer* (C. Giust., 14 giugno 2011, C-360/09, *Pfeiderer AG contro Bundeskartellamt*, in *Racc.*, p. I-5161), aveva affrontato la questione e, prendendo atto del fatto che il bilanciamento tra gli interessi privati di chi agisce in giudizio per il risarcimento dei danni, e l'interesse pubblico di salvaguardare l'accesso ai programmi di clemenza che possono essere molto utili per scoprire i cartelli segreti, ha omesso di formulare una decisione univoca per ogni caso, ma ha stabilito che le condizioni di accesso ai documenti debbono essere individuate dai giudici caso per caso, sulla base del diritto nazionale, cui viene attribuito il compito di effettuare il bilanciamento tra l'interesse del privato danneggiato ad ottenere la divulgazione e l'interesse pubblico a che i programmi di clemenza funzionino nella loro finalità. , C-215 e 216/96, *Bagnasco e altri, c. Banca popolare di Novara*, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 41.

A livello europeo, la Commissione ha emesso una Comunicazione⁶⁴⁹, che detta criteri, se pur non vincolanti, per la quantificazione del danno antitrust, accompagnata da una Guida pratica relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione del diritto della concorrenza dell'Ue.

Naturalmente, in sede di recepimento della direttiva, sarà necessario intervenire con le opportune modifiche del quadro normativo, anche per ciò che concerne gli effetti delle decisioni.

Alla luce di ciò spetta al legislatore nazionale compiere un notevole sforzo al fine di adeguarsi alla disciplina di derivazione europea, superando quelle difficoltà di cultura giuridica e politica che tradizionalmente separano i due ordinamenti e che hanno reso spesso non agevole l'adattamento del sistema interno.

Si pone, pertanto, il problema di come recepire tali norme per l'adeguamento dell'ordinamento italiano, ossia se inserirle in un corpo normativo separato o integrarle nell'ambito della legge 287, dove accanto alla parte sostanziale, si potrebbe inserire quella relativa alla tutela giurisdizionale dei diritti.

⁶⁴⁹ Commissione, *Comunicazione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento del danno fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 del TFUE*, C/167 del 13 giugno 2013.

CONCLUSIONI

Al termine di questo studio, sembra opportuno svolgere alcune riflessioni conclusive.

All'inizio del lavoro ci si è proposti di analizzare un aspetto centrale delle azioni di risarcimento del danno antitrust, ossia quello dell'individuazione dei soggetti del mercato che possono subire un danno dall'illecito concorrenziale e, per tale ragione, avere accesso alla tutela risarcitoria.

Abbiamo visto come il problema scaturisce dalla estrema lacunosità della disciplina tanto nazionale quanto europea. Prima dell'emanazione della direttiva 104/2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza, infatti, non vi era alcuna norma, né nel diritto nazionale, né in quello europeo, che espressamente riconoscesse il diritto ad esperire un'azione di risarcimento danni derivanti da un illecito antitrust, né i soggetti legittimati ad esperirlo.

Si è così constatato che tale lacuna è stata colmata, almeno in parte, in via pretoria: l'estensione della legittimazione ad agire ha trovato, infatti, opportuno consolidamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla celebre sentenza *Courage* del 2001, dove si è stabilito il diritto di chiunque, impresa o consumatore, compreso chi è parte di un contratto idoneo a restringere o falsare la concorrenza, a chiedere il risarcimento del danno; il riconoscimento di tale diritto è stato poi confermato nel caso *Manfredi* del 2006, relativo a soggetti terzi rispetto all'intesa (gli assicurati) lesi dall'illecita distorsione della concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria ha esercitato, a sua volta, un'influenza notevole sull'evoluzione dell'orientamento seguito dalla nostra giurisprudenza nazionale, determinandone un radicale cambiamento di prospettiva. La svolta della nostra giurisprudenza nazionale è segnata dalla sentenza n. 2207/2005, con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto che un comportamento contrario alla normativa in materia di concorrenza può ledere sia il buon funzionamento della concorrenza sia gli interessi dei singoli che operano sul mercato nel quale viene realizzato l'illecito. Pertanto, la legge antitrust non è posta solo a tutela del singolo imprenditore e del suo interesse ad accedere o permanere sul mercato, ma anche del funzionamento del mercato stesso, nonché del consumatore e della sua libertà

contrattuale, il quale con le sue scelte è in grado di influenzare, a sua volta, il funzionamento del mercato e l'andamento della concorrenza.

La potenziale plurioffensività dell'illecito antitrust consiste, dunque, nella sua idoneità a cagionare un danno non solo a chi svolge attività imprenditoriale ma a tutti i soggetti che operano nel mercato, anche come destinatari della suddetta attività, ed *in primis* ai consumatori che hanno acquistato il bene o il servizio interessato dalla violazione, i quali possono pretendere il risarcimento *ex art. 33* legge antitrust nazionale.

Tutto ciò premesso, si è cercato di dimostrare come dall'ampia impostazione accolta dalla giurisprudenza, europea e nazionale, in merito al riconoscimento della legittimazione attiva ad agire per il risarcimento dei danni a "*chiunque*" abbia interesse a mantenere la concorrenzialità del mercato, derivi come necessario corollario l'impossibilità di escludere a priori alcuna delle categorie di soggetti che partecipano attivamente al mercato, potendo tutti, almeno potenzialmente e in astratto, essere esposti alle conseguenze pregiudizievoli di un illecito antitrust.

