MATTEO PADELLARO

IL RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA CONCORRENZA: LEGITTIMAZIONE ED *ANTITRUST INJURY*

Tesi di Dottorato

Dottorato di ricerca
Consumatori e mercato
XX Ciclo

Direttore di ricerca
Ch.mo Prof. Michele Sandulli

Coordinatore
Ch.ma Prof.ssa Liliana Rossi Carleo

Facoltà di Economia "Federico Caffè"
Università degli Studi "Roma Tre"

Roma, 2009

"*Has the plaintiff suffered 'antitrust injury'? That is the question no one asked until [thirty]one year ago, when the Supreme Court decided Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat.*

Today the question arises in every private antitrust case, and is typically one of the most fierce battle-grounds in all but the most straightforward horizontal price-fixing disputes.

In virtually every private merger action, vertical restraint case, and competitors suit of any kind, antitrust injury is a critical issue". (J.M. Jacobson – T. Greer, 1998)

INDICE

Introduzione: struttura e scopo dell'indagine

1. L'evoluzione della giurisprudenza interna sugli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti a valle, ed il suo impatto sul tema del risarcimento del danno da illecito antitrust

1.1 Brevi cenni sul quadro normativo di riferimento

1.2 La rilevanza della questione interpretativa sulla validità delle intese a valle

1.3 Il primo atto: la questione delle Norme Bancarie Uniformi

1.4 Il secondo atto: il cartello RC Auto

1.5 La posizione assunta dalla Cassazione con la sentenza 17475/2002

1.6 L'iniziale approccio restrittivo della Cassazione alla legittimazione dei consumatori e le suggestioni esercitate dalla questione delle intese a valle

2. La forza innovatrice della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Courage*

2.1 I fatti di causa

2.2 I motivi di diritto

2.3 Le difficoltà interpretative sollevate dalla sentenza Courage

2.4 La rilevanza della sentenza Courage ai fini dell'evoluzione della giurisprudenza interna in tema di risarcimento del danno e nullità dell'intesa

2.4.1 Le considerazioni legate alla funzione istituzionale del private enforcement

2.4.2 L'approccio economico e sostanzialistico al divieto di intese restrittive della concorrenza

2.5 Conclusioni

3. L'evoluzione della giurisprudenza interna in merito alla legittimazione dei privati all'azione risarcitoria antitrust

3.1 I riflessi del caso Courage sulla giurisprudenza di legittimità: la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/05 e la legittimazione antitrust dei consumatori (e dei professionisti)

3.2 Le ulteriori implicazioni della pronuncia delle Sezioni Unite

3.3 Considerazioni conclusive sulla posizione delle Sezioni Unite

3.4 Gli sviluppi (mancati) di cui alla sentenza 2305/07

3.5 Le categorie di soggetti astrattamente legittimati all'azione risarcitoria antitrust individuabili sulla base degli attuali orientamenti della Cassazione

3.5.1. I concorrenti

3.5.2. I consumatori

3.5.3. I professionisti

3.5.3.a) Fornitori e distributori

3.5.3.b) Lavoratori e soci/finanziatori

3.5.4. Conclusioni sul tema della legittimazione astratta all'azione risarcitoria antitrust

4 I risultati dell'esperienza americana: il requisito dell'*antitrust injury*

4.1 Premessa

4.2 Il private enforcement del diritto antitrust negli Stati Uniti: le coordinate generali

4.3 Il requisito dell'antitrust injury nella giurisprudenza della Corte Suprema

4.3.1 Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc 429 U.S. 477 (1977)

4.3.2 Blue Shield of Virginia V. McCready, 457 U.S. 465 (1982)

4.3.3 Associated General Contractors of California., Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519 (1983)

4.3.4 Matsushita Electronic Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

4.3.5 Cargill Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104 (1986)

4.3.6 Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328 (1990)

4.4 I punti non controversi della nozione di antitrust injury così come tracciata dalla Corte Suprema

4.5 Il cuore dell'antitrust injury: la sussistenza di un danno "causalmente qualificato"

4.6 L'applicazione concreta del requisito dell'antitrust injury con riferimento ai consumatori, professionisti e concorrenti

4.6.1 La posizione tendenzialmente neutra dei consumatori

4.6.2 I limiti alla legittimazione antitrust dei professionisti

4.6.3 I notevoli (e forse eccessivi) limiti posti alla legittimazione dei concorrenti

4.6.3 Segue - Critica: i margini per un ampliamento della legittimazione antitrust dei concorrenti

4.7 Conclusioni

5. La teoria del danno causalmente qualificato e lo spazio nel nostro ordinamento

5.1 Considerazioni preliminari

5.2 Le prime riflessioni sull'antirust injury rinvenibili nella dottrina nazionale

5.3 L'origine e la rilevanza della teoria dello scopo della norma violata nell'ambito dell'indagine sul nesso causale

5.4 La teoria dello scopo della norma violata alla luce dei recenti orientamenti della Cassazione in tema di causalità giuridica

5.5 Un'ipotesi ricostruttiva: teoria del danno causalmente qualificato e clausola di ingiustizia del danno

5.6 La compatibilità dell'interpretazione proposta con i principi di riferimento espressi dalla Corte di Giustizia

5.7 L'operatività concreta della teoria del danno causalmente qualificato rispetto alle pretese risarcitorie dei soggetti astrattamente legittimati

6. Conclusioni

Riferimenti bibliografici

INTRODUZIONE: STRUTTURA E SCOPO DELL'INDAGINE

L'analisi svolta in questa sede si concentra sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust.

Tale tematica è stata oggetto di crescente attenzione negli ultimi anni, sia a livello nazionale che comunitario, per effetto di alcune fondamentali pronunce giurisprudenziali che hanno riconosciuto il diritto dei soggetti danneggiati da illeciti concorrenziali di ottenere il ristoro dei danni subiti, nonché per via degli sforzi compiuti a livello istituzionale per accrescere il ricorso dei privati a tale strumento di tutela[1], nel tentativo di incrementare il livello di effettività delle norme preposte alla salvaguardia del mercato.

In questo scenario in crescente evoluzione, il fenomeno del *private enforcement* delle regole di concorrenza [2] può essere osservato da due diverse prospettive di analisi.

---

[1] A livello comunitario, il riferimento è ovviamente al Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust pubblicato dalla Commissione europea il 2 aprile 2008 ad esito di un lungo percorso (cfr. la nota n. 86).
Da segnalare, inoltre, che negli ultimi tempi la Commissione ha adottato degli accorgimenti pratici nell'espletamento della propria attività ordinaria per incentivare il ricorso dei privati al rimedio risarcitorio.
In primo luogo, sul portale web della Direzione Generale della Concorrenza è stata creata una specifica sezione dedicata alla pubblicazione delle sentenze adottate dalle corti nazionali sul tema.
Inoltre, nei comunicati stampa con cui la Commissione dà notizia della conclusione dei procedimenti di accertamento delle infrazioni alle regole comunitarie di concorrenza viene regolarmente inserito il seguente esplicito richiamo alla possibilità per i privati di proporre azioni giudiziali per il risarcimento dei danni a valle di tali accertamenti:
"Le persone o imprese vittime del comportamento anticoncorrenziale descritto nel presente caso possono adire i tribunali degli Stati membri per richiedere il risarcimento dei danni subiti. Sia la giurisprudenza della Corte che il regolamento 1/2003 del Consiglio ribadiscono che, nelle cause davanti ai tribunali nazionali, una decisione della Commissione costituisce una prova acquisita del sussistere del comportamento e della sua natura illecita. Anche se la Commissione ha inflitto ammende alle imprese in questione, l'importo del risarcimento non deve necessariamente tenerne conto".
E' interessante altresì notare che la Commissione ha voluto fornire in prima persona un esempio in tal senso ed ha dunque deciso di ricorrere alle giurisdizioni civili per il risarcimento dei danni subiti dalle Istituzioni Comunitarie a seguito di un cartello nel settore degli ascensori. In particolare, la Commissione ha citato di fronte al Tribunale belga alcune imprese produttrici di ascensori per ottenere il risarcimento dei danni subiti dalle istituzioni comunitarie (pari a circa 5 milioni di euro) in qualità di acquirenti di ascensori per effetto del pluriennale cartello tra i suddetti operatori che la Commissione medesima aveva in precedenza accertato e sanzionato per quasi un miliardo di euro sul piano "amministrativo" (cfr. il comunicato stampa della Commissione del 24 giugno 2008, IP/08/998). Secondo quanto riportato da siti specializzati (www. Mlex.com) la prima udienza di fronte al Tribunale di Bruxelles si è svolta lo scorso 12 settembre (Caso - A/08/6818).

[2] A livello definitorio la nozione di *private enforcement* delle norme di concorrenza non include tutte le controversie antitrust promosse da parti private, ma solo quelle incardinate dinanzi alle giurisdizioni civili sulla base della disciplina antitrust comunitaria o nazionale (cfr. A.P. KOMMINOS, *EC Private Antitrust Enforcement,* 2008, Hart Publishing, pp. 1-2).

Sotto il profilo comunitario, si assiste al processo di affermazione dei diritti riconosciuti dal Trattato alle vittime delle condotte antitrust e alla elaborazione di proposte legislative per superare le resistenze eventualmente opposte dalle culture giuridiche dei singoli Stati Membri ad un effettivo sviluppo di tali meccanismi di tutela [3].

A livello interno, si osserva invece il percorso attraverso cui le corti nazionali tentano di recepire all'interno dell'ordinamento di competenza gli orientamenti provenienti dal diritto comunitario, assicurando coerenza con gli istituti interni che presidiano la materia risarcitoria e individuando soluzioni possibilmente omogenee per il caso in cui la richiesta di danni si basi su una violazione della normativa antitrust nazionale in luogo della corrispondente disciplina comunitaria. Nel nostro Paese, peraltro, la situazione risulta per certi versi ribaltata, posto che negli ultimi anni - per ragioni essenzialmente riconducibili alle speciali regole di competenza vigenti nel nostro ordinamento e all'importanza di alcuni casi di cartello di portata nazionale [4] - il contenzioso antitrust più rilevante ha avuto ad oggetto violazioni della normativa antitrust interna. Tale circostanza ha fatto sì che i primi approfondimenti da parte delle nostre Corti in merito agli strumenti e alle modalità con cui riconoscere la tutela risarcitoria alle vittime di illeciti antitrust abbiano riguardato la disciplina nazionale piuttosto che la corrispondenti disposizioni del Trattato, sebbene sia risultato evidente il tentativo da parte dei giudici di individuare soluzioni e criteri interpretativi coerenti con le indicazioni emerse a livello comunitario.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'interprete che voglia approfondire le tematiche connesse alle azioni risarcitorie antitrust si trova di fronte a due percorsi alternativi di indagine: la "via comunitaria", essenzialmente focalizzata sulla esatta definizione del contenuto e della portata dei diritti riconosciuti alle vittime di illeciti concorrenziale da tale ordinamento e sulle diverse opzioni a disposizione del legislatore e delle istituzioni comunitarie per accrescere l'effettività di tale rimedio; e la "strada nazionale" diretta invece ad individuare gli strumenti e le modalità più appropriate attraverso cui l'ordinamento interno – per i profili rimessi alla sua competenza e nel rispetto dei principi di effettività ed equivalenza [5] – può garantire l'esercizio concreto dei diritti riconosciuti alle vittime antitrust (sia dal diritto comunitario che dal diritto nazionale).

---

[3] Cfr. il Libro Bianco della Commissione di cui alla nota 1 e su cui *infra* al par. 2.4.1.

[4] Il riferimento è al contenzioso generato dal cartello *RC Auto*, oggetto di accertamento sul piano amministrativo da parte dell'Autorità garante della concorrenza sulla base della Legge 287/90 (cfr. par. 1.4).

Nel presente lavoro si è scelto di privilegiare la prospettiva interna in quanto essa è apparsa più coerente con il taglio pragmatico che si intendeva dare al lavoro: la ricerca è stata infatti pensata e sviluppata per tentare di identificare le diverse categorie di soggetti legittimati a ricorrere al rimedio risarcitorio in ambito antitrust e di definire le circostanze concrete in cui l'esercizio di tali diritti dovrebbe essere consentito,

Più in particolare, l'indagine si è proposta di fornire una prima risposta ai seguenti due quesiti che appaiono di fondamentale importanza per definire i margini concreti di applicabilità della disciplina antitrust di fronte alle giurisdizioni civili:

(i) sotto il profilo soggettivo, quali categorie di attori sono astrattamente legittimate a proporre un'azione risarcitoria per violazione della normativa antitrust?

(ii) sotto il profilo oggettivo, è possibile individuare un criterio di carattere generale che consenta di predeterminare le circostanze concrete in cui gli appartenenti alle suddette categorie dovrebbero poter ottenere il ristoro dei danni subiti?

Tali tematiche, finora, sono generalmente rimaste sullo sfondo dell'ampio dibattito in corso sul ruolo delle azioni di risarcimento antitrust e sulle modalità per incentivare il ricorso a tale strumento da parte dei privati. Tuttavia, tali aspetti rivestono, ad avviso di chi scrive, altrettanta importanza per uno sviluppo equilibrato del rimedio risarcitorio nel settore della concorrenza, risultando per certi versi logicamente anteposti alla questioni di carattere generale oggi al centro dell'attenzione; in questo senso, sembrerebbe più opportuno discutere di incentivi solo una volta che si sia stabilito a quali categorie di potenziali attori, e in quali circostanze, tali incentivi dovrebbero essere destinati.

In ragione del peculiare percorso che, come menzionato in precedenza, la nostra giurisprudenza interna ha seguito negli ultimi anni, l'analisi è stata svolta avendo quale riferimento principale la disciplina antitrust nazionale: in ogni caso, il ragionamento è stato sempre condotto avendo cura di verificare la compatibilità delle opzioni interpretative

[5] Cfr. par. 2.2., nota n. 69.

considerate con i principi di derivazione comunitaria, in modo da salvaguardare la coerenza complessiva del sistema di *private enforcement* delle norme di concorrenza che appare indispensabile per evitare un disallineamento della tutela a seconda della disciplina sostanziale (nazionale o comunitaria) posta dalla vittima dell'illecito antitrust alla base della propria azione.

Su queste basi il lavoro è stato impostato secondo il seguente schema.

Nei primi tre capitoli si descriveranno le principali fasi evolutive della giurisprudenza interna in materia di tutela civilistica antitrust: si partirà dalla prima questione approdata davanti alle corti nazionali, costituita dalla validità degli accordi conclusi in esecuzione di un illecito concorrenziale (c.d. intese a valle), la quale ha esercitato una forte influenza sulle posizioni "formalistiche" registrate fino al 2005 in merito alla risarcibilità dei danni antitrust (Capitolo 1).

Si offrirà, poi, una ricostruzione delle ragioni che si reputa abbiano indotto la Corte di Cassazione ad abbandonare il precedente approccio e ad affrontare le tematiche in oggetto da una prospettiva "sostanzialistica", maggiormente attenta al dato economico delle relazioni di mercato: in tal senso si riconoscerà un ruolo chiave alla portata innovatrice della sentenza resa dalla Corte di Giustizia comunitaria nel caso *Courage* (Capitolo 2).

Infine, si passeranno in rassegna le ultime evoluzioni della giurisprudenza interna in merito alla legittimazione dei privati all'azione risarcitoria antitrust e, su queste basi, si tenterà di fornire risposta al primo dei due quesiti oggetto dell'indagine, approfondendo la posizione delle principali categorie di potenziali attori, costituite dai consumatori finali, dai concorrenti degli autori dell'illecito, e infine dai "professionisti" [6] (Capitolo 3).

[6] A quest'ultimo riguardo, è indispensabile operare una premessa di carattere terminologico. Nell'ambito del presente lavoro, il termine "**concorrente**" identificherà colui che opera nel medesimo mercato e allo stesso livello della filiera produttiva o distributiva del convenuto.
Il termine "**consumatore**" si riferirà al soggetto, persona fisica o impresa, che opera all'ultimo livello della filiera quale acquirente finale del prodotto o servizio, a prescindere dal fatto che operi o meno per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, come invece richiesto dall'art. 1469 bis del c.c..
Il termine "**professionista**" non sarà inteso nella sua accezione comune (e codicistica, v. art. 1469 bis) di chiunque svolga un'attività professionale o imprenditoriale sul mercato; in tal caso, infatti, la categoria dei "professionisti" finirebbe per sovrapporsi sia a quella dei concorrenti (i quali svolgono attività imprenditoriale o professionale a tutti gli effetti) che a quella dei "consumatori". Di conseguenza al termine in questione verrà data un'accezione residuale: è "professionista" chi non è né concorrente, né consumatore, o, in altri termini, chi vende, o acquista al fine di rivendere, beni o servizi, operando in un mercato diverso o ad un differente livello della catena produttiva rispetto al convenuto: peraltro, nell'ambito dell'analisi della categoria dei

Il quarto e il quinto capitolo saranno invece dedicati agli approfondimenti in merito al secondo quesito oggetto di indagine.

In primo luogo, si effettuerà un dettagliato *excursus* sull'esperienza dell'ordinamento statunitense in materia di azioni antitrust di risarcimento del danno, in ragione della ampissima casistica sviluppatasi oltreoceano in oltre cento anni di applicazione della normativa antimonopolistica. Tale disamina consentirà, da un lato, di evidenziare i rischi connessi ad una ampia legittimazione delle varie categorie di potenziali attori e, dall'altro, di individuare le soluzioni interpretative elaborate al riguardo dalle corti americane. In particolare, si presterà particolare attenzione al requisito dell'*antitrust injury*, introdotto dalla Corte Suprema quale criterio specifico per selezionare in ambito antitrust le azioni risarcitorie meritevoli da quelle non coerenti con le finalità proprie della disciplina a tutela della concorrenza (Capitolo 4).

Su queste basi, si tenterà infine di verificare se e in che limiti sia possibile fare riferimento nel nostro sistema dell'illecito antitrust - e più in generale nel più ampio contesto dell'istituto della responsabilità civile extracontrattuale - ai principi sviluppati dalla giurisprudenza americana, in modo da disporre di un criterio di carattere generale che consenta di predeterminare e limitare le specifiche circostanze in cui le singole categorie di potenziali attori possano ottenere il ristoro dei danni subiti a seguito di un illecito antitrust, assicurando per questa via uno sviluppo equilibrato del rimedio risarcitorio in ambito antitrust (Capitolo 5).

---

professionisti si prenderanno di norma in esame anche soggetti che ricoprono una posizione più tangenziale rispetto ai vari livelli di mercato, come ad esempio i lavoratori, i soci o i finanziatori delle imprese a diverso titolo coinvolte nell'illecito antitrust.
Tale precisazione appare opportuna perché, nel lessico del diritto antitrust, nella nozione di consumatore viene invece generalmente ricompresa anche l'impresa che acquisti prodotti per la propria attività: in altri termini, la nozione di consumatore viene usualmente fatta coincidere con quella di soggetto/impresa acquirente di un bene o servizio sul mercato a prescindere dal livello della catena produttiva/distributiva in cui quest'ultima si colloca (cfr. R. WHISH, *Competition Law*, Fifth Edition, Butterworths, 2003, p. 156 e P. IANNUCCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in Riv. soc., 2006, p 750-751).

1. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA INTERNA SUGLI EFFETTI DELL'ILLECITO ANTICONCORRENZIALE SUI CONTRATTI A VALLE, ED IL SUO IMPATTO SUL TEMA DEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA ILLECITO ANTITRUST

Prima di entrare nel vivo della trattazione, si ritiene utile fornire delle coordinate di base in merito al contesto normativo che disciplina i comportamenti di mercato delle imprese a livello nazionale e comunitario

1.1 Brevi cenni sul quadro normativo di riferimento

L'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (di seguito "Legge 287/90" o "Legge Antitrust") devolve alla Corte d'Appello territorialmente competente la cognizione, in primo ed unico grado, delle azioni di nullità e di risarcimento del danno relative alla violazione delle norme antitrust nazionali (ivi compresi i ricorsi di urgenza) [7].

Il riferimento è specificamente alle violazioni degli articoli 2 e 3 della Legge 287/90 - relativi rispettivamente al divieto di intese restrittive e di abuso di posizione dominante in grado di falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante [8] e formulati sulla falsariga delle corrispondenti

[7] La competenza funzionale della Corte d'Appello territorialmente competente costituisce una deroga ai principi generali del nostro ordinamento giuridico, comportando l'eliminazione di un grado di giurisdizione. A giustificazione di questa speciale giurisdizione in materia antitrust si è addotto un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, si è ritenuto che la Corte d'Appello sia un giudice dotato di competenze e cognizioni più approfondite di quelle dei giudici di primo grado, che le consentono di affrontare in modo più appropriato i temi propri di una materia delicata e complessa come il diritto della concorrenza; in secondo luogo, si è voluto evitare una eccessiva frammentazione dei giudici chiamati a pronunciarsi sulle controversie in materia antitrust (così P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2004, Bologna, pp. 419-420). La deroga al principio del doppio grado di giurisdizione è stata soggetta a varie eccezioni di incostituzionalità da parte dei soggetti convenuti in giudizio, tutte comunque respinte dalle Corti d'Appello adite, sul presupposto che nel nostro ordinamento il principio in questione non gode di copertura costituzionale (fra le altre si rinvia a Corte di Appello di Milano, 21 marzo – 15 aprile 1995, *B.B. Center c. Parabella*).

[8] L'art. 33 potrebbe trovare (limitata) applicazione anche nell'ambito di eventuali operazioni di concentrazione restrittive della concorrenza, anche se non constano precedenti giurisprudenziali al riguardo. In realtà, la possibile estensione delle azioni di nullità e di risarcimento del danno a tali fattispecie incontra delle difficoltà interpretative derivanti dalla particolare disciplina a cui le stesse sono sottoposte, sia a livello nazionale che comunitario. Le concentrazioni tra imprese che abbiano una rilevanza concorrenziale (da accertarsi in via preventiva sulla base di determinate soglie di fatturato delle imprese coinvolte), infatti, sono soggette ad un obbligo di comunicazione preventiva all'autorità amministrativa competente (che può essere l'Autorità garante della concorrenza o la Commissione a seconda della rilevanza dei fatturati coinvolti), la quale ad esito di uno scrutinio concorrenziale può vietarne l'esecuzione o subordinarla a determinate misure correttive. Secondo tale sistema, pertanto, l'illiceità della concentrazione si determina solo nel momento in cui l'autorità antitrust

previsioni comunitarie (artt. 81 e 82 del Trattato CE) [9] - il cui accertamento sul piano amministrativo è demandato come noto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") [10].

Il legislatore ha dunque configurato un sistema binario per l'applicazione delle norme in materia di concorrenza, rivolto da un lato alla tutela sul piano amministrativo dell'interesse generale alla concorrenzialità del mercato e dall'altro alla risoluzione delle controversie individuali sul piano privatistico. Nonostante qualche iniziale voce contraria in dottrina [11],

---

emani un provvedimento di divieto (cfr. Corte di Appello di Milano, Ord. 3 giugno 2004, in Dir. ind., 2004, 6, pp. 555-564). In dottrina pertanto si tende a limitare la tutela civilistica (nullità e risarcimento del danno) ai soli casi in cui la concentrazione sia realizzata nonostante il divieto imposto dall'Autorità (cfr. M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Riv. dir. comm., 2002, pp. 461-462). Diversità di vedute si registrano, invece, per il caso di concentrazioni per le quali non siano stati osservati gli obblighi di notifica preventiva (cfr. 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, p. 375), sebbene, ad avviso di chi scrive, specie in materia risarcitoria il mancato assolvimento degli obblighi di comunicazione appare difficilmente in grado di determinare di per sé danni immediati e diretti a terzi, al di fuori dei casi in cui la concentrazione non notificata sia per l'appunto suscettibile di divieto da parte dell'autorità antitrust. Quanto alla sorte dei contratti a valle stipulati in esecuzione di una concentrazione vietata la disciplina applicabile dovrebbe essere tendenzialmente la stessa prevista per il caso di intese restrittive della concorrenza (vedi *infra* in questo capitolo).
Con riferimento alla disciplina comunitaria, in dottrina ci si è interrogati se le corti nazionali a fronte di una concentrazione al di sotto delle soglie di fatturato rilevanti possano applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato, concludendo in senso negativo per quanto riguarda l'art. 81 e in senso positivo per l'art. 82 (cfr. A. P. KOMMINOS, *op. cit.* (nt. 2), pp. 36-38).

[9] La formulazione letterale delle disposizioni nazionali e comunitarie è pressoché corrispondente, salvo che per l'ampiezza geografica entro cui devono registrarsi gli effetti anticompetitivi "consistenti" (sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante secondo la Legge 287/90 – cfr. la sentenza della Corte di Appello di Bologna del 20 settembre 1995, in Giur. Ann. Dir. Ind, 1996, p. 453 -, sul commercio intracomunitario secondo le disposizioni del Trattato – cfr. nota n. 15).
La convergenza tra le due discipline sostanziali è ulteriormente accentuata dal disposto di cui all'art. 1, comma 4, della legge antitrust nazionale, il quale prevede che l'interpretazione dei divieti ivi contenuti debba essere effettuata "*in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza"*.
A livello comunitario, peraltro, l'art. 3 del Regolamento CE di modernizzazione n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 (di seguito "Regolamento 1/2003"), impone alle autorità di concorrenza nazionali e alle giurisdizioni degli Stati Membri di non applicare norme nazionali di concorrenza più severe rispetto a fattispecie di intese che rientrino (anche) nel campo di applicazione del diritto comunitario e che ai sensi di quest'ultimo non risulterebbero vietate. Analoga disposizione, peraltro, non è prevista per i comportamenti unilaterali di abuso, posto che numerose giurisdizioni, compresa la nostra, conoscono norme più severe che prevengono l'abuso della propria posizione di potere economico a prescindere da una posizione di dominanza sul mercato (si pensi al riguardo alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge 192/1998 sulla subfornitura economica che si applica alle imprese che si trovino in una posizione di dominanza, non sul mercato in generale come richiesto dalla disciplina antitrust, ma esclusivamente nei confronti di una singola controparte commerciale in situazione di dipendenza economica, c.d. posizione dominante relativa: su tale disciplina vedi P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006)

[10] I ricorsi avverso i provvedimenti adottati dall'AGCM sotto sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e in particolare del TAR Lazio in primo grado e del Consiglio di Stato in sede di appello, secondo quanto disposto dall' art. 33, comma 1, della Legge 287/90.

[11] G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in Riv. dir. civ., 1993, 5, pp. 543-554.

risulta oramai pacifico che i due procedimenti sono tra loro autonomi e concorrenti [12], non sussistendo alcuna pregiudizialità necessaria dell'accertamento amministrativo rispetto a quello civilistico[13].

Il quadro normativo/procedurale è completato dai già menzionati articoli 81 e 82 del Trattato CE (il cui *enforcement* sul piano "amministrativo" è demandato alla Commissione europea), che trovano applicazione immediata e diretta nel nostro ordinamento [14] per tutte le fattispecie di intese e di abuso in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio intracomunitario [15]. In questo caso, dato il silenzio del legislatore comunitario e nazionale

---

[12] Cfr. M. SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in Dir. ind., 2003, I, p. 97. Da notare, tuttavia, che un passaggio della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2207 del 4 febbraio 2005, ha lasciato adito a qualche residuo dubbio sul punto (vedi al riguardo le considerazioni di A. NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile e diritto della concorrenza*, in Riv. dir. civ., 2005, II, p. 522). Tuttavia, la Cassazione ha da ultimo rimosso qualunque dubbio al riguardo (cfr. nota n. 13).

[13] Cfr. in tal senso il caso *Stream – Telepiù* in cui i giudici nazionali hanno affermato chiaramente che "*vi è assoluta autonomia tra il procedimento amministrativo e quello giudiziario sia sotto il profilo processuale (non essendo previsto un rapporto di pregiudizialità), che sotto quello sostanziale (non assumendo i rispettivi provvedimenti emessi alcuna influenza o condizionamento sulle decisioni adottate dalle diverse autorità)*" (Corte d'Appello di Roma, ordinanza del 16 gennaio 2001, in Danno resp., 2001, p. 284).
Tale principio è stato recentissimamente confermato dalla Corte di Cassazione con sentenza del 13 febbraio 2009, a conclusione del contenzioso tra l'Associazione nazionale dei consulenti del lavoro (Ancl) e INAZ Paghe.
Ciò ovviamente non esclude che il giudice civile possa riferirsi alle conclusioni eventualmente già raggiunte dall'AGCM con riferimento a fattispecie analoghe o simili (per esempi in tal senso si rinvia a M. SCUFFI, *op. cit*. (nt. 12), p. 98).

[14] Cfr. art. 3 del Regolamento 1/2003 che ha riconosciuto la diretta applicabilità degli articoli 81 e 82 del Trattato CE da parte delle autorità amministrative e delle giurisdizioni nazionali.

[15] Ai fini del diritto antitrust comunitario, rilevano solo le intese che determinano un pregiudizio al commercio intracomunitario e che sono idonei ad incidere in maniera sensibile sulla libera concorrenza.
I criteri per stabilire quanto una fattispecie di intesa determina un "pregiudizio al commercio" sono indicati nella Comunicazione della Commissione europea, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato* (in G.U.U.E n. C 101 del 27 aprile 2004). In particolare, la Commissione chiarisce che "*perché possa esservi un effetto sul commercio 'tra Stati membri' devono esserci delle ripercussioni sull'attività economica transfrontaliera che interessino almeno due Stati membri* (...) [o] *anche* (...) *una parte di uno Stato membro*..."
Quanto invece al distinto requisito di "incidenza sensibile", esso rappresenta il limite quantitativo del pregiudizio derivante da una violazione antitrust; di conseguenza le intese e gli abusi che "*influiscono sul mercato soltanto in modo trascurabile, vista la debole posizione delle imprese interessate sul mercato dei prodotti in questione*". In altre parole, la restrizione deve essere "apprezzabile". La Commissione riconosce l'impossibilità di determinare regole applicabili alla generalità dei casi, in quanto la nozione di apprezzabilità è strettamente legata alle circostanze specifiche del caso (non solo quindi alla quota di mercato delle imprese coinvolte, ma anche alla natura dell'accordo e dei prodotti interessati). Tuttavia, poiché elemento principale di valutazione è la presenza delle imprese sul mercato, per le intese la Commissione ha agevolato l'interprete determinando delle soglie di mercato al di sotto delle quali le imprese sono assistite da una presunzione di non apprezzabilità dell'accordo e pertanto possono confidare nell'irrilevanza della fattispecie in oggetto ai fini del diritto antitrust (cfr. *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato*, in G.U.U.E. C 368 del 22 dicembre 2001).

sul punto, la competenza a conoscere delle relative azioni di nullità e di risarcimento del danno si stabilisce in base alle regole ordinarie di rito, risultando pertanto devoluta al Tribunale competente per territorio (o al giudice di pace in caso di modesto valore della controversia) [16] e dando così luogo ad un'insolita (e criticabile) asimmetria rispetto alle regole di competenza speciali previste nel caso di violazione della disciplina nazionale [17].

Quanto ai profili sostanziali, si può innanzi tutto osservare che tanto la disciplina nazionale (art. 2 della Legge Antitrust), quanto quella comunitaria (art. 81, comma 1) ricomprendono tra le intese suscettibili di essere vietate non solo gli accordi formali e le decisioni delle associazioni di imprese (o di organizzazioni consortili o similari), ma anche forme volontarie di coordinamento non cristallizzate in un atto formale (c.d. pratiche concordate [18]).

Da notare poi che l'intesa può normalmente manifestarsi su due dimensioni diversi: orizzontale quando i soggetti aderenti siano attivi allo stesso livello di mercato e verticali quando invece i partecipanti si pongano a stadi differenti del processo produttivo.

Ciò posto, il divieto posto dal legislatore nazionale e comunitario riguarda le intese

[16] Posto che una medesima violazione spesso può integrare allo stesso tempo una violazione della disciplina comunitaria e di quella nazionale, si è posto il problema di stabilire quale sia in tali casi il giudice competente. La giurisprudenza fin di recente ha ritenuto che la competenza dovesse stabilirsi in base alla domanda proposta dall'attore (c.d. onere di allegazione): ove quest'ultimo nella sua domanda avesse fatto valere esclusivamente la violazione della normativa nazionale la competenza sarebbe stata della Corte di Appello, in caso invece di riferimento alla normativa comunitaria la competenza sarebbe spettata al Tribunale ordinario.
Ultimamente tuttavia la Corte di Appello di Milano ha ritenuto che nella logica del regolamento 1/2003 di modernizzazione del diritto comunitario, la competenza del Tribunale deve essere riconosciuta ogni qualvolta la violazione dedotta sia passibile di produrre effetti sul commercio intracomunitario, a prescindere dunque dalla formulazione della domanda proposta dall'attore. Si veda in tal senso la ordinanza della Corte di Appello di Milano 15 maggio 2007, *Gas Intensive Società Consortile a responsabilità limitata* vs. *Trans Tunisina Pipeline Company Ltd.*, non pubblicata. Con tale provvedimento, la Corte d'Appello di Milano si è dichiarata incompetente a conoscere del ricorso presentato da Gas Intensive – avente ad oggetto una violazione sia dell'art. 3 della Legge 287/90 sia dell'82 del Trattato CE – in ragione della rilevanza comunitaria della fattispecie contestata. E ciò a prescindere dalla circostanza che la medesima condotta anticompetitiva avesse, altresì, prodotto effetti pregiudizievoli sul mercato nazionale, come lamentato dall'attore.

[17] La dottrina è pressoché unanime nel rilevare l'incoerenza e la disparità di trattamento che deriva da tale particolare assetto della competenza (cfr. per tutti P. FATTORI – M. TODINO, *op. cit.* (nt. 7), pp. 420-421). L'asimmetria di trattamento a livello di competenza tra le violazioni del diritto interno e le violazioni del diritto comunitario antitrust è stata peraltro oggetto di analisi anche da parte della Corte di Giustizia comunitaria nel caso Manfredi (sentenza del 13 luglio 2006, in causa C-295-298/04, in Danno resp., 2007, 1, pp. 10 et ss. con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, su cui vedi il par. 3.5.4), senza tuttavia che quest'ultima – per quanto di sua competenza - individuasse in tale asimmetria alcun indice di un trattamento meno favorevole o ostativo all'esercizio dei diritti di derivazione comunitaria.

[18] In dottrina sulle pratiche concordate vedi R. CRISCUOLI, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*, in Il Foro amm. Tar, 2002, 2, pp. 498- 511.

orizzontali e verticali che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza [19].

Le restrizioni per oggetto sono quelle che per la loro natura obiettiva presentano una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che la loro valutazione di illiceità può prescindere dalla specifica dimostrazione di un effetto pregiudizievole sul mercato [20], purchè l'impatto prevedibile della restrizioni superi una soglia minima di consistenza (cfr. nota n. 15): rientrano in tale ambito le intese orizzontali volte alla fissazione dei prezzi, alla limitazione della produzione o alla ripartizione dei mercati e della clientela, ovvero le restrizioni verticali rappresentate dall'imposizione di prezzi minimi o prezzi fissi di rivendita, dalla protezione territoriale assoluta o dagli impedimenti alle vendite passive [21].

Quanto alle intese aventi sensibili effetti anticoncorrenziale, la valutazione di queste ultime dovrà avvenire sulla base di un apprezzamento dell'impatto attuale o potenziale della fattispecie sulla concorrenza, avuto precipuo riguardo alle caratteristiche del mercato in cui questa si inscrive. Gli effetti più rilevanti da un punto di vista antitrust sono generalmente quelli che incidono sulla concorrenza *inter-brand,* ossia sul confronto tra prodotti concorrenti; nell'ambito delle intese verticali possono tuttavia assumere rilievo anche le restrizioni *intra brand*, ossia all'interno della medesima marca, come nel caso in cui un fornitore avente notevole potere di mercato imponga a tutti i suoi distributori il medesimo prezzo di rivendita per i prodotti a proprio marchio, con ciò annullando la possibile concorrenza che tra questi ultimi si sarebbe altrimenti prodotta.

---

[19] Si tratta in particolare, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 2, comma 2 della Legge Antitrust (la cui formulazione è pressoché corrispondente a quella della disposizione comunitaria rilevante, art. 81), delle intese rivolte a (i) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; (ii) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; (iii) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; (iv) 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.

[20] Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Linee Direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato,* in G.U.U.E. C 101 del 27 aprile 2004), secondo cui "*le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato*" (par. 21).

[21] Cfr. R. WHISH, *op. cit.* (nt. 6), pp. 110-113.

Tanto la disciplina nazionale (art. 4) quanto quella comunitaria (art. 81, par. 3), peraltro, prevedono che il divieto non si applichi a quelle intese aventi un oggetto o un effetto anticompetitivo che apportino dei sostanziali benefici al funzionamento del mercato, mantenendo comunque un grado sufficiente di concorrenza su quest'ultimo: in particolare, perché ciò avvenga l'intesa deve (i) determinare un miglioramento delle condizioni di offerta sul mercato dei beni o servizi interessati, (ii) riservare una congrua parte dei benefici da essa prodotti ai consumatori, (iii) non realizzare restrizioni della concorrenza non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità positive di cui sopra, (iv) non eliminare la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. A differenza dell'ordinamento comunitario dove la suddetta valutazione di esentabilità delle intese dal divieto dell'art. 81, comma 1, è rimessa alla autovalutazione delle imprese (e del giudice eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'accordo), a livello interno (e dunque per le sole intese che limitino il proprio ambito di applicazione e i propri effetti pregiudizievoli al territorio nazionale) sussiste un sistema di autorizzazione in deroga rimesso alla competenza esclusiva dell'AGCM [22].

Le intese restrittive della concorrenza non esentate sono colpite con la sanzione della nullità, sia a livello nazionale che comunitario [23].

Quanto alla fattispecie di abuso, si tratta di condotte tipicamente unilaterali poste in essere da un operatore in posizione dominante sul mercato, che proprio in ragione del potere di mercato detenuto da chi le attua si rivelano all'atto concreto in grado di pregiudicare l'assetto concorrenziale del mercato [24]. Per tali atti non sussiste un sistema di esenzione analogo a quello delle intese: tuttavia, al momento della valutazione sostanziale le autorità antitrust fanno generalmente riferimento al principio di proporzionalità e all'esistenza di una possibile causa di giustificazione al comportamento adottato dall'impresa, i quali assolvono

[22] Si ritiene al riguardo che, in mancanza di una autorizzazione dell'AGCM, il giudice non potrà esentare un'intesa a rilevanza nazionale dal divieto di intese restrittive di cui all'art. 2 della Legge 287/90 anche qualora ricorrano i presupposti sostanziali previsti dall'art. 4 della suddetta disciplina (cfr. in tale senso M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust,* in Giur. comm. 1998, I, p. 667).

[23] Vedi *infra* alla nota n. 27.

[24] La tipizzazione delle fattispecie tipiche di abuso contenuta nell'art. 3 della legge nazionale (e nella corrispondente disposizione comunitaria rilevante, art. 82 del Trattato) ricalca quella prevista per le intese restrittive di cui *supra* (cfr. la nota n. 19), fatti salvi gli adeguamenti letterali e l'esclusione del riferimento alla ripartizione dei mercati che trovano ragione di essere nella natura tipicamente individuale del comportamento abusivo.

ad una funzione riequilibriatrice nel giudizio simile a quella assolta dal sistema di esenzione applicabile alle intese [25].

Infine, tanto le fattispecie di intesa quanto quelle di abuso sono generalmente ricondotte a due grandi categorie di riferimento, costituite dalle pratiche di sfruttamento e dalle pratiche escludenti. Alla prima categoria sono riconducibli le intese e gli abusi attraverso cui i responsabili mirano ad estrarre un sovrapprofitto dalle vittime designate delle condotte restrittive, tipicamente costituite dai loro clienti (esempi tipici sono il cartello di prezzo o l'imposizione da parte dell'impresa dominante di prezzi eccessivi, discriminatori o di altre condizioni contrattuali non corrette). Le pratiche escludenti sono invece quelle finalizzate ad estromettere uno o più concorrenti dal mercato (come nel caso di intese o di abusi attraverso cui si boicottino uno o più concorrenti, ad esempio attraverso un rifiuto a contrarre): tali fattispecie possono anche ricorrere in situazioni in cui l'impresa in posizione dominante ponga in essere condotte astrattamente concorrenziali che alla prova dei fatti si rivelino non replicabili da un concorrente altrettanto efficiente e dunque in grado di danneggiare il processo competitivo (il riferimento è, ad esempio, alla fissazione di prezzi predatori, alla previsione di sconti c.d. fidelizzanti, o alla vendita congiunta di prodotti) [26].

Su queste basi, si può ora iniziare l'indagine che ci si è prefissati.

1.2 La rilevanza della questione interpretativa sulla validità delle intese a valle

L'indagine sulla tutela risarcitoria ex art. 33, comma 2, della Legge Antitrust che verrà condotta nella prima parte del presente lavoro è volta a fornire un panorama delle principali fasi evolutive della giurisprudenza interna in materia di tutela civilistica antitrust; su tali basi - come anticipato in sede di premessa - si tenterà poi di individuare i possibili margini per una definizione più puntuale delle categorie di soggetti astrattamente legittimati ad accedere a una tutela risarcitoria in ambito antitrust e delle circostanze concrete in cui questo dovrebbe avvenire.

---

[25] Cfr. R. WHISH, *op. cit.* (nt. 6), p. 207.

[26] Tale criterio di carattere generale è stato enucleato nel *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pubblicato dalla Commissione europea nel dicembre 2005 e disponibile sul sito: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html.

Tuttavia, occorre ricordare che l'art. 33, comma 2, accanto al rimedio risarcitorio mette a disposizione dei privati anche l'azione per ottenere la dichiarazione di nullità degli atti che costituiscono una violazione della concorrenza. Ebbene proprio tale tematica, che almeno in un primo tempo ha assorbito quasi interamente l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina in ambito antitrust, ha spiegato un forte ruolo di condizionamento nella successiva enucleazione ed evoluzione dei principi di riferimento in materia risarcitoria.

Per tale ragione si ritiene opportuno individuare quale punto di partenza della ricostruzione proprio i profili attinenti al rimedio della nullità che per primi hanno indotto gli interpreti ad interrogarsi sul contenuto, sulla funzione e sui limiti dell'art. 33, comma 2 e più in generale della disciplina a tutela della concorrenza nel suo complesso. In particolare, sul finire degli anni novanta, una serie di pronunce giurisdizionali hanno affrontato il tema della validità dei c.d. contratti a valle (a cui la dottrina spesso si riferisce con il termine *Folgevertrage*, mutuato dall'esperienza tedesca), ossia di quei contratti che gli operatori del mercato stipulano con la propria clientela per dare esecuzione ad un'intesa restrittiva della concorrenza a cui gli stessi abbiano preso parte, e che per l'effetto recepiscono e riflettono nel loro contenuto negoziale quanto illecitamente concordato a monte dai suddetti operatori.

La Legge 287/90 non contiene alcuna indicazione espressa sulla sorte di tali contratti [27], lasciando all'interprete il compito di stabilire come la disciplina antitrust debba interferire

---

[27] L'art. 3, comma 3 della Legge Antitrust stabilendo che "*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*", si riferisce evidentemente agli accordi anticoncorrenziali posti in essere a monte dagli operatori di mercato e non anche ai contratti a valle, ossia ai negozi attraverso cui a tale intesa viene data attuazione.
A livello comunitario l'art. 81, par. 2, in materia di intese restrittive, prevede in modo pressoché speculare alla previsione nazionale che "*gli accordi o decisioni vietati in virtù del presente articolo sono nulli di pieno diritto*". Al riguardo si osserva che la disciplina applicabile per far valere la suddetta nullità di derivazione comunitaria è in linea di principio rimessa a ciascun ordinamento nazionale; tuttavia, la Corte di Giustizia in vari giudizi ha provveduto ad identificare alcune caratteristiche proprie della nozione di nullità "comunitaria", quali la sua rilevabilità d'ufficio, l'imprescrittibilità, l'insanabilità e la sua retroattività (cfr. sentenza del 14 dicembre 1984, *Ciments et Betons*, C-319/82). Inoltre, la Corte ha avuto modo di precisare che l'accordo nullo risulta incapace di produrre alcun effetto, è inopponibile a terzi (cfr. sentenza del 6 febbraio 1973, *Brassiere de Haecht*, C-48/72), e viene colpito nel suo insieme da invalidità (cfr. sentenza del 13 luglio 1966, *Consten and* Grundig, C-56-58/64), a meno che le clausole viziate siano separabili dall'accordo stesso secondo quanto previsto dalla legge nazionale applicabile all'accordo (cfr. sentenza del 14 dicembre 1984, *Ciments et Betons*, C-319/82), che nel caso italiano corrisponde all'art. 1419 del c.c. (così M. SCHININÀ, *La nullità delle intese*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, 2, p. 444 et ss.). Tali caratteristiche hanno indotto alcuni commentatori a ritenere che la disciplina elaborata a livello comunitario sia sostanzialmente replicativa di quella prevista a livello interno (cfr. al riguardo V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti,* in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. MAZZAMUTO), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 201-202).

con la autonomia negoziale di cui i contratti a valle costituiscono comunque manifestazione [28], e per questa via di individuare i limiti in cui i soggetti terzi che ne patiscano le conseguenze (rappresentati nel caso di specie dalla clientela finale o intermedia) possano avere accesso alla tutela giurisdizionale, al fine di farne dichiarare l'invalidità ed ottenere eventualmente il ristoro dei danni subiti.

In questo contesto, come si avrà modo di vedere a breve, il nodo da sciogliere è costituito dalla precisa identificazione delle finalità sottese alla disciplina antitrust e degli interessi da essa protetti: estendere la portata applicativa del divieto di intese restrittive ai contratti attuativi dell'accordo illecito presuppone infatti il riconoscimento che la legge antitrust protegge, non solo l'interesse pubblico al corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali, ma anche l'interesse individuale dei soggetti del mercato a beneficiare dei vantaggi della libera competizione e a non vedere pregiudicati i termini della contrattazione per effetto di una concertazione illecita da parte delle proprie controparti negoziali [29].

Quanto precede consente di comprendere come la questione delle intese a valle trascenda in realtà il mero aspetto applicativo legato all'esercizio dell'azione di nullità, implicando la risoluzione di questioni che, per la loro portata generale, sono in grado di condizionare significativamente anche la conformazione e l'operatività del rimedio risarcitorio. In questo senso, l'analisi permetterà di chiarire come in fondo il rimedio invalidante e quello risarcitorio - per quanto strutturalmente e operativamente differenti – condividano nell'ambito dell'art. 33, comma 2 della Legge Antitrust le medesime difficoltà applicative, che in ultima analisi possono essere ricondotte alla peculiare propensione della violazione antitrust a propagare i suoi effetti pregiudizievoli su una molteplicità di piani, "negoziali" e "di mercato". Ma è bene muovere dal principio.

---

[28] G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in Riv. dir. comm, 1999, p. 70.

[29] Così G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 290-291, il quale inoltre correttamente rileva come analogo problema si ponga per i contratti attuativi di un abuso di posizione dominante, nei quali allo stesso modo si osserva "*una violazione di una regola di condotta dell'imprenditore che si riflette nel contenuto dei contratti stipulati con la clientela* […] *Il tipo di problema che pongono le due situazioni è analogo, consistendo nell'individuazione, alla luce della disciplina generale del contratto così come delineata dal codice, delle conseguenza dello svolgimento di un'attività contrattuale da parte di un'impresa che non si attiene alle regole dettate a garanzia di un'efficiente funzionamento del mercato"*.

1.3 Il primo atto: la questione delle Norme Bancarie Uniformi

Il primo caso che ha posto all'attenzione delle corti nazionali la questione della sorte delle intese a valle ha avuto ad oggetto le Norme Bancarie Uniformi ("NBU"), ossia le condizioni generali di contratto che l'Associazione Bancaria Italiana elaborava e diffondeva alle banche aderenti per la disciplina di una serie di operazioni bancarie poste in essere da queste ultime con i propri clienti.

La Banca d'Italia (autorità allora competente per l'applicazione della disciplina antitrust nazionale nel settore bancario [30]) ad esito di un'istruttoria [31] aveva accertato la restrittività ai

---

[30] Con l'approvazione della c.d. Legge sul Risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262), la competenza in materia antitrust nel settore bancario, precedentemente riservata alla Banca d'Italia, è stata affidata all'AGCM. Attraverso tale intervento, è stata eliminata l'anomalia che caratterizzava il sistema italiano di tutela della concorrenza, per cui la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 20 della Legge Antitrust, era responsabile dell'applicazione della relativa disciplina con riguardo ai comportamenti delle aziende di credito, sia pure limitatamente agli effetti esercitati sui mercati creditizi. E' stato così definitivamente accolto il modello della ripartizione delle competenze "per finalità" che offre maggiori benefici in termini di specializzazione dei controlli, speditezza del processo decisionale e maggiore trasparenza quanto all'identificazione delle responsabilità istituzionali. Tale riforma, che nelle intenzioni del legislatore è volta ad imprimere un indirizzo più concorrenziale al sistema bancario italiano, senza sacrificare l'obiettivo della stabilità monetaria e finanziaria, recepisce peraltro le indicazioni provenienti dall'*International Competition Network* (un'organizzazione a cui partecipano più di novanta Autorità della Concorrenza nazionali) in materia di regolazione e concorrenza nel settore bancario, che predicano "*l'esistenza di un'adeguata separazione tra l'applicazione della regolazione prudenziale di settore e le norme di concorrenza*" (cfr. le *Best Practices in the regulation of banks* presentate dal *Subgroup Banking Sector* dell'International Competition Network durante la IV Conferenza annuale, tenutasi a Bonn tra il 5 e 8 giugno 2005, disponibile on-line al seguente indirizzo web: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/BANKS_Bonn_best_practice_suggestions.pdf) ponendo così l'Italia in sintonia con le migliori prassi internazionali.
In particolare, l'AGCM è ora divenuta pienamente competente ad applicare le disposizioni nazionali e comunitarie in materia di intese e abusi di posizione dominante nel settore bancario (di cui rispettivamente agli artt. 2 e 3 della Legge 287/90 e agli artt. 81 e 82 del Trattato CE). Tale passaggio di competenze è stato realizzato in modo netto, senza introdurre l'obbligo per l'AGCM di sentire il parere della Banca d'Italia prima dell'adozione dei propri provvedimenti, a differenza di quanto avviene nel settore assicurativo o delle comunicazioni, in relazione al parere, non vincolante, rispettivamente dell'Isvap e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.
Per le concentrazioni bancarie (di cui agli artt. 5 e ss. della Legge Antitrust), la Legge sul Risparmio aveva previsto un peculiare, e non privo di criticità, meccanismo di coordinamento e di autorizzazione da parte di entrambe le istituzioni che sfociava in un provvedimento congiunto dell'AGCM e della Banca d'Italia (competenti per le valutazioni, rispettivamente, circa gli effetti antitrust e circa l'impatto sulla stabilità finanziaria del sistema), da emanarsi entro sessanta giorni dall'avvenuta comunicazione dell'operazione di concentrazione. Il sistema del c.d. "atto unico" tra AGCM e Banca d'Italia è stato oggetto di forti critiche, in quanto ritenuto eccessivamente vincolante sul piano procedurale, senza d'altra parte essere produttivo di evidenti benefici dal punto di vista della valutazione sostanziale da parte delle due istituzioni. Le diverse difficoltà pratiche sorte a seguito della riforma hanno portato quindi ad una rivisitazione della disciplina introdotta attraverso il decreto legislativo n. 303/2006 (c.d. "Decreto Pinza"), il quale ha abrogato i commi 12, 13 e 14 dell'art. 19 della Legge sul Risparmio, aggiungendo all'articolo 20 una disposizione in base alla quale per le operazioni di acquisizione del controllo di banche ai sensi dell'art. 16 della Legge 287/90, i provvedimenti della Banca d'Italia previsti dall'art. 19 del Testo Unico Bancario per le valutazioni di sana e prudente gestione e dell'AGCM per le valutazioni relative all'assetto concorrenziale del mercato, devono essere distintamente adottati entro il termine di sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza.

sensi dell'art. 2 della Legge Antitrust di alcune delle NBU emanate dall'ABI [32] (ivi incluse

---

Il d.lgs. 303/2006 ha provveduto a modificare anche l'art. 20, comma 5 della Legge 287/90, il quale in passato prevedeva la possibilità per l'AGCM di esentare in via eccezionale un'intesa tra banche, oltre che nei limiti di cui all'art. 4 della stessa legge, anche "*per esigenze di stabilità del settore monetario*". Il nuovo comma 5-bis dell'art. 20 della Legge Antitrust prevede ora che l'AGCM possa, su richiesta della Banca d'Italia, autorizzare - in deroga all'art. 2 della stessa legge - un'intesa tra banche "*per esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti, per un tempo limitato e tenendo conto dei criteri di cui all'art. 4 comma 1*". L'ambito di applicazione di tale esenzione, appare tuttavia piuttosto limitato considerando che le intese concernenti i sistemi di pagamento diffusi sull'intero territorio nazionale sono da considerarsi soggette alle disposizioni di cui all'art. 81 del Trattato CE e che la normativa comunitaria, contrariamente a quella nazionale, non prevede una clausola di esenzione per ragioni di funzionalità del sistema dei pagamenti.

[31] Cfr. Provvedimento della Banca d'Italia del 3 dicembre 1994, I-105B, *Associazione Bancaria Italiana*, ad esito del quale l'Associazione Bancaria Italiana si era impegnata a modificare le clausole contestate in conformità agli accordi assunti con la Banca d'Italia nel corso del procedimento. Al riguardo occorre segnalare che la Banca d'Italia è nuovamente intervenuta sul tema della standardizzazione contrattuale in ambito bancario con riferimento alla *fideiussione omnibus* con provvedimento del 2 maggio 2005, I184 - *ABI: Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*. Con tale provvedimento, la Banca d'Italia ha ritenuto che talune clausole dello schema contrattuale in materia di *fideiussione omnibus* - predisposto dall'ABI a seguito di negoziazione con alcune associazioni di consumatori e comunicato volontariamente alla Banca d'Italia al fine di ottenere un'autorizzazione in deroga ai sensi dell'art. 4 della Legge Antitrust - avessero portata restrittiva della concorrenza e non fossero meritevoli di esenzione (si trattava in particolare della clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'articolo 1957 cod. civ. e delle c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione). Esito più favorevole hanno invece ottenuto le clausole notificate da ABI a Banca d'Italia nel corso del 2000 relative alle "Condizioni generali relative al rapporto banca–cliente" e al "Contratto di finanziamento fondiario stipulato in atto unico", ritenute da quest'ultima non restrittive della concorrenza, cfr. Provv. del 30 maggio 2001 I477 – Associazione Bancaria Italiana: "Condizioni generali di contratto relative al rapporto banca-cliente" e "Contratto di finanziamento fondiario stipulato in atto unico".
Occorre peraltro rilevare che sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario delle norme bancarie uniformi in materia di apertura di credito e di *fideiussione omnibus* è stata adita la stessa Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Genova (in *Giur. it.,* 1997, I, 2, p. 167). La sentenza della Corte di Giustizia (21 gennaio 1999, cause riunite C-215 e 216/96, *Bagnasco e altri c. Banca popolare di Novara*, in Foro it, 1999, IV, p. 41 ed in Giur. Comm., 1999, II, p. 477 con nota di G. PERASSI, dal titolo *Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela. Primi orientamenti della Corte di Giustizia*; in dottrina cfr. anche CAMMELLI F., *Le clausole ABI tra politica comunitaria antitrust e promozione della consumer confidence: la sentenza Bagnasco,* in Dir. Unione. Eur. 2000, 2, pp. 331 – 347, e AMBROSIANI F., *Norme Bancarie Uniformi e diritto della concorrenza,* in Dir. Pubbl. comp. eur., 1999, 2, pp. 750 – 759) ha ritenuto che le clausole controverse in materia di apertura di credito (e in particolare quelle che permettevano alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso d'interesse in ragione di cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure con le modalità ritenute più opportune) non si ponessero in contrasto con le prescrizioni di cui all'art. 81 del Trattato e che le clausole concernenti la *fideiussione omnibus* (derogatorie della disciplina comune della fideiussione) non ricadessero nell'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie in quanto incapaci per loro natura di incidere sul commercio infracomunitario. Peraltro, la III sezione della Cassazione, con sentenza n. 4801, del 13 aprile 2000 (in Foro it., 2000, 7-8, I, p. 2189 e in Riv. dir. ind., 2000, 6, II, 421 con nota di G. TASSONI, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza,* pp. 438-442) ha, discutibilmente, ritenuto di poter desumere dall'intervento del giudice comunitario la non restrittività delle NBU in tema di *fideiussione omnibus*: posizione contraria è stata successivamente assunta dalla I Sezione della Cassazione con sentenza n. 8887 del 30 giugno 2001, in Giust. civ., 2002, 12, p. 3189 con nota di F. SEBASTIO, *Norme bancarie uniformi e legislazione nazionale a tutela della concorrenza e del mercato in rapporto con l'ordinamento comunitario e con l'ordinamento nazionale*.