Si è tentato, a questo punto, di precisare il significato dell'espressione *chiunque*, cercando di individuare in concreto i soggetti del mercato i cui interessi possono essere lesi da una pratica anticoncorrenziale e possano, per tale ragione, avere accesso alla tutela risarcitoria. Ci si è concentrati, quindi, sulla posizione delle varie categorie di soggetti attive sul mercato, astrattamente legittimate a proporre un'azione risarcitoria per violazione della normativa antitrust e, in particolare, oltre ai concorrenti e ai consumatori acquirenti diretti dell'impresa collusa, già menzionati, anche di altre figure. Nel chiunque da tutelare potrebbe rientrare l'acquirente escluso, ossia colui che ha rinunciato ad acquistare il bene a causa dell'illecito aumento di prezzo; i fornitori/distributori, che possono fungere sia da destinatari diretti della condotta anticoncorrenziale sia subire un danno meramente riflesso, quando la condotta anticoncorrenziale ha come finalità quella di ledere altra categoria di soggetti; i soci finanziatori, che vengono a perdere quanto investito nella società, esclusa dal mercato; i lavoratori licenziati dall'impresa, loro datrice di lavoro, estromessa dal mercato; il produttore di un bene complementare che abbia visto ridurre la quantità domandata dei beni prodotti; gli acquirenti indiretti sui quali il sovrapprezzo anticompetitivo sia stato "scaricato" dagli acquirenti diretti e gli acquirenti di imprese diverse da quelle che

hanno realizzato un'intesa restrittiva della concorrenza, le quali hanno approfittato dell'incremento dei prezzi realizzato dai propri concorrenti attraverso l'intesa, per aumentare anch'essi i prezzi al di sopra di quelli competitivi (cd. *umbrella prices*).

In questo contesto tanto incerto, è intervenuta la direttiva 104/2014 che regola gli elementi della legittimazione attiva, del danno risarcibile, del trasferimento del danno e della *disclosure* dei mezzi di prova. Questa ha consolidato l'*acquis* comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza, prevedendo espressamente il diritto al pieno risarcimento del danno per qualsiasi persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità, a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione e a prescindere dal fatto che un'autorità garante abbia o meno preventivamente constatato una violazione, in conformità alla lunga evoluzione della giurisprudenza europea.

Necessario al fine di ottenere il risarcimento dei danni, è che si dimostri la realizzazione di una violazione alla disciplina antitrust, l'esistenza di una lesione ad un proprio interesse, giuridicamente rilevante, alla concorrenzialità del mercato e un nesso di causalità tra la violazione e il danno che ne è scaturito.

Poiché, dunque, il percorso seguito ha portato a concludere che in astratto non è possibile escludere dalla tutela risarcitoria alcuna categoria di soggetti che operano sul mercato e che, per le ragioni più disparate, possono subire un pregiudizio da una condotta illecita antitrust, si è reputato necessario individuare dei criteri oggettivi utili a selezionare tra le conseguenze dannose, quelle effettivamente risarcibili, essendo impossibile che ogni soggetto possa pretendere un risarcimento da parte dell'impresa che abbia preso parte alla pratica illecita. Per tale via, si è giunti ad affrontare la seconda problematica posta dalle azioni risarcitorie conseguenti ad una violazione del diritto della concorrenza. Può darsi, infatti, che tali soggetti non abbiano subito un danno antitrust, si pensi ad es. al pregiudizio subito dai lavoratori licenziati dall'impresa vittima di un abuso escludente o, pur avendo subito un danno antitrust, questo è troppo remoto rispetto alla violazione, e dunque il risarcimento deve essere negato per mancanza del nesso di causalità.

Nella ricerca di criteri selettivi, si è ritenuto opportuno prendere le mosse dal sistema statunitense, nel quale la normativa antitrust ha avuto origine, onde valutare le soluzioni ivi adottate e la loro possibile compatibilità con il nostro ordinamento.

Si è così constatato che la giurisprudenza statunitense non si limita a riconoscere il risarcimento del danno a chiunque abbia subito un danno causalmente collegato alla pratica anticoncorrenziale, ma richieda anche la sussistenza di ulteriori requisiti, funzionali a selezionare i danni risarcibili. In particolare, la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ha elaborato alcune regole funzionali ad accertare la titolarità del diritto di agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni antitrust, tra cui la più importante è l'*antitrust injury*. In sostanza, essa comporta che non è sufficiente accertare il nesso di causalità materiale tra la condotta antimonopolistica e il danno lamentato, ma occorre altresì che il danno in questione rientri nel novero di quelli che la normativa antitrust mirava a prevenire ed evitare. Un'altra regola fondamentale elaborata in quel sistema è la *proximate rule*, per la quale è necessario che tra l'infrazione antitrust e il danno patito dall'attore sussista un nesso diretto ed immediato, escludendo così la risarcibilità dei danni indiretti.

Tuttavia, si è evidenziato come nel nostro sistema di responsabilità civile, il riferimento che appare senz'altro più adeguato, per selezionare le conseguenze dannose risarcibili degli atti illeciti è quello che rimanda al tema della causalità, ed in particolare alla causalità giuridica. L'accoglimento della teoria dell'*antitrust injury* nel nostro ordinamento potrebbe, infatti, urtare contro i principi del nostro sistema di responsabilità civile, potendo in concreto portare all'irrisarcibilità di quei danni che, pur essendo conseguenze immediate e dirette dell'illecito, non rientrano nello scopo della norma violata.