[32] In particolare la Banca d'Italia ha qualificato l'ABI come un'associazione di imprese e le NBU quali delibere di tale associazione, come tali espressamente ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 2 della Legge Antitrust. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha da tempo chiarito i confini entro cui le decisioni di associazioni di imprese possano essere soggette allo scrutinio antitrust, includendo non solo le deliberazioni che "*risultino conformi allo statuto e siano portate a conoscenza dei soci nel modo prescritto, in quanto espressione della volontà dell'associazione di imprese*" (Corte di Giustizia, sentenza del 27.1.1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer/ Commissione*, in Raccolta 1985, p. 405), ma anche le indicazioni

quelle che disciplinavano taluni aspetti dei contratti di conto corrente e della fideiussione c.d. *omnibus*) in quanto tendenti al coordinamento delle banche nel loro comportamento economico nei confronti dei clienti finali. A seguito di tale accertamento effettuato dalla Banca d'Italia, numerosi clienti si erano opposti alle procedure esecutive promosse dagli istituti bancari nei loro confronti, contestando la validità dei contratti bancari sottostanti che incorporavano le clausole giudicate restrittive da quest'ultima.

Sul punto le corti adite hanno assunto posizioni estremamente eterogenee.

Da un lato, il Tribunale di Alba e quello di Pesaro - con sentenze rispettivamente del 12 gennaio 1995 [33] e del 21 novembre 2000 [34] - hanno affermato la validità delle clausole attuative dell'intesa illecita contenute nei contratti a valle, ritenendo che eventuali motivi di invalidità avrebbero potuto assumere rilevanza esclusivamente sotto il profilo della tutela del consumatore, che tuttavia risultava estranea alle finalità della normativa antitrust: la disciplina antimonoplistica, infatti doveva considerarsi rivolta ad una mera funzione di

---

dell'Associazione che siano espressamente definite non vincolanti o "di riferimento", se e nella misura in cui "*indipendentemente dalla precisa natura giuridica, costituiscano l'espressione fedele della volontà dell'organo associativo di coordinare il comportamento degli aderenti sul mercato*" (Corte di Giustizia, sentenza del 8.11.1983, cause riunite 96, 102, 104, 105, 108, 110/82, *IAZ International Belgium e altri c. Commissione*, in Raccolta 1983, p. 3369). Una lettura ancora più estensiva è stata recentemente fornita dall'AGCM nel procedimento I-675, *ABI/Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, concernente la circolare ABI*, del 7 agosto 2006, n. 23 con la quale ABI ha fornito una prima interpretazione delle nuove norme di cui al c.d. "Decreto Bersani" in materia di modificabilità, da parte della banca, delle condizioni contrattuali praticate alla clientela (*ius variandi*).
Secondo il provvedimento di chiusura dell'istruttoria (Provv. dell'AGCM n. 17046 del 10 luglio 2007, in Boll. n. 26/2007), avvenuta a seguito della presentazione volontaria da parte di ABI di impegni volti a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali individuate dall'AGCM ex art. 14 bis della Legge Antitrust, quando le circolari associative non si limitino ad una mera informazione del contenuto delle innovazioni legislative, ma forniscano una chiave interpretativa della normativa, specificandone l'ambito e le modalità di applicazione ed orientando l'attività delle imprese associate verso un determinato modello implementativo, le stesse possono assumere valenza anticompetitiva ai sensi del divieto di intese restrittive, in quanto in grado di condurre ad una uniformazione della posizione sul mercato degli associati nei confronti e a danno della clientela.
Secondo l'AGCM, infatti, le indicazioni di commento fornite dall'Associazione, quand'anche non vincolanti, erano in grado di costituire un importante punto di riferimento capace di ridurre il livello di incertezza tra i concorrenti circa il rispettivo comportamento in sede di adeguamento delle offerte commerciali al dettato normativo.

[33] In *Giur. it,* 1996, I, sez. II, p. 212, con nota di G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle "norme bancarie uniformi"* e in Dir. banca mercato fin. 1996, 4, 501, con commento di F. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle,* 507-550. Il Tribunale in particolare rileva come "*la sanzione della nullità prevista dall'art. 33 L. 10 ottobre 1990, n. 287, cosiddetta antitrust, riguarda esclusivamente le intese tra imprese restrittive della libertà di concorrenza, così come individuate dall'art. 2 della stessa legge, e non si applica ai contratti che, sulla base di tali intese, le imprese che ne sono parti abbiano concluso con i terzi*". Analoghe conclusioni vengono preliminarmente raggiunte dal Tribunale anche con riferimento ad eventuali violazioni dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante di cui alla normativa comunitaria.

[34] Massima pubblicata nell'archivio elettronico (merito) del CED della Corte di Cassazione.

tutela della libertà di concorrenza in sé e non anche di garanzia diretta del consumatore [35]. Nel senso di negare la nullità dei contratti a valle riproduttivi delle NBU (seppur con riferimento all'art. 81 del Trattato) si sono posti anche il Tribunale di Torino, con sentenza del 16 ottobre 1997, la Corte di Appello di Torino con sentenza del 27 ottobre 1998 e il Tribunale di Milano con sentenza del 25 maggio 2000 [36].

Posizione contraria è stata invece assunta dal Tribunale di Roma con sentenza del 20 febbraio 1997 [37], sempre avente ad oggetto la validità di una clausola contrattuale[38] con contenuto corrispondente a quanto previsto dalle NBU, in cui si è concluso per l'invalidità di tale clausola (ma non anche dell'intero contratto [39]) sulla base della previsione di cui all'art. 1343 c.c. in materia di illiceità della causa e, più in particolare, per contrarietà alla libertà di concorrenza - quale espressione della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione - e quindi all'ordine pubblico economico.

Su una simile linea di ragionamento si è posta la Corte di Appello di Brescia, intervenuta con sentenza del 29 gennaio 2000 in un caso questa volta non afferente alle NBU [40]: i giudici lombardi hanno infatti ritenuto che l'illiceità dell'intesa conclusa a monte da parte degli operatori del mercato del GPL domestico (concretatasi nell'adozione da parte di questi ultimi di un contratto tipo omogeneo contenente una serie di clausole limitative della concorrenza) ed accertata dall'AGCM si riverberasse anche sui contratti attuativi da questi

---

[35] Come si avrà modo di rilevare nel prosieguo tale tesi è stata ulteriormente sviluppata dalla Cassazione con la sentenza 17475/2002 e fortemente avversata in dottrina (cfr. la nota n. 52). Sul punto posizioni critiche erano state peraltro espresse anche dai commentatori che si erano occupati della sentenza resa dal Tribunale di Alba menzionati alla nota n. 33.

[36] Tutte riportate in BBTC, 2001, II, p. 87 e ss. con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti a valle per contrasto delle norme bancarie uniformi con la disciplina antitrust.*

[37] In Giur. comm., 1999, II, p. 449 ss., con nota critica di A.V. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata.*

[38] La clausola atteneva al diritto di recesso della banca dal contratto di apertura di credito in conto corrente.

[39] Rileva G. GUIZZI, *op. cit.* (nt. 28), p. 80, nota 20 come l'illiceità della causa, che travolge la ragione giustifcativa dell'intero contratto, mal si concili con la dichiarazione di nullità parziale operata dal Tribunale.

[40] In Giur. it., 2000, 10, pp. 1876 et ss., con nota di A. BERTOLOTTI, *Ancora su norma antitrust e contratti a valle*. La fattispecie in questo caso non riguardava le NBU bensì l'intesa anticoncorrenziale accertata dall'AGCM con Provv. del 28 aprile 1993, I63 – Centro Italiano GPL, tra le imprese operanti nel settore della distribuzione del GPL domestico. La nullità stabilita dalla Corte di Appello di Brescia riguardava lo schema contrattuale uniforme adottato dalle società fornitrici nei loro rapporti con la clientela in esecuzione dell'intesa illecita: in particolare sono state censurate le clausole che impedivano di fatto ai clienti di rivolgersi ad operatori alternativi.

ultimi conclusi con la clientela finale: la nullità di tali contratti di somministrazione (nel loro complesso) peraltro veniva ricondotta dalla Corte bresciana alla nullità per contrarietà a norme imperative di cui all'art. 1418 c.c. (c.d. nullità virtuale - v. *infra*), ritenendo che la compressione dell'interesse individuale del contraente finale a beneficiare della competizione tra i diversi operatori del mercato derivante dalle clausole controverse costituisse diretta violazione dei principi di libertà di mercato e di libera concorrenza tutelati dalla Legge Antitrust [41].

La vicenda è poi approdata in Cassazione, dove la Corte con sentenza n. 9384 dell'11 giugno 2003 [42] ha cassato la pronuncia della Corte di Appello di Brescia, ritenendo che i contratti a valle conservino la loro validità pur in presenza di un'intesa illecita a monte e che al consumatore rimanga esclusivamente la possibilità di invocare il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. nei confronti delle controparti contrattuali colluse per il danno ingiustamente subito (con ciò ponendosi nel solco tracciato dalla precedente pronuncia della Cassazione n. 17475/2002 su cui vedi *infra* il par. 1.5).

Con il c.d. cartello delle assicurazioni a cui è dedicato il paragrafo che segue, la questione delle intese a valle - come in precedenza ricostruita - inizia ad intrecciarsi con i profili

---

[41] Rileva M. SCUFFI, *L'antitrust nella competenza del giudice ordinario; l'esperienza delle corti d'appello; la competenza diffusa (giudici di pace, tribunale ordinario)*, Intervento all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 18-20 ottobre 2004, come la Corte di Appello di Brescia abbia in tal senso valorizzato una precedente sentenza della Corte di Cassazione (1 febbraio 1999, n. 827, in Giur. comm., 1999, 3, pp. 223 et ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *La nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in Giur. comm., 1999, II, pp. 226-237) che aveva accolto una nozione di intesa (e più in particolare di accordo) attenta al dato oggettivo-sostanziale più che a quello formale, senza tuttavia che venisse affrontata la tematica dei contratti a valle (come si vedrà a breve, infatti, su tale ultimo punto la Corte di Cassazione ha poi adottato un indirizzo contrario a quello preconizzato dalla Corte bresciana). In tal senso, l'Autore richiamato attribuiva particolare rilievo al passaggio in cui la Corte riconosceva che "*la legge laddove stabilisce la nullità dell'intesa non chiede di far rilevare l'eventuale negozio che può costituire origine dell'effetto da evitare, ma piuttosto quella situazione, anche ulteriore all'eventuale negozio, che in quanto tale realizza un ostacolo al gioco della concorrenza, nel senso precisato*".
In dottrina si è sostenuto che l'affermazione della Cassazione sarebbe in realtà da leggersi alla luce degli specifici fatti di causa e in particolare della volontà dei giudici di dichiarare la nullità di un'intesa restrittiva che era stata conclusa prima dell'entrata in vigore della legge antitrust nazionale (cfr. G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 315). Tuttavia occorre rilevare che la Cassazione nel suo più recente intervento sul tema (sentenza 2305/07, cfr. par. 3.1) ha operato espresso riferimento proprio al passaggio della sentenza del 1999 in commento per sostenere l'illiceità del contratto attuativo di un'intesa restrittiva delle concorrenza (vedi *infra* par. 3.2). E'interessante, infine, notare come la controversia alla base dell'intervento della Cassazione del 1999 presentasse numerosi punti in comune con le questioni sostanziali affrontate più tardi dalla Corte di Giustizia comunitaria nel caso *Courage* (cfr. il Capitolo 2), e in particolar modo con la legittimazione attiva del contraente debole a far valere la contrarietà alle norme antitrust di un accordo di cui esso stesso sia parte.

[42] Cass. Civ., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, in Danno resp., n. 11/2003, 1068, con commento critico di S. BASTIANON, *Nullità a "cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*.

risarcitori che costituiscono l'oggetto del presente lavoro, rendendo ancor più intricato il quadro di riferimento.

1.4 Il secondo atto: il cartello RC Auto

Nel corso del 2000, l'AGCM aveva accertato l'esistenza di un'intesa proibita tra le principali compagnie nazionali di assicurazione nella forma sia di un omogeneo e ingiustificato rifiuto di vendere disgiuntamente le polizze Rc-auto e quelle furto incendio, sia di una pratica concordata consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili riguardanti tutti gli aspetti dell'attività assicurativa e volta ad instaurare forme di coordinamento tra gli operatori sulle strategie di prezzo da adottare sul mercato delle polizze RC auto [43].

Nel contenzioso civile scaturito dal cartello assicurativo sanzionato dall'AGCM le questioni sostanziali che qui interessano si sono profondamente intrecciate e indissolubilmente legate a quelle relative alla competenza, tanto da far ritenere agli interpreti più attenti alle tematiche in discussione di essere entrati in una "zona grigia" da cui risulta alquanto difficoltoso recuperare una qualche logica di sistema [44].

I termini della questione possono essere così individuati: a seguito della vasta eco ricevuta dalla decisione dell'AGCM, a partire dal 2001 numerosi clienti finali si sono rivolti ai giudici di pace per ottenere il risarcimento dei danni per il sovrapprezzo pagato sulle polizze assicurative. Tuttavia, come si è visto in precedenza, l'art. 33 della Legge 287/90 prevede la competenza funzionale inderogabile delle Corti di Appello per le azioni di risarcimento fondate sulla violazione della normativa antitrust nazionale. In questo scenario, i giudici di

---

[43] AGCM, Provv. 28 luglio 2000, n. 8546, I377 – RC Auto. La decisione è stata oggetto di impugnazione davanti alle corti amministrative: la I sez. del TAR Lazio, competente *rationae materie* ex art. 33, comma 1 della Legge Antitrust, con sentenza n. 6139 del 5 luglio 2001 (in Foro amm., 2001, 2117) ha respinto i ricorsi delle compagnie assicurative confermando per l'effetto la sanzione di 700 miliardi di lire ad esse irrogata. La VI sez. del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2199 del 23 aprile 2002 (in Foro it., 2002, III, p. 482 con note tra gli altri di R. PARDOLESI, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio d'informazioni.* e C. OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*) ha poi riformato la pronuncia del TAR Lazio, confermando però i capi della decisione relativi all'illiceità dello scambio di informazioni sensibili.

[44] I. PAGNI, *La tutela civile avverso l'illecito antitrust: la latente instabilità dell'art. 33 L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in Concorrenza e Mercato, *Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2005, p. 610.

pace hanno ritenuto di poter affermare la propria competenza a decidere sul risarcimento del danno proprio accedendo alla tesi secondo cui l'ambito di applicazione delle normativa antitrust (ed i rimedi in essa previsti) è tale da ricomprendere le intese tra operatori concorrenti, ma non anche i contratti a valle con i consumatori finali attraverso cui tali intese trovano esecuzione sul mercato.

Tale orientamento ha determinato delle notevoli ricadute sul piano operativo, sia per la numerosità dei giudizi incardinati davanti ai giudici di pace, sia ancor più significativamente per il concreto rischio di un'applicazione disomogenea del diritto, posto che nelle suddette controversie, dato il modico valore di queste ultime [45], i giudici di pace erano tenuti a decidere in punto di equità [46]: tale la rilevanza dei problemi menzionati che il legislatore all'inizio del 2003 è intervenuto a modificare il suddetto art. 113, comma 2, c.p.c. nel senso di escludere dal novero delle controversie soggette al giudizio di equità quelle derivanti da contratti di massa ex art. 1342 (tra cui devono ricomprendersi ovviamente le polizze assicurative), da decidersi dunque secondo diritto [47].

---

[45] Cfr. ad esempio Giudice di Pace di Laviano con sentenza del 29 settembre 2001, n. 56 disponibile all'indirizzo web www.ricercagiuridica.com, e Giudice di Pace Sala Consilina 8 ottobre 2001, n. 252 (in Repertorio del Foro Italiano, sub Indebito, 3530, n. 7) . Le controversie instaurate dinanzi ai giudici di pace generalmente lamentavano un incremento del costo delle polizze assicurative pari al 20% (sulla base di una comparazione con la media dei costi in Europa) quale conseguenza immediata e diretta della partecipazione della società assicuratrice convenuta al cartello sanzionato dall'autorità antitrust e ne richiedevano pertanto il rimborso unitamente al rinnovo del contratto in corso a condizioni di prezzo adeguate (cfr. F. SEBASTIO, *La legittimazione attiva in materia di ricorsi antitrust,* Giust. civ 2005, p. 907). Con riferimento agli esiti dei giudizi instaurati si può notare come alcuni giudici di pace (v. in particolare la sentenza del Giudice di Pace di Locri del 31 dicembre 2002, disponibile sul sito internet dell'ADUSBEF all'indirizzo web http://www.adusbef.it/consultazione.asp?Id=194&T=S) abbiano riconosciuto la nullità dei contratti a valle riconducendola alla lesione del diritto del consumatore alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali ai sensi della legge 281/1998, e ricavando per questa via la nullità parziale delle clausole impugnate (in particolare quella sul prezzo) per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418 c.c. (c.d. nullità di protezione). Altri (cfr. Giudice di Pace di Caloria sentenza del 12 febbraio 2003, in Foro it., 7-8, 2003, I, p. 2192.), sotto diverso profilo, hanno ritenuto che l'intesa a monte determini una responsabilità precontrattuale a carico dell'impresa partecipante al cartello che ne abbia dato attuazione in sede di negoziazione con il cliente finale, per contrarietà ai principi di buona fede ex art. 1337 c.c e violazione del dovere del *neminem laedere*.

[46] Le decisioni secondo equità, prima dell'emanazione dell'art. 1, D.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, erano come noto inappellabili ai sensi dell'art. 339, ult. comma c.p.c. e sottratte al sindacato di legittimità della Cassazione di cui all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. L'attuale formulazione dell'art. 339 c.p.c., 3 comma, recita "*le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità a norma dell'art. 113, secondo comma, sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia*".

[47] D.l. 8 febbraio 2003, n. 18, in G.U., 10 febbraio 2003, n. 33, convertito dalla legge 7 aprile 2003, n. 63 con modifiche attinenti alla sottoposizione alla nuova disciplina dei soli giudizi instaurati con atto di citazione notificata successivamente al 10 febbraio 2003. Numerosi giudici di pace hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale connesse alla modifica normativa (cfr. ad esempio Giudice di Pace di Roma, Ordinanza 20 marzo 2003, in Contratti, 2003, p. 900: per una puntuale enumerazione delle ordinanze con cui i giudici di pace hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale si rinvia a F. SEBASTIO, *op. cit.* (nt. 45),

Ma l'impatto più significativo della vicenda in questione – almeno ai fini del presente lavoro - si è registrato a livello interpretativo, posto che la questione è approdata in Cassazione e la Corte per decidere sui profili relativi alla competenza si è trovata a misurarsi sulle questioni sostanziali circa l'ambito di operatività della Legge Antitrust che tale questione, come si è visto, inevitabilmente presuppone. Come è stato correttamente notato "*dietro ad una questione di competenza si nasconde quindi una decisione ben più rilevante, che coinvolge l'intero assetto della tutela degli interessi dei soggetti di mercato"* [48].

1.5 La posizione assunta dalla Cassazione con la sentenza n. 17475/2002

Con la sentenza n. 17475 del 9 dicembre 2002, la I Sezione della Corte di Cassazione ha riconosciuto la competenza dei giudici di pace nelle fattispecie in esame [49]; la Corte ha fondato tale conclusione sull'assunto – che costituisce invero il punto obbligato di partenza per qualunque indagine ricostruttiva sulla tutela risarcitoria antitrust nel nostro Paese – secondo cui i consumatori finali difetterebbero di qualunque legittimazione ad attivare il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 33 della Legge Antitrust, posto che la suddetta normativa costituirebbe una disciplina posta a presidio delle posizioni soggettive della sola categoria imprenditoriale.

In particolare, in tale sede la Cassazione ha ritenuto che l'art. 33, comma 2, si rivolge esclusivamente ad "*una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell'impresa e della sua presenza sul mercato*". Di conseguenza, la legittimazione alle

---

p. 908, nota n. 7). Si è osservato al riguardo in dottrina come il legislatore sia stato indotto ad attivarsi anche in altri ambiti, come dimostra la successiva introduzione nel nostro ordinamento di strumenti di aggregazione processuale dei consumatori, più diffusamente trattati nella nota n. 283 (così A. BARLETTA, *Le domande dei consumatori nei confronti dei responsabili di comportamenti anticoncorrenziali: questioni di competenza, legittimazione ed interesse ad agire*, in Riv. dir. proc., 2006, 1, p. 380)

[48] G.T. ELMI*, op. cit.* (nt. 8), p. 313.

[49] Sentenza della I Sezione della Cassazione Civile del 9 dicembre 2002, n. 17475, in Danno resp., 4/2003, p. 390 con commento di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, pp. 393-398; in Dir. ind., 2003, 2, p. 172 con commento di G. COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, pp. 175-177; in Foro it., 2003, 4, 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; in Corr. Giur., 2003, 3, p. 339 con nota di I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, pp. 342-347; in Assic., 2003, 1, p. 38 con nota di M. ROSETTI, *Intese illecite e contratti di massa: la tutela dimezzata*, pp. 38-56.

azioni di nullità e risarcitoria ai sensi dell'art. 33 della Legge Antitrust dovrebbe essere riconosciuta ai soli soggetti imprenditoriali che partecipano al medesimo livello operativo dell'intesa, ovverosia i concorrenti [50].

Da tale affermazione, sembrerebbe innanzi tutto discendere l'esclusione dalla legittimazione antitrust degli operatori del mercato – come i fornitori o i distributori (ai fini del presente lavoro definiti come professionisti, cfr. la nota n. 6) – che, per quanto riconducibili alla categoria imprenditoriale (e quindi astrattamente destinatari delle tutele apprestate dalla disciplina antitrust), si situano ad un livello operativo diverso da quella dell'intesa [51]. Su tale aspetto cruciale, tuttavia, la sentenza non contiene alcun riferimento espresso.

Il Collegio assume invece una posizione chiara con riferimento ai consumatori, escludendone come detto qualunque legittimazione e chiarendo che tali soggetti potranno eventualmente proporre azione di risarcimento dei danni al di fuori dell'ambito dell'art. 33 della Legge Antitrust: in tal senso, i consumatori potranno fare ricorso alla previsione generale di cui all'art. 2043 c.c., a condizione di allegare la violazione di un proprio specifico diritto soggettivo, che comunque non potrà farsi discendere dalla mera sussistenza di un'intesa vietata posta in essere a monte dalla propria controparte commerciale. Sulla base di tali considerazioni, e più in particolare dell'assenza di una relazione diretta tra il comportamento anticoncorrenziale accertato (l'intesa a monte) e il danno allegato dal consumatore, la Corte conclude per la esclusione della competenza funzionale della Corte di Appello per le relative azioni di risarcimento, da considerarsi dunque soggette agli ordinari criteri di competenza.

---

[50] Sul piano della legittimazione alle azioni antitrust, alcuni commentatori hanno interpretato la sentenza in termini ancor più restrittivi, ritenendo che Corte non avrebbe inteso limitare la legittimazione attiva sulla base delle qualità "professionali" che distinguerebbero il concorrente dal consumatore - aderendo così ad un'impostazione "corporativa" rievocativa dei principi della disciplina della concorrenza sleale – , ma avrebbe voluto limitare il novero dei legittimati anche all'interno della categoria dei concorrenti riconoscendo tale facoltà solo a quegli operatori che siano stati (com)partecipi dell'intesa illecita: gli altri soggetti del mercato, tra cui non solo i concorrenti estranei all'intesa ma anche i professionisti (nell'accezione di cui alla nota n. 6) risulterebbero preclusi dall'attivare le tutele di cui all'art. 33 della Legge Antitrust, nonostante la loro qualifica di imprenditori (così A. PALMIERI, *op. cit.* (nt. 49), p. 1124; in termini dubitativi rispetto a tale restrittiva ricostruzione S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 49), p. 394; ritiene invece che la sentenza della Cassazione vada letta come un riconoscimento della legittimazione ad agire anche degli operatori concorrenti esclusi dall'intesa M.R. TUFARELLI, *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!,* in Giust. civ., 2003, p. 2144).

[51] Osservano A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in Foro it., 2005, 4, I, pp. 1015-1018, che il ragionamento della I Sezione "*si prestava a confinare nel girone dei negletti anche imprenditori posti su un anello inferiore della catena e non legati ai 'cospiratori' da accordi verticali (distributori nei confronti dei produttori collusi; dettaglianti nei confronti dei grossisti; e così via*".

Tale posizione è stata decisamente criticata dalla dottrina maggioritaria per il suo carattere "asistematico" [52] e, come si avrà modo di vedere nel par. 3.1, a distanza di due anni è stata ribaltata dall'intervento delle Sezioni Unite. La portata del cambio di rotta operato dalle Sezioni Unite non può tuttavia essere pienamente apprezzata senza soffermarsi per un attimo sulle ragioni che avevano inizialmente indotto la Cassazione ad assumere una prospettiva così ostile alla legittimazione antitrust dei consumatori finali in ambito risarcitorio.

1.6 L'iniziale approccio restrittivo della Cassazione alla legittimazione dei consumatori e le suggestioni esercitate dalla questione delle intese a valle

Le conclusioni particolarmente restrittive in termini di legittimazione dei consumatori finali (e implicitamente dei professionisti) alle azioni risarcitorie antitrust raggiunte dalla Cassazione con la sentenza in esame [53] risultano – ad avviso di chi scrive - fortemente influenzate dalla particolare (e limitata) prospettiva da cui la Corte si è trovata ad analizzare le tematiche in questione.

---

[52] Tra le voci critiche si ricordano A. PALMIERI, *op. cit.* (nt. 49), p. 1124, E. SCODITTI, *op. cit.* (nt. 49), pp. 1127-1130,, M.R. TUFARELLI, *op. cit.* (nt. 50), p. 2149, B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in Contratto e Impresa, 2005, p. 912, G. ROSSI, "*Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in Foro it., 2002, IV, pp. 90-100, A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 497 che efficacemente definisce l'impostazione adottata dalla Corte come "isolazionista" del diritto della concorrenza e M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust*, in Danno resp., 2004, p. 933. Quest'ultimo in particolare era intervenuto in risposta al contributo sostanzialmente adesivo rispetto alla posizione assunta dalla Cassazione di C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in Danno resp., 5, 2004, p. 470.
Si erano già espressi in precedenza nel senso di riconoscere la legittimazione del consumatore finale alle azioni antitrust tra gli altri L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.* (nt. 41), p. 234; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust,* Giuffrè, Milano, 1996, p. 352, L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali,* in Diritto antitrust italiano, a cura di A. FRIGNANI ed al., II, Zanichelli, 1993, 1454, R. ALESSI - G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 30, e M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 22), p. 649.

[53] Tale conclusione era stata in un certo senso preconizzata in una sentenza della Cassazione di alcuni anni prima in tema di NBU, laddove la Corte aveva ritenuto che i divieti antitrust previsti a livello comunitario fossero esclusivamente destinati alle imprese, uniche legittimate ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza: l'utente singolo, proseguiva la Corte, "*potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese"* (Cass. Civ., Sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811, in Riv. dir. ind., 2000, 6, II, p. 421, con nota di G. TASSONI (nt. 31)). Tali considerazioni, come si avrà modo di vedere, sono state superate dall'intervento della Corte di Giustizia nel caso *Courage* (v. Capitolo 2)

In particolare, l'apparato argomentativo proposto dalla Corte sembra essere largamente condizionato dalla questione degli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti a valle, che - come si è visto con riferimento alla vicenda delle NBU - aveva fino a quel momento assunto un ruolo centrale nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario in merito alla tutela civile derivante da violazioni antitrust. Per questa via il tema della legittimazione risarcitoria in capo ai consumatori viene analizzato in una prospettiva che potrebbe definirsi "negoziale" e che tende a verificare in che limiti il piano in cui si concretizza l'accordo restrittivo della concorrenza comunichi con il livello inferiore in cui si colloca il consumatore finale.

Il percorso logico-argomentativo della sentenza appare particolarmente rappresentativo di quanto appena sostenuto. La Corte infatti dapprima osserva che la formulazione dei divieti posti dalla normativa antitrust prende a riferimento il comportamento delle imprese e il funzionamento della concorrenza.

Da ciò i giudici della Suprema Corte desumono che i rimedi previsti dall'art. 33 della Legge Antitrust devono necessariamente condividere da un punto di vista "strutturale" la medesima logica dei divieti a cui si riferiscono.

Quindi, la Corte individua proprio nelle caratteristiche dell'azione di nullità prevista dall'art. 33 la palese dimostrazione della stretta inerenza della disciplina antitrust (e dei rimedi da essa approntati) al "modello dell'impresa"; In particolare, la I Sezione ritiene che rispetto alla suddetta dichiarazione di nullità "*non a caso - si renderebbe difficilmente configurabile, ad esempio, già sul piano fattuale, per l'intrinseca impossibilità di conseguirne un qualsiasi diretto riflesso (data la strutturazione di per sé stessa naturalmente meramente "obbligatoria" delle "intese"), 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", le quali - come strumento tecnico operativo - risultano concepite, in quanto tali, solo in funzione di chi appunto (le imprese) le possa concludere, e le abbia nel concreto concluse, ed apparendo, invece, al riguardo, il possibile ruolo del consumatore finale, chiamato piuttosto ad esaurirsi nella sollecitazione dell'esercizio dei loro poteri da parte degli organi individuati dalla stessa legge n. 287/90 in quella che si rivela la sua componente più propriamente "pubblicistica"*.

Poste tali premesse, la Cassazione conclude osservando che lo strumento risarcitorio non può che conformarsi coerentemente con la struttura e le finalità che ispirano la disciplina antitrust nel suo complesso, e dunque trovare applicazione nei soli limiti in cui la tipologia dei danni sia "*strettamente connessa alle tematiche dell'impresa e alla sua presenza nel mercato*".

La linea di ragionamento descritta individua, pertanto, una stretta relazione tra la questione della legittimazione risarcitoria dei consumatori finali e la pretesa incomunicabilità del vizio dell'intesa a monte al contratto esecutivo a valle, che finiscono per costituire due facce della stessa medaglia.

Nel rapportarsi alle tematiche risarcitorie la Corte assume dunque quella che si definiva una prospettiva "negoziale" e che è tipica dell'indagine sui contratti a valle: ciò che rileva infatti agli occhi della Cassazione è la sorta di cesura che esisterebbe tra l'intesa (o più in generale il comportamento anticoncorrenziale posto in essere dagli imprenditori) e le ragioni della sua illegittimità, da una parte, e la posizione dei consumatori a valle di tale accordo, dall'altra. Aderendo a tale visione, i danni subiti dai consumatori finali non discenderebbero dal comportamento anticoncorrenziale tenuto dalle imprese colluse, ma dovrebbero considerarsi conseguenza della successiva contrattazione tra queste e il consumatore, risultando per questa via mediati dal comportamento concretamente tenuto sul mercato dai soggetti che hanno condiviso e attuato il disegno anticoncorrenziale [54].

Per questa via, l'inconfigurabilità di una qualunque tutela risarcitoria in capo al consumatore finale nell'impianto della Legge Antitrust diviene la logica e inevitabile conseguenza dell'assunto circa l'incomunicabilità del vizio esistente nel comportamento a monte alle situazioni a valle. Non a caso, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, la stessa Corte di Cassazione a distanza di meno di un anno ha considerato pienamente validi i contratti stipulati dai fornitori di GPL domestico con i propri clienti, per quanto risultassero conclusi in attuazione di un disegno anticoncorrenziale accertato dall'autorità di concorrenza nazionale (sentenza n. 9384 dell'11 giugno 2003 v. par. 1.3).

---

[54] In questo senso M.R. TUFARELLI, *op. cit.* (nt. 50), p. 2148, rileva come la Corte in sostanza escluda l'esistenza di un nesso di causalità tra l'intesa e il danno prodotto al consumatore.

D'altra parte, sia consentito osservare per inciso, che il percorso opposto, e dunque il riconoscimento dell'interferenza tra il piano a monte attuativo dell'illecito e quello a valle esecutivo di quest'ultimo - imprescindibile, adottando la logica della Corte, per giungere al riconoscimento della legittimazione risarcitoria dei consumatori finali - si presentava particolarmente accidentato: e ciò non solo da un punto di vista pratico, per l'invalidità e i conseguenti obblighi restitutori che avrebbero investito la moltitudine dei contratti stipulati dai consumatori con le controparti bancarie e assicurative coinvolte nei cartelli sanzionati dall'autorità antitrust [55], ma anche sotto il profilo tecnico-giuridico. Sotto quest'ultimo aspetto, la varietà delle tesi proposte dalla dottrina volte a configurare un vizio del contratto a valle attuativo di un negozio anticoncorrenziale [56] appare pienamente rappresentativa della complessità del problema relativo alle sorti dei contratti a valle e delle difficoltà sistematiche che un approccio concentrato sui fenomeni negoziali inevitabilmente comporta. Al riguardo, basti rilevare come gli interpreti – sia precedentemente che successivamente all'intervento della Cassazione – abbiano di volta in volta ipotizzato l'invalidità del negozio attuativo facendo ricorso pressoché a tutte le varie figure di invalidità previste dal nostro ordinamento: si è così alternativamente fatto riferimento ad ipotesi di nullità derivata [57], nullità per illiceità della causa (ex art. 1343) [58], nullità per illiceità dell'oggetto (ex art.

---

[55] Un Autore ha acutamente osservato che ove si accogliesse la tesi della nullità dei contratti a valle con la clientela si potrebbe assistere – data la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c. - alla proposizione di domande per la caducazione di tali contratti anche da parte dei concorrenti delle imprese coinvolte nel cartello, con il rischio di una vera e propria paralisi del mercato (così A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), p. 341). Al riguardo si è tuttavia considerato che tale rischio risulterebbe in concreto limitato dai principi oramai consolidati a livello giurisprudenziale che limitano la legittimazione ad invocare la nullità ai sensi dell'art. 1421 ai soli soggetti che presentino un interesse concreto all'azione ai sensi dell'art. 100 c.p.c (così S. SIMONE, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle*, Tesi di Dottorato, Roma 2005, consultabile all'indirizzo web; http://host.uniroma3.it/dottorati/scuoladottoraleascarelli/db/files/docs/Tesi%20di%20dottorato/Tesi_dottorato_Silvia_Simone.pdf e G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 326).

[56] Rileva C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in BBTC, 2004, 2, 175, come anche a livello comunitario non mancassero prese di posizione nel senso di escludere la ricaduta della nullità sui contratti a valle attuativi di un'intesa illecita (così Commissione CE, Decisione del 23 dicembre 1992, 93/50/CEE, *Astra*, da cui si può estrapolare il seguente passaggio: "*Ciò non significa che i contratti con i clienti rientrano anch'essi nel campo di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi*".

[57] La tesi della nullità derivata dall'intesa a monte dato il rapporto di accessorietà tra quest'ultima e il contratto attuativo è stata sostenuta da G. TUCCI, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto,* in Contratti, 1996, p. 152, N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in BBTC, 1995, II, p. 420 e A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4 ed. UTET, Torino, 1996, p. 474, M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 298, L. DI VIA, *L'invalidità dei contratti tra imprenditori*, in *Diritto Privato Europeo,* a cura di N. LIPARI, Padova, 1997, p. 761.

[58] La tesi dell'illiceità della causa per contrarietà alle norme imperative e di ordine pubblico economico volte alla tutela della concorrenza (art. 1343 c.c.) in quanto dirette a perseguire un interesse (come ad esempio il sovrapprofitto rispetto al prezzo concorrenziale) non meritevole di tutela, è stata sostenuta in dottrina da L.

1346) [59], nullità virtuale (ex art. 1418, primo comma) [60], nullità di protezione [61], annullabilità per esistenza di un vizio del consenso [62], dolo incidente (ex art. 1440) [63], nonché rescissione

---

DELLI PRISCOLI, *op. cit.* (nt. 41), p. 231, S. LA CHINA, *Commento sub art. 33*, in *Concorrenza e Mercato*, a cura di G. ALPA e V. AFFERNI, Padova, 1994, p. 647 ss, A. GUCCIONE, *op. cit.* (nt. 37), p. 453, N. SALANITRO, *op. cit.* (nt. 57), p. 420. In giurisprudenza, sposa la tesi dell'illiceità della causa il Tribunale di Roma nella già citata sentenza del 20 febbraio 1997, cfr. nota n. 37.

[59] La tesi dell'illiceità dell'oggetto - secondo cui ad essere colpita sarebbe la sola clausola del contratto attuativo riproduttiva di un'intesa illecita - è stata prospettata da A. BERTOLOTTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta,* nota a Trib. Genova, ord. 21.5.1996, in Giur. it., 1997, I, pp. 167-174, nonché sempre dello stesso Autore, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto,* in Giur. it., 1997, IV, pp. 345-353. Si rinvia anche a C. CASTRONOVO, *op. cit.* (nt. 52), p. 473 e dello stesso Autore, *Responsabilità civile e antitrust: balocchi e profumi*, in Danno resp., 12, 2004, p. 1165.

[60] La tesi della nullità virtuale (ex art. 1418, primo comma) per diretto contrasto dei contratti a valle con la norma imperativa di cui all'art. 2 della Legge Antitrust è stata avanzata da C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in Giur. it, 1992, IV, 128-132, G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 33), p. 220, G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in I contratti*,* 1996, p. 5 ss.. Come si è visto, la tesi della nullità virtuale degli accordi a valle è stata sostenuta in giurisprudenza dalla Corte di Appello di Brescia nella menzionata sentenza del 29 gennaio 2000, cfr. nota n. 40.
La tesi in questione risulta peraltro consolidata sia in dottrina che in giurisprudenza con riferimento ai contratti a valle in caso di abuso di posizione dominante (cfr. G.T. ELMI*, op. cit.* (nt. 8), p. 355). Al riguardo, occorre osservare che a differenza delle intese dove il piano negoziale con la clientela risulta generalmente distinto da quello di realizzazione della illecita concertazione, nel caso di abusi di posizione dominante la condotta illecita può concretarsi nella stessa stipulazione di contratti con la clientela finale a condizioni abusive (attraverso ad esempio la previsione di un prezzo eccessivo, o l'obbligo di acquistare congiuntamente più prodotti, c.d. *bundling*) (cfr. in questo senso A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), nota 116). Valorizza le affinità tra l'ipotesi di intesa e quella di abuso, G. GUIZZI, *op. cit.* (nt. 28), pp. 75-76. Per una panoramica delle posizioni della dottrina sul punto si rimanda al contributo di 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. 353, nota n. 27.
In giurisprudenza, sia consentito rinviare alla casistica citata da G.T. ELMI*, op. cit.* (nt. 8)*,* p. 325, tra cui assume particolare rilievo l'ordinanza della Corte di Appello di Roma del 16 gennaio 2001, *Stream S.p.a. c. Telepiù S.p.a.*, in Danno Resp., 2001, 3, p. 284, nonché Corte di Appello di Torino del 6 luglio 2000 *Indaga Incentive Company srl c. Juventus F.C. spa*, in Danno resp., 2001, 1, p. 46: si ricorda anche la pronuncia del Tribunale di Milano del 13 marzo 1985, in Dir. com. scambi internaz*.,* 1987, p. 439.

[61] Secondo i sostenitori di tale tesi (tra cui G. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in Giust. civ., 2000, pp. 3-25) la disciplina della nullità di protezione – prevista dal legislatore in determinate fattispecie di derivazione comunitaria (come ad esempio la disciplina delle clausole vessatorie ex art. 1469 bis ss., del patto che realizza un abuso di dipendenza economica ai sensi della disciplina sulla subfornitura di cui alla L. 192/1998, o la disciplina dei contratti usurari di cui alla legge 108/1996 che prevede una nullità parziale) - e caratterizzata da natura relativa (potendo essere sollevata solo dalla parte debole del rapporto) e parziale (prevenendo così l'insorgere degli obblighi di restituzione conseguenti alla nullità totale del contratto e consentendo al consumatore in caso di continuare a beneficiare delle prestazioni contrattuali a condizioni non alterate) si estenderebbe in via analogia al caso di specie che condivide la medesima *ratio* delle fattispecie tipiche.

[62] Sotto il profilo dell'annullabilità, si è ritenuto che un'applicazione analogica di tale rimedio alla fattispecie dei contratti a valle – fondata sul presupposto che l'esistenza di un disegno anticoncorrenziale determini la sussistenza di un vizio del consenso capace di pregiudicare il processo di formazione del contratto - fosse da preferire anche in considerazione degli indirizzi emersi in sede di codificazione dei principi di uniformazione del diritto europeo e internazionale dei contratti (cfr. G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 334). Propende per l'annullabilità dei contratti a valle – almeno in talune ipotesi di contrattazione a valle di un'intesa illecita - M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 190 et ss.

[63] La tesi del dolo incidente - che riconosce il solo rimedio risarcitorio in presenza di raggiri da parte del contraente in mala fede tali da determinare una conclusione del contratto a condizioni diverse da quelle che altrimenti sarebbero state pattuite - è stata ripresa dalla I sezione del TAR Lazio con sentenza 10 marzo 2003,

per lesione (ex art. 1448), senza però che nessuna di tali ipotesi risultasse immune da critiche molto accurate e penetranti [64].

---

n. 1790 (in T.A.R., anno XXIX, 1, 2003, I, 26), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento adottato dall'AGCM nell'istruttoria riguardante un cartello operante nell'ambito della gara bandita dalla Consip per l'acquisto di buoni pasto (l'illecita concertazione aveva assunto le forme di un coordinamento delle offerte nel corso delle procedure ad evidenza pubblica, c.d. *bid rigging*). Il TAR in tale contesto ha svolto anche delle valutazioni in merito alla sorte dei contratti di diritto privato stipulati dagli operatori collusi con la Consip, escludendone la nullità (al fine di garantire la sicurezza e la stabilità delle relazioni giuridiche nel frattempo instaurate) e riconoscendo la responsabilità precontrattuale di questi ultimi sul modello del dolo incidente ex art. 1440 c.c..
Al riguardo il TAR ha osservato come "*laddove una condotta illecita per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/90 ridondi in una lesione dell'autonomia negoziale di un terzo contraente, indotto alla conclusione di un contratto a condizioni economiche deteriori rispetto a quelle che avrebbe potuto ottenere senza la commissione di illeciti, nel contratto a valle potrebbero ricorrere gli estremi del dolo incidente ai sensi dell'art. 1440 c.c., o tutt'al più del dolo determinante l'annullabilità ai sensi dell'art. 1439 c.c.. A fronte di tanto potrebbe quindi essere ammessa l'esperibilità di un'azione impugnatoria e/o di una pretesa risarcitoria: ma il contratto, fino al momento del suo successivo e solo eventuale annullamento, rimarrebbe pienamente operativo"*. Il Consiglio di Stato, in sede di appello, con sentenza 4 marzo 2004, Sez. VI, n. 926 (in Foro it., 2005, 1, pp. 7 e ss, con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai" concetti giuridici indeterminati": ovvero come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*), ha tuttavia affermato che non spettava al giudice amministrativo – bensì al giudice civile – di pronunciarsi sulla validità dei contratti a valle stipulati con soggetti terzi rispetto all'intesa.

[64] I principali limiti alla tesi della nullità derivata sono stati individuati nell'assenza di:
- di un nesso teleologico funzionale tra il negozio a monte e il negozio a valle, indispensabile secondo la teoria della nullità derivata per la trasmissione del vizio tra i due negozi (Cfr. tra gli altri R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgevertrage)*, in I Contratti, 2/2005, 184). In giurisprudenza, si veda la già citata Corte di Appello di Torino, 27 ottobre 1998 (in BBTC, 2001, II, p. 87 e ss. con nota di G. FALCONE (nt. 36)) che, con riferimento all'art. 85 del Trattato, ha ritenuto che "*l'impostazione proposta a questo riguardo dall'appellante, che sembra sottintendere un fenomeno di nullità derivata disciplinato dal diritto nazionale, sta e cade con l'errato presupposto di un collegamento funzionale tra i due negozi, che vedrebbe i contratti coi consumatori quale attuazione dell'intesa tra le imprese. In realtà non è ravvisabile tale collegamento negoziale tra i due tipi di accordo, posto che alle intese tra imprese sono totalmente estranei, sia sotto il profilo formale che economico, i consumatori, e posto che l'intesa tra banche espressa nelle NBU non ha ad oggetto un obbligo di contrattare con terzi; non è dunque configurabile un negozio complesso che abbracci i due fenomeni*".
- della volontà delle parti di subordinare reciprocamente i due negozi (tra gli altri M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 52), p. 940, M. MELI, *op. cit.* (nt. 62), p. 160, e M. SCHININÀ, *op. cit.* (nt. 27), p. 437. Nella giurisprudenza di merito da segnalare la già citata sentenza della Corte di Appello di Torino, 27 ottobre 1998 che per l'appunto nega la configurabilità di un negozio complesso capace di abbracciare i due fenomeni dell'intesa illecita e del contratto attuativo, così come richiesto dalla giurisprudenza di legittimità (Vedi Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in Foro it., 1993, I, p. 1506.)
- identità soggettiva tra i partecipanti all'accordo restrittivo (cfr. C. LO SURDO, *op. cit.* (nt. 56), p. 175).
In relazione alla causa del contratto si è invece obiettato come l'illiceità sia difficilmente configurabile in presenza di contratti tipici (in questo senso M. MAUGERI, *op. cit.* (nt. 60), p. 351) e comunque in assenza di un comune intento delle parti in ordine al significato economico dell'operazione negoziale, posto che di illecito nei contratti a valle è configurabile solo il movente di una delle parti, ossia quella che attua l'intesa illecita (così M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 8), pp. 433-462, A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 505) Si è inoltre rilevato che ove si invochi la nullità per illiceità della causa non sarebbe possibile ipotizzare una nullità parziale (che travolga dunque le sole clausole anticompetitive del contratto attuativo dell'intesa, costituite nel caso del cartello assicurativo essenzialmente dalla maggiorazione del prezzo) in grado di evitare lo scioglimento del vincolo contrattuale (con tutte le conseguenza in termini di restituzione dei beni che ciò comporta) e dunque di salvaguardare il probabile interesse della parte "debole" alla continuazione del rapporto previa sostituzione della clausola "anticoncorrenziale".
Per quanto concerne la tesi dell'illiceità dell'oggetto si è rilevato come in realtà non sempre vi sia una trasposizione del contenuto dell'intesa lesiva della concorrenza nell'oggetto del negozio a valle (ad esempio un'intesa tra operatori che si ripartiscono illegittimamente la clientela o il territorio potrebbe non trovare espressione in alcuna clausola del contratto con il consumatore finale) (G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 324); anche ove si consideri un'intesa di prezzo, peraltro, l'illiceità si riferisce alle modalità con cui tale prezzo è

In conclusione, la sentenza 17475/2002 appare fortemente condizionata dal punto di osservazione prescelto dalla Cassazione. Da un lato, l'analisi, concentrandosi sul piano negoziale dei rapporti di mercato, sembra risentire in maniera decisiva delle suggestioni derivanti dall'annoso dibattito sulla validità delle intese a valle. D'altro lato, gli esiti particolarmente restrittivi per le ragioni dei consumatori a cui tale analisi conduce sembrano a loro volta riflettere tutte le difficoltà incontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel ricondurre alle categorie civilistiche classiche l'attitudine delle violazioni antitrust a propagare i propri effetti sui vari soggetti che operano sul mercato.

Per superare tale approccio restrittivo alla legittimazione risarcitoria dei consumatori finali, era necessario un radicale cambio di prospettiva, che ponesse al centro della valutazione giuridica degli illeciti anticoncorrenziali (e dei loro effetti) la configurazione dei rapporti economici che la normativa antitrust è tesa a salvaguardare piuttosto che l'assetto negoziale con cui questi ultimi trovano espressione.

---

stato stabilito, e non al prezzo in sé che invece costituisce il contenuto del contratto a cui si pretenderebbe di estendere l'illiceità (S. SIMONE, *op. cit.* (nt. 55), p. 112). Anche per tale ipotesi ricostruttiva, peraltro, valgono le perplessità in merito alle conseguenza pratiche di una nullità estesa a tutto il negozio già viste in relazione alla tesi sull'illiceità della causa.

Con riferimento alla nullità virtuale si è osservato che, ai fini dell'operatività di quest'ultima, non è sufficiente che vi sia contrasto con una norma imperativa, dovendosi caso per caso indagare se nelle intenzioni del legislatore il vincolo negoziale debba essere travolto o meno (ossia se vi sia effettiva incompatibilità tra il contenuto negoziale e il valore tutelato attraverso la norma proibitiva), circostanza che non ricorrerebbe nel caso di specie posto che la disciplina antitrust delle intese non condanna il contenuto degli atti negoziali ma il processo decisionale degli operatori di mercato che sia viziato da collusione in merito a variabili competitive fondamentali (G. GUIZZI, *op. cit.* (nt. 28), pp. 90 et ss.).

Quanto alla nullità di protezione, le critiche si sono concentrate sulle difficoltà di riconciliare questa ricostruzione con la disciplina codicistica della nullità, che da un lato prevede che la nullità sia assoluta salvo diversamente previsto e dall'altra individua la volontà negoziale delle parti quale criterio di riferimento per la nullità parziale (F. PARRELLA, *op. cit.* (nt. 33), 545-546.), per quanto varie discipline speciali prevedano forme di nullità di protezione nei confronti della controparte debole del rapporto

Riguardo all'annullabilità, si è obiettato che il riferimento al sistema dell'annullabilità sarebbe inconferente in tutti quei casi in cui il contratto a valle non sia stipulato attraverso un approfittamento dello stato di dipendenza economica della controparte debole sul piano contrattuale (così, M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 8), pp. 451-458); con riferimento all'applicabilità della disciplina del dolo incidente, si è invece considerato che difficilmente si può configurare l'esistenza di raggiri nella contrattazione tra l'impresa collusa e i suoi clienti, con ciò facendo venire meno uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 1440 (cfr. M.R. TUFARELLI, *op. cit.* (nt. 50), p. 2151, la quale osserva come "*non sembrano ravvisabili nel contegno adottato dall'impresa nei confronti del consumatore gli estremi del raggiro 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*").

Infine, anche la tesi che si riferisce alla disciplina della rescissione per lesione ex art. 1448 è stata oggetto di valutazioni critiche per la difficoltà di ricondurre le specificità degli illeciti concorrenziali alla teoria generale dell'istituto della rescissione (v. S. SIMONE, *op. cit*. (nt. 55), p. 155).

Tale mutamento di prospettiva – culminato nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che come anticipato ha ribaltato l'orientamento fin qui oggetto di analisi – è stato reso possibile dalle evoluzioni registrate a livello comunitario, e in particolare dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*: tale pronuncia, di cui ci si accinge a trattare, ha infatti costituito il punto di volta per il definitivo passaggio a livello interno da un approccio formalistico alla realtà antitrust - incentrato sull'oggetto del negozio e sugli schemi propri degli istituti privatistici fondamentali - ad una visione sostanzialistica, focalizzata piuttosto sugli effetti del negozio sulle dinamiche competitive e sulla loro compatibilità rispetto agli obiettivi propri della normativa a tutela della concorrenza.

2. LA FORZA INNOVATRICE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *COURAGE*

La sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage* nel settembre 2001 [65], di poco antecedente agli ultimi interventi della Corte di Cassazione fino a questo punto analizzati, costituisce, ad avviso di chi scrive, un momento essenziale per comprendere il cambio di prospettiva che ha condotto la Cassazione ad abbandonare le posizioni ostili alla legittimazione privata alle azioni antitrust adottate con la pronuncia 17475/2002.

Appare particolarmente utile richiamare brevemente i fatti di causa e i principali punti della motivazione.

2.1 I fatti di causa

Nel 1990 la Courage, una fabbrica di birra che nel Regno Unito deteneva quote pari al 19% del mercato della vendita di birra, e la Grand Metropolitan, una società che aveva diversi interessi nel settore alberghiero e della ristorazione, si accordavano per la fusione dei pub, da esse concessi in locazione. A tal fine, i rispettivi esercizi venivano trasferiti alla Inntrepreneur Estates Ltd (di seguito "IEL"), una società posseduta in parti uguali dalla Courage e dalla Grand Metropolitan. Un accordo stipulato tra la IEL e la Courage prevedeva che tutti i locatari della IEL dovessero acquistare la loro birra esclusivamente dalla Courage. Quest'ultima era tenuta a fornire i quantitativi di birra ordinati al prezzo specificato nel listino prezzi di riferimento. La IEL sottoponeva un contratto tipo di locazione agli esercenti

[65] Sentenza del 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, in causa C-453/99. In dottrina sono numerosissimi i commenti alla sentenza, tra cui si menzionano senza pretesa di completezza 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"*, in Foro it., 2002, IV, pp. 76-84, G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), pp. 90-100, E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano,* in Foro it., 2002, parte IV, col 84., G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in Corr. giur., 2002, pp. 456-460, A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in Eur. dir. priv., 2002, pp. 791-796, S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole,* in Danno resp. 12/2001, p. 1153-1160, L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei* danni, in Resp. civ. prev. 2002, 668, A. JONES – D. BEARD, *Co-contractors, damages and Article 81: the ECJ finally speaks,* in Eur. Competition LR, 2002, pp. 246-256, O. ODUDU – J. EDELMAN, *Compensatory damages for breach of Art. 81*, in Eur. Law Rev., 2002, pp. 327-339, N. REICH, *The Courage doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?*, in CMLR, 2005, 42, pp. 35-6, S. DRAKE, *Scope of Courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice,* in Eur. Law Rev., 2006, 31(6), pp. 841-864, G. MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in Eur. Law Rev., 2002, pp. 282-302, L. VALENTINO, *Violazione di situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria: decentrati solo gli obblighi o anche le garanzie?*, in Dir. pubbl. comp. eur., 2002, pp. 192-199.

del pub. Se il livello del canone poteva costituire oggetto di trattativa con il potenziale locatario, l'obbligo di acquisto esclusivo e le altre clausole del contratto non erano negoziabili.

Nel 1991 il Sig. Crehan stipulava con la IEL due contratti di locazione ventennali contenenti le suddette clausole di acquisto esclusivo a favore della Courage con indicazione di quantitativi minimi di approvvigionamento. L'esercente doveva acquistare un quantitativo minimo delle birre specificate e la IEL acconsentiva a che i tipi di birra specificati fossero forniti all'esercente dalla Courage ai prezzi risultanti dal listino prezzi di quest'ultima. Nel 1993 la Courage intentava un'azione giudiziaria nei confronti del sig. Crehan reclamando da questi il pagamento delle somme relative alle forniture di birra rimaste insolute. Il sig. Crehan, dal suo canto, contestava la fondatezza delle avverse pretese sostenendo che l'obbligo di acquisto esclusivo integrava una violazione del divieto di intese sancito dall'art. 81 del Trattato per i suoi effetti restrittivi della concorrenza: in particolare, egli eccepiva – facendo leva sulla giurisprudenza conforme della Corte di Giustizia – che tale clausola imposta dalla Courage risultava in realtà riprodotta nella gran parte dei contratti esistenti sul mercato britannico tra produttori e esercenti dei pub e, dunque, contribuiva a determinare un effetto di blocco per qualunque produttore che avesse voluto fare ingresso sul mercato della distribuzione di birra attraverso lo specifico canale dei pub. Su queste basi il Sig. Crehan proponeva altresì domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni.

In questo contesto, la Corte inglese, giudice del rinvio, ha chiesto alla Corte di Giustizia di stabilire in sede pregiudiziale (i) se una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 81 possa dedurre la violazione di tale disposizione dinanzi ad un giudice nazionale, al fine di ottenere dalla controparte il risarcimento dei danni subiti a causa dell'assoggettamento della parte stessa ad una clausola contrattuale in contrasto con l'articolo 81 e (ii) se, di conseguenza, il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che non riconosca ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni. Nel caso in cui il diritto comunitario osti ad una norma nazionale di tale natura, il giudice nazionale richiedeva di conoscere quali circostanze dovessero essere prese in considerazione per valutare la fondatezza della domanda di risarcimento danni.

2.2 *I motivi di diritto*

In punto di diritto, i passaggi chiave della motivazione sono i seguenti:

(i) Il divieto di intese restrittive di cui all'art. 81 del Trattato costituisce ai sensi dell'art. 3, n., lett. G del Trattato CE una disposizione fondamentale, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, e in particolare, per il funzionamento del mercato interno [66].

(ii) Sia l'art. 81 che l'art. 82 producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici devono tutelare per

---

[66] L'art. 3, n. 1., lett. G del Trattato CE individua tra gli obiettivi della Comunità, la creazione di "*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno"*. Appare interessante notare che tale disposizione del Trattato, la quale come si è visto, costituisce un importante presupposto nel ragionamento seguito dalla Corte nel caso *Courage*, sia destinata ad essere espunta dal testo del Trattato CE, in virtù del Trattato di Lisbona stipulato dagli Stati Membri il 13 dicembre 2007, che entrerà in vigore una volta che sia stato ratificato da ciascun Stato membro (al 20 gennaio 2009 manca la ratifica della Repubblica Ceca e dell'Irlanda: quest'ultima ha indetto per il 2009 un nuovo referendum, dopo che il primo ha dato esito negativo). Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, prevede infatti che il riferimento al "regime concorrenziale" sia trasferito in un Protocollo apposito separato dal Trattato. Nel dibattito che ha preceduto l'approvazione di tali modifiche, il Direttore Generale del servizio giuridico della Commissione, Mr. Petite, è intervenuto con una lettera pubblicata sul *Financial Times* del 27 giugno 2007, sostenendo che tale variazione sarebbe priva di qualunque effetto nel sistema giuridico comunitario, considerata tra l'altro la natura vincolante del Protocollo in cui sono per l'appunto recepiti gli obiettivi in materia concorrenziale.
Tali affermazioni sono state vivacemente criticate dalla dottrina (vedi in particolare A. RILEY, *The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: undermining EC Competition Law,* in Eur. Competition LR, 2007, (12) pp. 703-707), che ha rilevato come l'interpretazione proposta dai servizi della Commissione sia "*disingenuous in the extreme*", sottolineando come la Corte di Giustizia in numerosi casi - incluso quello che qui ci interessa - ha conferito notevole valore interpretativo alla collocazione del riferimento al regime concorrenziale nella parte iniziale del Trattato CE dedicata ai principi fondanti della Comunità ed ha fatto leva proprio su tali aspetti per ampliare l'ambito di operatività delle disposizioni antitrust e sostenere la loro prevalenza sulle disposizioni nazionali in contrasto attraverso l'istituto della disapplicazione (come nel noto caso, *Consorzio Industrie Fiammiferi* "CIF", C-198/01, del 1 settembre 2003).
In questo senso, il trasferimento del riferimento in questione in un Protocollo separato sarebbe tutt'altro che indifferente. Infine, la dottrina citata ha efficacemente sottolineato come le modifiche apportate al Trattato siano la conseguenza di una precisa scelta politica, sostenuta da Paesi come la Francia che storicamente hanno avuto un approccio molto cauto alla piena e completa operatività dei principi di concorrenza e di liberalizzazione. Al riguardo, le parole del Presidente Sarkozy durante una conferenza stampa del giugno 2007, riportate nel contributo menzionato, appaiono particolarmente eloquenti: domanda dell'intervistatore "*To return to the objectives of the EU, on competition and the protection of citizens: what do these changes mean exactly in the daily life of the French and of the Europeans?* Risposta del Presidente: "*This perhaps gives a little more humanity to Europe. Because as an ideology, as dogma, what did competition give to Europe? It has given less and less to the people who vote at the European elections, and less and less to the people who believe in Europe. There was perhaps a need to reflect. I believe in competition, I believe in markets, but I believe in competition as a means and not an end in itself. This may also give a different legal direction to the Commission. That of a competition that is there to support the emergence of European champions, to carry out a true industrial policy. It was not a question of making an economic Treaty or a liberal Treaty and explain it to the citizen. It was a question of turning our backs to ideology, dogma and naivety*".

garantire l'effetto utile delle disposizioni comunitarie antitrust [67]. Ne deriva che qualunque singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 81 del Trattato chiedendo il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza (parr. 23 – 26). Tale diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è in grado di disincentivare le imprese dall'adottare comportamenti anticoncorrenziali; in questo senso, le azioni di risarcimento danni proposte davanti alle giurisdizioni nazionali possono contribuire in misura sostanziale al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (par. 27) [68].

---

[67] L'efficacia diretta delle norme antitrust del Trattato era stata già riconosciuta dalla Corte con le sentenze del 30 gennaio 1974, causa C-127/73, *BRT e SABAM*, par. 16, e 18 marzo 1997, causa C-285/95, *P. Guerin automobiles/Commissione*, par. 39. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven del 27 ottobre 1993, nel caso *Banks*, C-128/92, parr. 36-45, riguardanti l'applicabilità diretta dell'art. 65 del Trattato CECA (anch'esso relativo al divieto di intese restrittive della concorrenza) si prefigurava l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno delle vittime antitrust derivante dal diritto comunitario, con conseguente obbligo da parte degli Stati membri di apprestare gli strumenti perché tale diritto potesse essere efficacemente azionato (cfr. la nota n. 69 sui principi di effettività ed equivalenza). La Corte, tuttavia, nel caso di specie non condivise la posizione dell'Avvocato Generale ritenendo che agli articoli del Trattato CECA richiamati non avessero efficacia diretta.

[68] Negli ultimi anni la Commissione ha costantemente sostenuto l'opportunità di incoraggiare la proposizione di azioni di risarcimento di danno fondate sulla violazione della normativa antitrust da parte dei privati, ritenendo che le azioni civili autonomamente proposte davanti alle corti nazionali costituiscano il complemento necessario per aumentare l'efficacia deterrente della propria azione amministrativa (affermazioni in tal senso si rinvengono peraltro già (i) nel Rapporto Deringer del Parlamento europeo, 7 settembre 1961, (ii) nel XIII rapporto della Commissione sulla politica della concorrenza del 1983 e (iii) nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione, in G.U.C.E. C 39 del 13 febbraio 1993, pp. 6 ss., in cui quest'ultima delinea un sistema di coordinamento tra le proprie competenze e quelle delle corti nazionali, affermando "*... verosimilmente ... le imprese saranno più inclini ad astenersi dal commettere violazioni del diritto comunitario della concorrenza qualora rischino una condanna al risarcimento dei danni*"; al riguardo si rinvia alla ricostruzione di A.P. KOMMINOS, *New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, in CMLR, 2002, p. 447).
Peraltro, nel Regolamento 1/2003 di modernizzazione delle regole comunitarie di concorrenza (sulla portata della modernizzazione si vedano tra gli altri G.S. MCCURDY, *The impact of the EU competition law system on the Courts and private enforcement of the competition laws: a comparative* perspective, in Eur. Competition LR, 2004, 8, pp. 509-517, L. TOFFOLETTI, *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in Giur. comm., 2002, 4, pp. 417-454, e G. GHIDINI - M. PANUCCI, *Le controversie in materia antitrust alla luce del regolamento comunitario n. 1/2003*, in Dir. ind., 2004/1, pp. 61-68) non vi sono previsioni che espressamente attengono alla proposizione di azioni per danni da parte dei privati, anche se nel considerando n. 7 si riconosce che "*le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato*".
Pur in mancanza di disposizioni espresse, il Regolamento 1/2003 contiene delle previsioni di indubbio rilievo per il *private enforcement* delle regole di concorrenza: in tal senso, assume certamente rilevanza la disposizione di cui all'art. 16 in tema di vincolatività delle decisioni della Commissione per le corti nazionali, ai sensi della quale "*quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono*

(iii) Spetta all'ordinamento degli Stati membri approntare i mezzi perché tale tutela sia effettiva e comunque non meno favorevole di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna [69]. In ogni caso, nulla osta a che i giudici nazionali

---

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. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del Trattato" (ossia la possibilità di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, n.d.r.). Tale previsione, che è posta a presidio dell'uniforme applicazione e della certezza del diritto comunitario e che recepisce quanto già riconosciuto dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* (Sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, caso C-234/89) e soprattutto *Masterfoods* (Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, C-344/98), si traduce in pratica in un forte incentivo alla proposizione di azioni private davanti alle Corte nazionali basate sugli accertamenti già effettuati dalla Commissione (c.d. *follow on action*).
Occorre tuttavia notare che la previsione in esame pone dei rilevanti problemi di compatibilità con il principio, riconosciuto nel nostro e in altri ordinamenti, dell'indipendenza di giudizio del giudice e della sua sottoposizione solamente alla legge, di talché non è escluso che in futuro sia sollevata una questione di legittimità costituzionale in relazione al contenuto dell'art. 16 del Regolamento 1/2003. Al riguardo, si è osservato in dottrina (A.P. KOMMINOS, *op. cit.* (nt. 2), pp. 115 et ss.) come non a caso il suddetto articolo non faccia riferimento alcuno alla "vincolatività" delle decisioni della Commissione, optando per una formulazione meno "invasiva" ("*i giudici… non possono*") e lasciando comunque aperta la strada del rinvio pregiudiziale nel caso in cui il giudice non intenda conformarsi agli esiti istruttori della Commissione (descrive le evoluzioni giurisprudenziali avvenute al riguardo nel Regno Unito, A. ANDREANGELI, *The enforcement of Article 81 EC Treaty before national courts after the House of Lords' decision in the Innterpreneur Pub Co LTD v. Crehan*, in Eur. Law Rev., 2007, 32(2), 260-270).
Successivamente al Regolamento 1/2003, la Commissione nella sua Comunicazione intitolata "*Una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva*" del 20 aprile 2004, ha invece fatto espresso riferimento alla necessità di "*procedere ad un'analisi approfondita degli ostacoli materiali e giuridici o amministrativi alla concorrenza che danneggiano maggiormente i consumatori ed il libero gioco della concorrenza nel mercato interno*", e ciò al fine di far sì che nel nuovo contesto della modernizzazione del diritto comunitario di cui al Regolamento 1/2003 le imprese e i consumatori si sentano "*incoraggiati a far valere i loro diritti dinanzi ai tribunali nazionali*".
Tali intenzioni si sono tradotte nella pubblicazione dapprima di uno Studio, commissionato allo studio legale Ashrust, sul grado di sviluppo del *private enforcement* nei vari Stati dell'Unione (D. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infingements of EC competition rules*; c.d. Rapporto Ashrust, consultabile sul sito della Commissione europea DG Concorrenza, htttp://europa.eu sezione concorrenza) e poi del Libro Verde e del Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie di cui si tratterà più diffusamente nel prosieguo (cfr. nota n. 86).

[69] Il riferimento è evidentemente ai principi di autonomia procedurale, equivalenza ed effettività che presiedono ai rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario. In ossequio al principio di leale collaborazione nel raggiungimento degli obiettivi del Trattato contemplato dall'art. 10 del Trattato CE, gli Stati Membri e le loro corti giurisdizionali sono tenuti ad applicare le previsioni aventi efficacia diretta, a dare loro forza prevalente in caso di contrasto con i principi del diritto nazionale e a proteggere i diritti che gli individui traggono da tali disposizioni. Per tutelare tali posizioni soggettive, le Corti nazionali sono chiamate ad applicare gli strumenti procedurali apprestati dal loro diritto nazionale (principio di autonomia procedurale), salvo ovviamente che non vi sia già una disciplina comunitaria di riferimento.
Dall'applicazione di tale principio potrebbe invero derivare la previsione di standard di protezione differenziati nei diversi Stati Membri, a seconda degli strumenti previsti da ciascun ordinamento. Al riguardo vengono in gioco i principi di equivalenza e di effettività diretti proprio a garantire un'omogeneità di fondo nella tutela delle posizioni soggettive conferite dal diritto comunitario: essi stabiliscono rispettivamente che le regole nazionali applicabili non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni basate su disposizioni equivalenti di diritto nazionale (principio di equivalenza) e non devono rendere l'attuazione dei diritti derivanti dall'ordinamento comunitario eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di effettività, a cui consegue come corollario la disapplicazione delle regole procedurali interne che non consentano una piena applicazione di tali diritti).

vigilino affinché le tutele così apprestate non comportino un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto;

(iv) Il diritto comunitario non osta a che sia negato il diritto al risarcimento del danno alla parte rispetto a cui sia stata accertata una significativa responsabilità nella distorsione della concorrenza [70];

Proprio facendo leva sul principio di effettività, la Corte di giustizia ha affermato la necessità che i rimedi garantiti dalle giurisdizioni nazionali siano adeguati allo scopo e tali da garantire una reale ed effettiva protezione giudiziale dei diritti di matrice comunitaria (cfr. la sentenza della Corte del 10 aprile 1984, *Van Colon and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, par. 23). In alcuni casi, la Corte ha riconosciuto la discrezionalità del giudice nazionale nell'individuazione del rimedio; in altre la Corte ha riconosciuto una discrezionalità più limitata fino a giungere ad alcune fattispecie in cui quest'ultima è giunta ad individuare con esattezza il rimedio specifico che doveva essere garantito alla parte ricorrente (cfr. la sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *Amministrazione dello Stato v. San Giorgio*, C-199/82).
La possibilità di individuare in tale contesto **un diritto al risarcimento del danno di "origine comunitaria"** è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia con una serie di pronunce che attenevano a violazioni di diritti individuali di derivazione comunitaria ad opera degli Stati membri (per effetto ad esempio di normative interne che risultavano in contrasto o non armonizzate con quanto previsto dalla corrispondente legislazione adottata a livello comunitario – cfr. le sentenze della Corte del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri v. Repubblica Italiana*, C-6/90 e C-9/90 e del 19 giugno 1990, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, C-213/89, nonchè la ricostruzione fornita da S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust in Inghilterra e in Italia,* in Danno resp., 1998, 12 p. 1066 e ss.).
Il passaggio successivo, effettuato dalla Corte per l'appunto con la sentenza *Courage*, è consistito nel riconoscere il medesimo diritto al risarcimento del danno di derivazione comunitaria non solo per i pregiudizi arrecati agli individui dalle autorità nazionali (e quindi per i rapporti c.d. verticali) ma anche per i danni prodotti da un'impresa nei confronti delle proprie controparti contrattuali private (rapporti orizzontali), nel caso di specie per effetto della violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza (sul punto come si è detto nella nota n. 67 si era già pronunciato favorevolmente l'Avvocato Generale Van Gerven nel caso *Banks*).
Ovviamente il diritto "comunitario" al risarcimento in caso di violazioni delle norme antitrust previste dal Trattato non è assoluto, e può risultare limitato - o anche precluso *in toto* – in determinate circostanze dall'applicazione di regole nazionali di carattere generale, come ad esempio la prescrizione, purchè ovviamente esse stesse non violino i principi di equivalenza ed effettività. Come si vedrà, nel caso *Courage*, ad esempio, la Corte si è pronunciata non solo sull'esistenza di un diritto al risarcimento dei privati per violazione antitrust, ma anche sulla compatibilità con il principio di effettività della regola giurisprudenziale inglese che nega il diritto al risarcimento del danno al soggetto che fondi la sua domanda su un atto illecito di cui condivide la responsabilità - c.d. *in pari delicto doctrine*, su cui vedi la nota successiva - (sull'applicazione dei principi di effettività ed equivalenza nel caso *Courage* cfr. A. JONES – D. BEARD, *op. cit.* (nt. 65), pp. 249 et ss.).

[70] Il riferimento è ai principi sviluppati dalla giurisprudenza inglese secondo cui non è meritevole di tutela chi fondi la propria azione giudiziale su un atto immorale o illecito (*ex turpi causa non oritur actio*) o chi tenti di ricavare benefici o ottenere ristoro dei danni per un contratto oramai eseguito a cui tale soggetto abbia preso parte (*in pari delicto potior est conditio defendentis* - un principio analogo è espresso dal brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), atteso che come si visto in sede di ricostruzione dei fatti Mr. Crehan aveva sottoscritto e dato esecuzione ai contratti di locazione con clausola di acquisto esclusivo da cui faceva discendere i danni subiti.
Tuttavia l'operatività di tali regole giurisprudenziali è limitata dalla Corte di Giustizia al solo caso in cui alla parte che chieda il risarcimento del danno sia imputabile una significativa responsabilità rispetto all'illecito concorrenziale: un'applicazione più estesa di tali principi si porrebbe pertanto in contrasto con il principio di effettività (cfr. nota precedente).
E' stato rilevato peraltro come la teoria dell'*in pari delicto* avesse già subito delle limitazioni applicative nel caso in cui delle parti contrattuali fosse stato un consumatore - cfr. G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 92, che a sua volta rinvia a quanto riferisce G. ALPA, *I contratti in generale. Introduzione alla nuova giurisprudenza*, UTET, Torino, 1990.

(v) Il diritto al risarcimento non può tuttavia essere negato se, anche alla luce del contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano ad operare, la parte che lamenta un danno a seguito della conclusione di un accordo anticoncorrenziale si trovi in una posizione di inferiorità grave nei confronti della controparte tale da comprometterne seriamente la libertà di negoziare le clausole o la capacità di evitare il danno o di limitarne l'entità

2.3 Le difficoltà interpretative sollevate dalla sentenza Courage

La Sentenza della Corte fissa dunque un principio giuda di notevole importanza per l'evoluzione del *private enforcement* negli ordinamenti degli Stati Membri [71], riconoscendo in linea di principio una legittimazione alle azioni di risarcimento antitrust estesa a qualunque categoria di potenziali attori: ad essere potenzialmente esclusi, come si visto, sono eventualmente quei soggetti che condividano una responsabilità significativa nella violazione della concorrenza, sempre che la normativa interna di uno Stato Membro individui tale circostanza come un limite alla legittimazione risarcitoria e preveda un analogo trattamento nel caso di violazioni della normativa interna (in ossequio al principio di equivalenza).

Prima di illustrare l'influenza che tale sentenza e i principi da essa espressi hanno esercitato sulla evoluzione della giurisprudenza interna, si ritiene opportuno soffermarsi su alcune questioni interpretative sollevate dalla pronuncia della Corte che assumono particolare rilievo per i temi trattati nel presente lavoro.

In particolare, la dottrina ha pervasivamente ed efficacemente evidenziato le difficoltà, da un lato, di armonizzare i principi di diritto espressi dalla Corte nel caso *Courage* con la fattispecie sostanziale dinanzi ad essa dedotta [72] e dall'altro, di individuare da un punto di

---

[71] G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 91, osserva come la pronuncia in epigrafe abbia avviato un "*processo di comunitarizzazione*" delle regole in tema di risarcimento del danno antitrust, anche se dai presupposti ed esiti ancora incerti.

[72] Non sorprendentemente, peraltro, le vicende dinanzi al giudice del rinvio a valle della sentenza della Corte si sono ulteriormente infittite: cfr. al riguardo quanto riportato da A. ANDREANGELI, *op. cit.* (nt. 68), pp. 260-270.

vista sistematico le categorie giuridiche di riferimento per tradurre e rendere operativi i principi in questione all'interno del nostro ordinamento.

Sotto il primo profilo, al centro dell'attenzione degli interpreti si sono posti i profili negoziali della vicenda, finalmente affrancati dalla questione delle intese a valle. Nel caso concreto infatti sono proprio l'accordo di locazione e la clausola di esclusiva in esso contenuto a integrare la violazione del diritto antitrust e ad essere pertanto colpiti da nullità, senza che a tal fine venga in rilievo ciò che avviene da un punto di vista contrattuale a monte o a valle dell'accordo. In tale contesto ci si è interrogati sulla correttezza dell'approccio seguito dalla Corte che riconduce l'accordo di locazione alla categoria dell'intesa antitrust: la fattispecie intesa infatti presuppone una situazione in cui due soggetti indipendenti condividano la volontà di attuare una politica, di perseguire un obiettivo o di adottare un preciso comportamento nel mercato [73], requisito che sembrerebbe mancare nel caso *Courage* dove l'attore, a detta della Corte, si trova in una grave posizione di inferiorità nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente la sua libertà di negoziare le clausole del contratto e di evitare o limitare le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano [74].

---

[73] Cfr. la sentenza *Adalat*, del Tribunale di Primo Grado del 26 ottobre 2000, causa T-41/96, Bayer c. Commissione, in Foro it., 2001, IV, p. 78, con note di R. PARDOLESI, *C'era una volta in Europa: di antitrust comunitario, importazioni parallele ed idoli infranti*, e di S. BASTIANON, *Antitrust e importazioni parallele: il caso «Adalat»*, confermata dalla Corte di giustizia con sentenza del 6 gennaio 2004, in causa C-2/01, commentata da C. BROWN, *Bayer v. Commission: the ECJ agrees*, in Eur. Competition LR, 2004, 7, pp. 386-389.
Sempre prendendo spunto dal caso *Adalat*, un Autore (R. PARDOLESI, *Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*, in Mercato conc. reg., 2001, p. 568) ha stigmatizzato la tendenza dell'antitrust comunitario e statunitense a ricondurre forzatamente alla fattispecie dell'intesa ipotesi caratterizzate da una spiccata unilateralità, allo scopo evidente di ampliare l'ambito di applicazione del divieto: nel caso *Adalat*, infatti, non ricorreva alcun contratto scritto tra le parti da cui far discendere la volontà convergente degli stessi all'attuazione dell'illecito concorrenziale (nel caso di specie la restrizione quantitativa alle importazioni parallele di farmaci) – in questo senso anche G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 93, nota 9.

[74] Così S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 65), pp. 1153-1160. L'Autore reputa insoddisfacenti le precisazioni fornite sul punto dalla Corte, che nel par. 35 della Sentenza richiamata precisa che "*contrariamente a quanto sostiene Courage una valutazione differenziata della portata delle responsabilità non è in contrasto con la giurisprudenza della Corte secondo cui poco importa, ai fini dell'applicazione dell'art. 85* [ora 81, n.d.r.] *del Trattato, che le parti di un accordo si trovino o meno su un piano di parità per quanto riguarda la loro posizione e la loro funzione economica. Infatti tale giurisprudenza riguarda i presupposti per l'applicazione dell'art. 81 del Trattato, mentre le questioni deferite alla Corte nella causa in esame vertono su talune conseguenze civilistiche di una violazione di tale norma.* Secondo tale Autore infatti "*le perplessità, di ordine sistematico, sollevate dal ragionamento dell'Avv. Gen. – parlare di accordo anche quando una delle parti, di fatto, non è libera di determinare autonomamente la propria volontà negoziale ha il sapore della forzatura – nella pronuncia della Corte assumono una portata ben più inquietante*". Nello stesso senso G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p.93.

Sotto il secondo profilo, si è evidenziato come, adottando le categorie giuridiche del diritto nazionale, sia difficilmente individuabile nel caso di specie un nesso sufficientemente solido tra la violazione antitrust dedotta e la natura della responsabilità da cui deriva il diritto al risarcimento del danno.

Se si configura, infatti, la responsabilità accertata dalla Corte a carico della Courage in chiave contrattuale, essa assumerebbe le sembianze di una responsabilità da pieno adempimento delle prescrizioni contrattuali (non è infatti in discussione che la società abbia sempre ottemperato ai suoi obblighi di approvvigionamento di birra), con lo "spettro" di rilevanti "contraddizioni sistemiche". Se si fa invece riferimento ai canoni della responsabilità extracontrattuale, l'elemento illecito dovrebbe individuarsi non tanto nel contratto ma nel comportamento unilaterale della Courage che sfruttando il suo potere di mercato ha imposto la clausola di approvvigionamento esclusivo: tuttavia il preteso abuso del proprio potere di mercato da parte della Courage non costituisce certo l'oggetto della violazione dedotta dinanzi alla Corte e comunque non sarebbe stato in grado di assumere alcun rilievo da un punto antitrust, posto che Courage non deteneva una posizione dominante sul mercato (indispensabile per configurare una violazione dell'art. 82 del Trattato) [75].

Sulla stessa scia si è posto inoltre chi [76], partendo proprio dalle difficoltà di adattare le categorie interne della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia [77], ha ritenuto che il giudice nazionale disporrebbe di strumenti diversi e più conferenti per "adeguare" l'ordinamento nazionale ai dettami del Giudice di Lussemburgo e rendere così immediatamente azionabile il diritto al risarcimento del danno di derivazione comunitaria nel nostro ordinamento: ciò in particolare attraverso l'istituto della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 e 1338 [78]. Anche secondo questa

---

[75] Tali considerazioni sono sviluppate da A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 65), pp. 76-84.

[76] Cfr. E. SCODITTI, *op. cit.* (nt. 65), p. 84, a cui si riferiscono le citazioni contenute nelle note che seguono.

[77] Responsabilità precontrattuale concepita però non come illecito aquiliano ma come violazione di un rapporto obbligatorio non di origine contrattuale: "*contratto e fatto illecito ci appaiono però subito strumenti non agevoli per tutelare un soggetto che è insieme autore e vittima dell'intesa anticoncorrenziale*".

[78] Secondo l'Autore infatti: "*il diritto al risarcimento del danno non deriva dal contratto asseritamente 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*.

ricostruzione, pertanto, la fonte di tale responsabilità sarebbe da individuarsi al di fuori del negozio (ossia dell'intesa illecita) [79] e in particolare nella violazione da parte del soggetto forte del rapporto [80] del vincolo di buona fede e degli obblighi di protezione e conservazione della sfera giuridica del soggetto in situazione di "dipendenza economica" che, secondo l'orientamento richiamato, sorgono indipendentemente (e precedentemente) rispetto al vincolo negoziale [81].

In realtà le incongruenze sistematiche e le difficoltà ricostruttive rilevate in dottrina sembrano in realtà riconducibili alla comune percezione di un profondo scollamento tra la violazione antitrust sottostante e il diritto al risarcimento riconosciuto dalla Corte alla parte debole del rapporto [82]: l'analisi che sarà condotta più avanti nel corso della trattazione consentirà di individuare con precisione ciò che – ad avviso di chi scrive – costituisce il nesso mancante tra violazione e danno, e da cui origina la propensione degli interpreti richiamati a ricercare l'origine del diritto al risarcimento del danno al di fuori dell'intesa contrattuale illecita (cfr. par. 5.6).

Prima tuttavia di affrontare tali tematiche, che costituiscono il cuore del presente lavoro, appare opportuno procedere nella ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale interna in materia di azioni antitrust da parte dei privati iniziata nel par. 1.2, in modo da fornire un quadro di riferimento sufficientemente delineato su cui innestare le ulteriori riflessioni di cui si accennava.

---

[79] L'Autore al riguardo osserva che "*far discendere dalla norma sulle intese vietate la disciplina di un rapporto intersoggettivo, quale quello interessato dalla sentenza Courage, vuol dire piegare la normativa sulla concorrenza, dotata di una valenza obiettiva, alle esigenze di un particolare rapporto giuridico. Bisogna differenziare tutela del mercato e tutela del soggetto debole nella relazione di mercato, distorsione della concorrenza e rapporto di forza*".

[80] Ossia, nella visione dell'Autore richiamato, il soggetto che si trova in posizione di supremazia economica nella contrattazione, ma non necessariamente in una posizione dominante sul mercato.

[81] Imposta la questione in termini simili, A. DI MAJO, *op. cit.* (nt. 65), pp. 791-796

[82] Cfr. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 65), pp. 76-84, quando affermano: "*Quella di tener insieme l'accordo, con lo stigma dell'illecito e il diritto di una parte al risarcimento del pregiudizio che ne deriva è impresa disperante*".

2.4 La rilevanza della sentenza Courage ai fini dell'evoluzione della giurisprudenza interna in tema di risarcimento del danno e nullità dell'intesa

Il presente paragrafo si propone di chiarire le ragioni per cui si reputa che la pronuncia della Corte di Giustizia abbia ricoperto un ruolo fondamentale per quel cambiamento di prospettiva di cui si è dato conto in precedenza che ha indotto la Corte di Cassazione ad affrancarsi da una visione negoziale, e in un certo senso formalistica, della legittimazione antitrust [83] per porsi in un'ottica sostanzialistica, maggiormente attenta alla configurazione dei rapporti economici che la normativa a tutela della concorrenza è tesa a salvaguardare.

In questo senso si ritiene che l'importanza dell'intervento della Corte di Giustizia vada al di là dei principi di carattere generale ivi affermati, e possa essere apprezzata avendo specifico riguardo agli elementi che caratterizzano il contesto in cui tale decisione si inserisce, sia sotto il profilo istituzionale che dal punto di vista propriamente fattuale.

2.4.1 Le considerazioni legate alla funzione istituzionale del private enforcement

Dalla motivazione della sentenza risulta chiaro che la decisione di aprire la legittimazione antitrust a tutte le categorie di potenziali attori (inclusi coloro che a norma del diritto nazionale inglese ne sarebbero rimasti esclusi) non è esclusivamente riconducibile al mero interesse dell'ordinamento comunitario alla tutela specifica della vittime di una violazione antitrust.

In particolare, i parr. 26 e 27 della sentenza, richiamati in apertura del presente capitolo, operano un espresso riferimento al notevole contributo che le azioni antitrust da parte dei privati sono in grado di apportare per la repressione delle condotte anticoncorrenziali, affiancandosi all'attività svolta sul piano pubblicistico dalle autorità investigative specificamente preposte a tale tutela.

La posizione assunta dalla Corte appare pertanto influenzata anche da motivi contingenti di vera e propria *policy* della politica di concorrenza comunitaria [84]: in un contesto di scarsa

[83] Il riferimento è ovviamente alla sentenza 17475/2002 analizzata nel par. 1.5.

propensione dei privati all'azione antitrust [85], l'ampliamento della sfera dei legittimati sul piano civilistico veniva percepito come un tassello funzionale ad incrementare l'effettività dell'*enforcement* della normativa antimonopolistica [86].

---

[84] Viene immediatamente alla mente il paragone con l'interpretazione espansiva delle norme antitrust promossa per lungo tempo dalla Corte di Giustizia in tema di illiceità per oggetto delle importazioni parallele, evidentemente funzionale alla realizzazione di un obiettivo "politico" quale l'integrazione dei mercati (per i primi segnali di un ripensamento di tale approccio "aggressivo" si vedano, oltre alla sentenza *Adalat* menzionata alla nota n. 73, le Conclusioni dell'Avvocato Generale del 28 ottobre 2004, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri v. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, C-53/03, peraltro mitigate nella loro portata effettiva dalla recente sentenza della Corte di Giustizia, del 16 settembre 2008, nel caso *Sot. Lelos kai Sia EE e altri c. GlaxoSmithKline*, C-468/06 : in dottrina si rinvia a S. BASTIANON, *Il caso Syfait e il problema delle importazioni parallele nel settore farmaceutico*, in Foro it., 2005, 9, IV, pp. 441 – 444, e C. DESOGUS, *Parallel trade and pharmaceutical R&D: the pitfalls of the rule of reason*, in Eur. Competition LR, 2008, 11, pp. 649-665.

[85] Cfr. i risultati del Rapporto Ashrust menzionato nella nota n. 68.

[86] Nelle conclusioni del già menzionato Rapporto Ashrust (cfr. nota n. 68) il quadro di riferimento del *private enforcement* nelle varie giurisdizioni comunitarie analizzate veniva non a caso definito come di "*astonishing diversity and total underdevelopment*", a fronte di solamente 60 casi di azioni per danni censite in tutta Europa, di cui meno della metà conclusi con il riconoscimento dei danni a favore dell'attore.
In dottrina si è tuttavia rilevato come il limitato numero di cause censite dal Rapporto Ashrust sconti il rilevante numero di transazioni extragiudiziali (specie tra imprenditori) con cui sono state chiuse possibili controversie antitrust a valle di decisioni della Commissione (cfr. R. WHISH, *The enforcement of competition rules before national court*, intervento al Convegno organizzato dall'Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni della Luiss il 15 novembre 2005 a Roma, che al proposito menziona quali casi emblematici, il contenzioso *Microsoft* e quello originato dal cartello delle vitamine. Vedi al riguardo anche l'interessante ricostruzione relativa agli accordi stragiudiziali nel Regno Unito per controversie antitrust operata da R. BARRY, *Private Enforcement of Competition Law, the Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the United Kingdom, 2000-2005*, in Eur. Competition LR, 2008, 19(2), pp. 96-116, che accredita circa 43 casi di soluzione stragiudiziale nel periodo tra il 2000 e il 2005 per controversie basate sulla violazione delle norme comunitarie o inglesi in materia antitrust).
Sulla base delle risultanze del Rapporto Ashrust, nel dicembre 2005 la Commissione ha pubblicato un Libro Verde in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie con cui sono stati individuati vari ostacoli giuridici e procedurali determinati dalle normative nazionali ed è stata lanciata una consultazione su alcune possibili misure di intervento per incrementare il ricorso da parte dei privati alle azioni in questione (sia con riferimento alle azioni *follow on* che a quelle che risultano autonome rispetto da una preventiva decisione di un'autorità di concorrenza, c.d. azioni *stand alone*), in un'ottica di compensazione delle perdite da questi subite, ma anche di innalzamento dell'efficacia deterrente complessiva delle norme antitrust.
Il Libro Verde ha innescato un vivace dibattito, testimoniato dalle oltre cento risposte ricevute dalla Commissione da soggetti pubblici e privati interessati alla questione, quasi tutte pubblicate sul sito internet di quest'ultima, a cui si devono aggiungere sia gli interventi presentati nel corso di una serie di conferenze (cfr. ad esempio quella dell'Academy of European Law al Centro Congressi Bedford di Brussels il 9 marzo 2006 dal titolo "*Private enforcement in EC Competition Law: the Green Paper on damages action*") da (i) membri della Commissione e dello staff legale, (ii) giudici delle Corti comunitarie e (iii) autorevoli commentatori, sia i contributi oggetto di pubblicazione sulle riviste specializzate tra cui si ricordano (i) il lavoro del Prof. M. SIRAGUSA, *A reflection on some private antitrust enforcement issues*, in *European Competition Law Annual* 2006, a cura di C.D. EHLERMANN - I. ATANASIU, (ii) gli interventi di J. PHEASANT, *Private dameges actions*, pubblicati in Competition Law Insight, 14 febbraio 2006, 14 marzo 2006, 1 agosto 2006 e 8 maggio 2007, e (iii) il contributo di L. DI GIAMBATTISTA, *Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green Paper*, in Dir. Unione eur., 4/2006, pp. 729-746).
Ad esito di tale dibattito, il Parlamento europeo con Risoluzione del 25 aprile 2007 ha incaricato la Commissione di redigere un Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust contenente proposte particolareggiate per affrontare gli ostacoli che si frappongono ad uno svolgimento efficace di tali meccanismi di tutela. La Commissione ha provveduto il 2 aprile 2008 a pubblicare il documento (unitamente al *Commission Staff Working Paper* e ad un documento di valutazione dell'impatto delle misure prospettate, "*impact assessment*") che presenta delle proposte relative a tutte le categorie di

vittime, a tutti i tipi di infrazione e a tutti i settori dell'economia, volte a garantire quanto più possibile (a) un risarcimento completo per i soggetti danneggiati dalle violazioni antitrust, (b) una diffusione delle azioni tale da accrescere il grado di applicazione delle regole antitrust e l'effetto deterrente per le imprese all'adozione di comportamenti anticompetitivi, nonché (c) il rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri futuri possibili destinatari delle misure.

In particolare, la Commissione suggerisce di:

(i) consentire che sia gli acquirenti diretti che quelli indiretti possano accedere al risarcimento dei danni subiti, quando vi sia un nesso causale tra tali danni e la violazione delle norme antitrust;

(ii) far sì che le vittime di violazioni antitrust siano legittimati a ricevere piena compensazione dei danni subiti, ciò che include la perdita effettiva subita, il mancato profitto e gli interessi: a fini di certezza del diritto la Commissione propone di codificare tali principi in uno strumento legislativo comunitario *ad hoc*;

(iii) conferire alle corti nazionali il potere di ordinare, su richiesta di parte, alle parti in causa o a terzi di divulgare categorie precise di prove rilevanti e necessarie, nel rispetto del principio di proporzionalità, sotto pena di sanzioni pecuniarie (o con rilevanza sotto il profilo del contegno processuale) e con esclusione delle dichiarazioni rese in sede di trattamenti di clemenza (c.d. *leniency programs*, che prevedono l'immunità dalle ammende amministrative per le imprese che forniscano evidenze decisive circa la loro partecipazione ad una violazione grave della concorrenza non ancora nota – cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. C 298 dell'8 dicembre 2006); in tale ultima ipotesi la Commissione intende peraltro valutare ulteriormente se limitare la responsabilità civile del beneficiario del trattamento di clemenza alle sole richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti;

(iv) prevedere che i convenuti possano opporre agli acquirenti diretti che lamentano il pagamento di un sovrapprezzo dovuto ad un'infrazione antitrust, il trasferimento di tale sovrapprezzo a valle nella catena distributiva (e quindi agli acquirenti indiretti); di converso prevedere che gli acquirenti indiretti possano contare sulla presunzione semplice che il sovrapprezzo illegale è stato loro trasferito nella sua interezza;

(v) stabilire che i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su violazioni degli artt. 81 e 82 su cui sia già intervenuta una decisione definitiva di accertamento di un'Autorità nazionale di concorrenza comunitaria (ossia appartenente allo *European Competition Network*) o di una Corte di Appello, non possano prendere decisioni in contrasto con tali accertamenti (ciò che peraltro amplificherebbe ulteriormente le perplessità già emerse con riferimento alla portata dell'art. 16 del Regolamento 1/2003 di cui alla nota n. 68);

(vi) adottare una misura che chiarisca come, una volta dimostrata la violazione delle norme antitrust comunitarie, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore realmente scusabile;

(vii) combinare due meccanismi complementari di azione collettiva per permettere alle vittime di illeciti antitrust di aggregare le loro singole istanze dinanzi al giudice, e in particolare cumulare le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori o enti similari anche statali, con le azioni collettive con modalità *opt-in*, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali d risarcimento del danno subito.

(viii) fissare che la decorrenza della *prescrizione* non inizi a decorrere (i) prima del giorno di cessazione dell'infrazione, in caso di infrazione continuata o ripetuta, e (ii) prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che essa le ha causato; inoltre prevedere un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni che decorra una volta che la decisione di un'Autorità di concorrenza (o di una corte di appello) su cui l'attore basi la propria azione sia diventata definitiva;

(ix) elaborare norme procedurali che incoraggino le transazioni, evitino che le spese giudiziarie possano divenire un disincentivo sproporzionato rispetto alle richieste di risarcimento dei danni antitrust, e diano ai tribunali nazionali la possibilità di emettere provvedimenti relativi alle spese che garantiscano all'attore in caso di soccombenza il non completo accollo delle spese giudiziali.

Appare opportuno segnalare come nel White Paper siano scomparsi tanto il riferimento ai danni punitivi che all'inversione dell'onere della prova o all'operare di presunzioni a favore della vittima delle condotte anticompetitive, inizialmente contemplati nel Libro Verde (al riguardo è interessante notare che il Giudice di Bitonto da cui era originato il rinvio pregiudiziale nel caso *Manfredi* – cfr. la nota n. 171 - in sede di decisione della causa aveva poi riconosciuto all'attore il risarcimento per il doppio dei danni subiti, accedendo ad una visione punitiva dei danni sicuramente estranea al nostro ordinamento, sul punto vedi P. NEBBIA, *…so what happened to Mr. Manfredi? The Italian decision following the ruling of the European Court of Justice*, in Eur.

Al riguardo, si osserva che le azioni private in materia antitrust, oltre ad assolvere a funzioni di giustizia sostanziale (assicurando che ad ottenere la compensazione per i danni subiti siano le vittime dei comportamenti anticompetitivi e non la collettività nel suo insieme come avviene nel caso delle azioni promosse dalle autorità pubbliche) possono contribuire a portare alla luce comportamenti anticoncorrenziali che altrimenti non sarebbero rilevati [87].

In questo senso, l'apporto del *private enforcement* alla repressione degli illeciti concorrenziali si estrinseca sotto diversi profili. In primo luogo, le autorità pubbliche preposte al controllo antitrust generalmente dispongono di limitate risorse investigative; ciò quindi impone una selezione degli interventi, che generalmente viene focalizzata su determinati settori economici o su determinate categorie di comportamenti anticompetitivi ritenuti più minacciosi per le dinamiche concorrenziali. Il contributo delle azioni dei privati è in grado di sanare questo squilibrio facendo sì che le corti ordinarie estendano l'ambito di applicazione concreta del diritto antitrust a fattispecie o a settori "periferici" rispetto alle zone di intervento dell'autorità pubblicistica [88].

Competition LR, 2007, 28, pp. 591-596). Al proposito, deve inoltre segnalarsi l'intervento della Corte di Cassazione - sentenza 1183 del 19 gennaio 2007, in Giur. it., 2008, 2, pp. 390 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà* - che ha escluso la possibilità di riconoscere in Italia un giudicato statunitense in cui erano stati aggiudicati danni punitivi, risultando tale aggiudicazione in contrasto con il nostro ordinamento e producendo effetti contrari all'ordine pubblico interno.
Tra i primi commenti al White Paper si segnalano A.P. KOMNINOS, *Enter the White Paper for damages actions: a first selective appraisal*, in Global Competition Policy, April 2008, disponibile all'indirizzo web www.globalcompetitionpolicy.org e D. WOODS, *White Paper on damages actions for beach of articles 81 and 82 EC*, presentato il 24 aprile 2008 alla conferenza della UK Competition Law Association tenutasi a Londra.
Il particolare interesse nei confronti del *private enforcement* per il suo ruolo complementare a quello pubblico nel garantire l'applicazione e l'effettività delle regole di concorrenza appare ulteriormente confermato dagli studi predisposti al riguardo dall'*Office of Fair Trading* britannico – cfr. il *Discussion Paper* e le *Recommendations on private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, rispettivamente pubblicate nell'aprile e nel novembre 2007, disponibili agli indirizzi web www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft916.pdf e www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/comp_policy/oft916resp.pdf, nonché dal documento dell'*Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) dell'11 gennaio 2008, intitolato *Private Remedies*, che riporta il contenuto delle tavole rotonde organizzate tra il 2004 e il 2006 dal Comitato Concorrenza della suddetta organizzazione – testo disponibile su www.oecd.org/competition.

[87] Cfr. il Commission Staff Working Paper allegato al Libro Bianco della Commissione (cfr. nota n. 86), pp. 12-15 in cui tra l'altro si considera che "*enhancing the effectiveness of actions for damages will, amongst other effects, mean that compensation of the harm suffered by victims of illegal anti-competitive behaviour will be achieved more often: compensation of the harm is fundamental so that companies who comply with the law do not suffer from a competitive disadvantage, and victims who are harmed do not bear the costs of the infringements: these costs must be borne by the infringers. Victims have a right to compensation, as confirmed by the ECJ, and it is fundamental that they can enforce it affectively. Even though actions for damages in Europe are primarily about victims effectively exercising Treaty rights, an enhanced level of actions for damages will also have the positive effect of increasing deterrence for potential infringers*".

In secondo luogo, si osserva che talune categorie di potenziali attori - come ad esempio le imprese concorrenti o i fornitori/distributori - generalmente si trovano in un punto privilegiato di osservazione del mercato dal quale sono in grado di monitorare più facilmente rispetto alle autorità pubbliche la correttezza del comportamento competitivo dei concorrenti e/o controparti professionali e "scovare" eventuali condotte *contra legem*, anche in considerazione del bagaglio di conoscenze tecniche e di mercato di cui necessariamente dispongono [89].

Infine, le rilevanti conseguenze economiche di un'eventuale condanna nei giudizi promossi dai privati possono contribuire a disincentivare l'adozione di comportamenti vietati da parte delle imprese [90].

Nonostante specie nella dottrina americana sia diffusa la percezione che il *private enforcement* delle regole di concorrenza (anche in virtù degli incentivi legati al possibile riconoscimento dei danni punitivi, c.d. "*treble damages*" [91], e al ricorso a strumenti processuali come le *class actions*) possa rischiare di deprimere l'efficienza del mercato, disincentivando l'adozione di comportamenti "aggressivi" (ma non vietati) per il timore di vedersi esposti a costosi procedimenti giudiziari [92], i benefici che esso ha comunque

---

[88] G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale,* in Dir. ind., 2004, 12, 2, pp. 157-177, osserva inoltre, con riferimento ad un caso concreto, come il ricorso agli strumenti cautelari ordinari possa in taluni casi assicurare alla vittima di un illecito antitrust un intervento più sollecito rispetto agli ordinari tempi di istruzione delle autorità antitrust nazionale (la quale tuttavia è bene ricordare dispone a sua volta di analoghi poteri di intervento di urgenza ai sensi dell'art. 14 bis della Legge Antitrust).

[89] Cfr. in questo senso C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in Danno resp., 1996, 1, p. 114. In molti casi tuttavia tali imprese potrebbero difettare di sufficienti incentivi ad agire in via giudiziale, e ciò ad esempio per timore di pregiudicare i rapporti commerciali presenti/futuri o per la paura di comportamenti ritorsivi. In questa direzione si muovono le considerazioni di W.P.J. WILLS, *Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?*, in World Comp., 2003, 473, il quale ritiene che l'applicazione delle norme antitrust da parte delle autorità pubblicistiche sia da preferirsi per tre ragioni principali, ossia (i) tali autorità dispongono di poteri investigativi (es. le ispezioni) e sanzionatori più efficaci, (ii) le azioni dei privati sono mosse da intenti egoistici non necessariamente allineati a quelli generali di un mercato più competitivo, (iii) la tutela dinanzi alle corti ordinarie implica dei costi per la collettività molto superiori.

[90] Cfr. E. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisisted*, 84 Oregon Law Review 147, 163 (2005).

[91] Sottolinea la rilevanza di tale aspetto H. HOVENKAMP, *The antitrust enterprise: principle and execution*, Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 59, quando osserva che per effetto della triplicazione del danno risarcibile "*many marginal and even frivolous antitrust cases are filed every year, and antitrust litigation is often used as a bargaining chip to strengthen the hands of plaintiffs who really have other complaints"*.

[92] Sulla stessa linea di pensiero si collocano coloro che da un punto di vista sostanziale ritengono pericoloso il *private enforcement* in quelle aree del diritto antitrust dove vi è maggiore incertezza circa la capacità delle

determinato per l'operatività delle regole di concorrenza appaiono difficilmente contestabili

---

norme in questione di colpire solamente comportamenti non efficienti (il classico esempio è quello dei comportamenti unilaterali di carattere escludente su cui è più acceso il dibattito – cfr. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pubblicato dalla Commissione europea nel dicembre 2005 e disponibile sul sito: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html). Appare esemplificativo di quanto precede, il *paper* dell'OECD citato in precedenza (cfr. nota n. 86) in cui si riporta come nel corso delle tavole rotonde fossero emerse opinioni diverse, tra le quali assume rilievo la seguente: "*Conversely, many thought that private enforcement was much more problematic in single firm conduct cases because in this area of the law the distinction between pro-competitive conduct and competitive restraints was much more difficult to draw; substantive rules of liability were less clear; there was a much greater risk of strategic litigation, in particular litigation by competitors; and concerns existed about over-deterrence that would discourage innovative, procompetitive conduct. Many suggested that this could be an area where a competition authority's greater or perhaps exclusive role in developing antitrust doctrine was more desirable*".

Un altro profilo di "diffidenza" nei confronti delle azioni antitrust private concerne il rischio che la loro diffusione possa in qualche modo pregiudicare il ruolo centrale e di guida svolto dalle autorità di concorrenza nell'applicazione del diritto antitrust e l'efficacia degli strumenti a loro disposizione. Tali timori emergono in modo piuttosto evidente nel Commission Staff Working Paper allegato al Libro Bianco (cfr. nota n. 86), dove la Commissione afferma con molta decisione che "*when assessing the different options put forward for discussion in the Green Paper, and then identifying the measures container in this White Paper, the Commission has borne in mind the need to maintain a strong and effective public enforcement system*" (par. 18) "*the Commission's objective is to create an effective system of private enforcement through damages actions as a complement to, and not a substitute for, public enforcement* (par. 21).

Uno dei profili di maggiori interferenza tra i due piani di tutela è rappresentato dall'operatività dei programmi di clemenza che le principali autorità di concorrenza mondiali mettono a disposizione dei partecipanti a cartelli segreti per incentivare la "confessione" da parte di questi ultimi attraverso l'immunità o la riduzione delle sanzioni: si ritiene infatti che il rischio di essere esposti a richieste di risarcimento sul piano civilistico potrebbe diminuire in misura rilevante gli incentivi delle imprese a riconoscere la propria responsabilità sul piano amministrativo (si deve tuttavia notare che nel *paper* dell'OECD richiamato sopra si menziona uno studio condotto in Germania che suggerirebbe che la preoccupazione di azioni per la responsabilità civile non assume rilievo decisivo allorquando un'impresa decida di accedere ad un programma di clemenza, posto che i benefici derivanti da quest'ultimo vengono considerati prevalenti rispetto a tale timore. Al riguardo, una forma di temperamento è stata in effetti introdotta nell'ordinamento statunitense dove le imprese che abbiano partecipato ad un programma di clemenza rispondono in sede civile dei danni arrecati a terzi a seguito delle medesima violazione in misura unitaria, invece che in misura tripla come normalmente previsto (cfr sul punto M. MELI, *I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata*, disponibile all'indirizzo web http://www.lex.unict.it/atti/0506-10-07/marisa_meli.pdf): a livello comunitario non sussiste analoga previsione di raccordo, per quanto la Commissione nel suo Libro Bianco (cfr. nota n. 86, a cui si rinvia per una panoramica più generale delle soluzioni e dei contrappesi identificati dalla Commissione per incentivare il *private enforcement* delle regole di concorrenza) abbia avanzato delle specifiche proposte in relazione all'accessibilità da parte di terzi potenziali attori ai documenti prodotti dall'impresa in adesione ad un programma di clemenza (in dottrina sul punto si rinvia a U. BOGE, *Leniency Programs and the private enforcement of European competition Law*, in *Private enforcement of EC Competition Law*, a cura di J. BASEDOW, Kluwer Law International, 2007).

Sotto il profilo operativo, si può rilevare come sempre a livello comunitario, le imprese che autodenuncino la partecipazione ad un cartello tendano a riconoscere di aver posto in essere una violazione avente un oggetto anticoncorrenziale (come le intese di prezzo che risultano generalmente vietate e sanzionate di per sé senza alcun bisogno di dimostrare che l'accordo è stato fattivamente attuato sul mercato), senza tuttavia fornire alcuna ammissione o supporto documentale in merito agli eventuali effetti che il cartello abbia determinato sul mercato, con ciò mantenendo interamente a carico dell'attore intenzionato ad agire davanti alle giurisdizioni ordinarie l'onere di provare che l'accordo di cui esiste ammissione è stato effettivamente tradotto in pratica, determinando a suo danno un'alterazione delle normale dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali. Esemplificativo in tal caso appare il caso del cartello della gomma sintetica sanzionato dalla Commissione, con decisione 29 novembre 2006, Caso COMP/F/38.6.38 – BR/ESBR disponibile sul sito della Commissione stessa, a valle di cui si è sviluppato un contenzioso parallelo dinanzi alle corti inglesi (adite da alcune delle vittime del cartello) e italiane (adite invece dai responsabili del cartello attraverso la strumentale proposizione di azioni di accertamento negativo sul diritto al risarcimento del danno degli acquirenti diretti) che solleva complessi problemi di giurisdizione e litispendenza (vedi le informazioni disponibili su siti specializzati come ad esempio www.pressmlex.com).

[93]: anzi proprio un recente approfondimento casistico condotto da due studiosi americani su 29 delle più rilevanti controversie antitrust tra privati negli Stati Uniti ha condotto gli autori a concludere che "*the distinctive system of private enforcement that we have in this country is substantially underappreciated. Congress's venerable "private Attorney General" idea has produced tremendous benefits for the United States economy – for business of all sizes and, ultimately, for consumers. It has helped to deter anticompetitive behaviour and to compensate victims of illegal activity. It has enabled U.S. businesses and consumers to protect themselves from economic exploitation, both by those who subvert the free market in general and by foreign cartels in particular. It has saved U.S. taxpayers tremendous sums in enforcement costs by shifting the enormous burdens and risks of litigating against sophisticated, well-financed lawbreakers to private plaintiffs' counsel*" [94] .

Si può dunque concludere sul punto evidenziando come alla base della decisione della Corte di giustizia di accedere ad un'interpretazione ampia della legittimazione al risarcimento antitrust vi siano anche ragioni di *policy* generale del diritto della concorrenza che affondano in una concezione strumentale dell'azione risarcitoria privata rispetto all'interesse pubblico al corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali [95].

---

[93] Sono isolate e sporadiche le voci di chi propone l'abolizione stessa delle azioni private antitrust (sostengono tale tesi W. BREIT – K. G. ELZINGA, *Private antitrust enforcement: the new learning*, 28 J. L. & Econ. 405, 440 (1985)).

[94] Cfr. R. H. LANDE – J. P. DAVIS, *An evaluation of private antitrust enforcement: 29 case studies,* interim report, 8 novembre 2006, disponibile all'indirizzo web http://www.antitrustinstitute.org/recent2/550b.pdf. L'influenza di tali tematiche sulla decisione assunta dalla Corte nel caso *Courage* appare ancora più evidente ove si noti che nella domanda di rinvio pregiudiziale, la Court of Appeal inglese aveva fatto riferimento ad una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che, in un caso che presentava forti assonanza con la fattispecie trattata in *Courage*, aveva riconosciuto la possibilità di superare il limite dell'*in pari delicto doctrine* in controversie antitrust proprio sulla base di considerazioni attinenti all'interesse generale all'effettività della tutela antitrust. In particolare, nel caso *Perma Mufflers v. Int'l Parts Corp* 392 U.S. 134 (1968) l'azione risarcitoria antitrust era stata proposta da alcuni distributori asseritamene pregiudicati da alcune clausole anticoncorrenziali contenute nei contratti sottoscritti con il proprio fornitore: in questo contesto, la Corte ha ritenuto che i principi giurisprudenziali come l'*in pari delicto doctrine* non dovessero trovare applicazione nel caso di specie considerato che, sul piano fattuale ai distributori non appariva comunque ascrivibile il disegno anticoncorrenziale attuato dal fornitore attraverso le clausole contrattuali, e che sotto il profilo sistematico le azioni di risarcimento antitrust erano da considerasi funzionali al perseguimento del rilevante interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato ("*the purposes of antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of antitrust laws. The plaintiff who reaps the reward of treble damages may be no less morally reprehensible than the defendant, but the law encourages his suit to further the overriding public policy in favor of competition*").

[95] In questi stessi termini S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 65), p. 1155 secondo cui "*la piena efficacia del diritto comunitario, da semplice appendice del principio della competenza esclusiva dei giudici nazionali in subjecta materia, assurge al rango di vera e propria chiave di volta dell'istituto della responsabilità civile in ambito antitrust, attribuendo al risarcimento dei danni il ruolo di presupposto utile delle norme antitrust*".

2.4.2 L'approccio economico e sostanzialistico al divieto di intese restrittive della concorrenza

Passando all'analisi della fattispecie concreta dedotta innanzi alla Corte, si può rilevare come la scelta di ricomprendere nel novero dei legittimati anche chi potrebbe risultare privo di tutela a livello nazionale (in virtù della sua partecipazione all'illecito) viene essenzialmente ricondotta dal giudice comunitario alla situazione di debolezza contrattuale in cui tale soggetto si trovava al momento della conclusione del contratto.

Ebbene, è interessante notare come il soggetto debole nel caso *Courage*, non fosse un consumatore – categoria per sua natura maggiormente esposta a situazioni di abuso da parte delle controparti professionali o per ridotto potere di contrattazione o per asimmetrie informative – ma un imprenditore che lamentava l'iniquità di un contratto inerente alla sua attività di impresa e per giunta di fondamentale importanza per l'organizzazione e il successo della sua attività imprenditoriale.

Ci si trovava pertanto in una fattispecie in cui lo squilibrio nelle posizioni contrattuali era da ricondurre, non a un dato formale (come ad esempio la qualifica soggettiva di consumatore), ma ad uno sostanziale riguardante la posizione di forza relativa che la Courage deteneva nel mercato interessato. La Corte, infatti, indica espressamente al giudice del rinvio tra gli elementi di valutazione da tenere in considerazione nel valutare il livello di responsabilità ascrivibile al soggetto danneggiato "*il contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano, […] il potere di negoziazione e il rispettivo comportamento delle parti contrattuali*".

Inoltre, e forse questo costituisce il dato più rilevante per comprendere l'impatto della sentenza *Courage* sulla prospettiva del giudice nazionale, il riconoscimento della legittimazione di Mr. Crehan si inserisce in un quadro in cui la valenza anticompetitiva della fattispecie sostanziale dedotta (e dunque la conseguente valutazione di nullità di quest'ultima) risultava fortemente dipendente proprio dallo specifico contesto di mercato in cui la relazione contrattuale controversa era sorta.

Come già si è avuto modo di segnalare, nella causa principale l'anticompetitività dell'accordo tra la Courage e il gestore del pub - e in particolare della clausola che

imponeva a quest'ultimo una esclusiva nel rifornimento di birra alla spina a vantaggio del fornitore in questione - derivava essenzialmente dall'esistenza di una rete di accordi simili tra gestori dei pub e altri produttori di birra, il cui effetto cumulativo impediva o rendeva estremamente difficoltoso il potenziale accesso da parte di altri operatori al canale distributivo costituito per l'appunto dai pub. Courage infatti, di per sé presa, era un operatore con una quota di mercato limitata (circa il 19%), abbondantemente inferiore rispetto alle soglie della dominanza [96] e alle soglie della "zona di sicurezza" individuata dal regolamento 2790/99 per l'esenzione per le intese verticali [97], rispettivamente fissati nel 40% e 30% del mercato.

La valutazione di illiceità dell'accordo, da cui la Corte fa derivare la nullità del relativo negozio ed il diritto al risarcimento del danno, appare dunque fortemente influenzata da fattori in gran parte esogeni rispetto allo specifico rapporto negoziale.

Per comprendere le implicazioni connesse a tale configurazione della fattispecie sostanziale può essere utile scomporre i vari passaggi di cui si compone il ragionamento: un contratto di acquisto esclusivo tra due soggetti imprenditoriali perfettamente valido, che di per sé non presenta né un oggetto né tanto meno un effetto anticoncorrenziale, può comunque risultare viziato da un punto di vista antitrust in considerazione del contesto di fatto in cui le parti si trovano ad operare, e in particolare dell'effetto cumulativo di *foreclosure* che deriva dall'esistenza sul mercato di una rete di accordi simili. Peraltro, non si può escludere che tale situazione di fatto nella sua reale portata potesse essere ignorata, non solo dal contraente più debole, ma anche dal fornitore di birra [98], posto che in ipotesi l'introduzione di accordi simili da parte di altri operatori poteva anche essere avvenuta dopo la stipulazione del contratto con Mr. Crehan[99].

---

[96] Cfr. *Discussion Paper* della Commissione, cit. *sub* nota n. 86, paragrafo 31.