L'analisi condotta ci ha portato a riflettere ed indagare se rispetto alle varie figure di soggetti del mercato, che si è visto essere tutti potenzialmente esposti alle conseguenze dannose di un illecito antitrust, sia ravvisabile un nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno lamentato. L'aver individuato i soggetti tutelati dalla normativa antitrust che, qualora danneggiati da una sua violazione, possono accedere alla tutela risarcitoria, non è infatti sufficiente per stabilire chi, tra i potenziali danneggiati, abbia diritto di ottenere il risarcimento del danno. La necessità di approfondire il tema del nesso di causalità nell'illecito aquiliano si è posta nel tentativo

di rinvenire criteri utili ad accertare il nesso di causalità nell'illecito antitrust.

È evidente, infatti, come tra le varie fattispecie esaminate ve ne sono alcune che pongono dei seri problemi circa l'individuazione del nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno subito dagli attori, generando dubbi di compatibilità con l'art. 1223 c.c., cui l'art. 2056 c.c. dettato in tema di responsabilità extracontrattuale fa rinvio per la determinazione del risarcimento, che prevede che sia risarcibile solo il danno emergente e il lucro cessante, in quanto "conseguenze immediate e dirette della condotta illecita".

Tra le fattispecie che presentano maggiori profili di criticità emergono sicuramente quelle relative agli acquirenti indiretti, ossia coloro che non hanno acquistato dall'impresa che ha partecipato alla violazione, ma sui quali il danno è stato traslato per effetto di un aumento del prezzo praticato dall'impresa intermedia, nonché di coloro che hanno acquistato da imprese estranee rispetto ai partecipanti all'intesa, le quali hanno realizzato un aumento di prezzi sotto l'influsso dei cd. prezzi guida (*umbrella effects*). Quanto alla prima categoria, il riconoscimento, contenuto nella direttiva, della legittimazione ad agire degli acquirenti indiretti pone in luce tutte le problematiche che le azioni di risarcimento antitrust presentano. La direttiva, infatti, consente all'acquirente indiretto di giovare della presunzione relativa dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo, in deroga all'art. 2697 c.c., per il quale spetterebbe, invece, al medesimo dimostrare l'avvenuta traslazione del danno. Ciò equivale, nella sostanza, ad esonerarlo dal provare il danno subito ovvero riconoscere un danno *in re ipsa* derivante dal semplice accertamento della commissione dell'illecito, laddove il fatto che sia stato applicato un prezzo sovra concorrenziale, non implica per ciò solo che l'acquirente diretto sia riuscito a trasferirlo su quello indiretto.

Quanto, invece, alla seconda categoria menzionata, la questione della risarcibilità del relativo danno, è stata esaminata di recente nel caso *Kone* dalla Corte di Giustizia la quale, pur ribadendo l'imprescindibilità del requisito causale, nonché il principio di autonomia degli ordinamenti nazionali nel disciplinarlo, ha finito in realtà con l'imporre la responsabilità risarcitoria dei cartellisti anche nei confronti di coloro ai quali siano stati imposti i c.d. *umbrella prices*. Trattandosi di danni troppo remoti o indiretti, il risarcimento sarebbe stato escluso secondo il diritto civile nazionale, potendosi considerare la decisione dell'impresa estranea al cartello come fatto autonomo, in grado di interrompere il nesso causale tra l'illecito (l'intesa) e il danno (il

sovrapprezzo pagato dai clienti di imprese estranee all'intesa).

Si è dunque giunti alla considerazione che neanche la direttiva 104/2014 sia riuscita a dirimere i molteplici problemi che si presentavano rispetto alle azioni risarcitorie antitrust. Questa, infatti, non interviene direttamente, né avrebbe potuto farlo, sul rimedio civilistico del risarcimento del danno, del quale non sono infatti presi in esame gli elementi costitutivi, contenendo unicamente "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". In altre parole, la direttiva non ha dettato una disciplina completa dell'illecito antitrust, limitandosi a regolare solo taluni aspetti: essa si occupa, in particolare, dell'onere della prova, dei criteri per il calcolo del danno, lasciando, invece, al giudice nazionale, l'accertamento della sussistenza di due elementi fondamentali dell'illecito: il requisito dell'ingiustizia del danno e del nesso di causalità. L'assenza di una disciplina unitaria a livello europeo circa i criteri per l'accertamento del nesso causale, neppure ricavabili dai principi espressi dalla Corte di Giustizia, fa sì che ciascuno Stato membro continui ad applicare le proprie norme in tema di nesso di causalità, che si ispirano a modelli tra loro divergenti. Il silenzio su quegli elementi, ed il rinvio per essi alle discipline dettate a livello nazionale, non toglie tuttavia la estrema rilevanza di un'indagine diretta all'accertamento degli stessi, stante la natura plurioffensiva degli illeciti antitrust, e dunque la loro idoneità a ledere una pluralità di interessi facenti capo a soggetti diversi, al fine di realizzare l'obiettivo avuto di mira dalla normativa, ossia un meccanismo efficiente di contrasto di pratiche anticoncorrenziali e di compensazione dei danni da esse arrecati ai privati. Da qui, per l'appunto, la necessità che il congegno aquiliano recuperi selettività, al fine di contrastare la moltiplicazione incontrollata delle pretese ammesse a tutela risarcitoria, la quale non può che essere realizzata attraverso un nesso causale particolarmente rigoroso.