[97] Cfr. Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nella parte in cui prevede, all'articolo 3, che "*l'esenzione di cui all'articolo 2 si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30 % del mercato rilevante in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto*".

[98] Affronta tali aspetti sotto il profilo della configurabilità dell'elemento soggettivo dell'illecito antitrust A. CARUSO, *Colpa nell'illecito antitrust,* in Danno resp. 1998, 2, 118-135.

[99] In tale caso si parla in dottrina di invalidità successiva delle intese. Osserva al riguardo M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 8), p. 449, "*dato che la lesione della concorrenza si può cogliere solo a livello di analisi del funzionamento dell'intero mercato rilevante, può accadere che nella vita di un'intesa, che normalmente è un contratto di durata, la lesione non si verifichi al momento iniziale,ma sopravvenga nel corso dell'esecuzione*

A fronte di tale scenario, le previsioni contrattuali di esclusiva divengono nulle ad ogni effetto e la controparte contrattuale oltre alla dichiarazione di nullità risulta legittimata a richiedere il risarcimento dei danni patiti, pur, come si è detto, avendo preso parte all'accordo e pur costituendo un soggetto in linea astratta adeguatamente informato in virtù della sua natura imprenditoriale.

Il percorso logico sotteso alla sentenza Courage evidenzia, quindi, come la dichiarazione di nullità dell'accordo e la richiesta di risarcimento del danno risultino pressoché integralmente dipendenti da situazioni contingenti, esterne al rapporto contrattuale ed all'equilibrio delle rispettive prestazioni, indipendenti dalle modalità di formazione del consenso, ed estranee alla natura soggettiva delle parti.

In altri termini, è la realtà di mercato a far sì che gli effetti del negozio, astrattamente leciti, si pongano in situazione di incompatibilità rispetto agli obiettivi propri della normativa a tutela della concorrenza. Il dato di mercato, costituito dall'effettivo posizionamento concorrenziale delle parti e dalle modalità anche contrattuali che caratterizzano la competizione tra i vari operatori, fa così ingresso ed influisce sulla legittimità del contratto e sul conseguente diritto al risarcimento del danno per il contraente "debole" [100]. Come è stato

---

del rapporto, anche per cause del tutto indipendenti dalla volontà delle parti contraenti". Dopo aver rilevato come tale ipotesi possa in concreto configurarsi nel caso qui in esame di presenza di un effetto cumulativo di più accordi verticali indipendenti, l'Autore osserva come una situazione di invalidità successiva dell'intesa possa prospettarsi anche nell'ambito di esecuzione di un singolo contratto, e porta l'esempio un accordo di distribuzione esclusiva (con esclusiva a favore del distributore) per il lancio di un nuovo prodotto. Osserva il Prof. Libertini "*questo contratto normalmente ha, di per sè, un effetto positivo sulla dinamica concorrenziale. Ma, se il prodotto nuovo ha un successo rapido ed enorme, la clausola di esclusiva può divenire ben presto una base per comportamenti monopolistici e per alterazioni del gioco concorrenziale da parte del distributore. In casi del genere si deve estendere la qualificazione in termini di invalidità successiva dell'intesa*". Un ulteriore caso di invalidità successiva potrebbe immaginarsi in presenza di un accordo di durata contenente clausole *per se* restrittive della concorrenza – come ad esempio la fissazione del prezzo di rivendita da parte del distributore - sottoscritto da un'impresa con una trascurabile quota di mercato (di talché non sia configurabile una restrizione consistente sul territorio nazionale ex art. 2 della Legge Antitrust) che nel tempo acquisti invece una posizione di rilievo sul mercato in considerazione.
Da notare infine che in ipotesi un'intesa potrebbe assumere e perdere valenza illecita più di una volta nel corso della sua esecuzione a seconda degli effetti sul mercato di volta in volta ad esso riconducibili: tale ipotesi di nullità transitoria è stata espressamente riconosciuta dalla Corte di Appello inglese nel caso *Passmore v. Morland plc* (1999) 3 All ER 1005, sempre relativo a contratti di fornitura di birra, riportata da R. WHISH, *op. cit.* (nt. 6), p. 292-293. Sul punto vedi più diffusamente O. ODUDU, *The boundaries of EC competition law: the scope of Article 81*, in CMLR, 2007, 44 , 1, pp. 224-226. In senso contrario, A.P. KOMMINOS, *op. cit.* (nt. 2), p. 152-155.

[100] Inquadra la questione nei seguenti termini M. SCHININÀ, *op. cit.* (nt. 27), p. 411-446: *"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*

rilevato in dottrina, la causa di nullità va così a collocarsi al di fuori dell'oggettività del negozio [101] e il contratto perde la sua valenza di progetto di autonomia privata per atteggiarsi ad elemento "ambientale" della fattispecie illecita [102].

Da questa prospettiva, i termini del ragionamento sotteso alla sentenza della Corte mostrano delle evidenti affinità rispetto ai problemi interpretativi posti dalla questione delle intese a valle di cui ci si è occupati in precedenza, posto che in entrambi i casi si tratta di valutare le ricadute che elementi esogeni al negozio considerato – ma capaci di condizionarne il significato economico - sono in grado di determinare in termini di validità del vincolo negoziale e di diritto al risarcimento del danno da parte del soggetto "debole" del rapporto. Nell'un caso il fattore esterno condizionante è costituito dal particolare contesto di mercato che permea il contratto tra Courage e il titolare del pub e che ne fa discendere effetti negativi sulle dinamiche competitive, nell'altro caso dal cartello posto in essere a monte dalla controparte contrattuale e dai suoi concorrenti.

2.5 Conclusioni

In conclusione, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Courage* ha affermato principi molto importanti e ha al contempo sollevato rilevanti perplessità in dottrina per la difficoltà di ricostruire un legame coerente tra la responsabilità risarcitoria dell'autore dell'illecito e la violazione antitrust dedotta a sostegno della pretesa.

A parte tali profili su cui si avrà modo di ritornare (cfr. par. 5.6), il contesto "istituzionale" e fattuale in cui si inserisce la pronuncia della Corte di Giustizia permette di cogliere le ragioni per cui a livello interno si è assistito ad un ripensamento della prospettiva da cui valutare le conseguenze civilistiche degli illeciti antitrust.

---

situazione distorsiva della concorrenza, producendo in tal modo, il risultato vietato dall'art. 81". L'Autrice ritiene che tale visione sia alla base dalla posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza 827/1999 già menzionata in precedenza (cfr. nota n. 41): ad avviso di chi scrive, tuttavia, i riferimenti alla dimensione non negoziale dell'intesa contenuti nella sentenza della Corte sembrano in realtà riconducibili al diverso tema delle caratteristiche della fattispecie delle intese restrittive della concorrenza che include non solo veri e propri accordi contrattuali ma anche situazioni come le pratiche concordate o le deliberazioni consortili per cui è possibile escludere una "*caratterizzazione negoziale*".

[101] Cfr. G. OPPO, *op. cit.* (nt. 11), p. 546 e L. DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in Diritto Privato Europeo, a cura di N. LIPARI, Vol. III, Padova, 2003, p. 759).

[102] Cfr. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 65), p. 81.

La sentenza, infatti, chiarisce come la valutazione dell'illegittimità di un accordo e del conseguente diritto al risarcimento del danno debba essere condotta seguendo un approccio "sostanzialistico", in cui è la realtà di mercato nelle sue più complesse sfaccettature a condizionare l'esito di tale valutazione.

L'insegnamento della Corte è dunque quello di porre al centro dell'attenzione la configurazione dei rapporti economici che la normativa antitrust è tesa a salvaguardare, piuttosto che l'assetto negoziale con cui questi ultimi trovano espressione. Rispetto a tale impostazione gli eventuali limiti imposti dal diritto interno (come ad esempio l'*in pari delicto doctrine*) devono considerarsi tendenzialmente recessivi in quanto il diritto al risarcimento del danno antitrust si pone in una relazione di strumentalità diretta rispetto al superiore interesse pubblico all'*enforcement* delle norme di concorrenza.

3. L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA INTERNA IN MERITO ALLA LEGITTIMAZIONE DEI PRIVATI ALL'AZIONE RISARCITORIA ANTITRUST

Nel capitolo che qui si apre si ripercorreranno le principali tappe della giurisprudenza di legittimità sulle azioni antitrust per il risarcimento del danno. L'analisi è volta in primo luogo ad evidenziare la forte influenza esercitata dagli orientamenti assunti dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage* sulla prospettiva con cui le nostre corti superiori si sono approcciate alla tematica in oggetto. Su queste basi, si passerà ad approfondire il contenuto delle pronunce adottate dalla Corte di Cassazione, in modo da definire il quadro giurisprudenziale di riferimento nelle sue linee essenziali. Nell'ultima parte del capitolo, poi, si tenterà di dare una risposta al primo dei quesiti oggetto della presente analisi, andando dunque ad individuare le categorie di soggetti che, sul piano astratto, possono considerarsi legittimate alla proposizione di un'azione antitrust per il risarcimento del danno.

3.1 I riflessi del caso Courage sulla giurisprudenza di legittimità: la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/05 e la legittimazione antitrust dei consumatori (e dei professionisti)

L'approdo della giurisprudenza interna ad una interpretazione "sostanzialistica" dell'art. 33 della Legge Antitrust si è compiuto solamente nel 2005, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione sull'ennesima controversia generata dal cartello RC Auto [103].

[103] Cfr. il par. 1.4.

La pronuncia delle Sezioni Unite [104] originata dalla rimessione effettuata dalla III Sezione della Corte nell'ottobre del 2003 [105] avvalendosi della "corsia preferenziale" riservata alle "questioni di massima di particolare importanza", ha riconosciuto definitivamente al consumatore finale la piena legittimazione ad attivare le tutele antitrust, sia sul piano dell'invalidità che del risarcimento del danno e – sebbene tale aspetto tenda a rimanere sullo sfondo della sentenza – ha aperto le porte dell'art. 33 della Legge Antitrust anche alla categoria dei professionisti.

Come si è già anticipato nel paragrafo che precede, il ribaltamento delle posizioni espresse dalla I Sezione con la sentenza 17475/2002 - che lo si ricorda limitava la legittimazione antitrust ai soli soggetti imprenditoriali operativi al medesimo livello di mercato dei responsabili della violazione - è il frutto di un radicale cambiamento di prospettiva, sollecitato dalle evoluzioni giurisprudenziali comunitarie, che pone in secondo piano il fenomeno negoziale a beneficio di un'analisi incentrata sulla complessità del fenomeno concorrenziale e sulla configurazione dei rapporti economici che la normativa antitrust è tesa a salvaguardare nell'ambito del mercato.

Il ragionamento delle Sezioni Unite si basa su coordinate di carattere generale simili a quelle seguite dalla I Sezione nel 2002, soffermandosi sui profili relativi alla competenza, alla legittimazione delle varie categorie di potenziali attori e alla sorte dei negozi a valle

---

[104] Sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207, in Giur. it, 2005,8-9, 1675 con nota di G. CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, in Dir. ind., 2005, 2, p. 185 con nota di G. COLANGELO, *Antitrust, cartelli e consumatori: l'epilogo dell'affaire RC Auto*, in Foro it., 2005, I, p. 1014, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 51). A commento della sentenza in esame si vedano inoltre B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in Danno resp., 2005, 5, pp. 506-508, M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in Corr. giur., 2005, 8, pp. 1093-1098., M. MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*, in Giur. it., 2005, II, pp. 2062-2066, S. MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in Nuova giur. civ. comm., 2006, I, pp. 668-677, I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2007/05: la Cassazione alla ricerca della difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in Corr. giur., 2005, p. 337, M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*, ibidem, p. 342.

[105] Cass., Sez. III, ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538, in Foro it., 2003, I, p. 2938, con nota di A. PALMIERI e in Danno resp., 2003, 1181 con nota di G. COLANGELO, *Intese restrittive della concorrenza e legittmazione ad agire del consumatore*. La III Sezione rilevava l'estrema restrittività delle posizioni espresse dalla I Sezione con la sentenza 17475/2002 rispetto alle ragioni dei consumatori in ambito antitrust. In particolare, la III Sezione osservava come l'esclusione della legittimazione di tale specifica categoria di soggetti del mercato era difficilmente conciliabile con la vaga formulazione della Legge Antitrust nazionale sul punto e con la funzione che i consumatori sono chiamati a ricoprire per una più efficiente repressione delle pratiche anticoncorrenziali, e avvertiva al contempo l'opportunità di impostare la questione della legittimazione in termini concreti, attraverso un'applicazione caso per caso delle norme generali in materia di illecito e di nesso di causalità, nella consapevolezza che i comportamenti anticoncorrenziali sono per loro natura idonei a propagarsi "*secondo lo schema della reazione a catena*".

dell'illecito antitrust. Ma se nella sentenza del 2002 quest'ultimo aspetto – e in particolare le difficoltà concettuali a configurare la traslazione del vizio esistente nel comportamento a monte alle situazioni a valle che vedevano il coinvolgimento diretto dei clienti finali – aveva giocato un ruolo centrale nell'orientare la Corte verso posizioni ostili alle ragioni dei consumatori (con conseguente riconoscimento della competenza del giudice di pace), nel ragionamento delle Sezioni Unite i tre profili richiamati vengono riletti in una prospettiva unificante che, nel solco della sentenza *Courage*, attribuisce preminente rilievo alla dimensione economica del mercato e dei rapporti tra i vari soggetti che vi operano.

In questo senso, il passaggio centrale della pronuncia del 2005 è quello in cui la Corte ha riconosciuto che la Legge Antitrust costituisce la legge di tutti i soggetti del mercato, e non solo della categoria imprenditoriale (*rectius*, dei concorrenti – cfr. par. 1.6).

La violazione della normativa in questione, secondo la ricostruzione della Corte, comporta una alterazione delle dinamiche competitive che è potenzialmente in grado di ripercuotersi direttamente sulla sfera economico-patrimoniale di tutti gli attori che partecipano al gioco concorrenziale: alla luce di tale *vis* plurioffensiva dei comportamenti anticoncorrenziali, la legittimazione ad attivare le tutele previste dall'art. 33 della Legge Antitrust (ivi inclusa quella risarcitoria) deve essere riconosciuta in linea di principio a **chiunque 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**.

Tali affermazioni della Corte sono di fondamentale importanza nel contesto del presente lavoro: in esse infatti vi è il riconoscimento che tutti i vari soggetti che partecipano al mercato sono portatori, almeno sul piano astratto, di un interesse riconosciuto dall'ordinamento all'assetto competitivo del mercato, e che per la lesione di tale interesse [106] è potenzialmente disponibile la tutela risarcitoria di natura extracontrattuale prevista dall'art. 33 della Legge Antitrust.

All'interno di tale categoria di legittimati la Corte ha ricompreso espressamente non solo i concorrenti delle imprese responsabili dell'illecito antitrust (per i quali già la sentenza del

[106] E' evidente il richiamo operato dalla sentenza, anche da un punto di vista letterale, alla giurisprudenza delle Sezioni Unite di cui alla nota sentenza n. 500 del 1999.

2002 si era espressa in termini affermativi e rispetto ai quali si può ritenere che la violazione antitrust comprima abusivamente la loro capacità concorrenziale [107]), ma anche i consumatori, in qualità di soggetti che chiudono la filiera produttiva e su cui generalmente si ripercuotono i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere a monte dagli operatori del mercato.

A questo riguardo, ha osservato la Corte, alcuni elementi sistematici e testuali tendono a smentire l'assunto per cui la Legge Antitrust sarebbe destinata a tutelare solamente la categoria imprenditoriale dei "concorrenti". Da un punto di vista sistematico, la normativa antitrust, a differenza della disciplina sulla concorrenza sleale, non si esaurisce nella tutela dei rapporti interindividuali tra concorrenti ma è diretta a salvaguardare il più generale interesse collettivo alla struttura concorrenziale del mercato [108]; prova ne è che in presenza di pratiche restrittive che non presentino una sufficiente consistenza in termini di impatto sul territorio nazionale o in una sua parte rilevante [109], la Legge Antitrust non trova

---

[107] Cfr. B. LIBONATI, *op. cit.* (nt. 104), pp. 506-508.

[108] "*La diversità d'ambito e di funzione tra la tutela codicistica della concorrenza sleale e quella […] della legge antitrust esclude si possa negare la legittimazione all'azione davanti al giudice ordinario […] al consumatore, terzo estraneo all'intesa*".
In dottrina, da una parte si è rilevato come la Corte correttamente neghi l'esistenza di un collegamento sistematico con la disciplina della concorrenza sleale, da cui far discendere - in analogia con i principi che caratterizzano la disciplina suddetta - l'estraneità dell'interesse del consumatore rispetto agli obiettivi della normativa antitrust. D'altra parte si è proposto di capovolgere il rapporto gerarchico nella collocazione dei due complessi di norme nel sistema, aderendo ad un'interpretazione evolutiva della disciplina della concorrenza sleale che – in analogia con quanto affermato in questa sede dalla Corte per le violazioni antitrust – allarghi la tutela anche alla posizione dei consumatori (M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 104), pp. 1095-1096). Sulla convergenza sotto il profilo sostanziale tra le due discipline con riferimento ad ipotesi di vendite sottocosto (per cui solo ove tali condotte siano contrarie alla normativa antitrust, esse possono assumere rilievo ai fini della concorrenza sleale) vedi la pronuncia della Cassazione n. 1636 del 26 gennaio 2006, in Riv. dir. ind., 2006, 6, p. 335, con nota di E. CALLEGARI, *Tutela del titolo della testata editoriale, delle rubriche e limiti di applicazione dell'art. 2598, n. 3 c.c. alle vendite sottocosto di giornali panino.*

[109] La Cassazione porta al riguardo l'esempio di un'intesa di prezzo tra barbieri di un piccolo centro che sfuggirebbe alle maglie della disciplina antitrust per difetto del requisito della consistenza. Tale esempio è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, in considerazione del fatto che la consistenza di un'intesa costituisce un concetto relativo che deve essere parametrato al mercato geografico di riferimento. In questo senso, se al mercato dei barbieri si attribuisce dimensione locale, un accordo di prezzo che coinvolga la totalità dei barbieri ben può integrare gli estremi di un'intesa vietata avente un effetto di restrizione consistente in una parte rilevante del mercato (cfr. in questi termini S. MONTEMAGGI, *op. cit.* (nt. 104), pp. 668-677). La critica all'esempio effettuato dalla Corte appare condivisibile; ciò nonostante si ritiene che il ragionamento sottostante espresso dalla Corte sia comunque corretto. Esistono infatti, anche nella casistica dell'AGCM, ipotesi di intese che nonostante presentino natura intrinsecamente e gravemente restrittiva della concorrenza (ossia siano vietate per oggetto) non raggiungono una consistenza tale da far scattare l'applicazione della Legge Antitrust: un esempio è dato dalle clausole contrattuali che fissano i prezzi di rivendita del distributore quando siano imposte da un produttore di beni che detiene una quota trascurabile del mercato rilevante (cfr. ad esempio il provvedimento n. 5478, *Il Tucano franchising,* I-270 del 13 novembre 1997). In tale ipotesi, infatti, appare valida la considerazione della Cassazione secondo cui la Legge Antitrust non dovrebbe trovare applicazione nonostante il pregiudizio subito dagli imprenditori (nel caso di specie dai distributori che perdono la propria libertà tariffaria).

applicazione, per quanto i concorrenti delle imprese responsabili dell'illecito ben possano risultarne pregiudicati.

Sotto il profilo testuale, poi, l'art. 4 della Legge Antitrust, riconosce espressa rilevanza all'interesse dei consumatori quale parametro di riferimento per l'eventuale concessione di una deroga al divieto di intese restrittive della concorrenza [110]: ciò dimostra ad avviso della Corte che la tutela del consumatore finale non risulta ultronea, non solo rispetto alle finalità generali della disciplina in questione, ma anche riguardo alla valutazione sostanziale degli illeciti antitrust [111], posto che in nome degli interessi dei consumatori diviene giustificabile addirittura un allentamento del divieto del più classico comportamento distorsivo della concorrenza [112].

In linea più generale, poi, la Corte ha attribuito valenza dirimente al "*ruolo economico centrale*" [113] svolto dal consumatore nell'ambito del meccanismo concorrenziale che la normativa antitrust è diretta a tutelare. In questo senso la sentenza sembra valorizzare l'apporto determinante del consumatore al corretto funzionamento delle dinamiche di mercato e più specificamente ad una efficiente allocazione delle risorse [114]: il consumatore infatti è parte del sistema della concorrenza, e costituisce il soggetto terminale della filiera, il "giudice" che esercita il diritto di scelta tra le varie offerte sul mercato e che ne determina il successo o il fallimento [115]. Per questa via pregiudicare l'effettivo diritto di scelta del

---

[110] Cfr. il par. 1.1. Per completezza occorre osservare che la Legge 287/90 menziona i consumatori anche all'art. 3 e all'art. 12, comma 1. L'art. 3 sancisce il divieto di comportamenti da parte dell'impresa dominante che siano volti "*ad impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il processo tecnologico, a danno dei consumatori*". L'art. 12 invece stabilisce che i poteri di indagine dell'AGCM possono essere attivati anche in base ad elementi portati a conoscenza "*da chiunque ne abbia interesse, ivi incluse le associazioni rappresentative dei consumatori"*.

[111] La Corte osserva anche incidentalmente come un'interpretazione ampia della legittimazione antitrust dei privati nel sistema nazionale risulterebbe strumentale al mantenimento di un'effettiva struttura competitiva del mercato secondo gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*. Valorizza sul piano interpretativo tale passaggio, A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 511, nota 47.

[112] Parte della dottrina ha ritenuto che l'espressa menzione dei consumatori nella formulazione dei divieti antitrust costruisca elemento di per sé in grado di sorreggere la legittimazione di questi ultimi alle tutele di cui all'art. 33 (così ad esempio I. PAGNI, *op. cit.* (nt. 44), pp. 631-632).

[113] Cfr. B. INZITARI, *op. cit.* (nt. 52), p. 916.

[114] Cfr M. MONTI, *Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza,* in Rass. For., 2004, p. 27 e ss, e B. INZITARI, *op. cit.* (nt. 52), pp. 911-926.

[115] Sul punto, il richiamo obbligato è alla ricostruzione di N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in "*La concorrenza tra economia e diritto*", a cura di N. LIPARI - I. MUSU, Laterza, Bari, 2000, pp. 59 et ss., in

consumatore determina un duplice pregiudizio: da un lato alla sfera individuale di tale soggetto e dall'altro al processo concorrenziale nel suo complesso, di cui tale scelta costituisce un passaggio essenziale.

Nella prospettiva delle Sezioni Unite, pertanto, l'interesse individuale del consumatore al libero ed effettivo esercizio delle proprie prerogative di scelta economica tende a sovrapporsi all'interesse collettivo all'integrità del processo concorrenziale che la normativa antitrust tutela anche attraverso la previsione dei rimedi invalidanti e risarcitori di cui all'art. 33.

Proprio **l'allineamento tra l'interesse del consumatore e il generale obiettivo di tutela della concorrenza** appare costituire il passaggio fondamentale attraverso cui la Corte è giunta al riconoscimento della potenziale legittimazione del consumatore finale all'esercizio delle azioni antitrust per la tutela delle proprie situazioni soggettive di interesse [116]. Se si riconosce, infatti, che la normativa antitrust è diretta a salvaguardare l'integrità del meccanismo concorrenziale, non si può poi non riconoscere e tutelare gli interessi di quei soggetti, come i consumatori, che costituiscono una parte integrante di tale meccanismo e che di conseguenza ne dovrebbero essere chiamati a beneficiare.

I professionisti (come i distributori e i fornitori) non vengono espressamente menzionati dalla Corte [117], ma le considerazioni che precedono appaiono ad essi estensibili. Con riserva

---

cui il processo concorrenziale è descritto come un processo a tre fasi: il conflitto che caratterizza le relazioni tra concorrenti sul mercato, la scelta rispetto alle alternative date dal mercato che compete al consumatore, e la selezione che, in funzione della scelta operata dal consumatore, determina la soccombenza (e l'eventuale uscita dal mercato) dell'impresa "sconfitta". Alle tre fasi corrispondono, ad avviso dell'Autore, tre statuti normativi differenti, rispettivamente costituiti (i) dalla normativa antitrust e della concorrenza sleale, (ii) dalla normativa a tutela del consumatore e (iii) dalla disciplina fallimentare. Rispetto a tale ricostruzione, come si avrà modo di vedere, la sentenza della Cassazione sembra estendere la tutela antitrust anche alla fase di scelta rimessa al consumatore, in una prospettiva unificante del processo concorrenziale e dei soggetti che ad esso contribuiscono.

[116] Con ciò non si vuol sostenere che ogni compressione del diritto di scelta del consumatore finale si risolva in una alterazione delle dinamiche concorrenziali rilevante ai sensi antitrust, posto che in tal modo si confonderebbero il piano "microeconomico" relativo alle scelte di consumo del singolo con quello "macro-economico" proprio della prospettiva antitrust, che è attenta all'impatto delle decisioni individuali di mercato sul meccanismo concorrenziale: per fare un esempio, la libertà e l'effettività della scelta del consumatore possono essere pregiudicate da una pubblicità decettiva, ma tale fenomeno difficilmente assume rilevanza da un punto di vista della disciplina della concorrenza. Si intende invece rilevare che l'effetto anticoncorrenziale delle violazioni antitrust tende a pregiudicare la libertà e l'effettività dei meccanismi di scelta dei consumatori, di talché la tutela di questi ultimi non può ritenersi estranea alle finalità della normativa antitrust.

[117] Si ricorda che nel presente contesto, in conformità alla premessa terminologica di cui alla nota n. 6, per fornitore e distributore si intende chi operi rispettivamente nel mercato a monte e in quello a valle rispetto al

di approfondire tale tema in una fase più avanzata dell'indagine (cfr. par. 3.5.3), si può anticipare come anche tali soggetti siano parti integranti del meccanismo concorrenziale: emblematica in questo senso la posizione del distributore che appare sostanzialmente assimilabile a quella del consumatore, posto che entrambi operano come acquirenti sul mercato, esercitando il proprio diritto di scelta tra le varie offerte sul mercato e beneficiando del dispiegarsi di una vivace concorrenza tra i vari operatori. Ove tale concorrenza sia viziata da comportamenti restrittivi posti in essere sul mercato a monte, il distributore al pari del consumatore risulta pregiudicato nel suo interesse a beneficiare della concorrenza tra le sue controparti commerciali: è pur vero che a differenza del consumatore il distributore che detenga un sufficiente potere di mercato potrà traslare l'eventuale sovrapprezzo pagato (o il pregiudizio altrimenti subito) ai suoi clienti (sub-distributori o consumatori che siano), ma tale aspetto (c.d. *passing-on*, cfr. la nota n. 200) attiene eventualmente ai profili relativi alla stessa configurabilità di un pregiudizio in capo al distributore più che all'astratta legittimazione di quest'ultimo alle tutele previste dalla normativa antitrust. Allo stesso modo, il fornitore è soggetto che partecipa al mercato e che tendenzialmente beneficia di un assetto concorrenziale del mercato a valle: la presenza di un monopolista nel mercato a valle determina generalmente una forte riduzione del potere negoziale del fornitore e dunque della convenienza dello scambio.

Ma come si è detto, su tali profili, e su quelli relativi alla posizione delle altre potenziali vittime di una violazione antitrust, si tornerà più avanti.

3.2 Le ulteriori implicazioni della pronuncia delle Sezioni Unite

L'apertura delle porte della legittimazione all'azione risarcitoria ex art. 33 della Legge Antitrust non è l'unica conseguenza della prospettiva unificante adottata dalla Corte con riferimento al mercato e ai soggetti che su di esso operano. La ricomposizione della frattura tra il processo concorrenziale tutelato dalla normativa antitrust e la posizione dei consumatori che si era determinata per effetto dell'intervento della I Sezione della Cassazione nel 2002, infatti, ha infatti condotto le Sezioni Unite a ribaltare il precedente orientamento anche sotto il profilo della competenza e della sorte dei contratti a valle [118].

---

mercato in cui si determina la restrizione della concorrenza a seguito della violazione antitrust. Gli operatori che operano in tale ultimo contesto sono invece definiti come concorrenti.

[118] Come è stato osservato in dottrina, l'approccio della I Sezione permetteva "*ogni sorta di scomposizione concettuale: una disciplina del mercato attenta al solo interesse pubblico al dispiegarsi della concorrenza*

Con riferimento al primo aspetto, la competenza della Corte di Appello a conoscere delle domande risarcitorie presentate dai consumatori è la inevitabile conseguenza del riconoscimento della legittimazione dei consumatori ad attivare le tutele di cui all'art. 33 della Legge 287/90.

Per quanto concerne i contratti a valle, sono le stesse Sezioni Unite ad individuare sin dal principio della motivazione un nesso indissolubile tra tale aspetto ed i profili relativi alla legittimazione dei consumatori finali, 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"*.

Coerentemente con tale premessa, la Corte ha impostato un'analisi concentrata sulla dimensione economica del fenomeno "intesa", attribuendo principale attenzione al dato di mercato e alle dinamiche concorrenziali piuttosto che al fenomeno negoziale e con ciò evidenziando tutta l'influenza esercitata dalla sentenza *Courage*.

Sul punto, seguendo un percorso argomentativo ormai familiare, la Corte ha iniziato con l'osservare come le intese restrittive della concorrenza alterino il processo concorrenziale nel suo complesso, pregiudicando il diritto del consumatore ad una scelta effettiva tra prodotti alternativi e sostituendolo con una scelta apparente: per effetto del cartello RC Auto, ad esempio, il consumatore si è trovato sul mercato di fronte ad offerte illusorie, frutto in realtà della concertazione tra gli operatori e non invece del libero dispiegarsi della concorrenza. L'alterazione della concorrenza si determina così non solo nella fase a monte in cui le imprese determinano la propria strategia competitiva ma anche in quella a valle attraverso cui esse raccolgono i frutti di tale strategia.

In questa prospettiva unificante dei vari livelli di mercato afflitti da una violazione delle regole di concorrenza, ad avviso della Corte, la valutazione di illiceità da parte

---

(sino al punto di dimenticare che la concorrenza è strumentale al fine di promuovere il benessere dei consumatori), un diritto di cittadinanza per soli imprenditori (quasi che fosse dato concepire un mercato senza consumatori!), una cospirazione restrittiva disgiunta dalla sua esecuzione, un contratto a valle visto come monade indifferente alla compromissione dei suoi presupposti; e così via, in un crescendo di vertigine da laboratorio e di isteresi da "base culturale istallata" del tutto indifferente alla cruda realtà sottostante" (così, A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 51), pp. 1017-1018.

dell'ordinamento investe non solo il comportamento collusivo tenuto a monte dalle imprese, ma anche la dimensione attuativa del piano anticompetitivo, nel caso di specie rappresentata dalla stipulazione di contratti a valle a condizioni alterate. Di conseguenza per la Corte il contratto a valle deve configurarsi come sbocco dell'intesa, rappresentandone la dimensione attuativa, essenziale a realizzare l'effetto di preclusione della scelta da parte del consumatore finale: in tale ottica secondo le Sezioni Unite al fenomeno negoziale *"non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile"*.

Pertanto, ha concluso la Corte, "*la previsione del risarcimento del danno 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 partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire"*.

Nella sentenza delle Sezioni Unite, pertanto, il contratto a valle perde la sua autonomia rispetto all'intesa a monte in ragione del nesso economico che li lega. I negozi, a prescindere dall'esistenza di un collegamento giuridico sotto il profilo civilistico, risultano economicamente e funzionalmente connessi, contribuendo a realizzare a livelli diversi il risultato anticoncorrenziale che la disciplina antitrust intende prevenire. Sulla base di tali premesse, essi non possono che condividere la medesima sorte agli occhi dell'ordinamento, sia in termini di illiceità che in una prospettiva risarcitoria [119].

Per effetto di tale ragionamento, si completa il totale ribaltamento di prospettiva rispetto alla Sentenza 17475/2002. Il fenomeno negoziale abbandona il centro della scena e si colloca in posizione ancillare rispetto alla violazione antitrust e alle conseguenze pregiudizievoli che ne derivano [120]: come rilevato in dottrina "*accordo di cartello e contratti attuativi*

[119] Rileva al riguardo E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, in Foro it., 2005, I, pp. 1018-1021, che "*se si scinde il singolo contratto dall'intesa in sede di valutazione dell'invalidità dell'accordo, non solo si torna alla disciplina del codice civile, quanto poi deve riconoscersi l'ordinaria competenza giurisdizionale, mancando il presupposto dell'unicità di grado giurisdizionale (la natura antitrust della nullità). In una parola si emargina il consumatore dall'antitrust"*.

[120] In questo senso B. LIBONATI, *op. cit.* (nt. 104), p. 506, il quale osserva che "*non è questione nodale quindi, nell'accertamento della fattispecie rilevante, la validità o invalidità (nullità) dell'atto negoziale posto in essere fra impresa e cliente-consumatore (problema che pure potrà porsi, ma in uno spazio ovviamente più ristretto). Ciò che conta è il fatto anticoncorrenziale […] per gli effetti che direttamente produce nella sfera*

concorr(o)no, non in quanto fenomeni negoziali, ma come elementi della fattispecie a delineare un comportamento illecito, che innesca, su un piano evidentemente diverso da quello cui afferisce l'eventuale accertamento della nullità, una reazione risarcitoria" [121].

Il contratto a valle rileva così quale momento attuativo dell'illecito, quale fenomeno economico che, comprimendo il diritto di scelta del consumatore, altera una delle fasi essenziali del processo competitivo e contribuisce all'irradiazione delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento anticompetitivo [122]. La prospettiva in cui la Cassazione guarda al negozio con il consumatore è così fondamentalmente risarcitoria [123]: tanto è vero ciò che precede che la Corte paradossalmente finisce per "dimenticarsi" di chiarire – almeno espressamente - se dalla natura illecita del contratto a valle derivi o meno la nullità di quest'ultimo [124].

---

economica del cliente-consumatore, in quanto se il fatto anticoncorrenziale sussiste, e l'impresa ha negoziato nell'applicazione di quel fatto anticoncorrenziale, è l'attività antitrust alla quale il danno del consumatore va collegato, e non il negozio per il quale quell'attività si filtra nell'assumere individualità di riferimento".

[121] R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in Foro it., 2007, 4, I, p. 1103.

[122] B. LIBONATI, *op. cit.* (nt. 104), p. 506, ritiene su questa scorta che ad essere anticoncorrenziale è l'intera sequenza di atti (di cui l'ultimo è per l'appunto il contratto a valle) di cui si compone la condotta imprenditoriale.

[123] In tal senso assume rilievo il passaggio della sentenza dove le Sezioni Unite definiscono l'accertamento della nullità di un'intesa quale "*presupposto della eliminazione del pregiudizio in una prospettiva esplicitamente risarcitoria"*. Rileva A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 510, come la sentenza delle Sezioni Unite lasci intendere che l'azione risarcitoria ex art. 2043 costituisce "*lo strumento principale attraverso il quale il terzo, che lamenti pregiudizi derivanti da un'intesa anticoncorrenziale, riesce ad ottenere tutela delle proprie ragioni"*.
Mette in guardia dalla ("*superflua e pericolosa*") confusione concettuale tra i due diversi istituti che il passaggio della sentenza in esame ingenera, M. NEGRI, *op. cit.* (nt. 104), p. 346, sostenendo che per le controparti commerciali delle imprese colluse la declaratoria di nullità dell'accordo è sostanzialmente inutile, fino a che non si riesca a dimostrare "*che proprio la sua apparente efficacia vincolante tra le parti, e non già il mero fatto della sua spontanea attuazione, in qualche modo coinvolga la loro sfera giuridica"*.
Interessanti le considerazioni svolte su tale profilo da I. PAGNI, *op. cit.* (nt. 104), p. 340, secondo cui la dichiarazione di nullità assolverebbe ad una funzione di accertamento dell'illiceità del comportamento da un punto di vista antitrust che costituisce il presupposto necessario della successiva tutela risarcitoria. In particolare, l'Autrice imposta la questione nei seguenti termini: "*la comminatoria di nullità dell'intesa vietata deve essere intesa, più che (o oltre che) a colpire l'efficacia di un accordo concluso in violazione di norme imperative, a rimuovere gli ostacoli al gioco della concorrenza, per impedire il verificarsi in futuro di ulteriori eventi dannosi. In altre parole, il legislatore del'90 non avrebbe attaccato l'intesa in quanto tale ma il comportamento illecito realizzato dalla complessiva situazione di fatto, anche successiva all'accordo originario, che ha turbato l'efficienza del mercato; e l'invalidità del negozio sarebbe stata sancita semmai per la necessità di 'togliere l'efficacia di legge tra le parti che il negozio possiede per sua 'natura' o di privare, in ogni caso, la volontà anticoncorrenziale a monte di ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle. Di conseguenza anche l'azione di nullità avrebbe più la funzione di un rimedio volto ad accertare l'illiceità del comportamento, che non quella di una impugnativa negoziale di stampo tradizionale'*. Negli stessi termini, se ben si comprende, si pone M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 104), p. 1097.

[124] In dottrina, vi è diversità di vedute in merito alle implicazioni derivanti dalle affermazioni delle Sezioni Unite Cassazione sulla liceità o meno dei contratti a valle. Da una parte vi è chi, commentando la sentenza in questione, ritiene che "*la valutazione di illiceità del contratto a valle, come comportamento attuativo e*

3.3 Considerazioni conclusive sulla posizione delle Sezioni Unite

Risulta evidente da quanto precede che la sentenza del 2005 chiude una fase importante della evoluzione giurisprudenziale sulla tutela civile antitrust. L'adozione di una prospettiva risarcitoria da parte della Corte, sulla scorta dei forti impulsi derivanti dal diritto comunitario, coincide infatti con l'abbandono di una visione formalistica nella valutazione antitrust dei rapporti tra gli operatori del mercato, che come tale riservava principale attenzione al dato negoziale rispetto a quello economico [125].

Di conseguenza, i principi di riferimento per la tutela risarcitoria da illecito antitrust risultano ora enucleati e calibrati dalle Sezioni Unite in una prospettiva che privilegia il dato sostanziale delle relazioni economiche.

In quest'ottica, nessuna categoria di attori del mercato (concorrenti, consumatori, professionisti) risulta a priori esclusa dalla legittimazione all'azione risarcitoria antitrust, posto che l'alterazione del corretto processo concorrenziale si traduce in linea di principio in una compressione dei diritti e in un pregiudizio degli interessi di tutti coloro che a diversi

---

funzionale ad un'intesa illecita, non comporta però anche dichiarazione di nullità del contratto a valle. Sul punto dovrebbe essere sufficiente richiamare la communis opinio, per cui la qualificazione di illiceità dell'attività di impresa, o di un filone di essa, non si riverbera necessariamente in qualificazione di illiceità negoziale dei singoli contratti conclusi, compiuti dall'imprenditore nell'esercizio della sua attività. Da qui a mio avviso, la deduzione per cui il contratto a valle, pur costituendo momento di un illecito extracontrattuale complesso, imputabile all'impresa partecipante al cartello (e come tale produttivo di responsabilità ex art. 2043) non è anche affetto da nullità negoziale, a meno che l'illiceità non si riverberi anche sulla causa o sull'oggetto del contratto derivato. Che una fattispecie negoziale valida possa essere contemporaneamente qualficata come illecito produttivo di obbligo di risarcimento del danno non è fenomeno estraneo all'ordinamento, come dimostra la norma dell'art. 14440 c.c., in materia di dolo incidente" (così M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 104), p. 1097).
Nega che dalla pronuncia possa desumersi la nullità dei contratti a valle anche L. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in Danno resp., n. 10/2005, pp. 949-956.
Più condivisibile l'opinione di chi ritiene che il ragionamento della Cassazione, anche in virtù di un passaggio contenuto in un successivo intervento della Corte stessa (Sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305 su cui più diffusamente nel prossimo paragrafo), implichi la dichiarazione di nullità del contratto a valle, pur rilevando degli ostacoli concettuali in merito alla possibilità che un negozio nullo possa poi dar luogo al risarcimento del danno come invece riconosciuto dalla Corte (R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 121), p. 1102).
Interpreta la sentenza della Cassazione nel senso della nullità del contratto a valle, A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 504, che non condivide tuttavia la posizione assunta dalla Corte, riproponendo essenzialmente le critiche alla tesi della nullità già avanzate dalla dottrina e per cui si rinvia alla nota n. 64. Posizione simile è assunta da M. NEGRI, *op. cit.* (nt. 104), p. 347.

[125] Osserva A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 524, come nella prospettiva del civilista la sentenza in esame costituisca "*un punto di arrivo, o comunque di non ritorno, rispetto alla rilevanza dei valori della concorrenza e dell'assetto competitivo del mercato",* che verosimilmente imporrà al giurista italiano a "*ristrutturare la disciplina degli strumenti di tutela civile a fronte di comportamenti anticoncorrenziali*".

livelli contribuiscono al funzionamento del mercato e che beneficiano del carattere competitivo di quest'ultimo.

Questi principi sono stati oggetto di approfondimento in un successivo intervento della Cassazione che ci si appresta ad analizzare e che costituisce l'ultima tappa del percorso fin qui tracciato dalla giurisprudenza interna di legittimità sulla tutela risarcitoria antitrust.

3.4 Gli sviluppi (mancati) di cui alla sentenza 2305/07

Con la sentenza 2305/07 la Cassazione cambia pagina e si mette – almeno temporaneamente [126]- alle spalle la questione della nullità delle intese [127], per approfondire i temi connessi alla tutela risarcitoria conseguente a violazioni di diritto antitrust.

La vicenda ancora una volta trae origine dal più volte citato cartello assicurativo: in particolare nella causa originaria davanti alla Corte di Appello di Napoli, la ricorrente richiedeva ai sensi dell'art. 33, comma 2, il risarcimento del danno subito a seguito dell'intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dalla convenuta insieme ad altre compagnie assicurative e sanzionata dall'AGCM. La Corte di Appello accordava tutela risarcitoria e l'originaria convenuta adiva quindi la Corte di Cassazione contestando, per quel che interessa in questa sede, la mancata individuazione da parte del giudice di merito *(i)* del diritto soggettivo leso, *(ii)* del comportamento antigiuridico tenuto dalla compagnia nel singolo rapporto, nonché *(iii)* del nesso di causalità tra condotta ed evento. Tali tesi si fondavano essenzialmente sulla pretesa <u>indipendenza giuridica</u> tra l'intesa a monte e il contratto a valle, tale per cui gli effetti restrittivi dell'uno non si sarebbero trasmessi all'altro.

---

[126] Per le incertezze interpretative che tuttora permangono sulla validità/invalidità dei contratti a valle cfr. la nota n. 124.

[127] L'adozione di una prospettiva risarcitoria non implica ovviamente che il rimedio della nullità sia privo di alcuna utilità pratica per la vittima di un illecito antitrust. In dottrina si è portato come esempio il caso di un contratto a valle di fornitura di un servizio già stipulato ma non ancora eseguito e che contenga clausole anticompetitive in esecuzione di un cartello a monte: in tal caso l'azione di nullità è l'unica azione in grado di tutelare immediatamente la vittima dell'illecito posto che la tutela risarcitoria potrà essere solo successiva (in questi termini P. IANNUCCELLI, *op. cit.* (nt. 6), p 780).

In sintesi, la Corte ha dapprima rigettato l'assunto attoreo secondo cui la tutela aquiliana presupporrebbe l'individuazione di un diritto soggettivo violato. In questo senso, la Corte ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di danno ingiusto che ha progressivamente disancorato la risarcibilità del danno dalla lesione di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria. Come ricordato dalla Corte infatti "*l'area della risarcibilità non è, quindi, definita da altre norme recanti divieti e, pertanto, costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), 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, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento. Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria) volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*".

Operate tali premesse, la Corte non ha incontrato particolari problemi nel concludere che l'azione dell'assicurato tendeva alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla costituzione e dalla legislazione nazionale) alla libertà contrattuale, e più in particolare al diritto di godere dei benefici della libera competizione commerciale (quale colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta), e che tale interesse poteva risultare direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte delle imprese.

Ciò premesso, passando alla seconda fase dell'analisi, la Corte ha rilevato la necessità che tra danno ingiusto e comportamento anticoncorrenziale sussista un adeguato nesso causale. Su tale specifico punto la giurisprudenza di merito aveva assunto posizioni difformi [128]: da un lato, vi erano stati giudici che ritenevano che l'aumento dei prezzi della RC Auto potesse ritenersi conseguenza normale e verosimile dell'intesa tra compagnie di assicurazione con diritto del danneggiato di essere risarcito dei danni subiti [129]; d'altro lato, vi erano quegli organi giudicanti che avevano respinto le domande degli assicurati per difetto del nesso

[128] E ciò anche all'interno della stessa sezione come nel caso della Corte di Appello di Napoli, v. le note che seguono.

[129] In questo senso App. Napoli, 3 maggio 2005, in Foro it., 2005, I, p. 1880, con nota di A. PALMIERI.

causale, atteso che la partecipazione all'intesa accertata dall'AGCM non costituiva causa immediata e diretta dell'incremento del premio, considerato che il consumatore ben avrebbe potuto stipulare una polizza RC Auto con le imprese assicurative rimaste estranee all'intesa [130].

Al proposito, la Corte, valorizzando le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2005 in merito alla inscindibilità fra intesa a monte, causa remota e singoli contratti attuativi [131], ha riconosciuto che tali contratti costituiscono il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva, la sua "realizzazione finale", circostanza che legittima il giudice a "*desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto di sequenza costante tra antecedente e dato consequenziale"*. In altre parole, se non esiste cesura tra intesa a monte e contratto attuativo, non vi è nulla che impedisca di ricorrere a presunzioni per stabilire che l'incremento del premio assicurativo risulta causalmente collegato all'illecito antitrust accertato dall'AGCM.

A questo specifico riguardo la Corte, dopo aver richiamato le nozioni di causalità materiale e causalità giuridica, ha rilevato come la valutazione del nesso causale debba compiersi secondo criteri o di probabilità scientifica o, ove non possibile, di logica aristotelica, secondo il principio dell'alta probabilità logica (in luogo dell'ormai soppiantato criterio statistico, ritenuto incapace di apprezzare adeguatamente le circostanze differenziali rispetto alla situazione astratta a cui si riferisce il dato statistico) [132] [133]. Su tale punto si avrà modo

---

[130] Cfr. App. Napoli 9 febbraio 2006, in Foro it., 2006, I, p. 1184 e in Danno e Resp., 2006, 1133, con nota d S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*, Giudice di Pace di Cesena 10 marzo 2003, in *Giudice di Pace,* 2003, 118 e Giudice di Pace di Milano 25 novembre 2003, in *Giudice di Pace* 2004, 124 con commento di A. PALMIERI.

[131] Cfr. R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 121), p. 1102.

[132] Critica la pertinenza dei riferimenti alla giurisprudenza della Cassazione in tema di nesso causale contenuti nella sentenza S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria, antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in Corr. giur., 2007, 5, pp. 648-653, rilevando come tali precedenti e gli sforzi concettuali che implicano si riferiscano a condotte omissive mentre l'illecito antitrust tende a strutturarsi come un illecito commissivo, la cui valutazione del nesso causale potrà pertanto continuare ad essere condotta sulla base dei tradizionali criteri della *conditio sine qua non* e della causalità adeguata.

[133] In tema di nesso causale nell'ambito di illeciti antitrust si segnala la sentenza della Corte di Appello di Milano dell'11 luglio 2003, nel caso *Bluvacanze* (in Danno resp., 2004, 6, 661-665, con nota di G. FAELLA, *Responsabilità per danni da boicottaggio: l'illecito antitrust: nesso causale e quantificazione del danno*). La fattispecie analizzata dalla Corte milanese concerneva un boicottaggio collettivo posto in essere da tre *tour operator* nei confronti di un agente che aveva intrapreso una campagna scontistica particolarmente aggressiva: in particolare i *tour operator* avevano interrotto in modo concertato i rapporti commerciali con l'agente in

di tornare nel par. 5.3, evidenziando come la stessa configurazione del nesso causale fornita dalla Corte in questa sede debba ritenersi superata alla luce di un recente intervento delle Sezioni Unite.

Con particolare riguardo al danno lamentato dall'attore, la Corte rileva come questo si atteggi sotto forma di perdita di chance, dal momento che l'assicurato per effetto dell'intesa anticoncorrenziale ha perso la possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza [134]. In relazione a tale tipologia di danno, prosegue la Corte la giurisprudenza ammette la prova secondo un calcolo probabilistico o per presunzioni; in tal caso tuttavia deve essere consentito alla controparte di addurre elementi di prova che smentiscano le presunzioni e la sequenza probabilistica che fa derivare il danno dall'intesa illecita e su tale specifico punto la sentenza della Corte di Appello viene cassata per aver omesso di considerare le prove addotte dalla compagnia assicuratrice.

Sulla base di tali elementi la Corte conclude rilevando che nell'azione risarcitoria ex art. 33 della Legge 287/90 "*l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a*

---

questione e ciò in sostanza al fine di tutelare gli interessi degli altri agenti che si lamentavano per la condotta fortemente competitiva del loro concorrente (non è escluso che i *tour operator* avessero un interesse diretto a reprimere la politica scontistica dell'agente aggressivo, per evitare condotte che potessero destabilizzare forme di collusione poste in essere direttamente da essi stessi o, in alternativa che potessero comportare uno scadimento del livello qualitativo del servizio di distribuzione offerto dagli agenti). I profili attinenti al nesso causale venivano in gioco con riferimento alla responsabilità di uno dei tre *tour operator* che, pur avendo contribuito alla definizione del disegno anticoncorrenziale, non aveva poi attuato tale strategia di interruzione dei rapporti commerciali con la vittima del boicottaggio, semplicemente perché al momento non intratteneva alcuna relazione negoziale con tale soggetto. Su queste basi la Corte di Appello di Milano ha escluso che rispetto a tale *tour operator* sussistesse il nesso causale tra condotta illecita e danno. Tale posizione è stata criticata dall'estensore della nota a sentenza sopra richiamato con un'argomentazione che richiama il percorso logico seguito dalla Corte di Cassazione nelle sentenze del 2005 e del 2007 in tema di intese a valle: ad avviso dell'Autore infatti la concertazione a cui il *tour operator* aveva partecipato e la successiva condotta attuativa sul mercato posta in essere dai suoi sodali rappresentano elementi costitutivi di un'unica infrazione, alla quale si ricollega direttamente il danno subito dal soggetto leso.

[134] Ritiene fuorviante il riferimento al danno antitrust come danno da perdita di chance G. AFFERNI, *op. cit.* (nt. 17), p. 768. Ad avviso dell'Autore il danno antitrust non è un danno di perdita di chance posto che a differenza di quest'ultima tipologia di danno, una eventuale incertezza circa la sussistenza del nesso di causalità non determina una riduzione proporzionale del danno risarcibile.

dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque concorso a produrlo" [135] [136].

In questo modo la Corte addiviene ad una sintesi delle diverse posizioni emerse nella giurisprudenza di merito di cui si è dato brevemente conto in precedenza, da un lato ritenendo che l'assicurato non sia tenuto a fornire la prove specifica del nesso causale tra violazione a monte e danno derivante dall'intesa a valle, e dall'altro precisando che rimane aperta la possibilità per la controparte di fornire elementi di prova contrari [137] tali dunque da interrompere il nesso causale [138].

Questa rapida panoramica sul contenuto della pronuncia della Cassazione consente di apprezzare come il ragionamento della Corte abbia spaziato su temi di fondamentale importanza sotto il profilo della teoria del risarcimento del danno antitrust, quali l'individuazione del nesso causale, il riparto dell'onere della prova in azioni *follow-on*, i

---

[135] Osserva correttamente G. AFFERNI, *op. cit.* (nt. 17), p. 765, nota 5, che l'alleviamento dell'onere della prova a carico dell'attore - derivante dalla necessità di dover allegare la sola polizza assicurativa contratta unitamente all'accertamento antitrust effettuato dall'AGCM – assume valenza per le sole azioni c.d. *follow-on* (cfr. nota n. 68), mentre per le azioni *stand-alone* l'attore avrà anche l'onere di provare l'illiceità della condotta, e quindi l'esistenza di una violazione delle regole antitrust.

[136] Appare opportuno segnalare che la sentenza della Corte affronta anche il tema della prescrizione delle azioni di risarcimento antitrust. Il problema si pone in quanto nelle azioni antitrust il termine quinquennale applicabile previsto dall'art. 2497. comma 1, c.c può rivelarsi eccessivamente breve se lo si faccia decorrere da quando si è verificato il fatto, posto che le violazioni della concorrenza spesso costituiscono condotte segrete e che l'accertamento da parte delle autorità preposte spesso interviene dopo lunghe istruttorie.
Al riguardo la Corte ha ritenuto che ai sensi dell'art. 2935, disposizione generale in tema di prescrizione, quest'ultima cominci a decorrere da quando il diritto può essere fatto in concreto valere. In questo senso, la Cassazione ritiene che nel caso di specie il termine prescrizionale inizi a decorrere allorquando il titolare del diritto al risarcimento sia adeguatamente informato, non solo dell'esistenza del danno, ma anche del suo carattere ingiusto: in mancanza infatti di tale consapevolezza, l'inerzia del danneggiato non può assumere alcuna rilevanza ai fini del decorso della prescrizione.
Pertanto, conclude la Corte "*la lungolatenza del danno – ovvero lo scollamento temporale tra il momento dell'inflizione del danno ad opera del danneggiante ed il momento della sua percezione da parte del danneggiato – fa sì che il titolare del diritto possa dirsi in stato di inerzia, rispetto all'esercizio del diritto risarcitorio, solo nel momento in cui sia adeguatamente edotto delle circostanze di questo particolare fenomeno d'illecito prospettato dalla legge n. 287/90"*. Sarà compito del giudice di merito nel caso di specie individuare il momento da cui far scattare il decorso della prescrizione, dando in questo senso rilievo non solo ai provvedimenti di accertamento di un'infrazione (ove presenti) dell'AGCM ma anche ad indagini condotte in proprio dal danneggiato o alla pubblicizzazione dell'esistenza di un illecito antitrust attraverso i mezzi di comunicazione.
Manifesta perplessità in merito alla mancanza di certezza giuridica che le indicazioni della Corte determinano in una materia particolarmente sensibile a tale profilo come il risarcimento del danno R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 121), p. 1106.

[137] Nella specie la rilevanza di fattori diversi dall'intesa restrittiva che avevamo determinato l'aumento dei prezzi delle polizze.

[138] S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 132), p. 651.

criteri di quantificazione del danno[139] e la decorrenza del termine di prescrizione, tanto che in dottrina si è parlato di un malcelata ambizione della Corte di tratteggiare un "*manuale di base sul danno antitrust"* [140].

La pronuncia in esame, comunque, conferma nelle sue linee fondamentali l'approccio di cui alla precedente sentenza delle Sezioni Unite. Si mantiene infatti un'impostazione che tiene in precipua considerazione la complessità delle relazioni economiche sussistenti sul mercato, privilegiando così il nesso economico e funzionale tra i comportamenti degli operatori economici e la posizione soggettiva degli altri soggetti che partecipano al mercato. Per questa via la Corte ribadisce che la disciplina antitrust costituisce la legge di tutti i soggetti del mercato, ivi inclusi i consumatori finali, e che, rispetto a questi ultimi, la funzione illecita dell'intesa è costituita dal restringimento del loro diritto di scelta effettiva tra i prodotti alternativi offerti sul mercato, a vantaggio di una scelta solo apparente.

Su tali basi la Cassazione compie in realtà una digressione in merito all'individuazione della situazione giuridica tutelata nella fattispecie dinanzi ad essa dedotta, al fine di verificare l'ingiustizia del danno patito dal consumatore finale ai sensi dell'art. 2043. Come si ricorderà, nella pronuncia del 2005 la Corte si esprimeva in termini generali, rilevando come la plurioffensività dei comportamenti concorrenziali determinasse un'esigenza di tutela per tutti coloro che abbiano un interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

Nella sentenza ora in esame, la Suprema Corte compie uno sforzo ulteriore per identificare l'interesse rilevante nel caso di specie; in particolare, come si è visto in precedenza, l'azione risarcitoria proposta dall'assicurato viene ricondotta all'interesse ultraindividuale di derivazione costituzionale (e comunitaria alla luce dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*) alla libertà contrattuale, che si concreta nel diritto di godere dei benefici della libera competizione commerciale. In un passaggio successivo, la Corte sintetizza il suo ragionamento individuando l'interesse giuridicamente protetto dalla cui

---

[139] La Cassazione ha in sostanza riconosciuto la legittimità della valutazione equitativa del danno antitrust.

[140] R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 121), p. 1102.

lesione deriva il carattere ingiusto del danno nell'interesse "*ad un mercato liberamente competitivo"* [141].

Tuttavia tale ricostruzione, che peraltro in alcuni passaggi ripercorre anche testualmente uno dei contributi della dottrina più articolati sul tema [142], a ben vedere non aggiunge molto a quanto già osservato dalla Corte nel precedente di riferimento, costituendo più un'esplicitazione di concetti già presenti nell'impianto della sentenza 2207/05 che un'evoluzione degli stessi in chiave interpretativa.

Più nel dettaglio, si può osservare che il percorso argomentativo della Cassazione, volto ad individuare l'interesse giuridicamente rilevante riferibile al consumatore, non appare discostarsi dalle coordinate già tracciate nel precedente intervento. In questo senso, il riferimento all'interesse ultraindividuale alla libertà contrattuale [143] richiama immediatamente alla mente quel "diritto di scelta effettiva" su cui ci si è diffusamente

---

[141] Appare opportuno ricordare che con la sentenza 17475/2002 la I Sezione della Cassazione aveva escluso la legittimazione antitrust del consumatore, ma aveva comunque fatta salva la possibilità per quest'ultimo di agire ai sensi dell'art. 2043 allegando la violazione di un proprio diritto soggettivo.
A valle di tale pronuncia, la dottrina si era interrogata sulla natura del diritto soggettivo invocabile giungendo ad esiti divergenti: accanto a coloro che ritenevano estremamente difficoltoso giungere all'individuazione di "un diritto di concorrenza", per quanto il precedente della Corte di Appello di Milano del1'8 luglio 1995 nel caso Telesystem (in *Danno e Responsabilità,* 1996, I, p. 105-110 con nota di C. OSTI (nt. 89)) si muovesse proprio in tale senso (a queste conclusioni giungevano tra gli altri, A. PALMIERI, *op. cit.* (nt. 49), 1124 e M.R. TUFARELLI, *op. cit.* (nt. 50), p. 2150), si è posto chi ha ritenuto che tale diritto potesse essere identificato nel diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali di cui all'art 1 della legge 281/1998 - oggi art. 2, comma 2, del Codice del Consumo, D.lgs 6 settembre 2005, n. 206 - (in questo senso L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in Danno resp., 10/2005, p. 952, G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 99 e A. MANTELERO, *Per qualche lira in più o del danno ai consumatori bei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale,* in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, 345 e ss., *contra* M. R. MAUGERI, *op. cit.* (nt. 60), pp. 355-356 e C. CASTRONOVO, *op. cit.* (nt. 52), p. 469 secondo cui i due testi normativi sono caratterizzati da un'eterogenesi dei fini).
Molti commentatori, peraltro, avevano anticipato gli approdi a cui sarebbe giunta la giurisprudenza di legittimità, riconoscendo la riferibilità in capo ai consumatori di un interesse legittimo al rispetto da parte delle imprese della normativa antimonopolistica tale da consentire il ricorso all'art. 2043 c.c. in conformità alle evoluzioni in tema di responsabilità aquiliana di cui alla sentenza n. 500 delle Sezioni Unite (così E. SCODITTI, *op. cit.* (nt. 50), pp. 1127-1130). L'accoglimento di tale impostazione da parte delle Sezioni Unite ha consentito di superare il problema, rendendo così non più necessaria "*l'incerta stampella offerta alle pretese risarcitorie del consumatore dalla L. 281/98"* (in questi termini, M. NEGRI, *op. cit.* (nt. 104), p. 345).

[142] Cfr. R. CALVO, *op. cit.* (nt. 64), p. 187, il quale individua il diritto violato nel "*diritto ultraindividuale alla libertà contrattuale, autentica colonna portante – assieme alla proprietà privata e alla libertà testamentaria – del nostro ordinamento economico, che sul crinale qui indagato si concreta nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale costituenti, a vedere le cose da vicino, il cuore pulsante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta"*.

[143] Cfr. R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 121), p. 1104 che osserva come il diritto a godere dei benefici della competizione commerciale viene "*inopinatamente*" definito quale "*interesse ultraindividuale alla libertà individuale*", posto che il carattere ultraindividuale sembra il meno consono ad attivare una tutela individuale.

soffermati nel par. 3.1 [144]. Del pari il diritto a godere dei benefici della competizione commerciale posto dalla Corte in capo al consumatore finale non appare altro che una semplice riformulazione del principio generale secondo cui la legittimazione all'azione risarcitoria antitrust spetta a tutti coloro che abbiano un interesse rilevante alla conservazione del carattere competitivo del mercato, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

Su queste basi, forse vaghe ma comunque ormai consolidate nel ragionamento della Corte, appare possibile provare a dare una risposta al primo dei due interrogativi che formano oggetto della presente analisi. Quali categorie di soggetti possono astrattamente considerarsi legittimate alla proposizione di un'azione antitrust per il risarcimento del danno? O, in altri termini, quali sono i soggetti del mercato che possono avere (e generalmente hanno) un interesse rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo e a cui la Cassazione fa riferimento?

3.5 Le categorie di soggetti astrattamente legittimati all'azione risarcitoria antitrust individuabili sulla base degli attuali orientamenti della Cassazione

3.5.1. I concorrenti

In base agli orientamenti richiamati nel paragrafo precedente, è fuori di dubbio che tra i legittimati rientrino i concorrenti dell'impresa che abbia posto in essere l'illecito: tale principio, già affermato dalla Cassazione nella sentenza n. 17475/2002 (cfr. par. 1.5), come si è visto, non è stato revocato in dubbio nei successivi interventi della Corte.

Gli interessi di tale categoria di potenziali attori, infatti, risultano spesso allineati a quelli generali che la normativa antitrust intende proteggere: basti al riguardo considerare che i

---

[144] R. INZITARI, *op. cit.* (nt. 52), p. 924, chiarisce come la restrizione della libertà del consumatore di optare per le scelte allocative più convenienti si traduce in una "*lesione alla libertà negoziale, che incide nel comportamento patrimoniale del singolo, deviandolo dalla direzione che ragionevolmente avrebbe seguito se non si fosse verificato un tale condizionamento*". Su tali presupposti l'Autore effettua un interessante parallelo con le situazioni di disinformazione del consumatore in campo finanziario dovute ad esempio ad incompletezza del prospetto o ad omissioni e reticenze dell'intermediario finanziario.
Identifica l'assetto competitivo del mercato quale presupposto per l'esercizio effettivo dell'autonomia negoziale A. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 501

concorrenti in molti casi costituiscono proprio la vittima designata dell'illecito, come nelle ipotesi di strategie individuali o collettive poste in essere da altri operatori per escluderli dal mercato, e possono considerarsi dunque i naturali destinatari della tutela prevista dall'art. 33 della Legge Antitrust. Al riguardo si è osservato in dottrina che "*la lesione dell'interesse dell'impresa concorrente al mantenimento di una situazione concorrenziale, tutelata per legge, non sta nel suo effetto – quello del trasferimento di ricchezza – come per il consumatore, ma nella sua modalità, quella della esclusione totale o parziale del concorrente dal mercato*" [145].

Per utilizzare la terminologia adottata dalla Corte di Cassazione nei suoi ultimi interventi, ai concorrenti è sicuramente riconducibile uno specifico "interesse ad un mercato concorrenziale", posto che una lesione di quest'ultimo tende a tradursi in una restrizione del loro interesse giuridicamente rilevante alla preservazione della propria posizione concorrenziale, o, ampliando ancora di più la prospettiva, alla propria libertà di impresa [146].

3.5.2. I consumatori

Nel novero delle categorie legittimate all'azione risarcitoria antitrust devono pacificamente farsi rientrare i consumatori finali in conformità ai recenti approdi della Cassazione, ampiamente commentati in precedenza. L'allineamento degli interessi di tali soggetti con quelli tutelati dalla normativa antitrust appare altrettanto (se non addirittura più) evidente di quanto si è visto con riferimento ai concorrenti: i consumatori finali, infatti, tendono ad essere la vittima designata di gran parte delle fattispecie anticoncorrenziali, specie delle intese o degli abusi c.d. di sfruttamento (cartelli sui prezzi, previsione di condizioni eccessivamente gravose…) e sono diretti portatori di un interesse alla concorrenzialità del mercato a garanzia e salvaguardia della loro libertà negoziale.

Come si è visto in precedenza, peraltro, i criteri individuati da ultimo dalla Cassazione in merito al nesso di causalità consentono di superare anche gli eventuali ostacoli frapposti alla tutela del consumatore finale dalla distanza che può separare il momento consumativo

---

[145] C. OSTI, *op. cit.* (nt. 89), p. 114. Negli stessi termini G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 228

[146] Cfr. al riguardo S. BASTIANON, *Antitrust e risarcimento del danno: atto secondo,* in Danno resp., 1997, 5, p. 605.

dell'illecito concorrenziale (intesa a monte) e la determinazione del danno a carico del consumatore finale che chiude la filiera produttiva.

L'estensione della legittimazione ai consumatori appare pertanto in grado di cogliere appieno la propagazione degli effetti concorrenziali di una violazione antitrust nella sua traiettoria "verticale" verso l'ultimo livello del mercato, secondo quello che è stato definito uno schema di reazione a catena [147].

3.5.3 I professionisti

L'approccio alle tematiche connesse alla legittimazione dell'ampia categoria dei professionisti [148] consente di introdurre una considerazione molto importante ai fini del presente lavoro.

Sebbene la prospettiva legata al caso del cartello RC Auto, che ha guidato l'analisi fin qui condotta, sia certamente di grande aiuto per comprendere le problematiche sottese al danno antitrust, tale angolo visuale non permette di cogliere appieno la complessità della fenomenologia del danno antitrust, coprendo solo una delle diverse espressioni attraverso cui tale danno può concretizzarsi sul mercato.

Le violazioni antitrust, infatti, sono suscettibili di determinare una molteplicità di effetti contestuali sul mercato, che ricadono su una platea di soggetti molto eterogenea e che si manifestano secondo parabole molto differenziate (su quest'ultimo profilo si avrà modo di tornare più avanti allorquando si introdurrà il concetto di *antitrust injury*): in tale prospettiva, si può per ora osservare che lo schema della reazione a catena che vede il consumatore quale sbocco finale della violazione anticoncorrenziale - e su cui si è finora concentrata l'attenzione della giurisprudenza di legittimità impegnata sul caso RC Auto -

---

[147] In questi termini l'ordinanza del 17 ottobre 2003 con cui la III Sezione della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite le questioni di competenza relative al cartello RC Auto, da cui è poi sfociata la sentenza 2207/05 (cfr. nota n. 105).

[148] Cfr. la nota n. 6 in cui si sono definiti i professionisti come coloro che non sono né concorrenti, né consumatori, e che dunque vendono o acquistano al fine di rivendere, beni o servizi, operando in un mercato diverso o ad un differente livello della catena produttiva rispetto al convenuto.

costituisce solo una delle possibili direttrici lungo cui il danno può propagarsi, e probabilmente una delle più semplici.

L'ampia portata plurioffensiva dell'illecito antitrust infatti determina una propagazione del danno che sarebbe più opportuno definire "a raggiera", posto che ad essere pregiudicati da un comportamento anticoncorrenziale, oltre ai concorrenti ed ai consumatori, possono essere soggetti – per citare i principali - posti a monte della violazione come i fornitori, o che si collocano ad un livello intermedio come i distributori, o infine in posizione "tangenziale" come nel caso dei lavoratori, dei soci e dei finanziatori delle imprese coinvolte nell'illecito [149].

Quid, dunque, con riferimento alla legittimazione antitrust di tale ulteriore insieme di soggetti che, ai fini del presente lavoro, viene ricondotta nella categoria dei professionisti?

Sebbene l'analisi che sarà condotta porterà a conclusioni sostanzialmente uniformi per i vari soggetti riferibili alla categoria dei professionisti, per chiarezza espositiva si ritiene opportuno trattare separatamente le questioni legate ai fornitori e ai distributori, da un lato, e ai lavoratori e soci/finanziatori dall'altro, anche in ragione della differente posizione che essi ricoprono sul mercato.

3.5.3.a) Fornitori e distributori

Con riferimento ai fornitori e ai distributori, si ritiene che entrambe tali categorie di soggetti vadano ricomprese nell'ambito dei soggetti astrattamente legittimati all'azione risarcitoria antitrust.

Fornitori e distributori infatti costituiscono senza dubbio soggetti del mercato che operano direttamente nello scambio di beni e servizi a livelli diversi della filiera e rientrano a pieno titolo tra i soggetti del mercato. In questo senso, non è difficile immaginare situazioni in cui gli interessi di tali soggetti risultino allineati con quelli protetti dalla normativa antitrust, come nel caso in cui fornitori e distributori siano le vittime designate di una determinata

---

[149] Tale principio risulta assodato nell'esperienza statunitense su cui si avrà modo di tornare a breve, dfr. quanto affermato nel caso *Billy Baxter, Inc. v. Coca Cola Co.*, 401 U.S. 923 (1971) in cui si legge "*any antitrust violation disrupts the competitive economy to some extent and creates foresseable ripples of injury which may be shown to reach individual employees, stockholders or consumers"*

condotta anticompetitiva posta in essere dalle loro controparti commerciali attive su mercati posti a monte o valle: si pensi all'ipotesi di un atto di boicottaggio diretto alla esclusione dal mercato del fornitore o del distributore in questione [150]; o ancora all'ipotesi in cui il distributore sia la vittima di un cartello di prezzo tra le imprese che costituiscono le sue fonti di approvvigionamento; o, infine, la situazione in cui il fornitore si trovi di fronte acquirenti che coordinano le loro rispettive politiche di acquisto per ottenere approvvigionamenti a prezzi inferiori al livello concorrenziale [151].

Alla luce di quanto sopra appare difficile sostenere che, in linea generale, i fornitori e i distributori non siano portatori dell'interesse alla concorrenzialità del mercato, e non soddisfino quindi il criterio di riferimento indicato dalla Corte di Cassazione: gli esempi sopra riportati infatti chiariscono coma una lesione dell'assetto competitivo del mercato potrà tradursi in una restrizione, a seconda dei casi, della loro libertà negoziale come nell'ipotesi del cartello di acquisto o di vendita [152], o dell'interesse alla preservazione della loro posizione concorrenziale - o più in generale della loro libertà di impresa, in analogia a quanto si è visto per i concorrenti - come nel caso degli atti di boicottaggio di cui risultino vittime [153].

Peraltro, appare opportuno precisare che fornitori e distributori tendono ad essere spesso pregiudicati anche da condotte anticompetitive di cui non costituiscono le vittime designate.

---

[150] Tale condotta se viene posta in essere da un pluralità di imprese ricade *de plano* nell'ambito di applicazione del divieto di intese restrittive (sempre che la restrizione abbia un impatto sensibile sulla concorrenza, cfr. par. 1.1) e se posta in essere dall'impresa dominante sul mercato costituisce abuso vietato ai sensi dell'art. 3 della legge nazionale.

[151] Cd. cartello di acquisto, che al pari degli esempi precedenti costituisce violazione delle disposizioni in materia di intese o, ricorrendone i più stringenti presupposti, abuso di posizione dominante collettiva.

[152] In questo senso la posizione di fornitori e distributori è assimilabile a quella dei consumatori che, come si è visto in precedenza, risultano portatori di un analogo interesse (cfr. P. IANNUCCELLI, *op. cit.* (nt. 6), p 748).
D'altra parte il distributore, in qualità di acquirente, risulta esposto al cartello di prezzo tra i suoi fornitori al pari del consumatore, fatta salva la possibilità per il primo di ribaltare i maggiori costi sopportati sui prezzi praticati alla propria clientela (sui profili relativi alla traslazione del danno a valle, vedi la nota n. 200): sostanzialmente assimilabile appare la posizione del fornitore posto che l'unica differenza consiste nel fatto di risultare pregiudicato dal cartello nella sua attività di vendita e dunque sul lato dell'offerta piuttosto che su quello della domanda.

[153] In questo caso l'analogia è con la posizione dei concorrenti a cui in precedenza è stato riferito il medesimo interesse sempre con riferimento a possibili condotte escludenti di cui risultino vittime. Al riguardo, la Corte di Appello di Torino (sentenza del 6 luglio 2000, *Indaba Incentive Company S.r.l. c. Juventus FC S.p.A.*, in Danno resp., 2001, 1 pp. 46-57, con nota di S. BASTIANON) ha pertinetemente rilevato "*non può escludersi l'acquirente intermedio dal novero dei danneggiati dall'abuso di una posizione dominante, per l'evidente ragione che egli stesso ha subito la limitazione alla compatibilità del mercato*".

L'ipotesi tipica che viene menzionata al riguardo dal ristretto numero di Autori che hanno approfondito i profili in considerazione è quella del c.d. "danno riflesso", ossia l'ipotesi in cui la condotta anticompetitiva posta in essere dall'autore dell'illecito sia volta ad escludere dal mercato un soggetto (ad esempio un concorrente) con cui il fornitore/distributore intrattiene rapporti commerciali di natura esclusiva; in tale ipotesi l'esclusione del concorrente (e dunque la condotta anticompetitiva a monte) determina un danno rilevante per il fornitore/distributore che si vede privato della sua fonte esclusiva di approvvigionamento o del suo unico cliente.

Tuttavia tale ipotesi - che indubbiamente nel merito sembra sollevare alcune criticità specie sotto il profilo della possibilità di considerare il danno riflesso una conseguenza immediata e diretta dell'illecito anticoncorrenziale [154] [155] – non esaurisce il novero delle fattispecie in cui fornitori/distributori possono risultare danneggiati da un illecito antitrust di cui non siano le vittime designate e, dunque, non consente di trarre delle conclusioni di carattere generale in merito alla impossibilità per tali categorie di potenziali attori di ricorrere fruttuosamente alle azioni risarcitorie in ambito antitrust al di fuori dei casi in cui siano vittime designate dell'illecito (o al limite subiscano danni riflessi), come invece tendenzialmente sostenuto in dottrina [156].

A sgomberare il campo dalle incertezze, valga considerare l'ipotesi di due imprese che concludano un accordo per ripartirsi il mercato su base territoriale (fattispecie che rientra tra le più gravi della concorrenza [157]), in esecuzione del quale una delle due imprese cessi i propri rapporti commerciali con un distributore attivo nella zona territoriale riservata al

---

[154] Al proposito osserva M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 22), p. 672-673, "*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"*. Nello stesso senso A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), p. 370.

[155] Sul danno riflesso vedi tuttavia le considerazioni di seguito svolte con riferimento ai soci/finanziatori.

[156] In senso contrario, invece, cfr. quanto riportato da G.T. ELMI, *op. cit.* (nt. 8), p. 260 ove si legge "*La dottrina maggioritaria ritiene infondate le eventuali pretese risarcitorie dei terzi: ad esempio, i fornitori della vittima dell'illecito antitrust – e così tutti coloro che intrattengono rapporti economici con quest'ultima – sebbene possano subire un pregiudizio dal calo dei profitti e dalla peggiorata situazione economica del loro interlocutore-cliente, tuttavia sono sforniti di tutela, in quanto il danno subito è indiretto, perché tali soggetti occupano una posizione eccentrica rispetto alla sequenza causale alla traiettoria offensiva dell'illecito"*.

[157] Cfr. la nota n. 19, *sub* (iii).

concorrente. In tale ipotesi, il danno subito dal distributore per l'interruzione delle relazioni commerciali – specie nel caso in cui quest'ultimo non possa sostituire la sua controparte commerciale con il concorrente assegnatario della zona che ipoteticamente disponga già di una propria rete distributiva - non appare configurabile come un danno riflesso: l'impresa che partecipa all'intesa, e che cessa le sue relazioni commerciali con il distributore, infatti, si avvantaggia della violazione, potendo approfittare di condizioni di concorrenza meno intense nel territorio ad essa assegnato [158] [159].

Quanto sopra non fa che confermare la riconoscibilità di una legittimazione astratta alle categorie dei fornitori/distributori per le azioni risarcitorie antitrust, che riguarda non solo le fattispecie in cui tali soggetti siano vittime designate dell'illecito ma anche le ipotesi (ad avviso di chi scrive non residuali) in cui subiscano le conseguenze pregiudizievoli di un atto anticoncorrenziale diretto a colpire altri partecipanti al mercato.

3.5.3.b) Lavoratori e soci/finanziatori

A conclusioni sostanzialmente simili si può giungere con riferimento ad altre categorie di potenziali attori come i lavoratori e i soci delle imprese coinvolte nell'illecito antitrust: tuttavia, il percorso argomentativo che conduce a teli esiti risulta meno lineare rispetto a quello sviluppato per i fornitori e i distributori.

In primo luogo anche i lavoratori e soci/finanziatori sono a tutti gli effetti attori dal lato dell'offerta rispettivamente sullo specifico mercato del lavoro e della raccolta di capitali, di modo che in tali specifici contesti i loro interessi risultano perfettamente allineati con quelli della normativa posta a tutela della concorrenza. Si tratta evidentemente dei limitati casi in cui tali soggetti risultino vittime dirette di illeciti antitrust posti in essere dalle rispettive imprese "di appartenenza", come ad esempio nell'ipotesi di un boicottaggio coordinato da più imprese nei confronti di una determinata sigla sindacale [160], o nel caso in cui un consorzio di imprese che gestisce un marchio dominante sul mercato (ad esempio nel settore

[158] Il danno subito dal distributore risulta peraltro assistito da un nesso causale con l'illecito sicuramente più stretto rispetto all'ipotesi del danno riflesso esaminata in precedenza.

[159] A riprova, si consideri che uno dei primi studiosi ad occuparsi della materia, pur tendendo ad escludere la legittimazione in caso di danni riflessi, riconosce nella fattispecie considerata la legittimazione del distributore e degli altri soggetti che risultino pregiudicati dalla riduzione dell'output derivante dall'illecito antitrust oggetto dell'esempio (cfr. A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), p. 379)

[160] Vedi il caso *AGC* trattato dalla Corte Suprema di cui al par. 4.3.3.

alimentare) adotti norme statutarie tali da discriminare, quanto a diritti partecipativi o patrimoniali, quei soci che eventualmente partecipino a consorzi gestori di marchi concorrenti. D'altra parte, nella casistica comunitaria si rinvengono casi in cui la materia sindacale e quella "societaria" in senso lato sono state oggetto di attenzione per i risvolti antitrust ad esse connessi [161].

Ma anche ponendosi al di fuori dei mercati in cui lavoratori e i soci sono direttamente coinvolti sul lato dell' "offerta", si può notare come tali soggetti ben possano subire le conseguenze pregiudizievoli di illeciti antitrust. Analogamente a quanto si è visto in precedenza per i fornitori e i distributori, infatti, anche ai lavoratori e ai soci appare riconducibile in linea generale un interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato. La concorrenza infatti assicura al socio/finanziatore che il valore economico della propria partecipazione e le relative aspettative di guadagno siano corrispondenti alle effettive capacità imprenditoriali espresse dalla società di appartenenza sul mercato; quanto al lavoratore, la concorrenza garantisce la corretta operatività sul mercato dell'impresa meritevole, e per questa via tutela la posizione lavorativa del dipendente e valorizza l'apporto da esso fornito.

Come per i fornitori e i distributori, tuttavia, la lesione dell'interesse del lavoratore o del socio/finanziatore a seguito di una condotta anticoncorrenziale può verificarsi anche senza che si determini un corrispondente pregiudizio in capo all'impresa di appartenenza: in altri termini, i danni antitrust patiti da tali soggetti non si atteggiano necessariamente come danni "riflessi" rispetto a quelli determinatisi nell'operatività o nel patrimonio dell'impresa a cui appartengono, benché quest'ultima sia senza dubbio l'ipotesi più probabile [162].

---

[161] Per la materia sindacale, il riferimento è ovviamente alla sentenza della Corte di Giustizia del settembre 1999, *Albany*, in causa C-67/97, su cui M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Riv. it. dir. lav., 2000, 2, pp. 225 – 244, e P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in Mercato conc. reg., 2000, 3, pp. 635-649.
In materia societaria, si veda ad esempio la Sentenza della Corte di Giustizia del 15 dicembre 1994, *Goettrup-Klim*, in causa C-250/92, in cui ad essere oggetto di scrutinio erano le previsioni statutarie di una cooperativa danese, in posizione dominante sul mercato di riferimento, che limitavano la libertà di acquisto dei membri da cooperative concorrenti.

[162] Si pensi al caso di una condotta anticompetitiva che porti all'esclusione dal mercato dell'impresa in questione, a cui necessariamente consegue la perdita della posizione lavorativa del dipendente e del valore del titolo partecipativo detenuto dal socio.

Valgano al riguardo i seguenti due esempi: in primo luogo, si consideri il caso in cui un'impresa partecipi ad un cartello con i suoi concorrenti volto a limitare la produzione reciproca, al fine di mantenere prezzi più alti. L'impresa, per dare esecuzione al cartello, dovrà necessariamente ridurre i propri fattori produttivi, inclusa la forza lavoro; adempiendo ai relativi obblighi di informazione e motivazione, il tutto potrebbe ben essere attuato nel rispetto della normativa a tutela dei lavoratori. I lavoratori diverrebbero così vittime "incidentali" del cartello, in realtà preordinato ad estrarre un sovrapprofitto dalla clientela, e il danno da essi subito non corrisponderebbe ad un danno riferibile all'impresa di cui erano dipendenti, considerato che quest'ultima trarrebbe un indubbio vantaggio economico dall'esecuzione dell'illecito antitrust [163].

Con riferimento ai soci/finanziatori, invece, si può dare il caso che nell'ambito di una società per azioni sia costituito un patrimonio destinato ad uno specifico affare (ad esempio il lancio di un nuovo prodotto) e che siano emessi degli strumenti finanziari di partecipazione all'affare a favore di terzi con rendimento legato agli esiti della nuova attività. Nel caso in cui la società successivamente partecipi ad un accordo di ripartizione dei mercati con i propri concorrenti, in cui si convenga che la società in questione rinunci allo sviluppo del nuovo prodotto ottenendo in cambio politiche meno aggressive da parte degli altri partecipanti all'intesa sul mercato del prodotto principale in cui tradizionalmente operava, si potrà configurare un pregiudizio per i soci/finanziatori dell'affare a cui il patrimonio era destinato: tale pregiudizio non corrisponde ad un analogo danno per la società che potrà bilanciare le perdite connesse al mancato sviluppo dello specifico progetto con i benefici derivanti dall'illecito sul mercato principale.

Peraltro, sia consentito rilevare che quand'anche il danno del socio/finanziatore costituisse il mero riflesso della lesione subita dal patrimonio sociale (ad esempio per effetto di una

---

[163] L'esempio è ripreso da A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), p. 373, il quale conclude per la legittimazione dei lavoratori nel caso di specie, conferendo particolare rilevanza all'argomentazione secondo cui non si dovrebbe escludere dal novero dei legittimati la categoria di soggetti che meglio di qualunque altra si trova più "vicino" alla violazione e si trova quindi nella condizione migliore per rendersi conto dell'illecito e per procedere per la tutela del proprio interesse e contestualmente dell'interesse collettivo. Ad avviso dell'Autore in nessun caso l'azione dei lavoratori (o degli altri soggetti come ad esempio i fornitori che possono risultare danneggiati dalla riduzione dell'output contemplata nell'esempio preso in considerazione) deve essere ostacolata sotto il profilo della legittimazione, posto che tali essi rientrano tra i soggetti che la legislazione antitrust aveva intenzione di tutelare.
Un dettagliato approfondimento della possibile interferenza nell'esempio fornito tra il risarcimento antitrust e i rimedi specifici previsti dallo statuto dei lavoratori è contenuto in I. PAGNI, *op. cit.* (nt. 44), pp. 609-673, la quale non sembra individuare alcuna preclusione al ricorso alla tutela ex art. 33 della Legge Antitrust.

condotta anticoncorrenziale che abbia portato all'esclusione dal mercato della società in questione) ciò non sembrerebbe precludere in assoluto la possibilità per tali soggetti di ricorrere con successo alla tutela risarcitoria. Prova ne siano le recenti aperture registrate in dottrina sul punto: accanto infatti a chi esclude tale possibilità - ritenendo che i soci "*subiranno 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 beneficiare anche i suoi soci"* [164] - si colloca chi, pur riconoscendo la portata generale di tale principio [165], sostiene che i recenti sviluppi del diritto societario conoscano ipotesi in cui il socio risulta legittimato ad agire per il risarcimento dei danni subiti anche in presenza di un danno inferto alla società [166]. Per questa via si giunge a riconoscere in linea generale la legittimazione del socio ad agire a fini risarcitori nel caso di danni che derivino da quello subito dalla società, purché non siano meramente replicativi di quest'ultimo (se il danno coincidesse, infatti, si arriverebbe ad ammettere la duplicazione del medesimo danno, in un caso in via diretta nell'altro caso in via indiretta) [167].

---

[164] Cfr. A. TOFFOLETTO, *op. cit.* (nt. 52), p. 369.

[165] Cfr. A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Catanzaro, 2005, p. 211 et ss. che a sua volta rinvia a G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società,* 5 ed., Torino, 2002, p. 401-402 e M. LIBERTINI - G. SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria,* in Riv. dir. priv., 2002, p. 409 et ss.
Quale sostenitore della tesi contraria, e dunque della legittimazione ad agire del terzo per casi di danno arrecato alla società in ragione del carattere atipico della tutela aquiliana vedi F. GALGANO, *La società per azioni*, nel Tratt. Dir. Comm. E pubbl. dell'ec., 2 Ed., Vol. VII, Padova, 1998, p. 211.

[166] L'Autrice, pur riconoscendo le incertezze che circondano il tema, rinvia alla previsione della legittimazione del socio esterno di una società soggetta a direzione e coordinamento ad agire per il risarcimento del danno imputabile alla capogruppo (art. 2497 c.c.), alla legittimazione del socio danneggiato da una delibera assembleare (art. 2377, comma 3) invalida, e alle ipotesi di fusione, scissione o trasformazione perfezionate con un atto invalido.

[167] Il ragionamento dell'Autrice sul piano pratico tende poi a spostarsi alla diversa situazione in cui l'interesse del socio e quello della società divergono, sicché il legame con la tematica del danno riflesso finisce per sfumare. L'Autrice infatti porta un esempio che appare concettualmente assimilabile a quello del soggetto che abbia finanziato un patrimonio destinato descritto in precedenza. Sostiene infatti l'Autrice che *"la legittimazione ad agire del socio non potrebbe essere negata nel caso in cui un'impresa in posizione dominante, prima mettesse la società concorrente in difficoltà finanziarie, e poi ne acquisisse il controllo, sfruttando a tale scopo anche il deprezzamento delle azioni conseguente alle difficoltà finanziarie della società. In un caso del genere, la legittimazione ad agire del socio danneggiato andrebbe – e peraltro è già stata in altri ordinamenti – in concreto riconosciuta"* (A. GENOVESE, *op. cit.* (nt. 165), p. 217).

3.5.4 Conclusioni sul tema della legittimazione astratta all'azione risarcitoria antitrust

La giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni ha riconosciuto senza esitazioni che la Legge Antitrust è la legge di tutti i soggetti del mercato a cui devono pertanto ritenersi estese le tutele di cui all'art. 33. Tuttavia non vengono fornite precisazioni in merito a chi siano i soggetti del mercato oltre ai concorrenti dell'impresa responsabile della violazione e ai consumatori finali. Al riguardo la Corte di Cassazione si limita ad individuare un criterio identificativo che riconosce appartenenza alla suddetta categoria dei soggetti del mercato a tutti coloro che abbiano un interesse alla concorrenzialità del mercato e a godere dei benefici ad essa connessi.

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti tende a dimostrare che tale criterio non consente di escludere a priori nessuna delle principali categorie dei soggetti potenzialmente esposti alle conseguenze pregiudizievoli e "plurioffensive" dell'illecito antitrust: l'interesse alla concorrenzialità del mercato, infatti in ragione del suo carattere generale e "diffuso" appare senza troppe difficoltà riferibile di volta in volta alle varie categorie di soggetti che possono essere vittime "designate" o "incidentali" delle violazioni antitrust, come ad esempio i fornitori e i distributori, ma anche i lavoratori e i soci/finanziatori delle imprese a diverso titolo coinvolte nell'illecito in considerazione. Tali categorie di soggetti risultano pertanto legittimate almeno in astratto a valersi della tutela risarcitoria prevista dall'art. 33 della legge ogniqualvolta risultino danneggiati da una violazione delle regole di concorrenza [168].

Pertanto, volendo isolare un principio di riferimento dalle sentenze della Cassazione del 2005 e del 2007, si dovrebbe riconoscere che, la tutela risarcitoria antitrust è attivabile da chiunque dimostri che un fatto anticompetitivo abbia determinato - secondo gli ordinari criteri probabilistici che governano la prova del nesso causale e, eventualmente avvalendosi di presunzioni (comunque ribaltabili dal convenuto) - la lesione di un proprio interesse giuridicamente protetto, riconducibile all'interesse a godere dei benefici della libera competizione commerciale.

---

[168] Sulla legittimazione in concreto e dunque sulle circostanze di specie in cui tale tutela è attivabile si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo in tema di *antitrust injury* (cfr. par. 4.3).

L'interpretazione proposta della posizione assunta dalla Corte di Cassazione sul punto è dunque quella della configurabilità di una clausola generale che sul piano soggettivo non limita la legittimazione di nessuna delle principali categorie di potenziali attori. Tale interpretazione peraltro appare coerente con le indicazioni provenienti dalle corti comunitarie in merito alla diretta applicabilità degli artt. 81 e 82 del Trattato, circostanza da non trascurare in quanto consente di mantenere quella coerenza sistematica con i principi di derivazione comunitaria che viene espressamente richiamata dalla clausola di cui all'art. 1, comma 4, della Legge Antitrust [169]. Come si ricorderà dalla trattazione di cui al Capitolo 3, infatti, la Corte di Giustizia nel caso *Courage* non aveva individuato limiti di natura soggettiva alla legittimazione ad avvalersi delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, tanto che in dottrina al proposito si era osservato come *"il punto fermo dal quale ogni ulteriore indagine deve prendere le mosse, è dato dall'assenza di aprioristiche limitazioni nella cerchia di coloro che possono vantare pretese risarcitorie in base alla legge antitrust, a seconda che godano o meno della qualità soggettiva di imprenditori*" [170].

Tale orientamento è stato peraltro ribadito e precisato nel luglio 2006 nel caso *Manfredi* [171] - originato dal rinvio pregiudiziale di un giudice italiano adito in una controversia ancora una volta originata dalle vicende del cartello assicurativo - in cui per quanto d'interesse ai presenti fini [172] si è lapidariamente affermato (seppure con la usuale clausola di rinvio al principio di autonomia procedurale dei singoli ordinamenti) che, al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza, "*chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81". […] In mancanza di una disciplina comunitaria spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione di 'nesso di causalità', purché i principi di equivalenza ed effettività siano rispettati".*

---

[169] Cfr. par. 1.1.

[170] Così M. NEGRI, *op. cit.* (nt. 104), p. 344.

[171] Sentenza del 13 luglio 2006, in causa C-295/04 – 298/04, in Danno resp., 2007, 1, pp. 10 et ss. con nota di G. AFFERNI (nt. 17). In dottrina v. anche O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, in Dir. Unione eur., 2007, 2, pp. 305-326 e A. FERRARO, *La storia infinita del caso RC Auto: tra diritto italiano e diritto comunitario,* in Dir. com. scambi internaz., 2008, 1, pp. 107 – 157.

[172] La sentenza affronta altre questioni sostanziali e processuali di rilievo per il nostro diritto nazionale, quali la definizione dell'ambito di applicabilità dell'art. 81 in relazione ad accordi che abbiano quale loro oggetto soltanto la distribuzione di prodotti in unico Stato membro, il riparto di competenza di cui all'art. 33 della legge nazionale e il regime di decorrenza del termine di prescrizione su cui vedi la nota n. 136.

Ancor più esplicita in questo senso la posizione assunta dalla Commissione nel Libro Bianco [173], dove si osserva che *"in linea con il criterio precisato dalla Corte di Giustizia, secondo il quale tutte le vittime di violazioni delle norme antitrust devono poter esercitare il proprio diritto al risarcimento in maniera efficace, le questioni affrontate nel Libro bianco riguardano, in linea di principio,* ***tutte le categorie di vittime****,* ***tutti i tipi di infrazione*** *degli articoli 81 e 82 e* ***tutti i settori dell'economia*****"** [174]. Nel documento di commento al Libro Bianco, la Commissione si premura inoltre di precisare che essa "*does not intend to suggest any limitation on standing of anyone who can show a causal link between his harm and an infingement of Art. 81 or 82 E.C*" [175].

Alla luce di quanto precede, il riconoscimento a livello interno di una legittimazione astrattamente estesa a tutte le principali categorie di potenziali attori appare un'opzione interpretativa che risulta sostenibile sulla base dei principi rinvenibili nelle pronunce della Cassazione, e al tempo stesso facilita lo sviluppo da parte delle Corti nazionali di una prassi applicativa tendenzialmente parallela per le violazioni della normativa nazionale e delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, in modo da non esasperare quella difformità di tutela per la vittima di illeciti antitrust che a livello interno già si riscontra sotto il profilo della competenza (e di limitati aspetti sostanziali) a seconda dell'applicabilità dell'una o dell'altra disciplina [176].

Tuttavia, appare chiaro che una legittimazione astratta così ampia sotto il profilo soggettivo pone sul piano applicativo dei concreti rischi di un accesso indifferenziato alla tutela risarcitoria da parte di tutti coloro che per le ragioni più diverse e secondo le parabole più varie possono risultare pregiudicati da una condotte tipicamente plurioffensive come quelle antitrust [177]: come puntualmente osservato dalla dottrina più attenta "*la questione dei soggetti legittimati a richiedere la tutela civilistica per la violazione della normativa*

---

[173] Cfr. la nota n. 86.

[174] Enfasi nel documento originale.

[175] Cfr. il *Commission Staff Working Paper* al par. 37.

[176] Si rinvia al par. 1.1 per le analogie e differenze tra le due discipline.

[177] Come è stato correttamente osservato, la disciplina della concorrenza in fondo ha riguardo all'assetto complessivo del mercato e quest'ultimo è a sua volta caratterizzato da un insieme indefinito di rapporti giuridici contrattuali o paracontrattuali (cfr. M. NERVI, *op. cit.* (nt. 12), p. 525).

antitrust è particolarmente complessa, dovendo contemperare l'esigenza meritevole di tutela di compensare coloro che hanno subito un danno con le esigenze, altrettanto meritevoli di tutela, da un lato, di non estendere l'area dei soggetti risarcibili, con l'effetto indesiderato di dare la stura ad una quantità di pretese risarcitorie che non hanno un legame causale con la condotta illecita, dall'altro, di non rendere nulli ex tunc rapporti commerciali consolidati, con il rischio di pregiudicare gravemente la sicurezza dei rapporti giuridici" [178].

Quanto precede induce ad affrontare il secondo quesito oggetto del presente lavoro e dunque ad interrogarsi sulla possibilità di individuare dei criteri di carattere generale che sul piano oggettivo consentano di predeterminare specifiche e limitate circostanze in cui le singole categorie di potenziali attori individuate in precedenza possano ottenere il ristoro dei danni subiti.

A questo riguardo si reputa che l'esperienza maturata su tali specifici profili dall'ordinamento statunitense in quasi un secolo di applicazione delle norme antitrust alle controversie tra privati, possa offrire delle interessanti chiavi di lettura. In particolare, si ritiene che le vicende che hanno caratterizzato l'evoluzione del *private enforcement* oltreoceano, di cogliere appieno i termini del problema, evidenziando la complessità della fenomenologia del danno antitrust, e più in particolare i potenziali pericoli connessi alla mancanza di adeguati "filtri" (non necessariamente soggettivi) sotto il profilo dell'accesso alla tutela risarcitoria, e dall'altro offrano degli interessanti spunti per la selezione delle conseguenze risarcibili nell'ambito della molteplicità di parabole attraverso cui il danno antitrust può propagarsi sul mercato.

L'indagine "comparata", in questo senso, appare ancor più stimolante ove si consideri che l'esperienza statunitense ha preso le mosse da una previsione normativa introdotta nel 1914 che riconosce sul piano soggettivo la legittimazione astratta a "qualunque soggetto" ("*any person*") risulti danneggiato da una condotta anticoncorrenziale, e presenta dunque delle indubbie affinità con le posizioni recentemente affermate a livello interno dalla Cassazione su cui ci si è diffusamente soffermati nel presente capitolo.

---

[178] P. IANNUCCELLI, *op. cit.* (nt. 6), p 743.

La parentesi che ci si accinge ad aprire in merito all'esperienza giudiziaria statunitense assurge, pertanto, nel presente lavoro a parametro di riferimento per verificare in che limiti l'impianto concettuale in tema di legittimazione all'azione privata prefigurato dalla Cassazione nelle sentenze più volte menzionate sia in grado di rapportarsi alla complessa fenomenologia del danno antitrust e di "reggerne l'urto". Inoltre, come si avrà modo di vedere, tale indagine offrirà degli interessanti spunti per un'interpretazione "evolutiva" della posizione della Cassazione, funzionale ad una definizione più selettiva dei criteri e dei confini della "legittimazione" antitrust delle varie categorie di potenziali attori.

4 I RISULTATI DELL'ESPERIENZA AMERICANA: IL REQUISITO DELL'*ANTITRUST INJURY*

4.1 Premessa

Il diritto antitrust statunitense costituisce il termine di raffronto paradigmatico per qualunque analisi diretta ad approfondire le tematiche del diritto della concorrenza. Le ragioni di tale costante riferimento all'esperienza statunitense affondano nella oramai secolare vigenza della normativa a tutela della concorrenza, nella pressoché sconfinata casistica sviluppata dalle Corti in tale periodo e nella ricchezza di contributi dottrinari che hanno accompagnato l'evoluzione dei principi di riferimento. Più in generale, poi, si ritiene che lo scenario giuridico (e socio-economico) statunitense sia meritevole di particolare attenzione anche "*per la sua consueta valenza anticipatoria, su scala mondiale, di cicli e tendenze che investono a catena gli altri paesi industrializzati"* [179].

Nel caso del presente lavoro, tuttavia, le ragioni che hanno spinto ad un approfondimento degli orientamenti di oltreoceano si spingono al di là della semplice suggestione per un sistema giuridico in cui il diritto antitrust risulta particolarmente evoluto. In particolare, la scelta di indirizzare la ricerca in tale direzione nasce dalla constatazione delle profonde similitudini che intercorrono tra l'attuale contesto delle azioni risarcitorie antitrust nell'ambito del nostro ordinamento (e di quello comunitario) e quanto vissuto dal *private enforcement* statunitense per quasi metà della sua esistenza.

Fino agli anni '50 infatti gli Stati Uniti si confrontavano con una disciplina che, sotto il profilo soggettivo, riconosceva la più ampia legittimazione all'azione risarcitoria per violazioni della normativa antitrust e che non poneva particolari oneri a carico dell'attore se non quello di provare un danno e un adeguato nesso causale con la violazione dedotta. Tuttavia i rimedi apprestati da tale disciplina venivano raramente utilizzati dalle categorie di potenziali legittimati e con esiti quasi sempre sfavorevoli, complice anche il fatto che non erano ancora state introdotte misure altamente incentivanti come la triplicazione del danno risarcibile e l'istituto delle *class action* [180].

---

[179] Così A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana,* in Riv. soc., 1992, 3, p. 681.

[180] F. GHEZZI, *Verso un antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in Riv. soc., 2002, 499 riporta che nei primi cinquant'anni di applicazione

Successivamente però, quando intorno agli anni settanta – anche per effetto dell'introduzione degli istituti incentivanti precedentemente menzionati – il sistema statunitense si è trovato a fronteggiare una vera "valanga" di giudizi intentati dai privati (nel 1978 si raggiunse la cifra record di 1611 casi incardinati in dodici mesi) [181], emersero con chiarezza gli elevati oneri per le imprese convenute e per l'organizzazione giudiziaria nel suo complesso che il sistema così strutturato comportava. A fronte di tale scenario, infatti, si cominciò in primo luogo a percepire che il massiccio ricorso al contenzioso da parte dei privati e il timore di vedersi condannati a risarcire il triplo dei danni lamentati dall'attore finiva per disincentivare le imprese dall'adottare condotte che, per quanto pregiudizievoli per talune classi di soggetti, risultavano pienamente legittime e in grado di aumentare il grado di concorrenzialità del mercato ed il benessere dei consumatori [182]; in secondo luogo si comprese che l'elevato numero di azioni private e le complessità legate alla varietà delle violazioni contestate dai diversi soggetti e secondo parabole assai differenziate risultava inevitabilmente in un incremento dei costi sopportati dal sistema giudiziario e nella riduzione della efficienza complessiva dell'apparato repressivo delle violazioni antitrust.

La reazione del sistema giudiziario americano, come si avrà modo di vedere, si manifestò con un progressivo irrigidimento delle regole di legittimazione, in modo da creare un filtro preliminare in grado di selezionare le cause meritevoli da quelle meramente speculative. In questo contesto, le Corti si orientarono ovviamente verso una interpretazione restrittiva degli elementi costituitivi dell'illecito, concentrandosi (come prevedibile) sui profili relativi alla prossimità causale (o della causalità giuridica per utilizzare termini a noi più familiari) e sviluppando una pluralità di test – difficilmente riconducibili ad unità [183] – volti ad escludere dalla tutela risarcitoria i danni subiti dai soggetti che si collocavano in posizione

---

dello Sherman Act vi furono solamente 175 "*private actions*", e solo 13 di queste si conclusero favorevolmente per gli attori.

[181] 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 273 (1998), pp. 295 – 296.

[182] C. JONES, *Private enforcement of the antitrust law in Eu, Uk and USA*, Oxford University Press, 1999, p. 81 e L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West, 2000 p. 910.

[183] Tra i vari test volti alla verifica preliminare della procedibilità dell'azione sulla base di valutazioni di prossimità causale si ricordano tra gli altri il *direct injury test* derivato dalle tradizioni di *common law* in tema di *torts*, il quale richiede in sostanza che il danno sia immediata e diretta conseguenza della violazione e il *target area test* che considera risarcibili i soli danni prodotti nella zona dei voluti e prevedibili effetti dell'illecito. Tali test sono stati sviluppati in maniera alternativa tra loro dalle Corti dei diversi circuiti senza dunque che nessuno di essi assumesse un riconoscimento e una valenza di carattere generale. Sul punto vedi la ricostruzione di A. GENOVESE, *op. cit.* (nt. 179), p. 694 e ss..

troppo remota rispetto alla violazione anticoncorrenziale o i cui danni costituivano il mero riflesso di quelli patiti da una vittima più diretta della violazione.

Tuttavia, tali limitazioni non furono percepite come sufficienti per una efficiente selezione delle cause meritevoli. Su tali basi attraverso l'intervento della Corte Suprema si giunse all'individuazione di un nuovo requisito di legittimazione denominato "***antitrust injury***", di centrale rilievo nell'economia del presente lavoro, in quanto tende proprio a dare una risposta di carattere generale - e dunque applicabile a qualunque controversia antitrust da chiunque intentata - al secondo quesito che ci si è proposti di affrontare, ossia alla possibilità di individuare un criterio generale per la predeterminazione delle circostanze concrete in cui le varie categorie di potenziali attori dovrebbero poter accedere alla tutela risarcitoria.

Sulla base di tale breve ricostruzione si può comprendere come la scelta di riferirsi all'esperienza statunitense quale termine di paragone sia sorretta da specifiche considerazioni strettamente legate all'oggetto della ricerca: l'attuale conformazione del *private enforcement* nazionale e comunitario sotto il profilo della legittimazione alle azioni risarcitorie, infatti, richiama da vicino l'esperienza statunitense nella sua prima fase di attuazione, quando, nonostante il riconoscimento di una legittimazione tendenzialmente estesa sul piano soggettivo a qualunque categoria di potenziali attori, il ricorso a tale strumento di tutela risultava particolarmente limitato.

A ciò si aggiunga che il diritto nazionale e quello comunitario si stanno orientando verso l'introduzione di misure volte ad incentivare fortemente la proposizione di azioni antitrust [184], secondo un percorso simile [185] a quello che è stato intrapreso dall'ordinamento

[184] Cfr. le note n. 283 e 86 riguardo rispettivamente all'introduzione dell'istituto delle *class action* nel nostro ordinamento e alle proposte contenute nel Libro Bianco.

[185] Anche se certamente non identico: al riguardo la Commissione nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust di cui alla nota n. 86 rivendica l'autonomia delle soluzioni da essa individuate rispetto al modello statunitense, affermando di aver "*seguito anche un altro principio guida, ritenendo che il quadro giuridico per azioni di risarcimento del danno antitrust più efficaci dovesse basarsi su un metodo autenticamente europeo. Le scelte politiche proposte in questo Libro Bianco prevedono dunque misure equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee*" (cfr. par. 1.2). In ogni caso è innegabile che le proposte avanzate dalla Commissione attingono "a piene mani" dall'esperienza statunitense e, pur essendo ripensate in un'ottica comunitaria, vanno a incidere su profili che, come si vedrà a breve, sono elementi caratterizzanti del modello statunitense, come l'accesso alle prove, la ripartizione dei costi, l'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità antitrust, e i meccanismi di aggregazione processuale. L'unica grande differenza è rappresentata dalla mancata previsione di una moltiplicazione del danno risarcibile in chiave punitiva (sulla scorta dei *treble damages* previsti negli Stati Uniti, v. *infra*), meccanismo peraltro originariamente contemplato nel Libro Verde

americano agli inizi degli anni ’70 e che ha ben presto indotto la Corte Suprema a “ripensare” i criteri di legittimazione antitrust, in considerazione della inaspettata forza espansiva di tale strumento risarcitorio, essenzialmente riconducibile alla plurioffensività che caratterizza l’illecito antitrust e alle molteplici parabole attraverso cui tale danno può manifestarsi.

In ragione di questo parallelismo, gli esiti a cui è approdata la giurisprudenza di oltreoceano si presentano come un utile punto di riferimento per impostare in termini problematici il tema delle azioni antitrust per il risarcimento del danno nel nostro ordinamento, per dotarsi già da ora degli strumenti interpretativi necessari per rapportarsi alla complessa fenomenologia del danno antitrust, nonché per individuare “in anticipo” dei criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela che siano coerenti con i principi e gli obiettivi che ispirano la disciplina a tutela della concorrenza e che al contempo consentano uno sviluppo equilibrato del rimedio risarcitorio antitrust.

A tal fine, l’oggetto dell’analisi non si estenderà all’intero sistema della legittimazione antitrust statunitense, posto che quest’ultimo affronta sotto molteplici profili problemi ben noti al nostro ordinamento e su cui la disciplina codicistica già offre ampio supporto (come ad esempio per quanto riguarda la causalità giuridica e materiale), ma si concentrerà sul solo requisito dell’*antitrust injury*, in quanto quest’ultimo come si è detto, costituisce la chiave per tentare di fornire una risposta – indubbiamente preliminare – ai quesiti di carattere generale che nello svolgimento di questo lavoro rimangono tuttora sospesi.

Prima di procedere in tal senso si ritiene comunque opportuno tratteggiare per sommi capi il modello di *private enforcement* americano, al fine di inquadrare correttamente il requisito dell’*antitrust injury* nel suo contesto di riferimento.

(nella misura del doppio dei danni subiti) e che aveva immediatamente sollevato notevoli dubbi di compatibilità con gli ordinamenti interni degli Stati Membri, come il nostro, che accedono ad una visione compensativa del danno.
Da notare al riguardo, la posizione pionieristica (se non eversiva) assunta dal giudice di Bitonto che, con sentenza del 21 maggio 2007, ha riconosciuto all’attore il risarcimento per il doppio dei danni antitrust subiti, accedendo ad una visione punitiva dei danni sicuramente estranea al nostro ordinamento, per quanto come si è detto originariamente prospettata nel Libro Verde della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie – cfr. nota n. 86. Su tale ultimo punto vedi P. NEBBIA, *op. cit.* (nt. 86), pp. 591-596 e M. CARPAGNANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del giudice di pace di Bitonto nel caso Manfredi*, in Danno resp. 2007, 12, pp. 1280-1285.

4.2 Il private enforcement del diritto antitrust negli Stati Uniti: le coordinate generali

L'elevato coinvolgimento dei privati nell'attività di *enforcement* delle regole di concorrenza dinanzi alle Corti distrettuali costituisce uno degli aspetti più caratteristici dell'intero sistema del diritto antitrust statunitense [186]. A questo riguardo, si può notare che, sebbene siano più di un centinaio i Paesi che ad oggi dispongono di una legislazione antitrust, solo un numero limitato consente ai privati di agire in giudizio e di questi nessuno vede una partecipazione di questi ultimi così consistente come gli Stati Uniti [187].

Come già si è avuto modo di ricordare, la legittimazione dei privati è riconosciuta espressamente dalla Sezione 4 del Clayton Act, in cui si prevede che "[…] *qualunque*

---

[186] La legislazione federale statunitense in materia antitrust risale a più di un secolo fa, all'epoca dell'emanazione dello Sherman Act nel 1890. Le prime due Sezioni dello Sherman Act (15 USC § 1 – 2) considerano illegali, anche da un punto di vista penale, rispettivamente gli accordi impropriamente restrittivi del libero commercio (contratti, pratiche concordate, cospirazioni c.d. "*restraint of trade*") e le azioni di monopolizzazione, ivi inclusi i tentativi aventi tale scopo ("*monopolization*").
Una diffusa insoddisfazione per gli esiti dell'attuazione di tale normativa indusse ben presto il Congresso ad adottare due misure antitrust supplementari, il Clayton Act e il Federal Trade Commission ACT, entrambi emanati nel 1914 (v. E. GELLHORN - W. KOVACIC - S. CALKINS, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, *West* (2004), p. 36):

- Il Clayton Act si riferisce a quattro fattispecie – (i) discriminazione di prezzo (cfr. Sez.. 2, 15 USC § 13 – da notare che nel 1936 il Congresso ha emanato il Robinson Patman Act che ha riformulato la Sezione 2 del Clayton Act con riferimento alle pratiche discriminatorie), (ii) contratti di esclusiva o di tying (Sez. 3, 15 USC § 14), (iii) fusioni e acquisizioni (Sez 7 e 7A, 15 USC §§ 18 e 18 A), e (iv) condivisione di amministratori da parte di più imprese concorrenti, c.d. *interlocking directorates* (Sez. 8, 15 USC § 19) – decretandone l'illegittimità (non da un punto di vista penale) laddove abbiano l'effetto di danneggiare sostanzialmente la concorrenza o tendano a creare un monopolio a qualunque livello della filiera commerciale. In particolare, l'intervento si prefiggeva di diminuire lo standard di responsabilità rispetto a quello individuato nello Sherman Act (restrizione del libero commercio e monopolizzazione) per talune fattispecie rispetto alle quali le preoccupazioni del Congresso erano più elevate;
- La Sezione 5 del Federal Trade Commission Act ("FTC Act") ha una portata particolarmente ampia dal momento che stabilisce l'illegittimità (non da un punto di vista penale) dell'adozione di metodi scorretti nel confronto concorrenziale sul mercato ("*unfair methods of competition in commerce"*) (FTC Act § 5 (a) (1); 15 USC § 45 (a) (1)). Le violazioni contemplate nelle previsioni del FTC Act ricomprendono sia le condotte disciplinate dallo Sherman e dal Clayton Act, che diverse fattispecie contrarie all'interesse pubblico per altre ragioni (*FTC v. Indiana Federation of Dentists,* 476 US 447, par. 454 (1986).

Il potere di applicare le diverse disposizioni richiamate è attribuito sostanzialmente a tre soggetti.
Oltre ai privati su ci si sofferma più nel dettaglio nel testo, rileva la Divisione Antitrust del Dipartimento di giustizia (*Antitrust Division of the Department of Justice* "**DOJ**"), un dipartimento esecutivo del governo, incaricato di dare attuazione alle previsioni dello Sherman e del Clayton Act citando i responsabili di fronte alle corti federali, e la Commissione Federale per il Commercio (*Federal Trade Commission* "**FTC**"), un'agenzia amministrativa indipendente composta da cinque Commissari nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato. La FTC condivide con il DOJ il potere di applicare le previsioni del Clayton Act, ma rappresenta l'unico soggetto legittimato a dare attuazione all'ampio divieto di cui alla Sezione 5 del FTC Act (il quale come già ricordato ricomprende anche le fattispecie previste dallo Sherman Act). La FTC opera attraverso procedure amministrative e i rimedi che può prescrivere si limitano generalmente ad ordini di cessazione dei comportamenti contestati.

[187] R. WHISH, *op. cit.* (nt. 6), p. 1 e L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *op. cit.* (nt. 182), p. 910.

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" [188], e dalla Sezione 16 sempre del Clayton Act 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 [189].

Occorre al riguardo premettere che le azioni antitrust dei privati risultano fortemente incoraggiate dall'ordinamento statunitense in quanto ritenute in grado di contribuire al raggiungimento dei principali obiettivi che la normativa antitrust si pone. In linea generale la dottrina riconduce gli effetti benefici del *private enforcement* ai tre profili che seguono. In primo luogo, le azioni private assicurano che la compensazione per i danni subiti vada alle vittime dei comportamenti anticompetitivi, e non alla collettività nel suo insieme come invece avviene nel caso degli interventi "amministrativi" delle autorità pubbliche. In secondo luogo, le azioni private possono portare alla luce comportamenti anticoncorrenziali che altrimenti non sarebbero rilevati, in considerazione delle limitate risorse investigative a disposizione delle autorità pubbliche o della loro eventuale propensione a privilegiare l'intervento in taluni settori a discapito di altri. Infine, le rilevanti conseguenze economiche di un'eventuale condanna nei giudizi promossi dai privati contribuiscono a disincentivare l'adozione di comportamenti vietati da parte delle imprese [190].