Vero è in effetti che da tempo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha avallato, in ambito civilistico, una lettura per così dire più a maglie larghe della causalità, più precisamente della causalità giuridica, all'insegna della formula del "*più probabile che non*", facendone poi una specifica applicazione in materia di azioni risarcitorie antitrust nel senso di ritenere presuntivamente provato il nesso causale tra la violazione antitrust e danno da sovrapprezzo anticompetitivo una volta che sia stata

accertata la prima da parte dell'AGCM, producendo in giudizio il provvedimento sanzionatorio e il contratto stipulato con l'impresa. La Cassazione ha ritenuto che il giudice possa desumere l'esistenza del nesso causale tra l'intesa e il danno «attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni probabilistiche, che si fondino su un rapporto di conseguenza costante fra antecedente e dato consequenziale». Anche la direttiva introduce una presunzione relativa riguardo all'esistenza del pregiudizio provocato dal cartello, così alleviando le difficoltà probatorie che il soggetto danneggiato incontra nel giudizio risarcitorio. Tale presunzione probabilistica non esclude, però, la possibilità per il convenuto di offrire la prova contraria, in particolare dimostrando che il cartello non ha prodotto alcun danno o che è intervenuto un fattore interruttivo del nesso di causalità, il che rapportato ad es. alla fattispecie della lesione lamentata dagli acquirenti indiretti avviene attraverso la mediazione del contratto c.d. «a valle» stipulato tra l'impresa collusa e i suoi clienti, o nel caso degli acquirenti cui siano stati imposti *umbrella prices*, il fattore interruttivo è rappresentato da soggetti terzi rispetto al violatore convenuto. Applicando, quindi, il criterio di vicinanza della prova, l'onere della prova viene così ad incombere sulla parte che è in possesso degli elementi necessari per soddisfarlo.

La soluzione data al problema dalla Corte europea, se pure ha il pregio di assicurare preminenza alla tutela dei soggetti privati che operano sul mercato, in linea con la funzione compensativa della responsabilità civile, non sembra essere pienamente compatibile con i principi fondanti della responsabilità civile e rischia di urtare contro la necessità che ricorra un nesso di causalità diretta tra fatto illecito e il danno per la sua risarcibilità, che costituisce il perno del nostro sistema di responsabilità civile. Tutto ciò sarebbe, inoltre, illegittimo perché in contrasto con il principio di autonomia degli ordinamenti nazionali nel disciplinare materie non riservate alla competenza dell'Ue, sancito dall'art. 5 TFUE nonché del principio di sussidiarietà. È dunque forte l'esigenza di rispettare gli elementi costitutivi della responsabilità civile, ed *in primis* il nesso di causalità, al fine di contenere un ricorso eccessivo alla tutela risarcitoria.

Si deve, dunque, concludere nel senso che la realizzazione degli obiettivi di tutela della concorrenza non sia sufficiente a giustificare una violazione delle regole europee in materia di ripartizione delle competenze, né uno stravolgimento dei principi del nostro sistema di responsabilità civile per mere ragioni di politica del diritto cui si

autorizza a prevalere sul diritto positivo, in nome dei principi di effettività ed equivalenza.

BIBLIOGRAFIA

ADOBATI E., *La Corte di Giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2006, p. 534 ss.

AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 26 ss.

AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 514.

AFFERNI G., *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, (a cura di) G. Ghidini, B. Libonati e P. Marchetti, Milano, 2009, pp. 494-521.

AFFERNI G., *Class action e danno antitrust: il caso traghetti*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2/2012, p. 120.

AGAZZI E., *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA. VV., *Scienza e causalità*, (a cura di) C. De Maglie e S. Seminara, Padova, 2006, p. 39.

ALESSI R., *Tutele contrattuali*, in *Manuale del diritto privato*, (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2016, p. 27 ss.

ALPA G. – BESSONE M., *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980, I, p. 144 ss.

ALPA G. – BESSONE M., *La responsabilità civile*, Milano, 1980, p. 163 ss.

ALPA G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.

ALPA G., *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *I contratti*, 1996, p. 5 e ss.

ALPA G., *La responsabilità civile*, (a cura di) Alpa e Bessone, Torino, 1997, p. 322.

ALPA G., *Illecito e danno antitrust: casi e materiali*, Torino, 2016, p. 12.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960.

ANTOLISEI F., *Manuale diritto penale, parte generale*, Torino, 2003, p. 214.

ANTONUCCI A., *La disciplina comunitaria delle concentrazioni tra imprese: le recenti modifiche del regolamento 4064/89*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 265.

AREEDA & HOVEMKAMP, *An analysis of antitrust principles and their application*, 2014, pp. 286-287.

ASSINIS P.C., *I programmi leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L.F. Pace, *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 398 ss.

ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, p. 74 ss.

BAGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. - BUSINELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 728-730.

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, Torino, 1958, n. 632, p. 63 ss.

BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 65.

BARCELLONA M., *Scopo della Norma violata. Interpretazione Teleologica e Tecniche di Attribuzione della Tutela Aquiliana*, *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, p. 313.

BARCELLONA M., *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 313 ss.

BARIATTI S. – PERFETTI L., *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, n. 5, pp. 3-29.

BASTIANON S., *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, nota a App. Milano, 18 luglio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, pp. 559-560.

BASTIANON S., *La fideiussione omnibus, il diritto antitrust e l'araba fenice*, in *Foro it.*, 1999, IV, vol. 122, pp. 130-138.