L'ampia formulazione delle Sezioni 4 e 16 del Clayton Act che si riferiscono genericamente a qualunque soggetto ("*any person*") e la triplicazione del danno risarcibile di cui alla Sezione 4 del Clayton Act costituiscono un notevole incentivo per le azioni antitrust dei

---

[188] *"any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore …, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee"* 15 USC § 15 (a).

[189] 15 USC § 26. Da notare che i privati possono lamentare violazioni dello Sherman Act o del Clayton Act, ma non anche della Sezione 5 del FTC Act.

[190] C. JONES, *op. cit.* (nt. 182), p. 80. Al riguardo, è da notare che recentemente la società Hoffmann-La Roche ha reso nota una stima dei costi associati alla sua partecipazione al cartello mondiale delle vitamine, riportando che i 2/7 di questi ultimi derivava dalle sanzioni derivanti dall'intervento delle autorità pubbliche, e i rimanenti 5/7 dai risarcimenti ottenuti dalle controparti in sede civile (cfr. A.P. KOMMINOS, *op. cit* (nt. 2), pp. 9-10).

privati. Gli altri fattori chiave che contribuiscono alla diffusione di tale rimedio sono rappresentati da:

(i) la disponibilità delle azioni collettive (che consentono agli avvocati di aggregare gli interessi di una pluralità di vittime di una violazione antitrust) e gli obblighi di divulgazione della propria documentazione interna a carico dei convenuti (cd " *discovery procedures*");

(ii) la Sezione 5 del Clayton Act che attribuisce alle pronunce finali (civili o penali) nei giudizi promossi dallo Stato [191] il valore di prova presuntiva (*prima facie*) a favore dell'attore nei giudizi da esso promossi, a patto che tra le due cause vi sia identità quanto al soggetto convenuto;

(iii) la Sezione 5 (b) del Clayton Act che sospende il termine quadriennale di prescrizione previsto per le azioni dei privati per tutto il periodo in cui sia pendente un giudizio promosso dallo Stato avente ad oggetto la medesima violazione e per i dodici mesi successivi alla sua conclusione.

Per effetto di tali incentivi, negli ultimi sessanta anni le azioni promosse dai privati hanno costantemente rappresentato più del 90% del totale delle azioni antitrust promosse negli Stati Uniti [192].

Tuttavia, come si è accennato, nel corso degli anni settanta il numero delle cause risarcitorie antitrust aumentò esponenzialmente [193], complice l'introduzione di alcuni meccanismi incentivanti (come la triplicazione del risarcimento per la vittima dell'illecito e l'introduzione delle *class action*), determinando conseguenze negative sia per le imprese - disincentivate ad adottare comportamenti aggressivi ma leciti per il timore di dover affrontare lunghi e pericolosi contenziosi legali - che per l'efficienza complessiva dello

[191] La Sezione 5 (a) chiarisce che tale regola non si applica ai risultati delle procedure della FTC tanto ai sensi della normativa antitrust quanto ai sensi della Sezione 5 del FTC Act (cfr. la nota n. 186).

[192] Cfr. Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, http//wwwalbany/edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf - Table 5.41.2004, Antitrust Cases filed in U.S.District Courts, by type of case, 1975-2004.

[193] Come anticipato in sede di premessa al presente capitolo, nel 1978 si raggiunse la cifra record di 1611 casi (cfr. M.J. JACOBSON - T. GREER., *op. cit.* (nt. 181), pp. 295 – 296).

stesso sistema di amministrazione della giustizia, schiacciato sotto il crescente peso delle controversie instaurate.

Nel 1977, la Corte Suprema con due pronunce storiche (*Brunswick* e *Illinois Brick*) tentò di arginare il numero sempre crescente di azioni private, innalzando i requisiti di legittimazione richiesti a coloro che intendevano procedere in giudizio per violazione della normativa antitrust. Fino a quel momento, infatti, l'indagine circa la legittimazione dell'attore in cause antitrust si era essenzialmente fermata all'ampia formulazione delle Sezioni 4 e 16 del Clayton Act, le quali – secondo uno schema che richiama da vicino quello delineato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Cassazione nelle pronunce analizzate nei precedenti capitoli – richiedono semplicemente che la lamentata violazione abbia materialmente determinato (o nei giudizi cautelari minacci di causare) un danno attuale all'attività commerciale o alla proprietà dell'attore [194].

La Corte Suprema nei due giudizi menzionati, ha introdotto due requisiti ulteriori di legittimazione ("*standing requirements*"), ossia l'*antitrust injury* [195] e l'*indirect purchaser rule*, al fine di consentire alle Corti inferiori di bloccare *in limine* azioni presumibilmente non meritorie [196]. Tali requisiti, oggi, sono divenuti i principali ostacoli che i privati

[194] Al riguardo dal dato letterale delle norme emergeva un solo ostacolo - oltre agli aspetti relativi alla quantificazione del danno che esulano dallo scopo del presente lavoro - costituito dal nesso di causalità. Sullo specifico tema del nesso causale, le Corti hanno progressivamente elaborato la nozione di proximity (v. *infra* la nota n. 239), attraverso cui si è teso essenzialmente ad escludere la sussistenza della legittimazione quando la catena degli eventi o dei soggetti coinvolti rendeva troppo difficile l'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità. Al rigurado si rinvia a P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, II edition, Vol II, Aspen Publishers, New York, 2000, pgg. 290 e 316.

[195] La dottrina dello *standing*, ossia della legittimazione attiva, mira a stabilire se un particolare soggetto costituisca o meno un attore appropriato per la proposizione di una causa su di una determinata questione (*Malamud v. Sinclair,* 521 F 2d 1142 – 6th Cir. 1975). In questo senso, il requisito dell'*antitrust injury* sarà d'ora innanzi considerato come un aspetto della legittimazione, anche se in dottrina e in giurisprudenza esistano opinioni contrarie (C. JONES, *op. cit.* (nt. 182), p. 13). In ogni caso, tale questione appare di natura esclusivamente terminologica e non influenza in alcun modo gli esiti dell'analisi che nel prosieguo verrà condotta.

[196] Sotto questo profilo la Corte Suprema sembra aver raggiunto il risultato sperato, considerato che le statistiche mostrano, a partire dall'inizio degli anni 80, una significativa riduzione del numero delle cause promosse davanti alle Corti inferiori (W.H. PAGE - R.D. BLAIR, *Controlling the competitor plaintiff in antitrust litigation*, 91 Michigan Law Review 111 (1992), p. 120) e un crescente numero di azioni respinte già in fase preliminare, senza trattazione del merito delle allegazioni proposte (J.P. BAUER, *The stealth assault on antitrust enforcement: raising the barriers for antitrust injury and standing*, 62 University of Pittsburgh Law Review 437 (2001), p. 439).

incontrano per vedere riconosciuta la propria legittimazione [197] a proporre controversie antitrust [198].

In considerazione degli obiettivi dell'indagine tracciati in sede di premessa, ci si limiterà all'analisi del primo dei due requisiti, posto che quest'ultimo a differenza dell'*indirect purchaser rule* identifica un criterio di carattere generale che si applica a tutte le classi di attori e a tutte le possibili controversie in materia antitrust. Come successivamente chiarito dalla Corte Suprema nel caso Cargill [199], infatti, l'*antitrust injury* è un requisito autonomo che ogni attore che proponga un'azione per danni ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act - o agisca in via cautelare ai sensi della Sezione 16 - deve soddisfare, di modo che la mancanza del requisito dell'*antitrust injury* si traduce inevitabilmente nel difetto integrale di legittimazione in capo all'attore. In questo senso l'*antitrust injury* assurge a tutti gli effetti ad elemento centrale nell'ambito delle regole di legittimazione antitrust applicate negli Stati Uniti.

L'*indirect purchaser rule*, al contrario, concerne solo i consumatori finali, riguarda un numero limitato di fattispecie (condotte di sfruttamento) e attiene esclusivamente alla specifica questione della traslazione del danno, ossia di stabilire chi sia legittimato alla tutela risarcitoria in quelle ipotesi particolari in cui il cliente diretto dell'autore dell'infrazione abbia trasferito interamente o parzialmente il sovrapprezzo illegale ai propri clienti (ossia ai consumatori finali): per tale ragione si ritiene che una compiuta trattazione di tale regola specifica esuli dagli obiettivi della presente ricerca, che è piuttosto diretta a

---

[197] L'analisi riguardo alla legittimazione dei privati in controversie antitrust si compone ad avviso di P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), pp. 286-287 delle seguenti quattro fasi, volte rispettivamente ad accertare che:

i) la violazione della normativa antitrust abbia causato - o nei procedimenti d'urgenza minacci di causare – un danno attuale alla propria attività commerciale o proprietà;
ii) tale danno non sia troppo remoto o duplicativo di quanto sofferto da un soggetto danneggiato in modo più diretto;
iii) tale danno sia un *antitrust injury*;
iv) nella cause di risarcimento, il risarcimento richiesto o aggiudicato all'attore rifletta tale danno in maniera quantificabile e ragionevole.

[198] R.W. DAVIS, *Standing on shaky ground: the strangely elusive doctrine of antitrust injury*, 70 Antitrust Law Journal 697 (2003), p. 697 e ss..

[199] Cfr. il par. 4.3.5.

ricostruire il sistema generale della "legittimazione" alle azioni risarcitorie antitrust nel nostro ordinamento. [200]

---

[200] Negli Stati Uniti, la Corte Suprema nel caso *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp* 392 U.S. 481 (1968) ha respinto l'eccezione del convenuto, responsabile di una pratica anticoncorrenziale, secondo cui l'attore, suo cliente, non avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno in quanto quest'ultimo avrebbe traslato ai propri clienti finali le maggiori spese sostenute per effetto della violazione. La Corte, infatti, ha ritenuto che ammettere tale genere di eccezione (c.d passing on defence) avrebbe enormemente complicato l'accertamento dei fatti, richiedendo un apparato probatorio particolarmente complesso: inoltre, tutti i potenziali attori lungo la catena distributiva, ad eccezione dei consumatori, sarebbero risultati esposti alla suddetta difesa, con effetti non desiderabili sotto il profilo della dissuasione dal ricorrere alla tutela risarcitoria.
Nella successiva pronuncia *Illinois Brick Co. V. Illinois* 430 U.S. 720 (1977), la Corte Suprema ha analizzato la questione da una prospettiva opposta: in questo caso, infatti, gli attori avevano citato per danni il partecipante ad un cartello pur essendo acquirenti solo indiretti dei prodotti inflazionati dalla condotta illecita. Tale utilizzo "offensivo" della teoria del *passing on* è stato respinto dalla Corte che – per ragioni di coerenza con quanto sostenuto in *Hanover Shoe* – ha formulato il principio secondo cui possono ricorrere alla tutela risarcitoria solo coloro che abbiano acquistato direttamente dai responsabili di una violazione antitrust e non anche i soggetti che si trovino più a valle nella catena distributiva, ivi inclusi i consumatori finali (c.d Indirect Purchaser Rule).
Tale pronuncia ha generato un ampio dibattito in dottrina, la quale ha per lo più adottato una posizione critica nei confronti degli orientamenti della Corte Suprema (a sostegno delle tesi di quest'ultima si menziona tra gli altri W.M. LANDES - R.A.POSNER, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 University of Chicago Law Review (1979): per un'opinione opposta vedi J.E. LOPATKA - W.H. PAGE, *Indirect Purchaser suits and the consumer interest*, 48 Antitrust Bulletin 531 (2003) p. 533, H. HOVENKAMP, *The indirect purchaser rule and cost plus sales*, 103 Harvard Law Review 1717 (1990), p., 1718, R.G. HARRIS - L.A. SULLIVAN, *Passing on the monopoly overcharge: a comprehensive policy analysis*, 128 University of Pennsylvania Law Review 269 (1979), p. 274). Da notare tuttavia che sul piano empirico sembrerebbe che le azioni degli acquirenti diretti siano notevolmente più efficaci rispetto a quelle proposte dagli acquirenti indiretti: su un campione di 29 azioni risarcitorie positivamente conclusesi è risultato che le azioni dirette hanno fruttato oltre cinque volte in più rispetto alle azioni proposte da acquirenti indiretti (cfr. A.A. FOER, *An indirect question*, in Competition Law Insight , settembre 2007).
La giurisprudenza delle corti federali nel corso degli anni ha individuato delle limitate eccezioni all'Indirect Purchaser Rule, essenzialmente riconducibili alle fattispecie in cui l'intermediario risulta controllato o complice del responsabile della violazione (cfr. *Royal Printing Co. V. Kimberly-Clark Corp*, 621 F.2d 323, at 326 – 9th Cir. 1980 – e *Lowell v. American Cyanamid Co.*, 177 F.3d 1128 (11th Cir. 1999).
Tuttavia, molti singoli Stati hanno reagito adottando legislazioni proprie che, in deroga ai principi federali finora descritti, autorizzano gli acquirenti indiretti (e per quasta via anche i consumatori finali) a recuperare i danni subiti per effetto di una violazione antitrust realizzata ad un livello più alto della catena produttiva. Una recente indagine al riguardo (D.R. KARON, "*Your honour, tear down that Illinois Brick wall! The national movement toward indirect purchaser antitrust standing and consumer justice*, 30 William Mitchell Law Review 1351 (2004)) ha evidenziato che in 36 Stati (corrispondenti a più del 70% della popolazione americana) sono state adottate legislazioni o sono stati sviluppati principi giurisprudenziali che a livello statale accordano tutela risarcitoria agli acquirenti indiretti. Da ultimo, nel 2005, è stato adottato il *Class Action Fairness Act* che consente di aggregare cause avviate dagli acquirenti indiretti a livello statale con quelle proposte a livello federale dagli acquirenti diretti. La Antitrust Modernization Commission, peraltro, nel 2007 ha avanzato delle proposte legislative per il superamento dell'*Indirect Puschaser Rule* e delle limitazioni alla *Passing On Defence* a livello federale
A livello comunitario, il recente Libro Bianco della Commissione (cfr. nota n. 86) riconosce legittimazione risarcitoria agli acquirenti indiretti, valorizzando in tal senso l'ampiezza dei principi espressi dalla Corte di giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi*. Nello Staff Working Paper, la Commissione tuttavia precisa che "*given that the Court emphasised the requirement of casuality, the finding of the Court does not exclude national provisions or case law that lead to barring damages actions brought by certain indirect purchasers for reasons of remoteness"*.
Da notare che la medesima Corte di Giustizia, pronunciandosi in merito alla diversa questione della possibilità per i singoli di recuperare le tasse ingiustamente imposte da uno Stato in violazione del diritto comunitario, ha riconosciuto che il diritto comunitario non osta a che una legislazione nazionale neghi la possibilità di recupero all'individuo quando sia provato che quest'ultimo ha a sua volta ribaltato l'ammontare ingiustamente pagato ai propri clienti (sentenza *Amministrazione delle finanze dello Stato v. San Giorgio S.p.a, causa* C-199/82 del 9 novembre 1983). Il riconoscimento della legittimità della *passing on defence* a livello comunitario viene

4.3 Il requisito dell'antitrust injury nella giurisprudenza della Corte Suprema

Il dato letterale della Sezione 4 del Clayton Act non contiene alcuna menzione del requisito dell'*antitrust injury*. Tale disposizione infatti, come si è detto, nel richiedere esclusivamente (i) una condotta in violazione della legge, (ii) un danno quantificabile subito dall'attore e (iii) un nesso di causalità tra la condotta e il danno, ricalca la tipica struttura delle previsioni sulla responsabilità civile [201]. La norma in esame ovviamente precisa che la condotta deve risultare in una violazione della disciplina antitrust, ma poi richiede esclusivamente un danno quantificabile alla attività commerciale o alla proprietà dell'attore, senza fornire ulteriori precisazioni sulla natura e sulla conformazione di tale danno.

Come si è già anticipato, il requisito dell'*antitrust injury* è stato per la prima volta elaborato nel 1977, in occasione della sentenza della Corte Suprema nel caso *Brunswick*. A partire da tale data, la Corte Suprema ha affrontato il tema in questione in altre cinque circostanze [202]. Una rapida analisi dei fatti di causa (ove rilevanti) e delle considerazioni di diritto svolte dalla Corte Suprema appare opportuna per chiarire i termini della questione e più in particolare per evidenziare le problematiche che il requisito in esame tende ad affrontare, anche in considerazione del fatto che non sempre le Corti inferiori hanno interpretato la posizione della Corte Suprema in modo coincidente. Dopo aver analizzato i sei casi menzionati, si tenterà pertanto di trarre per quanto possibile delle indicazioni univoche in merito alla portata e all'applicazione pratica del principio dell'*antitrust injury*.

---

ritenuto un indice della possibilità per l'acquirente indiretto di ottenere il risarcimento del danno subito: come dimostra l'esperienza americana la *passing on defence* e l'*Indirect Purchaser Rule* costituiscono due facce della stessa medaglia che richiedono soluzioni tra loro coerenti (in dottrina si veda al riguardo PETRUCCI C., *The issues of the Passing-on Defence and Indirect Purchasers' standing in European Competition Law*, in Eur. Competition L.R. 2008, 1, pp. 33-42 e per un riferimento all'esperienza tedesca, C. ANDRELANG, *Damages for the Infringement of Art. 81 EC by Cartel Agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of Law concerning the "Protective Law" requirement and the "Passing On" Defence*, in World Comp., 2007, 4, pp. 573-593).
A livello interno, l'unico riferimento giurisprudenziale è rinvenibile in una pronuncia della Corte di Appello di Torino in cui incidentalmente sembra essere stata riconosciuta la possibilità per l'acquirente indiretto di recuperare i danni subiti (cfr. Corte d'Appello di Torino 6 luglio 2000, *Indaba Incentive Company S.r.l. c. Juventus FC S.p.A.*, in Danno resp., 2001, 1 pp. 46-57, con nota di S. BASTIANON).

[201] C. JONES, *op. cit.* (nt. 182), p. 155.

[202] Ai presenti fini, non è stata considerata la sentenza nel caso *J. Truett Payne Co. V. Chrysler Motor Corp., 451 U.S. 557 (1981)*, posto che in essa non si affronta la questione relativa alla sussistenza o meno del requisito *dell'antitrust injury* (il punto di diritto era piuttosto l'assenza della prova di un legame causale tra la violazione e i danni lamentati dall'attore).

4.3.1 Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc (429 U.S. 477) (1977)

Nel 1996 numerosi gestori di bowling agirono giudizialmente per contrastare l'acquisizione da parte di Brunswick, uno dei due principali operatori nella produzione di materiali per il bowling, di quattro impianti di bowling. Dopo dieci anni, quando la causa raggiunse la Corte Suprema, tre punti di fondamentale importanza nell'economia del giudizio erano stati ormai accertati: (i) le acquisizioni erano contrarie alla disciplina antitrust (dato che Brunswick in virtù della propria potenza economica avrebbe potuto escludere dal mercato gli operatori concorrenti attivi a livello locale), (ii) in mancanza di tali acquisizioni i quattro impianti di bowling sarebbero irrimediabilmente falliti, (iii) l'eventuale fallimento dei quattro impianti avrebbe consentito agli attori di incrementare i propri profitti.

In questo quadro, la Corte Suprema era essenzialmente chiamata a pronunciarsi sul seguente punto di diritto: per accedere alla tutela risarcitoria è sufficiente dimostrare la sussistenza di una violazione, di un danno da mancato guadagno e di un nesso causale tra i due?

Il ragionamento seguito dalla Corte Suprema può essere così sintetizzato: ogni concentrazione contraria alla normativa antitrust riguarda una pluralità di soggetti diversi, direttamente o indirettamente coinvolti nell'operazione. Ogni soggetto (persona fisica o impresa), o categoria di soggetti, può subire conseguenze di differente natura ed intensità ("*readjustment*" nel vocabolario della Corte Suprema). Alcune di esse possono essere positive (come ad esempio nel caso dei dipendenti dei quattro impianti di bowling che in mancanza dell'acquisizione da parte di Brunswick avrebbero perso il loro posto di lavoro) e dunque ovviamente inadatte a supportare domande risarcitorie ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act (per mancanza di un qualunque danno sofferto); altre possono invece risultare pregiudizievoli per i destinatari e dunque cagionare dei danni.

Le conseguenze pregiudizievoli, a loro volta, possono essere determinate da diversi aspetti della operazione di concentrazione vietata ai sensi della normativa antitrust: i creditori della società acquirente, (Brunswick nel caso di specie) ad esempio, possono essere pregiudicati dallo sforzo finanziario richiesto dall'operazione, mentre gli amministratori delle società target (i quattro operatori di bowling) – per effetto dell'operazione e del piano di riorganizzazione ad essa associato – possono perdere il potere di influire sulla gestione della stessa.

Nonostante tale varietà di soggetti pregiudicati dalle conseguenze derivanti dai diversi aspetti della medesima operazione, esiste solo una ragione per cui la concentrazione viene ritenuta contraria alla disciplina antitrust, rappresentata dalla probabilità che da essa derivino effetti pregiudizievoli per la concorrenza nella forma dell'esclusione dal mercato dei concorrenti.

Ciò posto, per la Corte Suprema, solo quei danni che derivano da tali 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.

Rapportando tali principi alla fattispecie innanzi a sé dedotta, la Corte ha osservato che gli attori reclamavano i profitti che avrebbero conseguito nel caso in cui i quattro impianti di bowling fossero falliti: pertanto, le perdite subite traevano piuttosto origine da un aspetto pro-competitivo dell'operazione di acquisizione, ossia il fatto che gli impianti in questione erano stati salvati dal fallimento potendo così continuare ad operare sul mercato. Di conseguenza, si poteva senz'altro affermare che i danni per gli attori si erano determinati a causa ("*by reason of*") dell'acquisizione illegalmente operata, ma i danni non potevano in alcun modo essere ricondotti a ciò che rendeva l'acquisizione contraria alle norme sulla concorrenza ("*by reason of that which made the acquisition unlawful*") [203], ossia la creazione di potere di mercato in capo a Brunswick.

Sulla base di tali considerazioni, ad avviso della Corte si doveva negare la legittimazione in capo agli attori per mancanza del requisito dell' *antitrust injury*.

4.3.2 Blue Shield of Virginia V. McCready, 457 U.S. 465 (1982)

Il caso *McCready* di cinque anni successivo alla sentenza *Brunswick* si presentava per la Corte Suprema come un difficile banco di prova per verificare la tenuta della teoria dell'*antitrust injury*. Infatti, la violazione lamentata in giudizio vedeva una pluralità di soggetti coinvolti e una varietà di differenti relazioni sussistenti tra gli stessi: l'attore, la signora Carol McCready, riceveva dal suo datore di lavoro a titolo di (parziale) compenso

[203] 429 U.S. par. 488.

per l'attività lavorativa svolta la copertura di un fondo assicurativo per la salute, offerta dalla società Blue Shields of Virginia ("Blue Shield"). Nel corso del rapporto Blue Shield aveva raggiunto un accordo con la Società dei Neuropsichiatri della Virgina (Neuropsychiatric Society of Virginia inc.) ai sensi del quale avrebbe proceduto a rimborsare ai beneficiari del fondo (tra cui come detto la signora McCready) solo i servizi di psicoterapia prestati dagli psichiatri, con ciò escludendo che i beneficiari in questione potessero vedersi rimborsato l'analogo trattamento prestato dagli psicologi. In tale contesto, McCready lamentava l'esistenza di una cospirazione tra Blue Shield e la Società dei Neuropsichiatri nella forma di un boicottaggio mirato ad escludere gli psicologi da alcuni segmenti del mercato dei servizi per il trattamento di psicoterapia.

In considerazione della peculiarità dei fatti posti alla base della controversia, l'analisi effettuata dalla Corte Suprema sull'effettiva sussistenza di una legittimazione in capo alla signora McCready - vittima incidentale della condotta anticompetitiva - ha preso in esame diversi profili. La parte del ragionamento che rileva ai presenti fini si poggia sulle seguenti considerazioni:

(i) tra il danno subito da McCready (mancato rimborso delle spese mediche) e l'illegittimo boicottaggio finalizzato all'esclusione degli psicologi dal mercato rilevante sussisteva un legame diretto: infatti il negato rimborso costituiva lo strumento vero e proprio ("*very mean*") attraverso cui Blue Shield e la Società dei Neuropsichiatri ponevano in essere il boicottaggio a danno degli psicologi, di modo che il danno lamentato si configurava come un tassello essenziale per l'effettivo successo della cospirazione posta in essere da tali soggetti [204];

(ii) con specifico riguardo al requisito dell'*antitrust injury*, doveva osservarsi che McCready, nonostante l'accordo tra Blue Shield e i neuropsichiatri, aveva deciso di continuare a rivolgersi agli psicologi per i trattamenti, rinunciando dunque al rimborso. Il conseguente incremento del costo netto per i servizi psicoterapici che la signora era stata costretta a sopportare si qualificava agli occhi della Corte Suprema come *antitrust injury*, poiché risultava "*inestricabilmente legato al*

[204] 457 U.S. par. 479.

danno che i partecipanti alla cospirazione hanno tentato di arrecare agli psicologi e al mercato della psicoterapia" [205].

4.3.3 Associated General Contractors of California., Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519 (1983)

Il ricorrente, un sindacato rappresentativo di più di 50.000 lavoratori impiegati nel settore edilizio ed affini, si doleva del fatto che AGC, un'associazione di categoria a cui prendevano parte vari enti appaltanti nei settori appena menzionati, aveva imposto ad alcuni dei suoi membri, nonché a soggetti terzi (come i proprietari di aree edificabili e simili), di concludere contratti solo con imprese che non avevano sottoscritto accordi con il medesimo sindacato denunciante.

Occorre al proposito notare che la violazione contestata riguardava la coercizione nei confronti dei membri dell'AGC (enti appaltanti) e dei soggetti terzi (proprietari di aree edificabili) sopra menzionati sul mercato delle costruzioni edili (restrizione della loro libertà di commercio attraverso la limitazione delle controparti contrattuali a cui rivolgersi), e non invece una condotta di boicottaggio volta a eliminare l'attore (ossia il sindacato) dal mercato in cui quest'ultimo si trovava ad operare (mercato dell'assistenza sindacale [206]) [207]. Ad avviso dell'attore, la lamentata condotta coercitiva pregiudicava la libertà contrattuale degli appaltatori appartenenti all'AGC, i quali a loro volta erano stati indotti a trasferire l'esecuzione di parte dei loro contratti ad imprese non affiliate al sindacato, così limitando l'attività commerciale di quest'ultimo.

Nella sua pronuncia la Corte ha individuato cinque differenti ragioni per sostenere la carenza di legittimazione in capo all'attore. Per quanto riguarda il soddisfacimento del requisito dell'*antitrust injury*, l'approccio della Corte è risultato fortemente influenzato dalla

---

[205] "*inextricably intertwined with the injury the conspiraotrs sought to inflict on psycologists and the psychoherapy market",* 457 U.S. at 484.

[206] Cfr. note 15 e 16 della sentenza.

[207] "*Nel caso di specie non c'è alcun allegazione in merito al fatto che la concorrenza tra i diversi sindacati è stata pregiudicata o addirittura che effettivamente esistano sindacati concorrenti*" ("*in this case there is no claim that competition between rival unions has been injured or even that any rival unions exists* - cfr. par. 13, nota n. 14).

specificità della fattispecie analizzata. La pretesa violazione infatti si collocava in un mercato (appalti e subappalti edilizi) che non era direttamente connesso al mercato in cui il sindacato operava (mercato dell'assistenza sindacale) e in cui il danno lamentato si era verificato (in altre parole il sindacato non era né un cliente, né un concorrente sul mercato degli appalti e subappalti edilizi su cui la restrizione al commercio si era verificata [208]).

Pertanto, la questione che si poneva era quella di stabilire quale fosse la relazione sussistente tra l'effetto anticompetitivo della violazione sul mercato edile e i danni asseritamene riportati dall'attore sul mercato a valle dei servizi di assistenza sindacale.

A questo specifico riguardo, la Corte ha ritenuto che non fosse chiaro in che modo una restrizione della concorrenza sul mercato edile avrebbe potuto pregiudicare gli interessi del sindacato. Sembrava invero sussistere una relazione inversa tra il livello di concorrenza sul mercato edile e le possibilità per il sindacato di perseguire i propri obiettivi: infatti, quanto più agguerrita fosse risultate la concorrenza tra imprese edili sul mercato, tanto più difficile sarebbe diventato per il sindacato ottenere migliori condizioni salariali e di lavoro per i propri aderenti.

In considerazione di tali elementi, la Corte ha concluso che le condizioni enucleate nella sentenza *Brunswick* per la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury* non fossero soddisfatte.

4.3.4 Matsushita Electronic Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

La sentenza Matsushita rappresenta una delle pronunce più importanti della Corte Suprema in materia antitrust. Sebbene i passaggi più rilevanti del giudizio si riferiscano alla teoria dei prezzi predatori e a profili procedimentali e probatori estranei all'oggetto della presente analisi, la Corte ha altresì incidentalmente analizzato gli aspetti relativi al requisito dell'*antitrust injury*. Anche se in termini molto concisi, la Corte ha infatti effettuato delle importanti valutazioni in merito all'operatività del requisito in questione nei confronti dei soggetti che operano in concorrenza con l'autore della violazione.

---

[208] 459 U.S. at 520.

Al riguardo la Corte Suprema ha ritenuto che gli accordi tra concorrenti che abbiano ad oggetto la fissazione di prezzi più elevati rispetto al livello concorrenziale o di limitare la produzione (come ad esempio la limitazione del numero di rivenditori a cui gli aderenti all'accordo si possono rivolgere per la commercializzazione dei propri prodotti) sul mercato rilevante, non possono essere contestati in giudizio dagli altri concorrenti attivi sul medesimo mercato.

In particolare, la Corte ha ritenuto che tali restrizioni per quanto dannose per il meccanismo concorrenziale, finiscono per beneficiare i concorrenti dei partecipanti all'accordo: questi ultimi infatti in un contesto competitivo alterato dalle suddette violazioni dispongono di maggiori margini per fissare i propri prezzi ad un livello superiore a quello precedente, potendo in questo senso approfittare dell'accordo sussistente tra i loro concorrenti che vincola questi ultimi ad innalzare i corrispettivi richiesti al mercato. Tali considerazioni, ad avviso della Corte, rendevano inconfigurabile la sussistenza nel caso di specie del requisito dell'*antitrust injury*.

4.3.5 Cargill Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104 (1986)

Le circostanze di fatto alla base del caso risultavano alquanto simili a quelle di *Brunswick*. L'attore (Monfort) si era costituito in giudizio avversando una concentrazione illegale tra concorrenti che pregiudicava la sua capacità di competere sul mercato interessato dall'operazione. In particolare, Monfort contestava l'operazione adducendo che quest'ultima avrebbe permesso ai concorrenti parti dell'accordo di ottenere efficienze attraverso l'uso congiunto dei rispettivi stabilimenti industriali, e per questa via di ridurre i loro prezzi ad un livello prossimo o leggermente superiore ai costi: tale situazione avrebbe irrimediabilmente pregiudicato le aspettative di ricavo della società attrice.

Il Giudice Brennan, estensore della sentenza per conto della maggioranza dei giudici, osservò quanto segue: l'attore lamentava la minaccia di un danno (riduzione dei profitti) che derivava dalla possibilità che le parti dell'operazione di concentrazione praticassero una condotta particolarmente aggressiva sul mercato nei confronti dei propri concorrenti, riducendo i prezzi di rivendita ad un livello prossimo o leggermente superiore ai propri costi. Tuttavia, questo genere di strategia di prezzo non è vietato dalla normativa antitrust, il

cui fine è piuttosto quello di sostenere una vigorosa concorrenza sui prezzi. Pertanto, l'attore non aveva dimostrato la sussistenza di un "pericolo" di *antitrust injury*, posto che i danni lamentati sarebbero originati da un incremento del livello competitivo del mercato e non da una sua riduzione.

Ad ogni modo, la pronuncia ha ulteriormente argomentato sul punto, sostenendo che nel caso in cui l'attore avesse credibilmente allegato il rischio una strategia di prezzo predatorio (ossia inferiore al livello dei costi) da parte dei soggetti che procedevano alla concentrazione volta ad escluderlo dal mercato, il requisito dell'*antitrust injury* sarebbe risultato soddisfatto, considerato che una simile condotta di prezzo è "*contraria alle finalità della normativa antitrust*" [209].

4.3.6 Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328 (1990)

Il caso in questione costituisce l'ultimo e più recente intervento della Corte Suprema in materia di *antitrust injury*.

Il caso appare particolarmente interessante dal momento che riguarda un'intesa verticale per la fissazione del prezzo massimo di rivendita della benzina tra una compagnia verticalmente integrata (ARCO) e le sue stazioni di rifornimento. L'attore, il titolare di una stazione di servizio indipendente, lamentava il fatto che per via dell'intesa illecita di cui sopra (gli accordi verticali per la fissazione di prezzi massimi erano al tempo vietati *per se* dalla normativa antitrust di riferimento), le stazione di servizio della ARCO avevano cessato di farsi concorrenza, praticando i prezzi massimi imposti. Secondo l'attore, ove l'intesa illecita non fosse stata conclusa, le stazioni di servizio della ARCO avrebbero praticato prezzi più alti, di modo che le stazioni di servizio indipendenti (ivi inclusa quella dell'attore) avrebbero potuto a loro volta aumentare i corrispettivi richiesti e per questa via accrescere i propri profitti.

Il primo punto dell'analisi condotta dalla Corte è stato quello di individuare la *ratio* della presunzione assoluta di illegittimità che al tempo si applicava agli accordi di fissazione dei prezzi massimi. A tale proposito, la Corte ha considerato che, secondo quanto previsto nella

[209] "*Inimical to the purposes of the antitrust laws*" - Ibid. par. 115.

giurisprudenza dell'epoca e in particolare dal caso *Albrecht* [210], la strategia di fissazione di prezzi massimi di rivendita risultava illegittima alla luce dei potenziali effetti pregiudizievoli che ne potevano derivare per i rivenditori parti dell'accordo (limitati nella loro libertà di stabilire il prezzo dei servizi prestati e di fornire servizi aggiuntivi non potendo superare i tetti di prezzo imposti dall'accordo) e per i consumatori, ma non anche per i suoi effetti sui concorrenti, ossia sui rivenditori estranei all'accordo [211].

Sulla base di tali premesse la Corte ha concluso ritenendo che la domanda attorea non risultava coerente con nessuno dei potenziali rischi per la concorrenza previsti nella sentenza *Albrecht.* Infatti:

(i) nel caso in cui la strategia di prezzo adottata da ARCO e dai suoi rivenditori avesse prevenuto questi ultimi dal fornire ai consumatori servizi addizionali relativi alla vendita di carburante nelle loro stazioni di servizio [212], l'attore (rivenditore indipendente) avrebbe in realtà beneficiato di tale mutato contesto concorrenziale, trovandosi nella possibilità di accrescere la propria clientela soddisfacendo la domanda inevasa dai propri concorrenti di tali servizi addizionali [213]; e

(ii) nel caso in cui i prezzi massimi fossero stati fissati ad un livello tale da fungere in realtà come prezzo minimo di riferimento [214], l'attore avrebbe comunque

[210] *Albrecht v. Herald Co.,* 390 U.S. 145 (1968), superata poi da *State Oil v. Kahn* 522 U.S. 3 (1997), che ha eliminato la presunzione di illegittimità (c.d. "*per se violation*") della fissazione di prezzi massimi di rivendita, prevedendo uno scrutinio caso per caso (c.d. "*rule of reason*").

[211] 495 U.S. par. 336. In senso critico rispetto alla posizione della Corte in *Albrecht* si veda N.W. HAWKER, *The new antitrust paradox: antitrust injury*, 44 Rutgers Law Review 101 (1991), p. 116.

[212] Uno dei motivi dell'avversione della Corte alla fissazione dei prezzi massimi di rivendita è proprio quello che i rivenditori non potendo richiedere corrispettivi superiori ad una determinata soglia sono disincentivati a fornire servizi addizionali che non potrebbero essere remunerati.

[213] Ibid. par. 336.

[214] Si consideri infatti che i prezzi massimi vengono visti con diffidenza dal diritto antitrust anche perché, se il livello dei prezzi indicato nell'accordo è particolarmente basso, si giunge in realtà a predeterminare il prezzo a cui i prodotti saranno effettivamente rivenduti da tutti i partecipanti dell'accordo, con effetti di allineamento delle rispettiva politiche di prezzo simili a quelli che si riscontrano in casi di cartello. Cfr. a livello comunitario le Linee Guida della Commissione sulle restrizioni verticali, cit., par. 225

potuto trarre vantaggio dalla possibilità di praticare prezzi più bassi rispetto a quello di tali rivenditori [215].

Di conseguenza, la Corte ha considerato che la strategia contestata dall'attore, finiva in realtà per beneficiarlo, in quanto restringeva i margini di utilizzo della leva prezzo da parte dei suoi concorrenti, ossia dei rivenditori appartenenti al sistema di distribuzione ARCO; in altre parole, il danno subito dall'attore non scaturiva dagli aspetti che (a quel tempo) rendevano illegittima la fissazione di prezzi massimi, e non si qualificava pertanto come *antitrust injury* [216]). L'attore difettava dunque della legittimazione per accedere nel caso concreto alla tutela risarcitoria.

4.4 I punti non controversi della nozione di antitrust injury così come tracciata dalla Corte Suprema

Il presente paragrafo intende esplorare il significato dell'espressione *antitrust injury* alla luce delle pronunce della Corte Suprema passate in rassegna e dell'applicazione giurisprudenziale che ne è stata data. Tale approfondimento appare necessario per tre diverse ragioni.

In primo luogo, le sentenze della Corte Suprema non forniscono un quadro univoco per l'interpretazione del requisito in questione: infatti, cinque delle pronunce, concludendo per l'insussistenza dell'*antitrust injury*, forniscono un quadro sufficientemente delineato di cosa non ricade nell'ambito di tale requisito, senza tuttavia affermare in modo chiaro quale sia il contenuto della nozione rilevante. L'unico caso in cui la Corte ha riconosciuto la sussistenza di tale requisito (sentenza *McCready*) affermando la legittimazione dell'attore, è peraltro caratterizzato da un'elevata complessità, posto che, come si avrà modo di approfondire [217], il tema dell'*antitrust injury* risulta affrontato da una prospettiva molto particolare.

[215] Ibid. par. 337.

[216] Ibid. "*did not flow from the aspects of vertical maximum price fixing that render it illegal*".

[217] Cfr. par. 5.2 (b).

In secondo luogo, nell'ultimo decennio la dottrina statunitense non ha dedicato particolare attenzione alla tematica in oggetto [218] e le analisi condotte hanno generalmente omesso di ricavare dalle pronunce della Corte Suprema una definizione omnicomprensiva e coerente della nozione di *antitrust injury*, o almeno di spiegare le ragioni che impedivano di addivenire ad una definizione sufficientemente esaustiva di tale requisito.

In terzo luogo, questa incertezza sul significato intrinseco di *antitrust injury* si è riflessa sulla pratica delle corti inferiori statunitensi, caratterizzata da approcci molto differenti e in certi casi contrastanti.

Alla luce di tali valutazioni, l'analisi condotta nel presente paragrafo è volta a verificare se le posizioni assunte dalla Corte Suprema negli ultimi trent'anni possano essere ricondotte ad un'unica definizione "*che consenta all'interprete di comprendere immediatamente – senza inutile dispendio di energie cerebrali – se in un particolare caso ricorra o meno il requisito dell'antitrust injury*" [219]. In altre parole, si tenterà di stabilire se dalle sentenze della Corte Suprema sia possibile ricavare l'essenza del requisito dell'*antitrust injury* e riportarla ad una definizione esaustiva ed univoca che sia di ispirazione e di riferimento nei successivi approfondimenti che verranno condotti in merito alla possibile individuazione nel nostro ordinamento di criteri di selezione delle conseguenze risarcibili in ambito antitrust.

Prima di imbarcarsi in questa complessa indagine alla ricerca del significato ultimo della nozione di *antitrust injury*, appare opportuno identificare in via preliminare alcuni punti non controversi della giurisprudenza della Corte Suprema, in modo da tracciare delle coordinate affidabili per il successivo sviluppo dell'analisi.

In questo senso, si può ritenere assodato che il requisito dell'*antitrust injury*:

(i) come richiamato nel breve sommario del caso *Brunswick*, è qualcosa di più rispetto alla mera esistenza di un nesso causale tra una violazione antitrust e il danno patito dall'attore;

---

[218] J.P. BAUER, *op. cit.* (nt. 196), p. 440.

[219] "[A definition which] *will allow us to understand in an instant – without devoting undue cerebral energy to the matter – whether antitrust injury is present or absent in particolar set of facts*" R.W. DAVIS, *op. cit.* (nt. 198), p. 724.

(ii) si applica nelle azioni antitrust dei privati a prescindere dal tipo di violazione in concreto prospettato dall'attore [220];

(iii) è un autonomo presupposto di legittimazione che qualunque attore che proponga un'azione per danni ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act (o agisca in via cautelare ai sensi della Sezione 16) deve soddisfare [221]. In altre parole, la mancanza del requisito dell'*antitrust injury* si traduce inevitabilmente nel difetto integrale di legittimazione dell'attore e nella conseguente impossibilità di accedere alla tutela risarcitoria [222].

Operate tali premesse si può ora entrare nel vivo dell'indagine.

4.5 Il cuore dell'antitrust injury: la sussistenza di un danno "causalmente qualificato"

Come riportato nel relativo sommario, il principale insegnamento che si può trarre dal caso *Brunswick* riguarda il fatto che un illecito antitrust è potenzialmente in grado di danneggiare una varietà di soggetti, appartenenti a categorie differenti, secondo parabole differenziate e per diverse ragioni: tuttavia non tutti i pregiudizi procurati da una condotta anticoncorrenziale possono essere oggetto di tutela risarcitoria, ma solo quelli per cui sussiste una relazione causale con gli effetti anticompetitivi tipici della violazione.

Nel suo ultimo intervento (*ARCO),* la Corte ha efficacemente reso tale concetto affermando che "*condotte per le quali vi sia una presunzione assoluta di illegittimità da un punto di vista antitrust possono tuttavia produrre alcuni effetti pro-concorrenziali da cui i privati possono a loro volta subire un pregiudizio. Il requisito dell'antitrust injury, comunque, assicura che un attore possa ottenere un risarcimento solamente nel caso in cui il danno*

[220] Può trattarsi ad esempio di una concentrazione (*Brunswick e Cargill*), di accordi orizzontali (*Matsushita*) o verticali (*McCready*, *AGC*, *ARCO*), o ancora una discriminazione di secondo livello come in *Truett* (cfr. nota n. 202). Può inoltre trattarsi indifferentemente di una violazione *per se* (ossia per la quale sussiste una presunzione assoluta di illegittimità) o di una fattispecie da analizzarsi ai sensi della *rule of reason* (ossia caso per caso).

[221] Cargill (cfr. par. 5.1 (e)).

[222] Cfr. J.E. LOPATKA - W.H. PAGE, *Who suffered antitrust injury in the Microsoft case*, 69 The George Washington Law Review 829 (2001), p. 832.

derivi da un aspetto o effetto riduttivo della concorrenza ascrivibile al comportamento del convenuto" [223].

Ovviamente, al fine di verificare in concreto se tale nesso sussista o meno è necessario previamente identificare gli effetti anticompetitivi [224] associati alla violazione rilevante nel singolo caso di specie [225]. A questo proposito, la sentenza ARCO illustra chiaramente il percorso logico-argomentativo da seguire per individuare il danno alla concorrenza associato a ciascuna pratica: in particolare la pronuncia della Corte Suprema afferma la necessità di guardare quanto più accuratamente possibile alle specifiche ed immediate ragioni per cui è configurabile una violazione della normativa antitrust, così come individuate dalla norma applicabile al caso di specie [226].

Alla luce di quanto precede, appare possibile sostenere che un danno risarcibile ai sensi della Section 4 del Clayton Act, non solo deve essere conseguenza della condotta anticompetitiva, ma deve altresì derivare da quegli effetti tipici della condotta in questione che la disposizione rilevante intende prevenire. In questo senso, il concetto di *antitrust injury* potrebbe essere efficacemente reso facendo riferimento all'espressione di "**danno causalmente qualificato**", così da mettere in risalto la circostanza per cui il requisito in questione finisce per selezionare solo alcuni dei pregiudizi (o delle parabole di danno) che possono essere causati da un comportamento anticoncorrenziale.

La giurisprudenza della Corte Suprema successiva al caso *Brunswick* sembra confermare che il cuore della nozione di *antitrust injury* risiede proprio nell'esistenza di un danno

---

[223] "*Actions per se unlawful may nonetheless have some pro-competitive effects, and private parties might suffer losses therefrom. The antitrust injury requirement, however, ensure that a plaintiff can recover only if the loss stems from a competition-reducing aspect or effect of the defendant's behaviour*" – 495 U.S. par. 342-343.

[224] "C*ompetition reducing aspects*" per usare le parole della Corte Suprema nel giudizio ARCO.

[225] Questo passaggio è "*critico in quanto la definizione di danno alla concorrenza effettuato dalla corte giudicante determinerà in parte quale danno subito dai privati verrà ritenuto associato all'aspetto anticompetitivo della violazione rilevante*" ("[this step] *is critical because the Court's definition of harm to competition will in part determine which private harms it will find to be linked to the anticompetitive aspect of the practice at issue"*) J.E. LOPATKA - W.H. PAGE, *op. cit.* (nt. 222), p. 836.

[226] Il caso ARCO dimostra chiaramente che il requisito dell'*antitrust injury*, da un lato, costituisce una questione di carattere giurisdizionale che deve essere affrontata in via preliminare nel contesto dell'indagine sulla legittimazione dell'attore, ma d'altro lato è strettamente legato agli aspetti sostanziali della fattispecie (cfr. il paragrafo *5.1* (f) e N.W. HAWKER, *op. cit.* (nt. 211), par. 116). Non a caso, nella prassi può capitare che l'assenza del requisito dell'*antitrust injury* finisca per essere riscontrata in una fase più avanzata del giudizio (P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), p. 296).

causalmente qualificato nei termini appena espressi. Al proposito valga rilevare quanto segue.

Da un lato, quattro dei cinque giudizi rilevanti (*Cargill, AGC, Matsushita* e *ARCO*) si soffermano proprio sull'accertamento dell'insussistenza di una relazione causale tra i danni lamentati dall'attore e gli effetti anticompetitivi tipici riconducibili alla violazione lamentata. Ed infatti:

- in *Cargill*, le perdite asserite dall'attore derivavano dalle efficienze che le imprese partecipanti alla fusione sarebbero state in grado di ottenere unendo le proprie strutture organizzative, e dunque da un aspetto pro competitivo dell'operazione di concentrazione [227];

- nel caso *AGC*, la Corte ha accertato che la relazione sussistente tra l'effetto anticompetitivo associato alla violazione sul mercato rilevante (coercizione nei confronti dei membri dell'associazione edile) e le perdite che l'attore (il sindacato) lamentava di aver subito su di un diverso mercato (mercato dell'assistenza sindacale) erano troppo tenui perché a quest'ultimo potesse essere riconosciuta la legittimazione ad agire [228];

- in *Matsushita*, l'effetto anticompetitivo associato al "cartello" di prezzo consisteva nella restrizione alla libertà delle imprese aderenti all'accordo di fissare i loro prezzi al di sotto di un livello predeterminato e dunque di competere liberamente tra loro: tra tale effetto anticompetitivo e i danni lamentati dall'attore non poteva tracciarsi alcuna relazione causale, dal momento che l'attore risultava piuttosto favorito dalla ridotta capacità dei suoi concorrenti di agire sulla leva prezzo, riducendo i corrispettivi richiesti [229].

[227] Cfr. Parte 5.1 (e).

[228] Cfr. Paragrafo 5.1. (c) e P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), p. 293.

[229] Cfr. Paragrafo 5.1. (d) e M.J. JACOBSON - T. GREER., *op. cit.* (nt. 181), p. 293).

- In *ARCO*, l'attore non risultava danneggiato da nessuno degli effetti anticompetitivi identificati nella giurisprudenza *Albrecht* in merito alla fissazione dei prezzi massimi [230].

D'altro lato, il quinto caso, *McCready*, pur configurandosi in termini notevolmente più complessi e per certi versi "anomali" – posto che l'approccio seguito dalla Corte sul tema oggetto di approfondimento non ricalca alcuno dei precedenti giudizi – appare comunque riconducibile, o per lo meno conciliabile, con la tesi in queste sede sostenuta.

Il problema è che nel giudizio *McCready* – unico caso si badi bene in cui la Corte Suprema ha riconosciuto la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury* – le perdite lamentate dall'attore (mancato rimborso da parte del fondo assicurativo delle prestazioni mediche rese dagli psicologi) non traevano origine da quegli effetti anticompetitivi tipici che le disposizioni antitrust in materia di accordi di boicottaggio mirano a prevenire (queste ultime infatti sono dirette ad evitare l'esclusione di un operatore economico dal mercato, nel caso di specie costituito dalla categoria degli psicologi).

La relazione causale si configurava piuttosto in termini totalmente inversi, tanto che era il danno sofferto dalla signora McCready, e quindi il mancato rimborso, a far sì che si potesse determinare l'effetto anticompetitivo connesso all'illegittimo atto di boicottaggio (ossia l'esclusione degli psicologi dal mercato dei servizi psicoterapici), e non certo il contrario. Senza il rimborso a favore dei clienti per i servizi psicoterapici resi dagli psicologi, infatti, questi ultimi risultavano pressoché tagliati fuori dal mercato in questione, a tutto vantaggio degli psichiatri le cui prestazioni continuavano invece ad essere oggetto di regolare rimborso da parte del fondo assicurativo.

Pertanto, come la Corte ha avuto modo di notare, il danno per l'attore (il rimborso negato) non derivava dal preteso boicottaggio ma rappresentava piuttosto il vero e proprio mezzo con cui la violazione veniva posta in essere: "*McCready non era un concorrente dei cospiratori, il danno da lei sofferto era inestricabilmente connesso al danno che i cospiratori si proponevano di infliggere agli psicologi sul mercato della psicoterapia. Alla luce della cospirazione allegata in questa sede, riteniamo che il danno di McCready tragga origine da ciò che rende illegale la condotta del convenuto secondo quanto previsto in*

[230] Cfr. Paragrafo 5.1. (f).

Brunswick, e ricade precisamente nel campo delle preoccupazioni espresse dal Congresso [con la presente normativa] [231] ".

Il passaggio della sentenza appena richiamato sembra dimostrare che in *McCready* la Corte ha affrontato esattamente lo stesso tema oggetto di analisi nei precedenti casi, ossia l'esistenza di un danno causalmente qualificato, ma stavolta da una prospettiva diversa. Apparentemente, la Corte ha enucleato una sorta di eccezione secondo cui l'esistenza di un danno causalmente qualificato può essere presunto [232] quando il danno lamentato costituisce una componente essenziale della violazione, di modo che senza il primo la seconda non sarebbe occorsa.

Una siffatta interpretazione della sentenza *McCready* sembra risultare confermata dalla pronuncia della Corte Suprema in *ARCO*: in tale caso infatti la Corte, pur avendo precedentemente accertato che le perdite in cui era incorso l'attore non presentavano le caratteristiche proprie dell'*antitrust injury* (e dunque una relazione causale qualificata con gli effetti tipici della violazione che la normativa antitrust intende prevenire), ha ugualmente affrontato in un paragrafo a sé stante la questione dell'applicabilità o meno della dottrina *McCready* nel caso di specie [233]. La Corte ha escluso tale possibilità, ma la circostanza che abbia condotto un'analisi separata sul punto in esame appare confermare che l'indagine sull'*antitrust injury* richiede anche una separata verifica sulla ricorrenza o meno delle circostanze eccezionali di cui al caso *McCready*. A riprova di ciò si può menzionare il caso *Gulfstream* [234] in cui la Corte distrettuale ha sostenuto che la sussistenza di "*un danno all'attore che origini da ciò che rende illegale la condotta del convenuto*" (danno causalmente qualificato) risulta "*in alternativa soddisfatta se sussiste un 'nesso causale*

[231] "*McCready was not a competitor of the conspirators, the injury she suffered was inextricably intertwined with the injury the conspirators sought to inflict on psychologists and the psychotherapy market. In light of the conspiracy here alleged we think that McCready's injury 'flows from that which makes defendants' acts unlawful' within the meaning of Brunswick, and falls squarely within the area of congressional concern"* – 457 U.S. par. 484.

[232] "*…there can be no question…"* Ibid., par. 479.

[233] Paragrafo IIC in cui si legge "*…il danno del convenuto* [l'attore nella causa originaria]*, inoltre, non è inestricabilmente connesso con l'antitrust injury che un rivenditore patirebbe […] e pertanto non milita a favore della possibilità per il convenuto di agire in giudizio per conto dei rivenditori dell'attore* [il convenuto nella causa originaria]*"* ("*respondent's injury, moreover, is not 'inextricably intertwined' with the antitrust injury that a dealer would suffer […] and thus does not militate in favor of permitting respondent to sue on behalf of petitioner's dealers"*.

[234] Caso *Gulfstream III Associates, Inc. v. Gulfstream Aerospace Corporation* 995 F.2d 425 l.

significativo' sì che il danno subito dall'attore possa dirsi inestricabilmente connesso con la cospirazione antitrust" [235].

In conclusione, l'analisi condotta nel presente paragrafo suggerisce che tutti gli interventi rilevanti della Corte Suprema convergono verso una nozione di *antitrust injury* basata sulla presenza di un legame tra i danni paventati e gli effetti anticoncorrenziali tipici della violazione che le disposizioni antitrust rilevanti mirano a prevenire (danno causalmente qualificato).

In quattro delle sentenze successive a *Brunswick* la Corte ha ritenuto che in mancanza di tale elemento, il requisito dell'*antitrust injury* non fosse soddisfatto.

Nel caso *McCready* la Corte ha invece chiarito che tale requisito può essere eccezionalmente integrato anche laddove il danno lamentato costituisca una componente essenziale della violazione, di modo che la relazione causale risulti in qualche modo invertita.

4.6 L'applicazione concreta del requisito dell'antitrust injury con riferimento ai consumatori, professionisti e concorrenti

Nei paragrafi che precedono si è tentato di individuare il significato ed il contenuto della nozione di *antitrust injury*. A questo punto, si ritiene opportuno approfondire le modalità con cui il requisito in questione trova applicazione nella casistica delle Corti inferiori.

Tale indagine permetterà, da un lato, di delineare con maggiore precisione la portata di tale principio di legittimazione e, dall'altro, di verificare le ricadute concrete che l'applicazione del requisito in esame determina sulla legittimazione antitrust delle diverse categorie di potenziali attori in questa sede considerati.

[235] "*an injury to the plaintiff which flows from that which makes defendant's acts unlawful*" is "*alternatively […] fulfilled if there exists a "significant causal connection" such that the harm to the plaintiff can be said to be "inextricably intertwined" with the antitrust conspiracy*".

In tal senso, l'obiettivo è anche di verificare se, nella sua operatività pratica, l'*antitrust injury* determini direttamente o indirettamente una vera e propria preclusione dell'accesso alla tutela risarcitoria per talune categorie di attori.

Allargando per un attimo la prospettiva agli obiettivi del presente lavoro, infatti, si deve ricordare che l'indagine condotta in questi paragrafi sull'esperienza americana è volta a trarre degli spunti di ispirazione e di riferimento per l'eventuale individuazione nel nostro ordinamento di criteri di selezione delle azioni risarcitorie basate su violazioni antitrust: ebbene, in quest'ottica, appare opportuno accertarsi se l'applicazione del principio dell'*antitrust injury* determini effettivamente tali preclusioni o se, al contrario, l'operatività di tale requisito sia logicamente e nei fatti compatibile con quella legittimazione astrattamente estesa a tutte le principali categorie di potenziali attori che, come si è tentato di chiarire, costituisce uno dei pochi punti fermi negli orientamenti applicativi della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia in materia.

Ciò premesso in merito agli obiettivi dell'analisi, si può passare alla trattazione del tema proposto che verrà condotta secondo la tripartizione proposta nel presente studio e quindi distinguendo le posizioni dei consumatori, dei professionisti e dei concorrenti [236].

4.6.1 La posizione tendenzialmente neutra dei consumatori

Con particolare riferimento ai consumatori finali occorre rilevare come tali potenziali attori non incontrano particolari difficoltà nel provare il soddisfacimento del requisito dell'*antitrust injury*.

I loro interessi, infatti, generalmente risentono negativamente di un ridotto livello di concorrenza sul mercato di riferimento, di modo che i loro danni tendono a riflettere gli effetti anticompetitivi della violazione che essi allegano. Pertanto, sussiste una relazione di linearità tra gli effetti tipici delle violazioni antitrust e l'interesse del consumatore finale, la quale riduce sensibilmente la portata applicativa concreta del requisito *dell'antitrust injury*: in altri termini il generale allineamento degli interessi dei consumatori finali con gli interessi protetti dalla normativa antitrust fa sì che il pregiudizio degli uni tenda a corrispondere al

[236] Cfr. la nota terminologica n. 6.

pregiudizio degli altri e che dunque difficilmente possa ipotizzarsi un consumatore danneggiato dagli effetti pro-competitivi di una condotta vietata (ciò che escluderebbe la sussistenza di un danno causalmente qualificato nella accezione accolta in questa sede).