BASTIANON S., *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole del rapporto*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1153 ss.

BASTIANON S., *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 393-398.

BASTIANON S., *Nullità “a cascata”? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, nota a Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1068 e ss.

BASTIANON S., *La tutela privata antitrust in Europa: dove siamo e dove stiamo andando?* in S. Bastianon, *La tutela antitrust in Italia, Unione Europea e Nord America*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza di Bergamo, 11 aprile 2011, Milano, 2012.

BENACCHIO G.A. – CARPAGNANO M., *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Quaderni di dipartimento di Scienze giuridiche*, Università di Trento, 2007, p. 82 ss.

BENEDETTI A.P., *Il nesso di causalità nella responsabilità da fatto illecito*, in *Resp. civile e previdenza*, 1/2012, p. 37 ss.

BERGER D. – BERNSTEIN R., *An Analytical framework for Antitrust Standing*, *The Yale Law Journal*, 1977, p. 809 ss.

BERTI I., *Lo scambio di informazioni tra imprese concorrenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 563 ss.

BERTINI S. e SASSATELLI M., *Le concentrazioni in Europa e in Italia e la realizzazione del Mercato Unico*, in AA.VV., *Concorrenza e controllo delle concentrazioni in Europa*, a cura di P. Bianchi e G. Gualtieri, Bologna, 1996, pp. 51-148.

BERTOLOTTI A., *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta*, nota a Trib. di Genova, ord. 21 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 167 ss.

BERTOLOTTI A., *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, IV, p. 345 ss.

BERTOLOTTI A., *Ancora su norma antitrust e contratti a valle*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss., nota a Corte App. Brescia, 29 gennaio 2000.

BERTOLOTTI A., *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti “a valle” e sanzione di nullità*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1211-1213.

BETTI E., (voce) “*causa del negozio giuridico*” in *NN. D.I.*, III, Torino, 1957, p. 32 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino, 1994, pp. 170-207.

BIANCA C.M., *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, proseguito da F. Galgano, Roma-Bologna, 1979, 229 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1997, p. 425 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p.175.

BIANCHI R., *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, nota a Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiararia-Sai assicuraz. C. Nigriello*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1616 ss.

BOCHICCHIO F., *Il controllo dell’antitrust sulle condizioni economiche delle polizze assicurative: ma la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori coincidono?*, in *Dir. fall.*, 2002, II, pp. 660-718.

BOCCHIOLA M., *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.

BONA M., *Quantum del danno patrimoniale e liquidazione equitativa*, in *Danno e resp.*, 11, 2006, p. 1073.

BONA M., *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni” di analisi*, in *Corr. giur.*, 2008, I, pp. 43-62.

BONACCORSI DI PATTI D., *Ancora sulla prova del nesso di causalità e del danno, nell’azione di risarcimento derivante da illecito antitrust*, nota a Cass., in *Dir. e fisc. dell’ass.*, 2012, I, p. 192.

- BORDON R., TRAMONTANO L., ROSSI S., *La nuova responsabilità civile*, 2010, p. 133.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 1991, p. 635.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte del terzo*, Milano, 1964, p. 123.
- BUSNELLI F.D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 55.
- CAMELI F., *La disciplina antitrust ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2003, p. 79 ss.
- CAMILLERI E., *La tutela del contraente "a valle" tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 43 ss.
- CAMILLERI E., *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 98 ss.
- CAMILLI E.L., CAPRILE P., PARDOLESI R., RENDA A., *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, 3, p. 229 ss.
- CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, 5° ed., Torino, 2002, pp. 401-402.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità*, Padova, 2005, p. 272.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, p. 17 ss.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, III° ed., Trento, 2012.
- CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, nota a Cass., sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 e ss.
- CARBONE V., *sub Art. 1223*, in *La Giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libro IV, Delle obbligazioni*, a cura di U. Bellini, V. Carbone, L. Delli Priscoli, G. Marziale, H. Simonetti, G. Stella Richter, p. 523.
- CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, Milano, 2007, p. 281.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, II, Milano, 2007, p. 493.
- CARNELUTTI F., *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 99.
- CARPAGNANO M., *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, in *Danno e resp.* 2007, p. 1278 ss.
- CARPAGNANO M., *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 34-44.
- CARPAGNANO M., *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, nota a Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, p. 755 ss.

- CARPAGNANO M., *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing-on*, in *Dizionario sistemico del diritto della concorrenza*, (a cura di) L. F. Pace, 2013, p. 300 ss.
- CASTALDO A., *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1096 ss.
- CASTELLI L., *Recenti interventi in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 1198.
- CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 36.
- CASTELLI L., *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 1052.
- CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 473.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 1165-1169.
- CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 470 ss.
- CATALANO R., *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009, p. 127 ss.
- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 184 ss.
- CATTANEO G., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 460.
- CENDON P., *Condotte dolose e causalità giuridica*, in *Persona e danno*, 2004, p. 5275.
- CHIEPPA R., *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in www.giustiziacivile.com, 3 marzo 2014.
- CHINDEMI D., *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, pp. 25-26.
- CHINI S., *Nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza e suoi effetti sul contratto collegato*, in *Riv. giur. circolazione*, 1999, pp. 37-38.
- CIPRIANI G., *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, pp. 1104-1123.
- COLANGELO G., *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 456 ss.
- COLANGELO G., *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, in *Dir. ind.*, 2003, pp. 175-177.
- COLANGELO G., *Il caso assicurazioni 2*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 133.
- COLANGELO G., *Antitrust, cartelli e consumatori: l'epilogo dell'affare Rc Auto*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1014.

COLANGELO G., *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 509.

COLANGELO M., *Le evoluzioni del private enforcement: da Courage al Libro Bianco*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 3, p. 675.

COLOMBO C., (voce) *Contratti collegati*, in *EG*, XVII, Roma, 2008, p. 48 ss., Mila-no, 2007 [volume che raccoglie le relazioni all'omonimo seminario tenutosi a Milano il 2 dicembre 2006], pp. 12-13.

CRESCI G., *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (l. 10.10.1990, n. 287)*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, (a cura di) G. Vettori. Padova, 1999, p. 461.

CRISCUOLI R., *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*, in *Il Foro amm. Tar*, 2002, pp. 498-511.

CROENE P., *La violazione della normativa antitrust: esame della giurisprudenza*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, in *Trattati* a cura di P. Cendon, Milano, 2014, p. 371.

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.

D'AMICO G., *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, p. 742 ss.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 e ss.

D'ANTONIO A., *La modifica legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 172.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, p. 146.

DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979, p. 114.

DE CUPIS A., *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1181 ss.

DEFFENSE C., *A Farewell to Arms: The Implementation of a Policy-Based Standing Analysis in Antitrust Treble Damages Actions*, *California Law Review*, 1984, p. 437 ss..

DELLI PRISCOLI L., *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 226 ss.

DELLI PRISCOLI L., *La nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 231 ss.

DELLI PRISCOLI L., *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 949-956.

DELLI PRISCOLI L., *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, nota a Cass., 27 ottobre 2005, n. 20923, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 253 ss.

DENOZZA F. – TOFFOLETTO L., *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in *Il "Private*

Enforcement” delle norme sulla concorrenza, (a cura di) F. Rossi, Dal Pozzo, B. Nascimbene, Milano, 2009, p. 101 ss.

DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009, p. 144 ss.

DI MAIO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 791-796.

DI VIA L., *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, II, p. 54 ss.

DI VIA L., *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, Padova, 2003, p. 668.

ELMI G.T., *La tutela di fronte all'A.G.O.*, in *Concorrenza e Mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2005, p. 375.

FAELLA G., *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto industriale*, 2004, p. 157 ss.

FALCONE G., *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle “norme bancarie uniformi” con la disciplina antitrust*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 87 ss.

FATTORI P., (voce) *La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico della concorrenza*, (a cura di) L. F. Pace, 2013, p. 283.

FEOLA M., *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 55.

FEOLA M., *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, nota a Cass. 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giur. comm.*, I, 2009, p. 180.

FERRANDO G., *I contratti collegati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, vol. III, *I requisiti del contratto*, Torino, 1991, p. 587.

FERRANDO G., *I contratti collegati*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 27.

FERRARI M., *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008, p. 41.

FERRI G.B., (voce) *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 532.

FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960.

FORCHIELLI P., *Responsabilità civile, Lezioni*, Padova, 1968.

FRANCESCHELLI R., *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. industriale*, 1956, p. 66.

FRANCESCHELLI R., *L'impresa comunitaria*, in *Impresa e società: studi in onore di A. GRAZIANI*, vol. V, Napoli, 1968, p. 2159 ss.

- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, p. 83 ss.
- FRIGNANI A. – PARDOLESI R., *Le fonti del diritto della concorrenza nella CE*, in *La Concorrenza, Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, (a cura di) Ajani- Benacchio, VII, Torino, 2006, p. 7 ss.
- GALGANO G., *Rapporti economici. (Art. 41-44 Costituzione)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, I° ed., Bologna, 1982, p. 11 ss.
- GALGANO G., *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. dell'ec.*, 2° ed., vol. VII, Padova, 1988, p. 211.
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, 2008, p. 114 ss.
- GASPARINI A., *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. e impresa Europa*, 2008, p. 332.
- GENOVESE A., *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, 1, p. 681 ss.
- GENOVESE A., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Catanzaro, 2005, p. 217.
- GHEZZI F., *Verso un antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 499.
- GHEZZI F., *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programme nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. Mercati*, 2002, p. 229.
- GIOIA G., *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 12.
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 1 ss. e 322 ss.
- GIZZI L., *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 1536.
- GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss.
- GRASSO E., *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, p. 349 ss.
- GREEN L., *Ratione of proximate cause*, Kansas city, Mo., 1927.
- GRISI G., *La valutazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, p. 2029.
- GRISOLI A., (voce) *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.
- GRISPIGNI F., *Il nesso causale nel dir. pen.*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 12.
- GUCCIONE A.V., *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla cd. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449 ss.

GUIZZI G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, leggi antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 280 ss.

GUIZZI G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 70.

GUIZZI G., *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in AA.VV., *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ e E. GABRIELLI, 2011, XV, p. 28 ss.

JACOBSON M.J. – GREER T., *Twenty-one Years of Antitrust Injury: down the Alley with Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 66 *Antitrust Law Journal*, 1998, p. 273.

KOTLER P., *Marketing Management*, ed. it., a cura di W.G. Scott, Torino, 1993, p. 693.

IANNUCCELLI P., *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. delle soc.*, 2006, p. 727.

IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 543.

IZZO U., *La compensatio lucri cum damno come “latinismo di ritorno”*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, n. 5, p. 1747.