In questo senso occorre anche considerare che il diritto antitrust americano è particolarmente orientato a misurare l'anticoncorrenzialità di una condotta in termini di riduzione del benessere dei consumatori finali. L'importanza di tale aspetto è tale che in mancanza della prova di un effetto pregiudizievole per i consumatori, la condotta contestata è generalmente ritenuta legittima, non operando in tal senso molte delle presunzioni adottate invece dalla giurisprudenza comunitaria [237].

Al contrario, il requisito dell'*antitrust injury* incide molto più significativamente sulla legittimazione dei professionisti (ivi inclusi lavoratori e soci/finanziatori) e dei concorrenti, posto che, come si avrà modo di sottolineare, gli stessi risultano portatori di interessi non necessariamente allineati con quelli della tutela della concorrenza. Proprio in ragione della posizione spesso tangenziale che professionisti e concorrenti ricoprono rispetto agli effetti anticoncorrenziali della violazione antitrust, l'analisi della operatività del requisito in questione nei confronti di tali soggetti consentirà di metterne in evidenza i confini applicativi e interpretativi, così come puntualmente riscontrati nella giurisprudenza delle Corti inferiori.

---

[237] Al di là dell'abusata retorica secondo cui il diritto statunitense protegge i consumatori mentre quello comunitario gli interessi dei concorrenti (in questo senso la nota espressione di una studiosa americana ELEONOR M. FOX che, commentando il diverso esito dello scrutinio antitrust sull'operazione GE/Honeywell condotto dai due lati dell'Atlantico, ebbe a rilevare come "*we protect consumers, you protect competitors*"), si può osservare come la disciplina comunitaria, al contrario di quella statunitense, sia tendenzialmente incline (l'approssimazione è d'obbligo) a ritenere sufficiente un pregiudizio alla struttura del mercato per accertare la valenza anticompetitiva di una condotta, nell'assunto che tale *vulnus* al tessuto concorrenziale finirà con tutta probabilità per pregiudicare gli interessi dei soggetti che si pongono a valle nella filiera economica.
In questo senso, l'esempio della disciplina dei prezzi predatori appare alquanto rappresentativo, nella misura in cui per il giudice comunitario è sufficiente che l'impresa dominante abbia posto in essere una condotta di prezzo così qualificata perchè sia configurabile una violazione antitrust, senza necessità di dimostrare che l'impresa stessa ad esito della campagna predatoria sarà in grado di innalzare i propri prezzi ad un livello sovraconcorrenziale (e di recuperare così quanto perso per via del sottocosto) grazie all'avvenuta estromissione dei concorrenti. Il successivo innalzamento dei prezzi per il giudice comunitario può in un certo senso essere presunto, considerato che in mancanza di tale prospettiva una condotta predatoria da parte dell'impresa dominante non assumerebbe alcuna logica. Oltreoceano, al contrario la prova della possibilità di recuperare le perdite derivanti dalla vendita sottocosto è un elemento indispensabile per l'accertamento di una condotta predatoria sanzionabile come *monopolization*, in quanto, come detto, il pregiudizio per il consumatore finale costituisce l'elemento probatorio essenziale per l'applicazione della disciplina antitrust (cfr. da ultimo per un'analisi comparata M. MOURA E SILVA, *Predatory pricing under Article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night*, in Eur. Competition LR, 2009, 2, pp. 61-66).

4.6.2 I limiti alla legittimazione antitrust dei professionisti

L'applicazione della nozione di *antitrust injury* alla categoria dei professionisti solleva criticità molto maggiori rispetto a quanto si è visto per i consumatori. A differenza di questi ultimi, infatti, i professionisti spesso (anche se non sempre, cfr. il par 3.5.3) si collocano in posizione tangenziale rispetto alle direttrici tipiche secondo cui si propaga il danno antitrust, risultando delle vittime incidentali del comportamento anticoncorrenziale.

In tali ipotesi, il professionista risulta portatore di interessi propri, distinti da quelli tutelati in via diretta dalla previsione antitrust applicabile: attraverso il test del danno causalmente qualificato, si riconosce la legittimazione al professionista solo quando gli interessi fatti valere in giudizio risultino allineati a quelli protetti dalla normativa antitrust, e quindi quando il danno lamentato sia conseguenza degli effetti anticompetitivi tipici della violazione.

Nelle ipotesi di allineamento, le Corti si sono tuttavia poste un ulteriore problema (alimentato peraltro dalle non sempre univoche indicazioni contenute nelle pronunce della Corte Suprema), domandandosi se il requisito dell'*antitrust injury*, oltre a richiedere l'esistenza di un danno causalmente qualificato, non sottintenda in realtà anche che, ai fini della legittimazione, il danno lamentato dall'attore debba necessariamente essersi verificato entro un perimetro ben definito, e in particolare entro l'area che risulta delimitata dagli obiettivi propri della specifica proibizione antitrust applicabile.

Tre esempi pratici tratti dalla vasta giurisprudenza delle Corti inferiori consentiranno di chiarire i termini della questione.

In primo luogo, si consideri il caso di un fornitore che fallisca a seguito dell'esclusione dal mercato a valle del suo principale (e quasi unico) cliente dovuta ad una strategia di prezzi predatori posta in essere da un acerrimo concorrente di quest'ultimo.

In secondo luogo si prenda a riferimento un dipendente del cliente "escluso" di cui all'esempio precedente che perda il proprio lavoro per effetto della medesima pratica predatoria.

Infine, si consideri un fondo assicurativo sanitario che si trovi a fronteggiare costi più elevati per la salute dei propri assicurati a causa dell'illecito accordo tra case produttrici di sigarette per sopprimere le ricerche in merito agli effetti dannosi associati all'uso di prodotti da fumo.

Ebbene, nei tre esempi di riferimento appare sussistere un danno causalmente qualificato, essendo possibile tracciare una relazione causale (almeno indiretta) tra gli effetti anticompetitivi tipici della violazione ipotizzata e il danno subito rispettivamente dal fornitore, dal dipendente e dal fondo assicurativo.

Nei primi due casi, infatti, sussiste un chiaro legame tra gli effetti anticompetitivi della violazione antitrust (esclusione di un concorrente efficiente che costituiva un vincolo al concreto esercizio da parte del responsabile della condotta del proprio potere di mercato [238]) e il danno perpetrato rispettivamente al fornitore e al dipendente, posto che l'esclusione del cliente in questione costituisce il motivo per cui gli stessi si ritrovano senza il loro principale cliente/datore di lavoro, e dunque falliscono o rimangono senza occupazione.

Nel terzo caso, l'effetto anticompetitivo dell'accordo illecito tra case produttrici di sigarette è costituito dal disincentivo all'innovazione (e più in particolare alla produzione di prodotti meno dannosi per la salute che avrebbero di conseguenza comportato una percentuale di rischio inferiore per i fumatori) e i più alti costi pagati dal fondo assicurativo ne costituiscono sicuramente una conseguenza (per quanto probabilmente indiretta).

Sebbene nella pratica le Corti inferiori generalmente neghino la legittimazione delle tre categorie di attori in considerazione sulla base di differenti elementi (come la presenza di danni eccessivamente speculativi o impossibili da quantificare e soprattutto la carenza di prossimità causale – *absence of proximity* – [239] [240]), i tre esempi riportati sollevano un

[238] R.W. DAVIS, *op. cit.* (nt. 198), p. 724.

[239] L'espressione "*absence of proximity*" si riferisce a profili attinenti al nesso di causa, e non al requisito dell'*antitrust injury* e ricomprende differenti fattispecie in cui il danno sofferto dall'attore è eccessivamente remoto rispetto alla violazione. La collocazione eccessivamente remota rispetto alla violazione può infatti (i) rendere più difficoltosa la tracciabilità di un nesso causale tra la violazione e il danno a causa di altri possibili fattori concomitanti (c.d. *indirectness*), (ii) dare luogo ad una duplicazione dei risarcimenti a causa delle presenza di soggetti più direttamente danneggiati e (iii) implicare la presenza di un attore potenzialmente posto in una migliore posizione per proporre un'azione legale a fronte della medesima violazione (P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), p. 290). Tali tre fattori, insieme a (iv) *l'antitrust injury*, (v) le difficoltà nel procedere alla ripartizione dei risarcimenti e (vi) l'intenzione di arrecare danno all'attore, sono stati espressamente considerati dalla Corte Suprema quali fattori rilevanti da bilanciare nella generale analisi sulla

quesito di base, ossia se i danni riportati dagli attori in questione soddisfino il requisito dell'*antitrust injury*. In altri termini, la sussistenza di un danno causalmente qualificato è sufficiente perché sussista un *antitrust injury*, o è anche necessario guardare alla tipologia del danno che deriva dagli effetti anticompetitivi della violazione?

A questo specifico riguardo, nei suoi pronunciamenti la Corte Suprema ha frequentemente fatto riferimento alla necessità per l'attore di dimostrare l'esistenza di danni "della tipologia che le regole antitrust intendono prevenire" [241]. Tale espressione sembra suggerire la necessità di indagare anche sulle caratteristiche intrinseche delle perdite lamentate dall'attore, posto che solamente talune tipologie di danno sarebbero risarcibili, e in particolare quelle coerenti con i principi e le finalità delle norme antitrust.

Del passaggio sopra riportato sono state fornite due diverse interpretazioni:

(i) secondo la prima ricostruzione il riferimento alla tipologia di danni che le norme antitrust mirano a prevenire costituisce una mera riformulazione del requisito del danno causalmente qualificato. Secondo tale visione, le tipologie di danno non protette dalla normativa antitrust sono solamente quelle che non originano da un effetto anticompetitivo della violazione. Pertanto, le due espressioni finirebbero per esprimere esattamente lo stesso concetto, sebbene da due prospettive differenti. I casi *Brunswick* e *Cargill* possono essere citati a supporto di tale ricostruzione.

Ne deriva che, aderendo a tale interpretazione, il danno sofferto dal fornitore, dal dipendente e dal fondo assicurativo dovrebbero essere considerati a tutti

---

legittimazione antitrust (cfr. C.D. FLOYD, *Antitrust victims without antitrust remedies: the narrowing of standing in private antitrust actions*, 82 Minnesota Law Review 1 (1997), p. 39 e ss.).

[240] Nell'ambito dell'analisi sulla *absence of proximity*, uno specifico peso è stato attribuito alla relazione indiretta (*indirectness*) tra la violazione e i danni subiti. Le perdite lamentate dal fornitore e dal dipendente sono state generalmente considerate come derivanti da quelle sofferte dai partecipanti al mercato in cui la violazione aveva avuto luogo (il cliente o il datore di lavoro escluso) (cfr. *Sharp v. United Airlines, Inc.,* 967 F.2d 404 (10th Cir. 1999). Con riferimento al fondo assicurativo, la legittimazione è stata generalmente negata sulla base principalmente della eccessiva complessità della catena causale (*Steamfitters Local Union v. Philip Morris*, Inc., 171 F.3d 912 (3d Cir. 1999) e C.B. DURBIN, *To say the greatest matters in the simplest way": a first economic injury rule as a restatement of directness standing requirements in federal antitrust law,* 75 Washington Law Review 549 (2000), p. 564).

[241] "[damages] *of the type the antitrust laws were intended to prevent*" – *Brunswick*, par. 488, Cargill par. 111, ARCO par. 334.

gli effetti quali *antitrust injuries*, con conseguente legittimazione all'azione di tali soggetti (fatto salvo ovviamente il ricorrere degli altri usuali requisiti di legittimazione).

(ii) la seconda interpretazione, al contrario, ritiene che l'esistenza di un danno derivante dagli effetti anticompetitivi di una violazione non sia in sé sufficiente a configurare la sussistenza dell'*antitrust injury*. Il danno in questione infatti deve appartenere alla "tipologia antitrust", nel senso che deve costituire un danno che produce i suoi effetti nel medesimo mercato in cui la violazione ha avuto luogo. Secondo questa visione, le norme antitrust non sono dirette a proteggere qualsiasi soggetto tangenzialmente colpito da una violazione, ma solamente coloro che partecipano direttamente al mercato rilevante nella fattispecie [242], e quindi tendenzialmente solo i concorrenti, nonché i consumatori, distributori o fornitori [243] quando operino come clienti o acquirenti sul mercato interessato dalla violazione e siano pertanto identificabili come vittime designate dell'illecito. I fornitori e i distributori risulterebbero pertanto esclusi dalla tutela risarcitoria in tutti i rimanenti casi in cui non costituiscano le vittime designate dell'illecito (partecipando dunque al mercato in cui si verifica la violazione) ma rappresentino piuttosto le vittime incidentali della condotta anticoncorrenziale: analoga sorte toccherebbe alle altre categorie di potenziali attori come i lavoratori e soci/finanziatori. D'altra parte, si potrebbe considerare a sostegno di tale tesi che nell'unico precedente della Corte Suprema in cui si è riconosciuta la sussistenza dell'*anitrust injury* (Mc Cready), l'attrice risultava effettivamente attiva sul mercato in cui la violazione aveva avuto luogo e dunque aveva sofferto un danno esattamente della *"tipologia che il Congresso ha tentato di*

[242] Osserva C.D. FLOYD, *op. cit.* (nt. 239), p. 26, che nell'ambito dell'indagine *sull'antitrust injury*, una limitazione della legittimazione ai soli "partecipanti al mercato" potrebbe essere ottenuta semplicemente limitando (per ciascuna violazione) il novero degli effetti anticompetitivi rilevanti (ai fini dell'individuazione del danno causalmente qualificato) alle sole conseguenze relative all'incremento dei prezzi o alla riduzione dell'output: infatti, tali conseguenze sono generalmente avvertite dai soli soggetti che partecipano ai mercati interessati.

[243] La legittimazione dei fornitori si avrà quando la condotta anticoncorrenziale non riguardi l'offerta di prodotti sul mercato ma l'approvvigionamento, come nel caso di un cartello di acquisto che deprima i prezzi di vendita praticabili dai fornitori.

affrontare prevedendo un rimedio privato per la violazione delle normative antitrust" [244] [245].

Sulla base di questa linea interpretativa, considerato che il fornitore, il dipendente e il fondo assicurativo non sono attivi sul mercato in cui la violazione ipotizzata produce i suoi effetti, il danno da essi subito non si connoterebbe quale *antitrust injury*.

I due diversi approcci richiamati sono entrambi riflessi nella prassi delle Corti inferiori [246]. Nei casi in cui in situazioni analoghe a quelle del dipendente, del fornitore e del fondo assicurativo, le Corti hanno esteso la propria analisi al requisito dell'*antitrust injury*, le conclusioni raggiunte sono state tutt'altro che omogenee. Così:

(i) almeno una Corte ha ritenuto che nell'ipotesi proposta le perdite sofferte dal dipendente si qualificassero quali *antitrust injuries*: i profili relativi alla corrispondenza dei danni alla tipologia di danno antitrust sono stati considerati assorbiti dal fatto che essi derivavano direttamente da un effetto anticompetitivo della violazione [247].

---

[244] "*the type that Congress sought to redress in providing a private remedy for violations of antitrust laws*".

[245] La Signora McCready era infatti attiva come acquirente dei servizi nel mercato interessato dalla violazione. Inoltre, sebbene avesse basato la propria domanda giudiziale sui danni effettivamente patiti a causa del mancato rimborso delle sue spese mediche, McCready era destinata a patire anche nel futuro gli effetti anticompetitivi associati alla violazione, nella forma o di prezzi più elevati per i servizi psicoterapeutici (rata di sottoscrizione al fondo sanitario più elevata) o di minore scelta sul lato dell'approvvigionamento (nel caso in cui in effetti gli psicologi fossero stati effettivamente esclusi dal mercato, par. 483). In altri termini, McCready costituiva al tempo stesso la vittima più immediata della cospirazione e il soggetto su cui sarebbero da ultimo ricaduti gli effetti da questa derivanti (Cfr. in questo senso P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), par. 339f, p. 335).

[246] Cfr. *Sullivan v. Tagliabue*, 25 F.3d 43, par. 49 (1st Cir. 1994) "*i circuiti sono divisi […] sulla questione della necessità che l'attore sia un consumatore o un concorrente nel mercato colpito dalla violazione antitrust in considerazione affinché possa configurarsi l'antitrust injury*" ("*The circuits are split […] over the question of whether a plaintiff must be either a consumer or competitor in the market harmed by the antitrust violation at issue in order to establish antitrust injury"*).
Per ulteriori riferimenti sul differente approccio dei diversi Circuiti si vedano C.D. FLOYD - E.T. SULLIVAN, *Private antitrust actions*, Little Brown and Company, 1996, p. 729.

[247] "*Il primo prerequisito per presentare un azione ai sensi del paragrafo 4 è che l'attore abbia patito la tipologia di danno che le norme antitrust intendono prevenire. Le regole antitrust furono emanate per 'la protezione della concorrenza, non dei concorrenti', […] Pertanto, solo pregiudizi derivanti da una riduzione della concorrenza si qualificano come danni riconoscibili ai sensi delle norme antitrust"* ("*The first prerequisite to maintaining a § 4 action is that plaintiff has suffered the kind of injury the antitrust laws were designed to prevent. The antitrust laws… were enacted for 'the protection of competition, not competitors'. […] Thus, only harm stemming from a reduction in competition qualifies as injury cognizable under the antitrust laws")* – cfr. *Adams v. Pan American World Airways, Inc.* 828 F.2d 24, par. 30 (D.C. Cir. 1987).

(ii) almeno una Corte ha negato la legittimazione al fornitore di cui all'esempio richiamato sulla base del fatto che quest'ultimo non era attivo sul mercato in cui la violazione aveva avuto luogo e dunque il danno patito non apparteneva alla "*tipologia di danno che le norme antitrust intendevano evitare*" [248].

(iii) In relazione al fondo assicurativo sanitario, le Corti inferiori hanno raggiunto risultati contrastanti [249].

Tali orientamenti ondivaghi della Corti inferiori discendono dal fatto che, ad avviso di chi scrive, nella giurisprudenza della Corte Suprema non è dato rilevare alcun solido appiglio alla teoria secondo cui il requisito dell'*antitrust injury* finirebbe per escludere la legittimazione dell'ampia categoria dei professionisti, ogni qualvolta gli stessi non si qualifichino come vittime designate dell'illecito e dunque non partecipino al mercato rilevante su cui si è determinata la violazione.

La conferma che in realtà dai precedenti della Corte Suprema (e dalla prassi delle Corti inferiori) non sia possibile ricavare una risposta univoca e definitiva sembra essere stata fornita dalla Corte stessa nel caso *AGC*, di un anno successivo alla sentenza *McCready* [250].

---

[248] Cfr. *Brian Clewer v. Pan American World Airways, Inc.* 674 F. Supp 782 (C.D. Cal. 1986).

[249] Le Corti menzionate hanno generalmente negato la legittimazione al fondo assicurativo sanitario per "*absence of proximity*" (cfr. la nota n. 239). Alcune di esse, tuttavia, hanno accertato anche l'assenza del requisito dell'*antitrust injury* proprio in base al fatto che l'attore non apparteneva al novero dei partecipanti al mercato delle sigarette su cui la violazione aveva avuto luogo e pertanto non aveva subito alcun danno qualificabile come danno antitrust: "*il requisito per cui il danno lamentato sia connesso alla condotta anticompetitiva presuppone quale corollario che il soggetto danneggiato sia un partecipante nel medesimo mercato in cui opera il preteso autore della violazione"* ("*the requirement that the alleged injury be related to anti-competitive behavior requires, as a corollari, that the injured party be a participant in the same market as the alleged malefactors*") (*Oregon Laborers v. Philip morris Inc.*, 185 F.3d 957, p. 966 (9 th Cir. 1999).
Al contrario, almeno una Corte inferiore ha riconosciuto la legittimazione antitrust (e dunque anche la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury*) a un fondo assicurativo sanitario che aveva convenuto in giudizio le case produttrici di sigarette per avere artatamente soppresso innovazioni del prodotto a tutela dei consumatori (cfr. *State by Humphrey v. Philip Morris Inc.,* 551 N.W.2D 490 (Minn. 1996): un interessante approfondimento del caso si trova in M.L. DOLAN, *The Minnesota Tobacco Case: reasoned antitrust analysis*, 25 Hamline Law Review 193 (2002).

[250] A ben vedere peraltro nel caso *McCready* – che come si è ricordato in precedenza viene solitamente addotto a sostegno della teoria secondo cui la legittimazione andrebbe limitata ai soli partecipanti al mercato interessato dalla violazione - la posizione che l'attrice ricopriva sul mercato probabilmente non ha giocato un ruolo così decisivo per il riconoscimento della sua legittimazione antitrust. Al proposito si osservi che nella nota 21 della sentenza in esame la Corte Suprema afferma che "*se un gruppo di psichiatri cospirasse per boicottare una banca fintanto che quest'ultima non cessi di concedere prestiti agli psicologi, la banca dovrebbe senza dubbio essere legittimata al risarcimento dei danni sofferti quale conseguenza della condotta*

Nella nota n. 44 delle sentenza *AGC*, la Corte, dopo aver richiamato proprio i fatti del caso *McCready*, conclude osservando che nel caso di specie non vi era necessità di "*di decidere se la vittima diretta di un boicottaggio,* ***che subisca una tipologia di danno non connessa alle politiche antitrust****, possa recuperare i danni sofferti quando il fine ultimo del boicottaggio sia una restrizione della concorrenza nel mercato economico rilevante*" [251].

Pertanto, si può concludere sul punto osservando che, se l'analisi condotta nel paragrafo 4.6 dimostra che il fondamento della nozione di *antitrust injury* risiede nella sussistenza di un danno causalmente qualificato nei termini sopra descritti, la giurisprudenza della Corte Suprema ove riferita alla posizione dei professionisti non chiarisce se i danni lamentati debbano altresì essere correlati agli obiettivi del diritto antitrust, ciò che precluderebbe la legittimazione di tutti quei professionisti (come ad esempio il dipendente, il fornitore e il fondo assicurativo di cui ai precedenti esempi) che non partecipino direttamente al medesimo mercato in cui la violazione ha avuto luogo.

In ogni caso, l'orientamento riscontrato in dottrina e nell'approccio di alcune Corti volto a ricomprendere nella nozione di *antitrust injury* la sussistenza di un danno correlato agli obiettivi antitrust sembra dimostrare come il cuore di tale requisito, e dunque, la prova dell'esistenza di un danno causalmente qualificato, non implichi di per sé l'esclusione della legittimazione dei professionisti, per quanto gli stessi possano in concreto collocarsi in una posizione defilata rispetto al tracciato tipico degli effetti pregiudizievoli di una violazione antitrust.

4.6.3 I notevoli (e forse eccessivi) limiti posti alla legittimazione dei concorrenti

Differentemente da quanto si è visto con riferimento ai consumatori finali e - seppur con le difficoltà interpretative descritte - ai professionisti, la legittimazione dei concorrenti risulta

---

degli psichiatri" ("If a group of psychiatrists conspired to boycott a bank until the bank ceased making loans to psycologists, the bank would no doubt be able to recover the injuries suffered as a consequence of the psychiatrists' actions").
In questo esempio, pertanto, la Corte sembra espressamente riconoscere la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury* (sulla base del fatto che il pregiudizio sofferto dalla banca costituisce il mezzo attraverso cui la violazione viene posta in essere) nonostante la banca, a differenza di McCready, non fosse un partecipante al mercato dei servizi psicoterapeutici affetto dalla violazione.

[251] "*We therefore need not to decide whether the direct victim of a boycott, who suffers a type of injury unrelated to antitrust policy may recover damages when the ultimate purpose of the boycott is to restrain competition in the relevant economic market*".

significativamente limitata dall'applicazione del requisito dell'*antitrust injury*, dal momento che i loro interessi risultano frequentemente non allineati con gli obiettivi propri delle norme antitrust.

Tale approccio restrittivo da parte delle Corti statunitensi nasce dalla considerazione intuitiva per cui più si riduce la concorrenza su un dato mercato, più i concorrenti attivi in tale contesto saranno in grado di innalzare il livello dei prezzi praticati e per questa via di incrementare i propri profitti. In altre parole, gli interessi dei concorrenti sono generalmente serviti quando la concorrenza si riduce [252], sicché le pratiche anticompetitive poste in essere sul mercato dai rivali finiscono spesso per favorirli.

Quando, ad esempio, a seguito di una violazione delle norme antitrust, i rivali sono in grado di innalzare il livello dei prezzi praticati, i loro concorrenti non ne vengono in linea di principio danneggiati: i prezzi più alti praticati sul mercato, infatti, consentiranno a questi ultimi di innalzare a loro volta i propri prezzi per allinearli a quelli degli altri operatori o di mantenere i prezzi al livello pregresso in modo da attirare un maggior numero di clienti, aumentando così i volumi venduti [253]. In tutte queste ipotesi – essenzialmente riferibili a casi di intese di prezzo orizzontali o verticali e di operazioni di concentrazione – in cui si lamenta l'applicazione o il rischio di prezzi più elevati, le Corti inferiori hanno costantemente negato la legittimazione dei concorrenti, considerando che tali effetti anticompetitivi risultavano privi in radice di qualunque potenzialità di danno per questi ultimi [254]. Lo stesso ragionamento è stato seguito, *mutatis mutandis*, rispetto a quelle condotte attraverso cui i rivali innalzavano barriere all'entrata o si ripartivano territori o categorie di clienti, dal momento che l'effetto di tali pratiche si risolveva nel ritardare lo sviluppo di una effettiva concorrenza sul mercato a vantaggio di tutti i concorrenti a quel momento attivi sul mercato [255].

Al contrario, la profittabilità di un concorrente tende ad essere pregiudicata quando una determinata violazione posta in essere dai propri rivali, permetta a questi ultimi di abbassare

---

[252] "*competitor's interests are generally served if competition is reduced*" – M.J. JACOBSON - T. GREER., *op. cit.* (nt. 181), p. 286.

[253] *O.K. Sand & Gravel v. Martin Marietta Techs.,* 36 F.3d 65, p. 572-574 (7th Cir. 1994).

[254] C.D. FLOYD - E.T. SULLIVAN, *op. cit.* (nt. 246), p. 708.

[255] P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), p. 396.

i propri prezzi al di sotto di quanto precedentemente praticato. Tuttavia la riduzione dei prezzi (purché ad un livello non predatorio) rappresenta una circostanza che non si pone in nessuna contraddizione con gli obiettivi della normativa antitrust, costituendo anzi un aspetto pro-concorrenziale della violazione da cui trae origine. In questi casi pertanto non è configurabile la sussistenza di un danno causalmente qualificato, in quanto il concorrente risulta pregiudicato da un aspetto della violazione (l'abbassamento dei prezzi) che non coincide con l'effetto tipico che la normativa di riferimento è diretta a prevenire. Di conseguenza, le Corti tendono a ritenere che il requisito dell'*antitrust injury* escluda la legittimazione dei concorrenti per i pregiudizi derivanti dalla artificiale diminuzione dei prezzi (purché lo si ripete ad un livello non predatorio), come ad esempio in ipotesi di accordi orizzontali o verticali di fissazione dei prezzi o di concentrazioni illegittime poste in essere dai propri rivali, così come di adozione da parte di questi ultimi di pratiche unilaterali [256].

Allo stesso modo, le Corti generalmente ritengono che le restrizioni *intra brand* [257] siano immuni da azioni giudiziali di risarcimento da parte dei concorrenti sia al livello produttivo che a quello distributivo. Invero, un concorrente risulta solitamente danneggiato dagli effetti procompetitivi che queste violazioni determinano sulla concorrenza *inter brand* e non invece dagli effetti anticompetitivi per cui tali pratiche sono vietate (restrizione della concorrenza *intra brand* con conseguente pregiudizio dei rivenditori o degli acquirenti del particolare marchio in considerazione) [258].

In ogni caso, ciò non vuol dire che gli interessi dei concorrenti non possano in nessun caso risultare allineati con quelli che la normativa antitrust intende tutelare. Le pratiche di prezzo predatorio ne offrono un chiaro esempio. In linea con l'impostazione seguita dalla Corte Suprema nel caso *ARCO* (par. 5.1 (f)), le Corti inferiori riconoscono generalmente la legittimazione del concorrente che sia vittima di siffatte condotte in considerazione del fatto che le perdite allegate (i) derivano dal tipico effetto anticompetitivo della violazione (esclusione di un concorrente efficiente che costituiva un significativo vincolo per il concreto esercizio del proprio potere di mercato da parte del soggetto responsabile della

[256] R.W. DAVIS, *op. cit.* (nt. 198), p. 746.

[257] Cfr. il par. 1.1.

[258] P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *op. cit.* (nt. 194), p. 463. Si veda inoltre la sentenza ARCO (parte 5.1 (f)).

violazione) e, in ogni caso [259], (ii) risultano chiaramente coerenti rispetto al tipo di danni che le leggi antitrust intendono prevenire (in altre parole il concorrente risulta attivo nel mercato in cui la violazione ha avuto luogo).

In linea generale, il divieto delle pratiche escludenti condivide la medesima logica di fondo dei prezzi predatori: pertanto le Corti sono solitamente inclini a considerare le perdite sofferte dal concorrente escluso (o minacciato di esclusione) quali *antitrust injuries*, e per tale via a riconoscere a questi ultimi la legittimazione all'azione antitrust. In particolare, ciò è avvenuto per concorrenti già attivi sul mercato che abbiano visto pregiudicata la possibilità di accedere al mercato per via di (i) accordi di distribuzione o di acquisto in esclusiva tra un produttore e i suoi distributori [260], (ii) rifiuti di contrarre o boicottaggi [261], e (iii) *tying agreements* [262].

La posizione assunta dalle Corti con riferimento alle concentrazioni risulta coerente con quanto sinora descritto. Le operazioni di concentrazione tra rivali possono generalmente supportare una domanda di risarcimento da parte dei concorrenti estranei all'operazione stessa quando vi sia la concreta minaccia che l'entità risultante dalla concentrazione pratichi nel prossimo futuro strategie di prezzo di natura predatoria (cfr. quanto si è visto nei casi *Brunswick* e *Cargill*) o comportamenti escludenti. Al contrario, domande di risarcimento basate sulla minaccia di prezzi più elevati di quelli correnti o anche più bassi (purché ovviamente non predatori) sono destinate ad essere respinte in ragione rispettivamente dell'assenza di un danno attuale e dell'assenza di un danno causalmente qualificato, in linea con quanto già rappresentato [263].

In conclusione, la giurisprudenza della Corti inferiori, sulla scorta degli insegnamenti provenienti dalle pronunce della Corte Suprema, tende a riconoscere la legittimazione dei concorrenti solamente ove sia credibilmente allegata una condotta predatoria o escludente (o una minaccia delle stesse nel caso di concentrazioni illegittime). Considerato l'elevato

---

[259] Cfr. il par. 4.6.2.

[260] *Karseal Corp. V. Richfield Oil Corp.,* 221 F.2d 358 (9th Cir. 1955).

[261] *In re Lower Lake Erie Iron Ore Antitrust Litig.,* 998 F.2d 1144 (3d Cir.1993).

[262] *SportsRacing Servs., Inc.v. Sports Car Club of Am.., Inc.,* 131 F.3d 874, par. 887 (10 th Cir. 1997).

[263] C.D. FLOYD - E.T. SULLIVAN, *op. cit.* (nt. 246), p. 718.

standard probatorio attualmente richiesto dalle Corti statunitensi per riconoscere fattispecie predatorie [264] (ed anche escludenti [265]), l'effettiva possibilità per i concorrenti di agire giudizialmente per il risarcimento dei danni si configura come estremamente ridotta [266].

4.6.3 Segue - Critica: i margini per un ampliamento della legittimazione antitrust dei concorrenti.

Una serie di casi affrontati dalle Corti inferiori appare meritevole di particolare attenzione, dal momento che gli stessi lasciano prefigurare la possibilità di ampliare le circostanze in cui il concorrente possa vantare la legittimazione ad agire per violazioni antitrust. In particolare, tali casi sembrano associare la sussistenza del requisito dell'*antitrust injury* ai cambiamenti strutturali delle condizioni di mercato dovute alle condotte illegali poste in essere dai concorrenti.

Nel caso Volvo *North Am. Corp. V. Men's Int'l Prof'l Tennis Council* [267], la Corte distrettuale del Secondo Circuito ha riconosciuto la legittimazione ad un operatore che poneva alla base della propria richiesta risarcitoria l'esistenza e le modalità operative di un accordo restrittivo della concorrenza a cui il medesimo operatore aveva preso parte insieme ai propri concorrenti. In particolare, l'attore (grande produttore di autoveicoli) sosteneva che i regolamenti interni di un ente, attivo nell'organizzazione e sponsorizzazione di eventi sportivi, gli impedivano di sponsorizzare eventi sportivi concorrenti. Inoltre, l'attore sosteneva che non avrebbe potuto abbandonare l'ente poiché la partecipazione a quest'ultimo risultava in ogni caso essenziale per il successo della sua attività di sponsorizzazione.

Al riguardo, la Corte ha considerato che, sebbene i partecipanti ad un accordo restrittivo della concorrenza traggano beneficio da tale intesa e dall'attività illegittima conseguentemente posta in essere sul mercato, i singoli appartenenti all'accordo possono

---

[264] *United States v. AMR. Corp*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003).

[265] *Concord Boat Corp. V. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

[266] L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *op. cit.* (nt. 182), p. 920.

[267] 857 F.2d 55 (2 Cir. 1988).

risultare danneggiati individualmente dalla limitazione alla loro libertà di competere, specialmente quando presentino strutture di costo differenti o altre caratteristiche soggettive che renderebbero per loro attraente il confronto competitivo.

A questo riguardo la Corte ha sostenuto che "*nei limiti in cui un membro di un cartello asserisca credibilmente che si troverebbe in una situazione migliore ove fosse libero di competere – di modo che l'interesse del membro coincida con l'interesse pubblico ad una vigorosa concorrenza – reputiamo che il membro del cartello soddisfi il requisito dell'antitrust injury"* [268].

La decisione nel caso Volvo è basata sull'assunto per cui specifiche condizioni di mercato, come (i) l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza (cartello) tra concorrenti, (ii) la sussistenza in tale contesto di regole che incrementavano i costi per i partecipanti che avessero voluto assumere iniziative indipendenti da quelle congiunte, e (iii) il potere del cartello di adottare condotte ritorsive (ove l'attore avesse deciso di procedere autonomamente sarebbe stato passibile di esclusione dall'associazione attraverso un rifiuto coordinato di contrarre da parte degli altri aderenti), sono in grado di allineare gli interessi di un concorrente intenzionato ad assumere un comportamento competitivo più aggressivo con le finalità della normativa antitrust, per quanto tale soggetto risulti parte dell'accordo vietato e dunque abbia preso direttamente parte alla violazione contestata [269].

La stessa linea di ragionamento potrebbe essere estesa a quei concorrenti che risultino pregiudicati dalla violazione avvenuta nel mercato in cui sono attivi, ma non ne abbiano preso parte. A questo riguardo, si è affermato in precedenza che in linea di principio un concorrente non risulta in nulla pregiudicato quando altre imprese acquisiscano potere di mercato; infatti tale soggetto non può che beneficiare dei prezzi più elevati che i suoi concorrenti saranno così in grado di praticare. Tale assunto appare criticabile proprio alla luce della decisione Volvo, in quanto come si è visto la libertà di un operatore del mercato di decidere in maniera indipendente la propria condotta competitiva può risultare

---

[268] "*to the extent a cartel member credibly assert that it would be better off if it were free to compete – such that the member's interest coincides with the public interest in vigorous competition – we believe the individual cartel member satisfies the antitrust injury requirement*" – *Ibid.* at 67-68.

[269] Nella stessa linea di riconoscere ai membri di un accordo restrittivo la legittimazione a citare per danni gli altri aderenti all'accordo si pongono una serie di casi tra cui *Hammes v. AAMCO Transmissions,* 33 F.3d 774 (7th Cir. 1994) e *NCAA v. Board of Regents* 707, F.2d 1147 (10 th Cir. 1983).

pregiudicata dalle nuove condizioni strutturali di mercato determinate dalla violazione in questione.

Così, un cartello tra operatori concorrenti tenderà a stabilire un prezzo comune superiore a quello previgente, ma si adopererà anche affinché le imprese che non vi partecipano non traggano vantaggi dalla nuova situazione di mercato, ad esempio minacciando di adottare misure di ritorsione. Secondo la letteratura economica [270], la possibilità di monitorare le condotte dei propri concorrenti e di adottare misure ritorsive (come ad esempio condotte di prezzo predatorie od escludenti) nei confronti di altri operatori del mercato costituiscono una condizione essenziale perché un cartello possa operare, nonché uno degli effetti che il divieto di cartelli è volto a prevenire.

Ne deriva che il concorrente che non partecipi ad un cartello posto in essere dai suoi rivali, si troverà in una situazione di potenziale perdita della propria indipendenza concorrenziale che deriva da uno degli effetti tipici della violazione: consapevole infatti che sue eventuali iniziative aggressive sul mercato (come ad esempio la riduzione dei prezzi praticati) vedrebbero probabili reazioni ritorsive da parte del cartello (che potrebbe iniziare a vendere sotto costo, nella consapevolezza che le perdite nell'immediato serviranno a disciplinare i non appartenenti al cartello nel futuro), il concorrente estraneo al cartello sarà indotto ad "*agire subordinatamente ai leader di mercato, accettando il prezzo e la quota di mercato che i leader di mercato sono disposti a consentire*" [271]. A seguito di tale scenario, si verifica un pregiudizio sia per il concorrente che per il mercato nel suo insieme: nel lungo periodo il primo è destinato a rinunciare a profitti che con una condotta più aggressiva avrebbe potuto ottenere, mentre il secondo è danneggiato dal minor livello di concorrenza che si determina. Proprio in considerazione di quanto precede si è sostenuto che "*nel contestare giudizialmente una concentrazione che conferirebbe ai suoi rivali un potere di mercato escludente nel mercato in cui è attivo o in un mercato in cui realisticamente tenta di fare*

[270] J.F. BRODLEY, *Antitrust standing in private antitrust merger cases: reconciling private incentives and public enforcement goals,* 94 Michigan Law Review 1 (1995), p. 51.

[271] "*act subserviently to the market leaders, accepting the price an market share that the market leaders are willing to allow"* – L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *op. cit.* (nt. 182), p. 12. Per un caso concreto di misure disciplinatorie da parte di singoli membri di un cartello nei confronti di una *maverick firm*, vedi la pronuncia della Corte Suprema nel caso *Liggett*, commentata da A. CUCINOTTA, *Oligopolio e predazione: fatti e credenze nel caso Liggett*, in Giur. comm., 1994, 4, pp. 522-532.

ingresso, il potenziale obiettivo di una ritorsione da parte di un cartello agisce mosso da incentivi compatibili con gli obiettivi dell'antitrust e dunque patisce un antitrust injury" [272].

Alla luce delle considerazioni svolte, in chiave evolutiva sembra possibile sostenere che la minaccia di condotte predatorie o escludenti che solitamente supportano la legittimazione dei concorrenti in casi di concentrazione (in coerenza con l'analisi prospettica che tali fattispecie richiedono) potrebbero supportarne la legittimazione anche in casi differenti, come ad esempio i cartelli, nei limiti in cui la prospettazione dei danni da parte dell'attore si basi sulla pretesa "perdita di indipendenza concorrenziale" [273] e quest'ultimo presenti delle particolari strutture di costo o altre caratteristiche soggettive - come ad esempio una forte capacità innovativa, una veloce crescita sul mercato, rilevanti piani di espansione futuri o una storia di comportamenti particolarmente aggressivi [274] - tali per cui avrebbe beneficiato di un ambiente più competitivo.

Tale ricostruzione, peraltro, appare del tutto coerente con gli esiti dell'indagine sull'*antitrust injury* fin qui condotta, considerato che il danno dell'attore (i) origina da un effetto anticompetitivo tipico della violazione, costituito dalla perdita di indipendenza concorrenziale in capo al concorrente attivo sul mercato, (ii) in ogni caso (ossia ove lo si ritenga rilevante secondo quanto riportato nel par. 4.6.2), si verifica nel medesimo mercato in cui ha luogo la violazione.

4.7 Conclusioni

Gli approfondimenti condotti sull'esperienza americana hanno portato ad individuare, quale tratto centrale e caratterizzante delle regole per l'accesso alla tutela risarcitoria antitrust, il

---

[272] "*in challenging a merger that would give its rivals exclusionary market power in its home market or in a market it realistically seeks to enter, the potential target of cartel punishment acts under incentives compatible with antitrust goals and thereby suffer antitrust injury*" – J.F. Brodley, *op. cit.* (nt. 270), p. 52.

[273] L.A. SULLIVAN - W.S. GRIMES, *op. cit.* (nt. 182), p. 921.

[274] In tali casi si usa definire l'impresa quale "*maverick*". In particolare, la definizione di "maverick firms" contenuta nelle Linee Guida sulle operazioni di concentrazione del Department of Justice e della Federal Trade Commission americana è la seguente:"*A maverick firm is one that has a greater economic incentive to deviate than do most of its rivals and constitutes an unusually disruptive force in the market place*" (cfr. par. 2.12).

requisito dell'*antitrust injury* in ragione della sua portata generale e della sua "indispensabilità".

L'esame della giurisprudenza della Corte Suprema ha condotto ad individuare il cuore della nozione di *antitrust injury* nella sussistenza di un danno causalmente qualificato, ossia di un danno che, non solo sia conseguenza della condotta anticompetitiva, ma che derivi dagli effetti anticompetitivi di tale condotta che la disposizione antitrust applicabile è specificamente volta a prevenire. L'applicazione di tale requisito consente così di limitare la disponibilità del rimedio risarcitorio solo ad alcuni dei pregiudizi (o delle parabole di danno) che possono essere causati da un comportamento anticoncorrenziale, escludendo così quei danni che siano, ad esempio, conseguenza di un effetto pro-concorrenziale del comportamento posto in essere in violazione della normativa antitrust applicabile.

La Corte Suprema nel caso *McCready* ha altresì riconosciuto che in determinate ipotesi di carattere eccezionale, l'esistenza di un danno causalmente qualificato può considerarsi presunta: in particolare la presunzione di *antitrust injury* opera allorché il danno subito dall'attore costituisca una componente essenziale della violazione e, più in particolare, il mezzo attraverso cui quest'ultima viene posta in essere. Tali principi costituiscono il nucleo della nozione di *antitrust injury*.

L'applicazione concreta dei suddetti principi da un punto di vista generale non preclude la legittimazione a nessuna categoria di potenziali attori, anche qualora questi ultimi siano vittime incidentali dell'illecito e anche quando questi ultimi non appartengano al mercato rilevante su cui si è determinata la violazione: pure in questi casi, infatti, gli interessi della vittime dell'illecito ben possono risultare allineati a quelli protetti dalla normativa antitrust applicabile, sì da poter configurare in capo alle vittime suddette la sussistenza di un danno causalmente qualificato.

Più in particolare, la prassi delle Corti inferiori dimostra come per i consumatori non sussistano particolari difficoltà per provare il soddisfacimento del requisito dell'*antitrust injury*, proprio in virtù della relazione di linearità che quasi sempre sussiste tra il pregiudizio che la violazione determina al corretto funzionamento del mercato e le conseguenze dannose patite dal consumatore per effetto della medesima violazione.

Con riferimento ai professionisti, tale allineamento viene riconosciuto ogni qualvolta tali soggetti siano le vittime designate dell'illecito. Quando invece tali soggetti risultino vittime incidentali, non ricoprendo alcun ruolo nell'ambito del mercato rilevante in cui si determina la violazione, l'approccio delle Corti inferiori è più ondivago: tuttavia ad avviso di chi scrive nella giurisprudenza della Corte Suprema non è dato rilevare alcun solido appiglio che consenta di escludere in tali specifiche ipotesi la legittimazione dei professionisti per difetto del requisito dell'*antitrust injury*.

Per quanto concerne la legittimazione dei concorrenti, infine, si rileva un approccio tendenzialmente restrittivo da parte delle Corti inferiori [275]: tale orientamento infatti considera che gli interessi dei concorrenti, al di fuori dei casi in cui questi ultimi costituiscano le vittime designate di politiche predatorie o comportamenti escludenti (per le quali comunque vigono elevati standard probatori), risultano generalmente non allineati con quelli della normativa antitrust, posto che gli operatori di mercato tendono a beneficiare di un livello ridotto della concorrenza (potendo così alzare i prezzi o alternativamente le quantità vendute), anche ove quest'ultimo sia provocato da comportamenti anticompetitivi ascrivibili ai propri concorrenti. Tali posizioni tuttavia sembrano discendere da un approccio eccessivamente restrittivo: in questo senso alcuni precedenti delle Corti inferiori dimostrano in maniera convincente come, in realtà, gli interessi del concorrente possano risultare allineati a quelli perseguiti dalla normativa antitrust anche in ipotesi diverse da quelle usualmente considerate (come ad esempio nei casi di cartello), in particolare quando la violazione pregiudichi l'"indipendenza concorrenziale" di un soggetto che per le sue caratteristiche soggettive avrebbe in concreto tratto beneficio da un ambiente più competitivo.

Su queste basi si può ora tentare di "tradurre" le indicazioni tratte dall'esperienza statunitense nel nostro sistema dell'illecito antitrust.

[275] Questo esito appare per certi versi paradossale ove si consideri che mentre i soggetti che lo Sherman Act principalmente si prefiggeva di tutelare (H. HOVENKAMP, *Antitrust's protected classes,* 88 Michigan Law Review 1 (1989), p. 29) sono fortemente limitati nella loro legittimazione, ad attori "inferiori" come i professionisti (tra cui il dipendente, il fornitore o il fondo assicurativo di cui agli esempi del paragrafo 4.6.2) può venire riconosciuta la legittimazione (o per lo meno il soddisfacimento del requisito *dell'antitrust injury*) anche ove gli stessi alleghino tipologie di danni non coerenti con quelle che le leggi antitrust intendono prevenire.

5. LA TEORIA DEL DANNO CAUSALMENTE QUALIFICATO E LO SPAZIO NEL NOSTRO ORDINAMENTO

5.1 Considerazioni preliminari

I termini del problema si sperano chiari: l'illecito antitrust, per la sua vocazione tipicamente plurioffensiva, è in grado di pregiudicare contemporaneamente soggetti che si collocano sul mercato in posizioni molto differenziate. Tali soggetti, a loro volta, possono costituire le vittime designate dell'illecito o essere colpite incidentalmente, tanto in modo diretto quanto riflesso. Il pregiudizio arrecato per giunta può derivare non solo dagli effetti anticoncorrenziali tipicamente sprigionati dal comportamento illecito e per il quale quest'ultimo è sanzionato, ma in determinati casi può risultare da effetti diversi (al limite anche pro-competitivi). Per utilizzare una formula di sintesi gli illeciti antitrust "*possiedono una vis plurioffensiva che non permette di istituire relazioni troppo rigide tra l'illecito stesso e l'area di interessi entro la quale i suoi effetti sono destinati a diffondersi"* [276].

Come si è visto, a fronte di questa complessità della fenomenologia del danno antitrust, sul piano interno la Corte di Cassazione si è dimostrata incline – anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia – a riconoscere una legittimazione astratta alla tutela risarcitoria ex art. 33 estesa a tutti coloro (consumatori, concorrenti, professionisti) che abbiano un interesse alla concorrenzialità del mercato (e quindi a tutti soggetti che a diverso titolo e in posizioni differenziate partecipano all'universo del mercato), apparentemente senza ulteriori limitazioni di sorta.

L'analisi condotta nel capitolo precedente con riferimento all'esperienza americana, tuttavia, dimostra che in realtà la previsione di ulteriori filtri di legittimazione può risultare necessaria per evitare che un accesso indifferenziato alla tutela risarcitoria da parte di tutti i soggetti pregiudicati da una condotta anticoncorrenziale si traduca in un eccesso di contenzioso, paradossalmente in grado di disincentivare le imprese dall'adozione di

[276] L. NIVARRA, *op. cit.* (nt. 52), p. 1454.

comportamenti aggressivi ma leciti e per questa via di pregiudicare la coerenza stessa del sistema di repressione degli illeciti antitrust [277].

La nozione di *antitrust injury*, e la teoria del danno causalmente qualificato che ne rappresenta il nucleo fondamentale, costituiscono la risposta elaborata dalla Corte Suprema ai problemi sopra rappresentati e forniscono un criterio di carattere generale per la selezione delle conseguenze risarcibili nell'ambito della molteplicità di parabole attraverso cui il danno antitrust può propagarsi sul mercato.

Su queste basi, il passo successivo dell'analisi consiste nell'interrogarsi se vi sia spazio per l'operatività dell'*antitrust injury* all'interno del nostro ordinamento e più in particolare se e come la *ratio* sottesa a tale requisito possa trovare espressione in tale specifico ambito: a questo proposito occorrerà verificare in che termini i margini interpretativi rinvenibili nel nostro sistema dell'illecito antitrust, e più in generale nel più ampio contesto dell'istituto della responsabilità civile extracontrattuale, consentano di fare riferimento alla nozione di danno causalmente qualificato o almeno di recepirne la logica sottostante, in modo da razionalizzare l'accesso alla tutela risarcitoria da parte delle varie categorie di soggetti astrattamente legittimati.

Prima di procedere in tal senso appaiono opportune alcune considerazioni di carattere preliminare.

In primo luogo, si è consapevoli che l'operazione ermeneutica che ci si propone di intraprendere potrebbe apparire come una notevole forzatura da un punto di vista giuridico-interpretativo, risolvendosi nel tentativo di tradurre negli schemi propri del nostro diritto una nozione - quale quella di *antitrust injury* – che appartiene ad un ordinamento e ad una

---

[277] Come è stato rilevato dalla dottrina infatti "*private plaintiffs act in their own self-interest, which may well diverge from the public interest. Private plaintiffs are very often competitors of the firms they accuse of antitrust violations, and have every incentive to challenge and thus deter hard competition that they cannot or will not meet. If the legal system were costless and errorless, these incentives would pose no problem. However, litigation is expensive and courts and juries may erroneously conclude that procompetitive or competitively neutral conduct violates the antitrust laws. Under the conditions, private plaintiffs will bring suits that should not be brought and that deter competitively beneficial conduct. They know that defendants often will be willing to offer significant settlements rather than incur substantial litigation costs and risks. Since potential defendants know this too, they will refrain from engaging in some forms of potentially procompetitive conduct in order to avoid the cost and risk of litigation*" - W.S. CANNON, *A reassessment of antitrust remedies: the administration's antitrust remedies reform proposal: its derivation and implications,* 55 Antitrust Law Journal 103 (1986).

tradizione giuridica differenti dalla nostra, i quali a loro volta sono caratterizzati (anche volendosi limitare alla sola materia antitrust) da istituti, procedure e rimedi del tutto peculiari [278].

Tuttavia, si ritiene che tale audacia possa essere (almeno parzialmente) giustificata dal fatto che la teoria del danno causalmente qualificato - nel richiedere un allineamento tra i danni lamentati dal soggetto danneggiato da un illecito concorrenziale e gli interessi tutelati dalla normativa antitrust applicabile - costituisce diretta espressione di esigenze di coerenza complessiva del sistema repressivo delle condotte antitrust nonché di equilibrio nell'amministrazione della giustizia che dovrebbero costituire dei principi guida nell'attività di interpretazione e di ricostruzione dell'operatività del *private enforcement* delle norme di concorrenza.

In questo senso, quand'anche si ritenesse che le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza americana non siano recepibili *tout court* nel nostro ordinamento, né risultino adattabili ai nostri schemi giuridici, esse consentirebbero comunque di evidenziare i limiti ed i rischi connessi ad un sistema dell'illecito antitrust che non contempli, né sul piano soggettivo-astratto, né sotto il profilo delle circostanze concrete, criteri generali ed obiettivi di selezione per l'accesso alla tutela risarcitoria.

In secondo luogo, si ritiene opportuno sottolineare che il requisito *dell'antitrust injury*, e più in particolare la teoria dal danno causalmente qualificato, esprimono dei concetti che non appaiono porsi in contrasto con le recenti acquisizioni della Corte di Cassazione in tema di legittimazione all'azione antitrust. Come si è già avuto modo di segnalare, infatti, l'applicazione di tali principi nell'ordinamento americano non si traducono di per sé in alcuna preclusione per nessuna categoria di potenziali attori e risultano pertanto logicamente

[278] In questo senso si è tentato di tenere in considerazione gli ammonimenti di M. BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in Riv. dir. civ., 1973, I, 311-371, che più di trent'anni fa osservava in tema di responsabilità civile come "*si riscontra così un uso della comparazione ora volto ad accreditare determinate soluzioni interpretative solo attraverso le conformi esperienze degli altri paesi, ora volto a sollecitare l'adozione di prospettive e soluzioni nettamente diverse solo sulla base delle diverse tecniche rispettivamente adottate. Si tratta, in realtà, di una utilizzazione sostanzialmente argomentativa della comparazione, che se da un lato è in parte giustificabile, dall'altro si presta facilmente a differenziazioni artificiose o ad assimilazioni infondate, che certo non giovano ad una reale comprensione delle soluzioni e dei criteri proposti. Ne deriva, infatti, che attraverso simili argomentazioni l'adozione di una certa soluzione o di un certo criterio, già collaudati in altri ordinamenti, sia proposta o respinta spesso senza tener conto che una stessa soluzione o uno stesso criterio assumono a volte funzioni e significati diversi a seconda del sistema normativo in cui vengono inseriti, sicchè risulta falsata la prospettiva in cui se ne deve affrontare la valutazione*".

compatibili con un sistema ad ampia legittimazione come quello disegnato a livello interno dalla Suprema Corte.

Al riguardo, non si condivide l'opinione di chi recentemente in dottrina ha sostenuto che nell'ambito del diritto comunitario il riferimento al requisito dell'*antitrust injury* non sarebbe opportuno, posto che i principi causali vigenti e l'operatività stesse delle norme sostanziali comunitarie consentirebbero di "filtrare" le cause non meritevoli senza bisogno di scomodare il diritto americano [279]. Nel corso dell'analisi si chiarirà, infatti, da un lato che le regole causali vigenti nel nostro ordinamento (a cui il diritto comunitario rinvia secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel caso *Manfredi* [280]) si muovono su un livello del tutto diverso rispetto al requisito dell'*antitrust injury*, di modo che gli esiti delle relative analisi non possono in alcun modo ritenersi assimilabili o sovrapponibili: a riprova si porteranno vari esempi in cui, pur sussistendo un adeguato nesso di causalità tra condotta anticoncorrenziale ed evento lesivo, risulta invece mancante un legame tra quest'ultimo e l'effetto anticompetitivo che la norma violata intende prevenire [281]. D'altro lato, l'ampia casistica riportata nel capitolo 4 dedicato all'esperienza americana comprende anche fattispecie che soggiacciono a norme sostanziali pressoché coincidenti a livello comunitario, a dimostrazione del fatto che il requisito dell'*antitrust injury* non può essere ricondotto a presunte specificità della disciplina applicabile oltreoceano: in ogni caso, nel par. 5.7 si avrà modo di considerare l'operatività della teoria del danno causalmente qualificato anche rispetto a fattispecie specifiche del diritto antitrust comunitario e nazionale.

In terzo luogo, si è perfettamente consapevoli che il tentativo di individuare a livello interno degli spazi interpretativi per introdurre criteri più stringenti per l'accesso alla tutela risarcitoria da parte dei privati si pone sicuramente in controtendenza rispetto agli sforzi che - soprattutto a livello comunitario - si stanno compiendo per accrescere l'apporto delle

---

[279] Cfr. A. P. KOMMINOS, *op. cit.* (nt. 2), p. 207, il quale sostiene: *"the introduction of such a theory in EC competition law would not be appropriate, and, indeed, the Commission's Green Paper has preferred to ignore 'antitrust injury'. This was a wise choice because that US theory would offer nothing at all in the European context. First, the theory was employed in the US to deal with conduct which under EC competition law would not amount to a violation of the rules in the first place. In other words, substantive law itself deals with the problem that the US doctrine was employed to address. A Brunswick kind of case in Europe would not have been dealt with ad a competition law violation. Secondly, causation would block any remaining unmeritorious claims that could perhaps be based on a real violation of the competition rules, yet resulted in no harm connected with that violation. Rather than importing another foreign notion, it is therefore preferable to deal with such claims on the basis of the standard condition of liability"*

[280] Cfr. Sentenza *Manfredi* di cui alla nota n. 171.

[281] Cfr. il par. 5.7.

azioni private all'efficace applicazione delle regole di concorrenza [282], e su cui tende a concentrarsi l'attenzione dei commentatori.

Tuttavia, si ritiene che tali obiettivi di *policy* - per quanto condivisibili - non facciano venir meno l'esigenza di una rigorosa individuazione dei presupposti per le azioni antitrust dei privati: ciò infatti da un lato può assicurare coerenza con i principi e gli obiettivi che ispirano la disciplina a tutela della concorrenza, e dall'altro è in grado di favorire uno sviluppo equilibrato del rimedio risarcitorio antitrust, limitando sin da ora i rischi di *over-deterrence* riscontrati nell'esperienza americana. A quest'ultimo proposito si è già dato conto delle significative analogie che sussistono tra lo scenario di forte incentivazione al ricorso al *private* enforcement delle norme di concorrenza che si sta prospettando a livello comunitario ed interno, ed il contesto che negli Stati Uniti ha poi condotto la Corte Suprema a fissare requisiti più stringenti per la legittimazione antitrust; rispetto a tali considerazioni, assume un rilievo certamente non secondario la recente introduzione (e prossima applicazione) nel nostro ordinamento di meccanismi di aggregazione processuale che sono espressamente diretti a trovare applicazione nel caso di controversie di natura antitrust [283],

[282] Cfr. il par. 2.4.1.