LA CHINA S., *Commento sub art. 33, in Concorrenza e Mercato*, a cura di G. Alpa e V. Afferni, Padova, 1994, p. 647 ss.

LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 17 ss.

LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 672-73.

LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss.

LIBERTINI M. – SCOGNAMIGLIO G., *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 405 ss.

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 933-941.

LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.

LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 107 ss.

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 390 ss.

LIBONATI B., *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1223 ss., e in *Danno e resp.*, 2000, p. 57 ss.

- LIBONATI B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 506 ss.
- LOMBARDI C., *E piove anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di Giustizia*, nota a C. Giust. CE, 5 giugno 2014, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*, causa C-557/12, in *Danno e resp.*, 7/2014, p. 707 ss.
- LONGOBUCCO F., *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, 2009, p. 123.
- LO SURDO C., *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2/2004, p. 202 ss..
- LUCARELLI F., *Lesione di interessi e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 122 ss.
- LUMINOSO A., *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 563.
- MALANGOLI E., *Il risarcimento del danno da pratiche concorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2015, p. 390 ss.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile, Il processo ordinario di cognizione*, II, Torino, 2015, p. 209.
- MANGINI V.M. – OLIVIERI G., *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Diritto Antitrust*, Torino, 2003, p. 25.
- MANSANI L., *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287/90*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1995, I, p. 76 ss.
- MASTROPAOLO F., *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, p. 12.
- MATRANGA C., *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocatione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, nota a C. Giust. CE, 5 giugno 2014, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*, causa C-557/12, in *Dir. civ. cont.*, 1/2015.
- MAUCERI F., *Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile*, in *www.juscivile.it*, 2015, 3, p. 114.
- MAUGERI M.R., *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 11-12, p. 351.
- MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, p. 17.
- MAUGERI M.R., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. Olivieri – A. Zoppini (a cura di), in *Contratto e antitrust*, 2008, p. 180 ss.
- MELI M., *I programmi di clemenza (leniency programme) e l'azione privata*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, (a cura di) M. Maugeri, A. Zoppini, Bologna, 2009, p. 57 ss.

MESSINEO F., (voce) *Contratto collegato*, in *ED*, X, Milano, 1962, p. 49.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 336 ss.

MILIANI I., *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione*, nota Cass., sez. lav., 19 novembre 1997, n. 11522, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 706.

MILITELLO G., *Antitrust e professioni liberali*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, (a cura di) E.A. Raffaelli, Milano, 1998, p. 389 ss.

MONATERI P.G., *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 458 ss.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.

MONATERI P.G., GIANTI D. – SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, p. 253.

MONTICELLI N., *Responsabilità e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. comm.*, 2003, p. 873 ss.

NASTI I., *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 342 ss.

NEGRI M., *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (La cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC Auto)*, in *Corr. Giur.*, 6/2003, p. 755 ss.

NEGRI M., *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 342.

NERVI A., *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 422.

NICITA A., *Consumatori, Antitrust e Risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco Ce*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2, 2008, p. 52 ss.

NIVARRA L., *Il secondo comma dell'art. 33. La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano, commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, (a cura di) A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, vol. II, Bologna, 1993, p. 1457.

ONORATO M., *Nozione di intesa e requisiti del contratto*, in AA.VV., *I contratti nella concorrenza*, a cura di G. Guizzi, E. Gabrielli, A. Catricalà, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, Torino, 2011, p. 52 ss.

ONORATO M., *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012, p. 16 ss.

OPPO G., *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, pp. 25 ss.

OPPO G., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 548.

OSTI C., *Antitrust e oligopolio. Concorrenza, cooperazione e concentrazione: problemi giuridico-economici e proposte di soluzione*, in *Trattato di dir. amm. Europeo*, Bologna, 1995, p. 165-167.

OSTI C., *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, nota a App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, p. 276 ss.

OSTI C., *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, pp. 13-14.

OSTI C., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, (a cura di) A. Zoppini e G. Olivieri, Roma-Bari, 2008, p. 26 ss.

PACCES M., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e (virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 6/2000, p. 658 ss.

PACE L., *Dizionario sistemico del diritto della concorrenza*, 2013, p. 69.

PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 794.

PAGLIETTI M.C., *La tutela civile dei diritti dei consumatori, Studi sull'osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Napoli, 2013, p. 250.

PAGNI I., *La tutela civile antitrust dopo la sentenza 2007/05: la Cassazione alla ricerca della difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 337.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni»*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 75 ss.

PALMIERI A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 1122-1126.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1015 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85 ss.

PARDOLESI R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 291 ss.

PARDOLESI R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997, p. 147.

PARDOLESI R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. Frignani e R. Pardolesi, in *Tratt. dir. priv. Unione Europea*, Torino, 2006, p. 25 ss.

PARDOLESI R., *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1103.

PARRELLA F., *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Diritto della banca e del mercato finanz.*, 1996, pp. 545-546.

- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 49 ss.
- PATTI S., *Prova testimoniale, Presunzioni (art. 2721-2729)*, in *Comm. del c.c. Scialoja-Branca*, 2001, p. 77 ss.
- PERETTI GRIVA D.R., *Sulla "Compensatio lucri cum damno"*, in *Riv. proc. civ.*, 1957, p. 437.
- PIRASTU M.G., *Brevi considerazioni in tema di risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1, p. 104 ss.
- POLIDORI S., *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 39 ss.
- PROSPERETTI L., *Le intese*, in AA.VV., *Economia e diritto antitrust*, a cura di L. Prosperetti, M. Siragusa, M. Beretta, M. Merini, Roma, 2006, p. 125.
- PROSPERETTI L., *Prova e valutazione del danno antitrust. Una prospettiva economica*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2008, p. 527.
- PROSPERETTI L., PANI E., TOMASI I., *Il danno antitrust. Una prospettiva economica, Recensione di T. Elmi*, in *Persona e mercato*, (a cura di) G. Vettori, 1/2010, p. 21 ss.
- PUCELLA R., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1990, II, p. 5 ss.
- PUCELLA R., *La causalità "incerta"*, Torino, 2007.
- PUCELLA R., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 2161932, in *Danno e resp.*, 2008, 1, p. 43.
- PUTTI P.M., *L'invalidità dei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Tratt. Dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 643.
- REALMONTE F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.
- RIGANÒA., *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcimento del danno da perdita di "chance"*, nota a Cass., sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 792.
- RINALDO L., *Il danno da perdita di chance*, nota a Trib. Milano, 3 ottobre 2009 n. 1176, in *Riv. dir. ec. trasp. e dell'ambiente*, 2010, VIII, p. 545.
- RIZZO R., *La funzionalizzazione del principio dell'onere della prova nella prospettiva dell'illecito antitrust*, in *Dir. civ. cont.*, 4 agosto 2015.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 390.
- ROSOLINI R., *La nozione di impresa secondo gli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma e i suoi più recenti sviluppi*, in *Riv. dir. industriale*, 1974, I, p. 187.
- ROSSETTI M., *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 676.

ROSSI G., *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 220.

ROSSI G., *"Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 90 ss.

SALANITRO N., *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, II, p. 420.

SARTI D., *Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto*, in *Banca e borsa*, 1998, II, p. 108 ss.

SATTA S., *Interesse ad agire e legittimazione ad agire*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 169.

SCALABRINO M., *La nozione di impresa nei Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 1967, p. 185 ss.

SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *AA.Vv.*, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, pp. 201-202.

SCHLESINGER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 346.

SCHLESINGER P., *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. società*, 1960, p. 729 ss.

SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss.

SCININÀ M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 411 ss.

SCODITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 75 ss.

SCODITTI E., *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 1127-1130.

SCOGNAMIGLIO R., (voce) *Collegamento negoziale*, in *ED*, Milano, 1960, VII, p. 380.

SCOGNAMIGLIO R., (voce) *Responsabilità civile* in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, XV, p. 649.

SCOGNAMIGLIO R., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.

SCUFFI M., *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, p. 95.

SCUFFI M., *Le implicazioni della Direttiva 104/2014 sulle azioni di classe e la tutela del consumatore*, Atti del convegno di Genova, 20 novembre 2015.

SELVAGGI G., *Abuso di posizione dominante*, in *Giur. it.*, 1992, IV, pp. 128-132.

SENA G., *Il boicottaggio*, Milano, 1970, p. 13 ss.

SEVERI C., *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 296 ss.

- SPADAFORA A., *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p. 107 ss.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 100.
- STELLA F., *Il contesto della spiegazione causale: il processo penale*, in AA.VV., *Scienza e causalità*, (a cura di) C. De Maglie e S. Seminara, *Scienza e causalità*, Padova, 2006, pp. 1-37.
- TADDEI ELMI G., *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello americano e la proposta di direttiva Ue del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 187.
- TALLARO F., *Tracce per un'indagine su nesso di causalità e chance nell'ambito della responsabilità civile*, in *Persona e danno*, 2012.
- TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 131.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1992, pp. 443 ss.
- TARUFFO M., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101.
- TAVASSI M., *L'istruttoria nei giudizi antitrust*, in *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, pp. 261 ss.
- TAVASSI M. – SCUFFI M., *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 302.
- TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 347.
- TOFFOLETTO A. – DE GIORGI E., *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del V Convegno biennale Antitrust, Trento 16-18 aprile 2015, (a cura di) Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano.
- TRABUCCHI A., *Dolo (Diritto civile)*, in *NN. D.I.*, p. 151.
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 117 ss.
- TUFARELLI M.R., *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2151.
- UBERTAZZI L.C., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1997, p. 415 ss.
- VALCAVI G., *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 481.
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1007.
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 1008.

VENEZIA M., *La nozione comunitaria di impresa*, in *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, a cura di M. Cassottana- A. Nuzzo, Torino, 2006, p. 269.

VENEZIANO A. – GIANCOTTI G., *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, in *La responsabilità civile*, vol. IX, (a cura di) Cendon, Torino, 1998, pp. 3 e 24.

VERRUCOLI P., *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Milano, 1977, p. 61 ss.

VETTORI G., *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2003, p. 325.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121.

VILLA G., *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 717 ss.

VISINTINI G., *Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, (a cura di) Visintini, Milano, 1984, p. 10.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1999, p. 589.

VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in *Trattato* diretto da Rescigno, 9, I, Torino, 1999, p. 254.

VISINTINI G., (a cura di), *I fatti illeciti III, Causalità e danno*, Padova, 1999, p. 255 e ss.

VISINTINI G., *La valutazione equitativa del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, diretto da G. Visintini, 2009, p. 449.

ZENO ZENCOVICH V., *Il danno da perdita di un'utilità futura*, in *Riv. civ. comm.*, 1986, p. 364.