[283] La Legge Finanziaria per il 2008 (artt. 445-449) ha introdotto in Italia la c.d. "azione collettiva risarcitoria", modificando il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (il c.d. "Codice del consumo"), con l'inserimento di un articolo 140 bis. Tra le fattispecie che possono essere poste a fondamento dell'azione sono espressamente menzionati anche i comportamenti anticoncorrenziali, accanto ai contratti di massa (art. 1342 c.c.), gli atti illeciti extracontrattuali in genere e le pratiche commerciali scorrette. Presupposto generale di applicazione dell'azione collettiva risarcitoria è il carattere "pluri-offensivo" di tali atti e condotte, ossia la loro idoneità a produrre il medesimo tipo di pregiudizio nei confronti di una generalità di soggetti. L'entrata in vigore della normativa inizialmente prevista per il 28 giugno 2008, è stata dapprima rinviata al 1 gennaio 2009 con il D.L. 112/08 del 25 giugno 2008 (convertito con la legge n. 133/08) e poi con il D.L. 30 dicembre 2008, n. 207 (c.d. Decreto Milleproroghe) e poi ulteriormente rimandata al 30 giugno 2009. Peraltro, notizie di stampa riportano la possibilità di un intervento sulla disciplina sostanziale, soprattuto con riferimento alla limitazione della proponibilità dell'azione per gli illeciti verificati prima del luglio 2008 (cfr. Il sole 24ore del 15 novembre, p. 25).
Sulla disciplina delle azioni collettive risarcitorie, si vedano tra i tanti contributi, A. SPADAFORA, *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in Giust. civ., 2008, 7-8, p. 353-357, R. CAPONI, *Una letteratura di interrogativi in attesa della* giurisprudenza, in Foro it., 2008, 6, pp. 180-185, e G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria, note a prima lettura dell'art. 140 bis del Codice del Consumo,* in Foro it, 2008, 1, pp. 17-24.
Peraltro, a livello comunitario, la Direzione Generale Consumatori della Commissione europea sta valutando l'opportunità di presentare una proposta legislativa per l'introduzione di un modello europeo di *class action*, apparentemente orientato a conferire un ruolo pivotale alle associazioni dei consumatori in analogia con le azioni collettive recentemente introdotte dal legislatore nel nostro ordinamento – cfr. la Comunicazione della Commissione sulla strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007/2013, e il discorso del Commissario alle politiche a tutela dei consumatori Kuneva, "*Healthy markets need effective redress*", nell'ambito della conferenza sul risarcimento collettivo per i consumatori europei tenutasi a Lisbona il 9 Novembre 2007, disponibile sul sito della Commissione europea.
In particolare il Commissario Kuneva ha recentemente annunciato il lancio di due studi (ulteriori a quello comparatistico già condotto dall'Università di Lueven, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, del 17 gennaio 2007, pubblicato sul sito della Commissione) volti ad esplorare le tematiche attinenti le azioni collettive, e rispettivamente

nonché la recente proposizione di azioni risarcitorie per ammontari particolarmente elevati [284].

Infine, si vuole chiarire sin da ora che un'analisi puntuale ed accurata degli istituti della responsabilità civile e della loro capacità di recepire le istanze espresse dal requisito dell'*antitrust injury* eccederebbe i limiti della presente ricerca: l'obiettivo è più semplicemente di verificare se nel nostro sistema dell'illecito antitrust, e più in generale dell'illecito extracontrattuale, sussistano dei margini interpretativi che consentano di fare riferimento alla nozione di "danno causalmente qualificato", e in caso affermativo, di offrire degli spunti per una possibile evoluzione interpretativa in tal senso.

5.2 Le prime riflessioni sull'antirust injury rinvenibili nella dottrina nazionale

La valenza paradigmatica dell'esperienza americana ha fatto sì che le tematiche connesse all'*antitrust injury* non sfuggissero ai commentatori che per primi si sono occupati di approfondire il *private enforcement* delle norme di concorrenza nel nostro ordinamento.

Il riferimento a tale requisito è abbastanza frequente anche se piuttosto fugace. Il principio dell'*antitrust injury* viene così menzionato nella sua accezione più generale – ossia di requisito di legittimazione che richiede che il danno lamentato sia concretizzazione dei

---

indirizzati a verificare l'effettività dei rimedi collettivi attualmente previsti a livello nazionale e ad approfondire i problemi che i consumatori incontrano nell'accedere a tali strumenti, e che confluiranno in una Comunicazione che la Commissione prevede di adottare entro la fine del 2008 (cfr. il discorso del Commissario del 20 maggio 2008 a Strasburgo "*The European Parliament's Resolution on the Consumer Policy Strategy* disponibile sul sito della Commissione: sull'opportunità di introdurre siffatti strumenti per il risarcimento dei danni antitrust si veda anche l'intervento del Commissario alla Concorrenza Neelie Kroes, nell'ambito della conferenza sul risarcimento collettivo per i consumatori europei tenutasi a Lisbona il 9 Novembre 2007, disponibile sul sito della Commissione).
Nel frattempo è stato già adottato un Regolamento che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, n. 861/2007 in G.U.U.E. L. 199 del 31 luglio 2007 pp. 1-22, destinato ad applicarsi a partire dal 10 gennaio 2009), nonché la nuova Direttiva sulla mediazione 2008/52/CE del 21 maggio 2008, in G.U.U.E. L. 136 del 24 maggio 2008.

[284] Il riferimento è alle cause recentemente proposte rispettivamente dinanzi al Tribunale e alla Corte di Appello di Milano da due concorrenti di Telecom Italia S.p.a. con cui si sono richiesti risarcimenti nell'ordine di quasi un miliardo di euro ciascuna, allegando pretesi comportamenti escludenti nella forma di azioni di *retention* e *win back* dei clienti, anche attraverso un abuso delle informazioni privilegiate detenute da tale operatore in virtù del suo ruolo di gestore storico della rete (cfr. le notizie apparse sui siti specializzati http://news.wintricks.it/web/hardware-telefonia/23175/fastweb-vs-telecom/). Da notare che della vicenda si è interessata anche l'AGCM che ha avviato un'istruttoria (A-375, *Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate*), poi chiusa a seguito degli impegni volontariamente proposti da Telecom italia stessa (cfr. il Provv. dell'11 dicembre 2008).

rischi che la normativa antitrust intende evitare - per poi essere solitamente ricondotto sul piano interno ai profili inerenti il nesso di causalità.

D'altra parte, il riferimento alle tematiche "causali" appare senz'altro il più immediato posto che nel nostro sistema di responsabilità civile la funzione della causalità risponde esattamente alle esigenze di selezione che si sono descritte in precedenza con riferimento alla fenomenologia del danno antitrust: come è stato osservato da autorevole dottrina la funzione della causalità è proprio quella di selezionare e limitare le conseguenze risarcibili degli atti illeciti per "*impedire che un soggetto rimanga esposto a conseguenze giuridiche sproporzionate con la gravità del rischio da lui creato, e che il timore di doverle affrontare, nel caso di errore o sfortuna, possa indurlo in partenza a desistere da ogni iniziativa"* [285].

Prima di esaminare gli esiti delle riflessioni della dottrina appare interessante notare come la prospettiva di analisi adottata dai commentatori sia stata largamente influenzata dal dibattito che, per quasi un decennio, si è sviluppato intorno alla valutazione antitrust delle intese a valle (cfr. il capitolo 1) e alla eventuale inclusione dei consumatori tra i soggetti tutelati dalla disciplina antitrust.

Come si è già avuto modo di segnalare, l'attenzione per lungo tempo si è focalizzata solo su una delle varie direttrici attraverso cui può manifestarsi il danno antitrust, secondo uno schema che in precedenza si è definito come di "reazione a catena". In questa dimensione verticale e discendente del danno antitrust, attenta alle ripercussioni dell'illecito antitrust verificatosi a monte sulla posizione di chi chiude la filiera economica, il richiamo dell'*antitrust injury* da parte dei commentatori risultava funzionale al fatto che tale nozione si presta a superare i problemi tradizionalmente posti dalla distanza del consumatore rispetto al momento consumativo dell'illecito: se infatti si guarda agli obiettivi della normativa

---

[285] Così P. CENDON, *Condotte dolose e causalità giuridica*, in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno,* Giuffrè, Milano, 5266-5298.
Interessanti al riguardo le osservazioni di G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile,* Giuffrè, Milano, 1999, di seguito riportate: "*assunto ad elemento tecnico il cui impiego sembra sottrarsi – in prima analisi - ad ogni operazione di politica del diritto, il nesso di causalità si rivela invece schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate. Non è raro, infatti, riscontrare nella prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela attuata mediante il ricorso alla nozione di causalità.*
Ancora sul punto si richiama quanto osservato da M. BONA, *Nesso di causa e tutela risarcitoria dei congiunti: il nuovo art. 1223 c.c*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona,* 2005, IPSOA, Milano, p. 443: *"il nesso di causa e, in particolare,l'art. 1223 c.c. costituiscono un filtro fondamentale nell'attuazione di quelle strategie politiche di espansione o contrazione che da sempre connotano il percorso della responsabilità civile"*.

antitrust, come la nozione in questione richiede, difficilmente si potrà sostenere che i consumatori finali (o meglio i danni dagli stessi subiti) non rientrino nell'ambito di protezione della disciplina in questione [286].

Tanto premesso, si può ora osservare come nella dottrina nazionale le opinioni espresse tendano tutte a convergere verso un dato comune: la nozione di *antitrust injury* – nella sua accezione più generale sopra richiamata – troverebbe già espressione nel nostro ordinamento attraverso i principi che governano la c.d. causalità giuridica. In questi termini si è ad esempio osservato - ma il ragionamento ispiratore appare comune alle varie voci riscontrate sul punto - che "*in conformità ai principi generali, il diritto al risarcimento presuppone che la condotta anticoncorrenziale e il danno siano legati da un nesso di causalità, inteso, secondo la dottrina, in una duplice accezione: il pregiudizio subito deve essere conseguenza immediata e diretta del fatto illecito (c.d. causalità materiale) e costituire concretizzazione del pericolo che le norme violate intendono prevenire (c.d causalità giuridica)*" [287].

Il riferimento neanche troppo implicito è evidentemente alla teoria dello scopo della norma violata, sviluppatasi proprio nel contesto della riflessione sul legame eziologico che nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale deve sussistere tra la condotta/evento ed il danno subito dalla vittima dell'illecito.

Ove il richiamo operato dalla dottrina alla teoria suddetta fosse effettivamente conferente, probabilmente non sussisterebbero soverchie difficoltà nel recepire nel nostro sistema di illecito antitrust la nozione di *antitrust injury*, non solo nella sua accezione più generale, ma

---

[286] Proprio tale linea di ragionamento sembra ispirare il riferimento al concetto di *antitrust injury* da parte di M. LIBERTINI, *op. cit.* (nt. 52), p. 935. In particolare osserva l'Autore che "*di fronte ad una norma legale di condotta, che esplicitamente qualifica di disvalore i comportamenti vietati, il problema che tradizionalmente si pone è quello di stabilire quali, fra i pregiudizi attualmente causati dall'illecito rientrino nello 'scopo della norma violata'. In questa prospettiva, negare che gli interessi dei consumatori finali rientrino nella gamma di interessi direttamente tutelati dalla disciplina antitrust mi sembra tradire le ragioni storiche e politico-economiche di tale disciplina*". Nello stesso senso S. BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in Danno resp., 1996, 5, pp. 559-560.

[287] Cfr. G. FAELLA, *op. cit.* (nt. 133), p. 662. Nello stesso senso, se ben si interpreta, C. OSTI, *op. cit.* (nt. 89), p. 115, e soprattutto S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 286), p. 559.
Osservano al proposito, M. TAVASSI – M. SCUFFI, *op. cit.* (nt. 57), p. 302 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 denunziato abbia costituito realizzazione di quel pericolo che la previsione di legge voleva evitare*".

anche nel suo reale contenuto applicativo, che - come si è visto nel capitolo 4 - richiede all'interprete di selezionare gli interessi rilevanti, non tanto sulla base degli obiettivi della normativa antitrust nel suo complesso, ma in considerazione degli effetti anticoncorrenziali tipici che sono associati alla specifica disposizione oggetto di violazione.

Tuttavia, sulla base degli approfondimenti che verranno di seguito condotti si sosterrà che come in realtà la teoria dello scopo della norma violata non trova pacifica applicazione nell'ambito dell'indagine causale e, comunque, si mostra in qualche modo recessiva a fronte dei più recenti orientamenti della Cassazione sull'argomento. I due profili menzionati sono oggetto di separata analisi nei paragrafi che seguono.

5.3 L'origine e la rilevanza della teoria dello scopo della norma violata nell'ambito dell'indagine sul nesso causale

Volendo ridurre ai minimi termini un discorso di particolare complessità, si può ritenere oramai pacifico che l'illecito civile si configuri oggi quale fattispecie complessa articolata in cinque elementi costitutivi [288]:

(a) il fatto, quale comportamento umano o altra situazione giuridicamente rilevante (condotta, omissione, fatto imputabile);

(b) l'elemento soggettivo, e dunque il dolo o la colpa del responsabile del fatto;

(c) l'evento, ossia il risultato del fatto, potenzialmente pregiudizievole [289];

(d) il danno, quale conseguenza dannosa del fatto illecito;

(e) il nesso di causalità.

---

[288] La schematizzazione che segue è ripresa da R. BORDON, *Il nesso di causalità*, UTET, Torino, 2006, p. 15.

[289] Riconosce la distinzione tra evento e danno la sentenza della Cassazione del 4 novembre 2003, n. 16525, in Foro it., 2004, 3, p. 780, con nota di C. BONA, *La morte del danno evento*, allorquando afferma che "*nella struttura della responsabilità aquiliana il danno sia esso patrimoniale che non patrimoniale non si identifica con l'evento illecito (che rimane pur sempre una componente dell'elemento materiale ed, in buona sostanza, del fatto illecito) ma è una conseguenza dello stesso, cioè un pregiudizio […] subito dal danneggiato*"..

Quest'ultimo aspetto assolve ad una duplice funzione, fungendo da collegamento tra il fatto e l'evento (e dunque sul piano dell'accertamento della responsabilità), e tra l'evento e le sue conseguenze dannose (estensione della responsabilità) [290]. Su tale bipartizione viene fondata dalla dottrina (con il supporto della giurisprudenza [291]) la distinzione tra causalità materiale, attenta al dato naturale delle conseguenze di una determinata condotta (o fatto rilevante) e causalità giuridica, che – una volta accertato un rapporto di causa ed effetto tra condotta ed evento - è volta a selezionare tra le possibili conseguenze del fatto illecito quelle per cui il colpevole dovrà rispondere [292]. Nel contesto della causalità giuridica un ruolo fondamentale è giocato dall'art. 1223 c.c. che – attraverso il rinvio operato dall'art. 2056 - limita il risarcimento in materia extracontrattuale alle sole perdite che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito [293].

Proprio in funzione dell'esigenza di limitare il novero delle conseguenze risarcibili di un atto illecito, è stata sviluppata in dottrina la richiamata teoria dello scopo della norma

---

[290] Proprio in funzione di tale peculiarità nell'analisi, la nozione di nesso di causalità in ambito civilistico si è affrancata da quella rilevante ai sensi del diritto penale, pur rimanendone significativamente debitrice in termini interpretativi, (cfr. al riguardo M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili,* in Nuova giur. civ. comm., 2008, 5, II, p. 143 et ss.), come riconosciuto da Cass. Civ. 31 maggio 2005, n. 1109, in Danno resp, 2006, p. 269, in cui si legge "*l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale è emersa con chiarezza nelle concezioni moderne della responsabilità civile, che costituiscono la struttura della responsabilità aquiliana intorno al danno ingiusto, anziché al fatto. In effetti, mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale*".
Al riguardo vedi anche Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619 in Danno resp., 2008, p. 58 con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*.

[291] Si veda quanto si dirà più avanti in merito alla sentenza delle SS.UU. della Cass. n. 581 del 11 gennaio 2008 ("*il danno rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica*").

[292] Tra gli altri M. FRANZONI, *L'illecito*, 2004, Giuffrè, Milano, p. 60 et ss. e G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, a cura di G. VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, p. 5.
Chiarisce M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza è accolto in Cassazione,* in Danno resp., 2005, 1, pp. 49-56 che "*il problema della causalità giuridica diventa dunque quello rivolto a determinare il particolare rapporto che deve intercorrere fra un atto e una conseguenza dannosa, affinché il primo possa essere fonte di responsabilità per la seconda*".
Per una rassegna delle opinioni dottrinali contrarie alla bipartizione dell'analisi della causalità si rinvia ai riferimenti forniti da M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 290), nota 25.

[293] M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 290), p. 151. In giurisprudenza, Cass. SS. UU. sentenza n. 581 del 11 gennaio 2008, ha osservato che "*a questo secondo momento va riferita la regola dell'art. 1223 (richiamato dall'art. 2056 c.c.), per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite 'che siano conseguenza immediata e diretta' del fatto lesivo (c.d. causalità giuridica), per cui esattamente si è dubitato che la norma attenga al nesso causale e non piuttosto alla determinazione del quantum del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili*".

violata, riferibile in origine al Trimarchi [294]. Secondo tale ricostruzione, che trae ispirazione specie dall'ordinamento tedesco dove è conosciuta sotto il nome di *Normzwecktheorie*, il nesso di causalità sussisterebbe solo quando le conseguenze dannose cagionate dall'illecito rientrino nello scopo protettivo della norma e dunque costituiscano la concretizzazione di ciò che la norma mirava concretamente ad evitare [295].

Attraverso tale interpretazione teleologica, pertanto, l'estensione della responsabilità viene ricostruita in base alla *ratio* della norma violata [296], secondo un percorso logico che richiama da vicino quanto si è visto in precedenza con riferimento al requisito dell'*antitrust injury*.

Più in particolare, la teoria dello scopo della norma, così come sviluppata in ambito tedesco, subordina a tre condizioni la risarcibilità del danno, richiedendo che (a) l'oggetto della lesione coincida con il bene tutelato dalla norma, (b) il bene leso rientri nella sfera patrimoniale e personale del soggetto o dell'ambito di persone che questa norma intendeva proteggere, (c) la lesione sia avvenuta nel modo in cui la norma intendeva evitare che avvenisse [297]. In questo senso, la teoria in questione presenta delle significative assonanze rispetto al tema della prevedibilità del danno[298], ancorando la valutazione di prevedibilità al dato oggettivo - anche se relativo[299] - costituito dalla norma e dalla funzione che essa assolve nell'ordinamento.

---

[294] P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano 1967. Si veda inoltre F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno,* Milano, 1967. Osserva M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in *I fatti illeciti*, a cura di G. VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, p. 46, che riferimenti al criterio dello scopo della norma violata si rinvengano già in F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, 1926, p. 9.

[295] Vedi in proposito la ricostruzione di P. CENDON, *op. cit.* (nt. 285), p. 5275.

[296] L'esempio tipico è quello dell'auto in sosta vietata che sia causa di un incidente. Applicando l'usuale criterio della *condicio sine qua non* la presenza della vettura è una delle cause dell'evento, posto che se non fosse stata impropriamente parcheggiata non si sarebbe verificato l'incidente: secondo la teoria dello scopo della norma violata, il danno non potrebbe essere ricondotto alla violazione del codice della strada a meno che il divieto di sosta non fosse stato in concreto previsto proprio per motivi di sicurezza, e non invece per altre ragioni come ad esempio per garantire l'ordine e la libera circolazione. L'esempio riportato si ritrova in M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 294), p. 46.

[297] Tale schematizzazione si ritrova in R. BORDON, *op. cit.* (nt. 288), p. 84. Per approfondimenti sull'esperienza tedesca, si rinvia ad A. SOMMA, *Il nesso causale nella disciplina tedesca del danno extracontrattuale*, in *I fatti illeciti*, a cura di G. VISINTINI, CEDAM, Padova, 1999, pp. 895-927, e in particolare p. 913.

[298] M. BARCELLONA, *op. cit.* (nt. 278), p. 369.

[299] La relatività si estrinsecherebbe nel fatto che il comportamento assumerebbe carattere di illiceità (o perlomeno rilevanza) solo nei confronti dei soggetti protetti dalla norma violata e non anche degli altri. In questo senso v. M. BARCELLONA, *op. cit.* (nt. 278), pp. 317 et ss..

Come si è anticipato, a differenza di quanto sembrerebbe emergere dalla ricognizione effettuata in precedenza sulla dottrina nazionale che si è occupata del requisito dell'*antitrust injury*, il riconoscimento della teoria in esame nel nostro ordinamento è tutt'altro che pacifica: essa, infatti, da un lato ha incontrato forti resistenze tra gli interpreti e dall'altro ha ricevuto una limitatissima applicazione giurisprudenziale.

Sotto il primo profilo, la critica più pregnante ha riguardato la difficoltà di rendere compatibile il criterio specifico dello "scopo della norma", elaborato dagli studiosi tedeschi, con un sistema come il nostro articolato attorno ad una clausola di responsabilità di valenza generale, in cui il risarcimento non è collegato alla violazione di una norma specifica, ma alla determinazione di un danno ingiusto [300]. Sul piano fattuale si è in questo senso considerato che il ricorso a tale criterio rischierebbe di precludere il risarcimento di danni che per la loro ingiustizia e gravità meriterebbero riparazione, sulla sola base di un'interpretazione teleologica della norma di protezione violata [301].

Sotto il secondo profilo, la teoria in esame ha ricevuto una assai limitata applicazione in sede giurisprudenziale [302]: in particolare, come è stato osservato in dottrina, "*anche in tali casi è mancato l'esplicito riconoscimento della validità di tale criterio che quindi non è mai stato oggetto di alcun principio di diritto enunciato dalla giurisprudenza di Cassazione*" [303].

---

[300] M. BARCELLONA, *op. cit.* (nt. 278), p. 315 cita al riguardo i contributi di M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel Commentario del cod. civ. SCIALOJA e BRANCA, libro quarto, *Delle obbligazioni* (art. 1218-1229), Bologna-Roma, 1967, sub art. 1223, p. 233, V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969 pp. 89 et ss, e S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967, pp. 184 e 203.

[301] Cfr. M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 294), p. 46

[302] La puntuale ricostruzione della contenuta casistica si trova in M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 294), p. 92 e ss. Tra i casi citati, assume particolare rilievo la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 17 novembre 1978, n. 5346, in Giust. civ., 1979, p. 17 - Presidente lo stesso Trimarchi, a cui come anticipato è attribuita la paternità della teoria in questione - con cui si è esclusa la sussistenza del nesso di causalità tra le irregolarità nel rilascio di una licenza di costruzione e il crollo dell'edificio costruito ed abitato in base a tali atti, posto che le norme violate avevano ad oggetto l'assetto urbanistico sotto il profilo economico/sociale ed estetico/igienico e non anche sotto l'aspetto della tutela della pubblica incolumità.
Da notare che nel campo della concorrenza sleale il criterio dello scopo della norma violata ha trovato applicazione sotto un profilo diverso rispetto a quello qui in discussione, rilevando quale parametro per stabilire in quali circostanze la violazione di norme pubblicistiche da parte di un operatore del mercato potesse integrare un atto di concorrenza sleale ai sensi della disciplina codicistica rilevabile in giudizio dai suoi concorrenti – cfr. sul punto C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1997.

[303] M. CAPECCHI, *op. cit.* (nt. 294), p. 92

Il quadro di analisi appare dunque molto meno chiaro e molto meno "pacifico" rispetto a quanto hanno lasciato intendere i commentatori che si sono occupati in precedenza del tema.

Sarebbe, tuttavia, chiaramente prematuro concludere che la descritta riluttanza di commentatori e giudici a riferirsi alla teoria dello scopo della norma violata costituisca un elemento di per sé decisivo per escludere che, attraverso tale particolare ricostruzione dell'istituto della causalità giuridica, possa ritagliarsi all'interno del nostro sistema dell'illecito antitrust uno spazio per l'*antirust injury*, e in particolare per il danno causalmente qualificato.

Proprio a questo riguardo, infatti, i più attenti osservatori delle evoluzioni della causalità civile mettono in guardia dal raggiungere conclusioni troppo nette rispetto alla moltitudine di teorie del nesso di causa che sono state sviluppate negli ultimi decenni. Particolarmente interessanti appaiono le considerazioni di chi tra questi ritiene di poter asserire che, nel silenzio del legislatore, nessuna tesi o criterio possa ritenersi più giustificato degli altri. Secondo questa linea di pensiero, si dovrebbe anzi giungere a riconoscere che le diverse teorie sul nesso causale possono avere tutte piena cittadinanza nel percorso logico-argomentativo che conduce alla decisione, offrendo un "serbatoio" di argomentazioni tutte egualmente legittime, a cui il giudice (o l'interprete) può attingere secondo le caratteristiche specifiche della fattispecie dinanzi ad esso dedotta. Per questa via si è giunti a sostenere che l'unica formula semplice e unitaria sotto cui ricondurre il problema della causalità giuridica è proprio quella secondo cui "*la prova del collegamento tra condotta ed evento dannoso si può presumere raggiunta, ogniqualvolta in difetto di un diverso giudizio controfattuale (…) la condotta imputata risulti astrattamente idonea a cagionare l'evento dannoso, ove l'espressione 'astrattamente idonea' sta ad indicare che si tratta di una valutazione inevitabilmente disposta a concedere margini di incertezza, giudizio – evidentemente di carattere probabilistico – che sarebbe del tutto arbitrario ancorare alla sola doctrine della regolarità causale (in teoria, un giudice scrupoloso e puntiglioso, nel tirare le somme sull'evidence a sua disposizione, potrebbe formulare la sua determinazione sull'idoneità, svolgendo il giudizio probabilistico alla luce delle varie idee e filosofie sulla causalità per poi contemplare il risultato nel suo insieme)*" [304].

[304] L'analisi riportata è svolta da M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due 'dimensioni' di analisi*, in Corr. giur., 2008, I, pp. 42-62.

Pertanto, per arrivare a sostenere credibilmente che la teoria dello scopo della norma violata non costituisce un riferimento adeguato per rendere operativa la nozione di danno causalmente qualificato all'interno nel nostro sistema dell'illecito antitrust appare necessario effettuare uno sforzo che va al di là della mera constatazione dell'esistenza di teorie alternative sulla causalità civile più accreditate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In particolare, tale sforzo dovrebbe essere indirizzato ad accertare se la teoria dello scopo della norma violata sia comunque compatibile con gli orientamenti in materia di causalità giuridica che si stanno progressivamente affermando nella nostra giurisprudenza di legittimità (almeno con riferimento a comportamenti commissivi come gli illeciti antitrust); anche a voler ammettere, infatti, che più teorie sul nesso causale possano coesistere nel nostro ordinamento, indispensabili esigenze di coerenza complessiva del sistema impongono che le stesse non si basino su presupposti contraddittori.

Il paragrafo che segue è dedicato proprio a dimostrare che la teoria dello scopo della norma violata non risulta in linea con la visione della causalità civile verso cui si è oramai decisamente orientata la Corte di Cassazione.

5.4 La teoria dello scopo della norma violata alla luce dei recenti orientamenti della Cassazione in tema di causalità giuridica

La complessità e la varietà delle posizioni registrate dalla giurisprudenza - anche di legittimità - in tema di nesso causale si presta difficilmente ad una ricostruzione "storica" che dia conto delle evoluzioni intervenute in questa materia e che fornisca gli strumenti interpretativi necessari a rapportarsi ad un tema così intricato.

Tuttavia, volendo (e dovendo) semplificare per esigenze di sintesi un discorso che altrimenti si rivelerebbe assai complesso ed eccedente le finalità di questo lavoro, si ritiene opportuno incentrare l'analisi sull'ultima tappa di questo articolato percorso, costituita dal recente intervento delle Sezioni Unite Civili della Cassazione di cui alla sentenza 581/2008 dell' 11 gennaio 2008 [305].

---

[305] Si tratta in particolare di una delle dieci sentenze rese pressoché contestualmente dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di danni da emotrasfusione (sentenze da 576 a 585/2008). Le sentenze condividono parti

La pronuncia riveste una importanza fondamentale ai predetti fini, perché consolida e precisa alcuni principi che stentavano ancora ad affermarsi con chiarezza nella stessa giurisprudenza di legittimità, e soprattutto perché fornisce delle indicazioni assai rilevanti in merito all'eventuale ruolo che la teoria dello scopo della norma violata può rivestire nell'ambito dell'analisi della causalità giuridica.

Ma è bene procedere con ordine. In primo luogo, la Corte accede alla impostazione "bifasica" secondo cui nella ricostruzione del nesso causale si distinguono due diversi momenti di analisi: la causalità materiale, che attiene all'accertamento del nesso tra condotta ed evento e dunque al profilo della responsabilità, e la causalità giuridica che guarda il legame tra evento e danno per delimitare l'estensione della responsabilità riconducibile all'autore del fatto illecito. Tale aspetto merita di essere sottolineato perché nella sentenza 2305/07 relativa al cartello delle assicurazioni - che costituisce il precedente di riferimento in ambito antitrust (cfr. par. 9.4) - la III Sezione della Cassazione aveva assunto un orientamento diverso sul punto (riproponendo le conclusioni a cui era precedentemente giunta con la importante sentenza n. 21619/2007 [306]), che deve pertanto ritenersi superato.

In ogni caso, per quanto riguarda la <u>causalità materiale</u>, il criterio di riferimento individuato dalle Sezioni Unite, in conformità ai principi penalistici, è quello della *condicio sine qua non* [307], con il temperamento del principio di causalità efficiente nel caso in cui la produzione dell'evento dannoso sia riferibile a più azioni od omissioni [308].

---

delle motivazioni. Al riguardo si segnala che in materia di nesso causale rilevano anche le sentenze numero 576, 582 e 584/2008.

[306] Il riferimento è a Cassazione, III Sezione, sentenza n. 21619 del 16 ottobre 2007, in Corr. giur., 2008, I, p.p. 35-41, con nota di M. BONA, *op. cit.* (nt. 304), pp. 42-65: tale sentenza accedeva per l'appunto ad una visione "unitaria" del nesso causale, in cui causalità materiale e giuridica operano sullo stesso piano, concorrendo a individuare il legame sussistente tra la condotta, da una parte, e il danno/evento dall'altra. E'interessante notare, peraltro, che di tale sentenza - al tempo salutata dalla dottrina come un intervento che "*fotografa e riassetta con notevole realismo il 'diritto vivente' della causalità civile*", presentando "*tutta la parvenza di un precedente destinato a divenire 'storico', cioè indirizzato a costituire un imprescindibile punto di riferimento per la futura gestione della causalità giuridica in seno alla responsabilità civile*" – si trovi nella pronuncia delle Sezioni Unite solo uno sporadico riferimento espresso.
Peraltro, per completezza si segnala che la sentenza 21619/2007 trova un suo importante antecedente nella pronuncia n. 7997 del 18 aprile 2005 sempre della III Sezione che già conteneva un importante parte dell'impianto argomentativo poi sviluppato. Tale ultima sentenza è stata pubblicata sul Corriere Giuridico, 2006, 2, pp. 256 -263, con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*¸ e in Danno resp, 2008, 1, p. 58, con commento di R. PUCELLA (nt. 290).

Con riferimento alla causalità giuridica – che più interessa ai presenti fini - è avviso delle Sezione Unite che quest'ultima richieda uno scrutinio delle serie causali così identificate secondo i principi della causalità adeguata (o quelli simili della regolarità causale) [309], in modo da limitare la responsabilità alle sole conseguenze che nel momento in cui si determina l'evento non appaiono – attraverso una prognosi postuma - del tutto inverosimili e imprevedibili [310]. Anche in questo caso, pertanto, la posizione delle Sezioni Unite devia almeno parzialmente dalle indicazioni fornite dalla III Sezione della Cassazione nel menzionato precedente di riferimento in campo antitrust [311].

In secondo luogo, la Corte precisa che il criterio della causalità adeguata deve operare su un piano strettamente oggettivo: il giudizio di verosimiglianza e di prevedibilità di un dato evento quale conseguenza di una data condotta, infatti, deve essere effettuato non già con riferimento a parametri soggettivi (conoscenza dell'uomo medio) che invece attengono

---

[307] Ai sensi della teoria della *condicio sine qua non* (per cui si rinvia tra gli altri a R. BORDON, *op. cit.* (nt. 288), p. 41 et ss.) un evento è da considerarsi causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo.

[308] Di conseguenza "*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*"

[309] Secondo la definizione datane da P.G. MONATERI, *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in Resp. civ. prev., 1983, pp. 456-460 per il criterio della regolarità causale "*sono risarcibili solo quelle conseguenze normali ed ordinarie di un tale atto, non quindi quelle astrattamente imprevedibili da un osservatore che conosca le circostanze presenti al momento dell'avverarsi dell'atto asserito lesivo. Si tratta quindi di dare un giudizio di probabilità sull'accadere del danno in base a ciò che normalmente accade in conseguenza di date circostanze*".

[310] In ciò si riscontra una differenza fondamentale rispetto ai principi elaborati in sede penale dalle Sezioni Unite della Cassazione nel celebre caso Franzese (Cass. Pen. SS.UU., 10 luglio 2002 - 11 settembre 2002, n. 30328, in Corr. giur., 2003, 3, 348, con nota di B. DI VITO, *Le Sezioni Unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*) ai sensi dei quali il nesso causale deve essere accertato secondo criteri di quasi certezza (e non di mera probabilità), riconducibili ad un "elevato grado di credibilità razionale". Espressamente sul punto la sentenza della Cassazione del 19 maggio 2006, n. 11755, secondo cui "*i criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza Franzese delle sezioni unite penali – alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale – trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verifica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale"*.

[311] La sentenza 2305/07 (relativa al cartello RC Auto), richiamandosi come detto alla predente pronuncia 21619/2007, si fondava sull'assunto secondo cui la prevedibilità, anche nella sua forma oggettiva, non dovrebbe avere ingresso nell'indagine sul nesso causale, appartenendo esclusivamente all'area dell'elemento soggettivo dell'illecito. In questo senso, la III Sezione riteneva in entrambe le sentenze richiamate che "*nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento si prescinde in prima istanza da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto 'oggettivata', da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di prevedibilità/previsione insito nella fattispecie della colpa (…) La relazione che lega nesso causale e colpa è, dunque, la stessa che collega la probabilità alla prevedibilità, concetti afferenti dimensioni diverse di valutazione e di giudizio, se si consideri che anche ciò che è improbabile ben può essere prevedibile"*.

all'elemento psicologico (colpevolezza) dell'illecito, ma sul piano materiale prendendo a riferimento le migliori regole statistiche e/o scientifiche disponibili al momento [312].

In questo modo, il principio della regolarità causale diviene "*la misura della relazione probabilistica in astratto tra comportamento ed evento dannoso*", mentre tutto quanto attiene ai doveri di avvedutezza comportamentale "*andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo dell'illecito"* [313].

Se dunque il punto cardine dell'analisi della causalità giuridica è costituito da un giudizio materiale/probabilistico e se la prevedibilità dell'evento viene oggettivizzata al punto da poter rilevare solo da un punto di vista meramente scientifico e statistico, si configura uno scenario assai angusto per la teoria dello scopo della norma che, al contrario, presenta scarsa affinità con i profili materiali/probabilistici e che - pur accedendo ad una visione oggettivizzata della prevedibilità - la àncora esclusivamente agli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Tanto è vero ciò che precede che sono le stesse Sezioni Unite a rilevare come gli unici residui margini di rilevanza per la teoria in questione sussistono solo ed esclusivamente in quelle situazioni particolari, come le condotte omissive, in cui l'indagine sulla causalità giuridica non può svolgersi meramente sul piano materiale, perché occorre fare riferimento alla norma da cui deriva l'obbligo di astensione a carico del soggetto ritenuto responsabile: in questi casi, infatti, osserva la Corte "*il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto (…): rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio, che la norma di condotta violata tendeva a prevenire. E'*

---

[312] Al riguardo in dottrina si era già osservato che "*i termini normalità, regolarità statistica, probabilità e prevedibilità vanno considerati quali sinonimi al fine di esprimere il giudizio riguardo alla sussistenza della causalità giuridica"* (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 18).
Le posizioni espresse sul punto dalle Sezioni Unite richiamano quelle di Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in Danno resp., 2006, 269.

[313] Tale conclusione delle Sezioni Unite richiama quasi letteralmente – pur senza citarne l'origine - uno dei passaggi conclusivi della sentenza della III Sezione della Cassazione n. 21619/2007 di cui alla nota 306. Per quanto le conclusioni sostanzialmente coincidano, il percorso argomentativo seguito dalla III Sezione come si è visto era fondato su una visione unitaria del nesso causale e su di una valutazione della causalità giuridica sganciata da qualunque giudizio di prevedibilità. In questo senso, la III Sezione rivedeva in senso critico la stessa teoria dello scopo della norma violata, osservando come il giudizio di prevedibilità (oggettiva) che essa presuppone non sarebbe conciliabile con il giudizio di mera probabilità che l'indagine sulla causalità giuridica richiede.

questa l'ipotesi per la quale in parte della dottrina si parla anche di mancanza di nesso causale di antigiuridicità e che, effettivamente, non sembra estranea ad una corretta impostazione del problema causale, ***anche se nei soli limiti*** *di supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione della regola di cui all'art. 40 c. 2, c.p.* (relativa come noto alle sole condotte omissive, n.d.r.)".

In questo quadro, la possibilità di richiamarsi alla teoria dello scopo della norma violata nell'ambito degli illeciti antitrust appare da escludere, posto che questi ultimi presentano nella quasi totalità dei casi una natura "commissiva", e ciò anche in considerazione dell'estrema difficoltà di individuare specifici "obblighi di prevenzione" o generici "doveri di intervento" a carico delle imprese attive sul mercato (ivi incluse - salvo casi residuali - quelle in posizione dominante) [314].

In conclusione, il quadro che si è delineato consente di escludere che attraverso il riferimento alla teoria dello scopo della norma violata si possa recepire nel nostro sistema della responsabilità civile - e più in particolare nel sottoinsieme costituito dall'illecito antitrust – la nozione di *antitrust injury*.

La teoria dello scopo della norma violata, infatti, non solo risulta aver ottenuto uno scarso seguito nella dottrina più recente ed un limitatissimo riconoscimento a livello giurisprudenziale nel corso degli anni, ma appare logicamente incompatibile con i più recenti orientamenti delle Sezioni Unite in tema di causalità giuridica: la sentenza 581/2008 infatti ha riconosciuto infatti che per gli illeciti commissivi, alla cui categoria possono essere certamente ricondotte le violazioni antitrust, il giudizio causale deve assumere una

---

[314] Ad ulteriore conferma di quanto precede, si consideri che la natura prettamente materiale e probabilistica del giudizio sulla causalità giuridica è considerata come un dato acquisito anche nello specifico ambito delle controversie antitrust, in considerazione degli orientamenti espressi sul punto dalle Corti comunitarie: in questo senso sono le stesse Sezioni Unite in uno dei passaggi conclusivi della sentenza in esame a citare su questo le pronunce del giudice comunitario nei casi *Manfredi* e *GE/Goneywell* Per i riferimenti del caso *Manfredi* cfr. la nota n. 171: nella sentenza per ciò che qui interessa si legge "*l'art. 81 CE dev'essere interpretato nel senso che esso vieta un'intesa o una pratica concordata fra imprese restrittiva della concorrenza, qualora, in base ad un insieme di elementi di diritto o di fatto, appaia sufficientemente probabile che tale intesa o pratica concordata eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri*".
Quanto al secondo caso menzionato, v. la sentenza del Tribunale di Primo Grado del 14 dicembre 2005, *General Electric c. Commissione europea*, in realtà relativa al giudizio prognostico necessario in casi di concentrazione piuttosto che alla tematica del *private enforcement*, in cui si legge "*tale analisi impone di postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili*".

dimensione meramente materiale e probabilistica, basata esclusivamente su valutazioni di carattere statistico-scientifiche e non anche teleologiche.

5.5 Un'ipotesi ricostruttiva: teoria del danno causalmente qualificato e clausola di ingiustizia del danno

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente inducono a ricercare eventuali margini interpretativi per il recepimento a livello interno della teoria del danno causalmente qualificato al di fuori dell'indagine sul legame eziologico tra evento e danno.

Come si è avuto modo di vedere, sebbene l'art. 1223 sia stato progressivamente interpretato in senso sempre più estensivo, l'analisi sul nesso causale mantiene un approccio materiale/probabilistico sostanzialmente rivolto a selezionare le sole conseguenze lesive – anche se non necessariamente mediate e dirette - che risultino conformi a quella che si può oggettivamente considerare una sequenza normale ed ordinaria [315]. Quanto precede non implica ovviamente che una volta dimostrato che le conseguenze patite dall'attore rientrano tra gli effetti normali della condotta ascrivibile al convenuto, ne consegua direttamente la legittimazione dell'attore al risarcimento dei danni o la risarcibilità del pregiudizio accusato: in questi casi "*la questione si sposta però dal nesso di causa su altri lidi, primariamente su quello dell'ingiustizia del danno e, dunque, della possibilità di ravvisare una posizione giuridica giudicata degna di tutela dall'ordinamento*" [316].

Di conseguenza, l'obiettivo dell'analisi si concentrerà ora sulla clausola di ingiustizia del danno, al fine di verificare se sotto tale profilo sia possibile in qualche modo dare ingresso nell'indagine sul danno risarcibile antitrust alla *ratio* sottesa alla teoria del danno causalmente qualificato. Tale mutamento di prospettiva appare peraltro coerente con gli "ammonimenti" della dottrina, che spesso ha messo in guardia dall'impropria riconduzione alla sede causale di "*aspetti del giudizio di responsabilità che sembrano trovare invece una collocazione più propria nel sistema dell'imputazione o nella fase del giudizio concernente l'ingiustizia del danno*" [317]; d'altra parte, la stessa teoria dello scopo della norma violata - su

[315] M. BONA, *op. cit.* (nt. 285), p. 460.

[316] M. BONA, *op. cit.* (nt. 285), p. 460.

cui come si è visto alcuni commentatori hanno tentato di impostare l'operatività nel nostro ordinamento del requisito dell'*antitrust injury* - è stata oggetto di critica proprio sotto tale specifico aspetto, in quanto tendente ad introdurre criteri selettivi del danno aquiliano sul lato della causalità, invece che sotto il più appropriato profilo dell'ingiustizia, introdotta proprio a questo fine [318].

L'analisi sotto questo profilo può essere ripresa da dove era stata interrotta allorquando si era passati ad approfondire l'esperienza statunitense, muovendo dunque dalla posizione assunta dalla Corte di Cassazione nell'ultima pronuncia oggetto di esame (sentenza n. 2305/07). In tale sede, la Corte aveva infatti ritenuto che l'ingiustizia rilevante ai fini della risarcibilità del danno da violazione antitrust andasse ricondotta alla lesione dell'interesse individuale della vittima a godere dei benefici della libera competizione commerciale.

Si è visto che sul piano astratto la natura "diffusa" dell'interesse ad un mercato liberamente competitivo fa sì che tutte le categorie di potenziali attori che a diverso titolo partecipano al mercato possano considerarsi in linea di principio legittimati all'azione risarcitoria antitrust. In questa prospettiva, l'ingiustizia del danno potrebbe finire per non svolgere in ambito antitrust alcuna reale funzione di selezione delle conseguenze risarcibili di una violazione anticoncorrenziale, dal momento che queste ultime dovrebbero ritenersi estese a tutti i pregiudizi economici subiti dai soggetti partecipanti al mercato che siano conseguenza normale ed ordinaria della violazione.

Tale interpretazione non appare tuttavia soddisfacente, e ciò non solo sul piano della effettività e dell'equilibrio del nostro sistema di tutela privatistica antitrust secondo quanto argomentato nei capitoli che precedono, ma anche sul piano strettamente interpretativo, perché finisce per privare la clausola di ingiustizia del danno e la figura della vittima dell'evento dannoso del loro indiscusso ruolo cardine all'interno del sistema della responsabilità civile [319].

---

[317] Cfr. C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dr. Vig.)*, in Enc. del dir., XL, Milano, 1988, p. 1250. Con riferimento ai profili relativi all'imputazione richiamati nel passaggio citato, si tende ad escludere che questi possano fornire degli utili spunti per il "recepimento" della teoria del danno causalmente qualificato, non ultimo il fatto che l'analisi dell'elemento psicologico negli illeciti concorrenziali (e qui il richiamo è soprattutto alla disciplina della concorrenza sleale) risulta solitamente poco significativo, anche in considerazione delle presunzioni in tal senso operanti (cfr. art. 2600 c.c.). Per un'analisi dettagliata dell'istituto della colpa nell'illecito antitrust si rinvia a A. CARUSO, *op. cit.* (nt. 98), pp. 118-135.

[318] Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.* (nt. 312), p. 20.

Sotto questo profilo, l'interpretazione richiamata sembra porsi in termini antitetici anche rispetto alla prospettiva di analisi che caratterizza il diritto antitrust, in cui come si è visto è la realtà di mercato nelle sue più complesse sfaccettature ad assumere un rilievo fondante. L'astrattezza del diritto a beneficiare della concorrenza e il suo carattere "diffuso" in questo senso risultano difficilmente compatibili con l'elevata specificità che caratterizza l'analisi antitrust specie in considerazione della capacità del contesto economico di riferimento di influenzare la valutazione anticoncorrenziale di un determinato comportamento [320].

Infatti, come si è visto nel capitolo 2 dedicato al caso *Courage,* la configurazione del mercato e la dimensione economica dei rapporti tra i vari soggetti che vi operano possono costituire elementi determinanti per riconoscere valenza anticompetitiva ad un determinato comportamento posto in essere da uno o più operatori del mercato. Il dato di mercato in altri termini si pone come mezzo di contrasto in grado di evidenziare l'effettiva portata restrittiva di una condotta adottata nell'ambito del confronto concorrenziale con altri soggetti: così mentre un mercato concentrato amplifica gli effetti restrittivi della concorrenza connessi ai comportamenti dei pochi operatori presenti sul mercato, un contesto concorrenziale poco

---

[319] Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.* (nt. 312), p. 20.

[320] Ampliando per un attimo la prospettiva, si può osservare che proprio il crescente livello di complessità delle relazioni economiche e sociali era stato individuato dalla dottrina più attenta come il fattore che scardinava una visione della materia risarcitoria ancorata alla lesione del diritto assoluto e alla sussistenza di una relazione costante tra quest'ultima e l'adozione di determinati comportamenti predeterminabili in astratto. Particolarmente interessanti al riguardo appaiono i seguenti passaggi del contributo di M. BARCELLONA, *op. cit.* (nt. 278), pp. 360-361:
"*Invero, la sempre maggiore interferenza delle sfere individuali e l'incremento delle fonti di danneggiamento che accompagnano l'avvento della produzione industriale, soppiantano definitivamente la possibilità di prevenire ad una tipizzazione dei comportamenti vietati sulla base dei doveri di rispetto e di astensione collegati ai diritti assoluti. Ambedue questi fattori, infatti, incidono direttamente sul rapporto tra dati assunti a criterio della tipizzazione normativa e situazione reale.*
In particolare, mentre la determinazione del contenuto del precetto continua ad essere affidata alla sola indicazione del risultato, che con esso si vuole evitare, profondamente mutati appaiono, invece, quegli aspetti della realtà su cui questo strumento di individuazione del comando dovrebbe operare. Nell'attuale assetto della realtà, infatti, non si assiste solo ad una eccezionale amplificazione dei comportamenti astrattamente idonei a cagionare una "lesione del diritto", ma deve anche, e soprattutto, registrarsi una sempre maggiore frattura tra il comportamento e le sue conseguenze.
Invero il risultato non dipende più dalla attuazione di un determinato comportamento, ma dalle peculiari circostanze in cui questo di volta in volta si inserisce e dagli eventuali processi collaterali con cui può interferire.
Correlativamente una certa condotta non può più essere "qualificata" lecita o illecita per la sola relazione con un determinato risultato (lesione del diritto), giacché questa relazione non si presenta mai tendenzialmente costante, ma dipende dal complesso delle circostanze e dei fattori interferenti che ne condizionano la dannosità.
A questa stregua uno stesso comportamento può "qualificarsi" consentito o vietato a seconda della situazione di fatto in cui è posto in essere, ed in ogni caso solo a seguito di un suo apprezzamento in concreto".

concentrato tende a limitare l'impatto generale delle condotte unilaterali o concertative adottate dai partecipanti al mercato.

Se dunque la configurazione dei rapporti economici all'interno del mercato assume valenza determinante per l'individuazione dell'illecito, la medesima prospettiva dovrebbe a maggior ragione valere allorquando si orienti l'indagine verso le conseguenze pregiudizievoli che da tale illecito possono derivare, in termini di lesione degli interessi individuali dei vari soggetti che partecipano al mercato.

A ben veder infatti, la complessità della valutazione sostanziale generalmente riconducibile agli illeciti antitrust e l'intrinseca capacità della violazione anticoncorrenziale di propagare conseguenze pregiudizievoli nei confronti dei vari soggetti che partecipano al mercato secondo molteplici e differenti parabole (attraverso uno schema in precedenza definito "a raggiera") costituiscono due facce della stessa medaglia.

Pertanto, per concludere sul punto, se il contesto di mercato e l'atteggiarsi dei rapporti di chi vi opera risulta in grado di colorare un comportamento come restrittivo (caso *Courage*), appare ragionevole ritenere che il pregiudizio patito in conseguenza di un illecito di mercato possa o meno colorarsi di ingiustizia a seconda delle circostanze specifiche che lo caratterizzino.

L'adozione di tale prospettiva implica necessariamente lo spostamento dell'indagine in merito all'ingiustizia del danno e alla lesione dell'interesse alla concorrenzialità del mercato che ne costituisce il presupposto ad un secondo livello di analisi, più dettagliato e circostanziato rispetto a quanto per il momento si è visto in sede di interpretazione della giurisprudenza della Cassazione sul punto.

In questo senso, ad avviso di chi scrive si rende necessario verificare come si atteggi in concreto il diritto o l'interesse che si assume leso rispetto alla specifica violazione antitrust dedotta: per questa via ciò che dovrebbe rivestire rilievo fondamentale ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria ai privati - e più in particolare della sussistenza del requisito dell'ingiustizia del danno (in termini di lesione di un interesse giuridicamente rilevante) - è **l'allineamento** della posizione del singolo, non già semplicemente rispetto al

generale interesse alla concorrenzialità del mercato nella sua astrattezza, ma rispetto all'interesse alla concorrenzialità del mercato pregiudicato nello specifico caso rilevante [321].

La rilevanza di questo piano di analisi sembra peraltro trovare dei possibili riscontri in uno dei principali passaggi della sentenza 2207/05 con cui la Cassazione aveva aperto il "nuovo corso" del risarcimento antitrust, che, riletto alla luce delle considerazioni svolte negli ultimi paragrafi, appare in grado di supportare un'analisi evolutiva nei termini sopra proposti: in particolare, come si ricorderà, la Corte aveva ritenuto che la legittimazione ad attivare le tutele previste dall'art. 33 della Legge Antitrust dovesse essere riconosciuta in linea di principio a chiunque abbia un interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato (e sin qui si rimane sul piano astratto) e sia in grado di allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

La Corte non chiarisce né nella pronuncia in esame, né nella successiva sentenza del 2007, a cosa debba ricondursi la "**specificità**" del pregiudizio derivante dalla lesione del meccanismo concorrenziale. Tuttavia è opinione di chi scrive che tale riferimento costituisca, da un lato, un chiaro indice che anche in ambito antitrust per la selezione delle conseguenze risarcibili si debba guardare alla natura e alle caratteristiche del danno in concreto patito dalla pretesa vittima del comportamento anticoncorrenziale; d'altro lato esso costituisce un elemento che rafforza l'idea secondo cui l'ingiustizia del danno (in termini di lesione di un interesse giuridicamente vincolante) nella materia in esame presuppone un allineamento – per così dire di "secondo livello" – tra il pregiudizio lamentato dal soggetto danneggiato e la lesione della concorrenza determinatasi nella singola fattispecie dedotta in giudizio [322].

---

[321] Tale prospettiva sembra essere in qualche modo sottostante alle riflessioni di S. MONTEMAGGI, *op. cit.* (nt. 104), pp. 670 et ss.. Tale Autore dopo aver osservato che l'attribuzione della legittimazione risarcitoria antitrust al consumatore non avviene "*in vista di una protezione immediata e diretta dell'interesse del titolare, piuttosto di una protezione mediata, dipendente dalla coincidenza dell'interesse particolare con il bene generale rappresentato dalla stessa competitività del mercato"*, si diffonde in una puntale analisi della specificità che caratterizza l'analisi antitrust con riferimento alla definizione dei mercati rilevanti e all'individuazione degli effetti anticoncorrenziali propri di ciascuna violazione. In merito alla rilevanza dell'allineamento tra gli obiettivi di *policy* antitrust e il danno lamentato dal singolo ai fini della risarcibilità si vedano anche le sintetiche considerazioni di A.C. MASTROLILLI, *Abuso di posizione dominante e risarcimento del danno*, in Dir. ind., 2003, 6, p. 556.

[322] In questo senso appare interpretabile quanto sostenuto da G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 98 allorquando in sede di commento alla sentenza *Courage* pertinentemente osservava "*Il problema […] diventa allora quello di selezionare i proper plaintiffs, non potendosi configurare un'indiscriminata estensione della tutela, e dovendosi piuttosto ricercare un delicato punto d'equilibrio tra la necessità di aumentare l'effettività dei divieti antitrust tramite le azioni risarcitorie private, e la non meno rilevante necessità di evitare di conferire tutela ad interessi che una corretta interpretazione dei divieti antitrust impedisce di tutelare. I criteri di*

Se si aderisce a tale ricostruzione, diviene agevole individuare gli effettivi e significativi margini di applicazione nel nostro sistema del risarcimento antitrust – e più in particolare all'interno dell'indagine sull'ingiustizia del danno - alla teoria del danno causalmente qualificato. Questa ultima infatti, come si è visto nel capitolo 4, costituisce un parametro di analisi che è specificamente volto a verificare l'allineamento delle pretese risarcitorie fatte valere dalla presunta vittima con le ragioni per cui è configurabile una violazione della normativa antitrust, così come individuate dalla singola norma o principio applicabile al caso di specie. Di talché, le considerazioni che precedono conducono a ritenere che ove il danno lamentato non sia conseguenza degli effetti tipici della condotta anticompetitiva che la disposizione rilevante intende prevenire, quest'ultimo non possa assumere il carattere dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c., difettando quell'allineamento "di secondo livello" che gli elementi interpretativi in precedenza individuati sembrano indicare come presupposto indispensabile per il riconoscimento in concreto della tutela risarcitoria antitrust dei privati.

Il punto appare meritevole di ulteriore approfondimento. Attraverso la ricostruzione proposta si intende sostenere che in presenza di una lesione al funzionamento del mercato derivante da una violazione antitrust, l'ingiustizia ex art. 2043 c.c. non dovrebbe ritenersi automaticamente estesa a tutte le conseguenza dannose registrate sul mercato che derivino dalla suddetta menomazione del carattere competitivo del mercato. Il requisito dell'*antitrust injury*, così come elaborato e sviluppato oltreoceano, aiuta infatti a comprendere che esiste un doppio livello di analisi del meccanismo concorrenziale.

Ad un livello più generale, la competizione è percepita come una dinamica in grado di beneficiare la collettività nel suo insieme, evitando quella perdita secca di benessere comune che l'analisi economica ha dimostrato essere riconducibile a situazioni monopolistiche o oligopolistiche [323].

---

discernimento, su cui la Corte rimane muta non possono ritrovarsi, a nostro modo di vedere, che nell'analisi economica. Si potrebbe ritenere in effetti che, poiché le barriere all'azione risarcitoria debbono essere rimosse ogni qual volta esse frustrino, indirettamente, il perseguimento delle finalità della disciplina antitrust, e poiché tali finalità sono indicate, in primo luogo, dall'analisi economica, è quest'ultima che consente di identificare le situazioni in cui il risarcimento dei danni è coerente e funzionale rispetto agli obiettivi propri dell'intervento antitrust, in ogni specifico caso".

[323] Cfr. F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 28.

Se però si guarda più a fondo nel concreto operare del gioco concorrenziale si può rilevare che la competizione costituisce al tempo stesso un meccanismo premiante per taluni (i concorrenti più abili o per utilizzare l'espressione coniata da Tullio Ascarelli i "*soggetti economicamente più degni*" [324]) e penalizzante per altri: in particolare, la concorrenza è un processo altamente selettivo che nel suo corretto operare presuppone necessariamente la soccombenza di alcuni operatori nel confronto con altri, e che determina inevitabilmente dei pregiudizi economici per gli "sconfitti", riconducibili ad esempio alle perdite patrimoniali/reputazionali connesse alla eventuale uscita dal mercato o alla lesione della loro "immagine commerciale" (si pensi al caso della pubblicità comparativa che legittimamente pregiudica l'immagine dell'impresa i cui servizi risultino meno convenienti). Gli operatori che soccombono nel gioco concorrenziale patiscono dunque dei danni che ovviamente non assumono il carattere dell'ingiustizia, originando dal legittimo esercizio da parte degli altri operatori della loro libertà di iniziative economica tutelata a livello costituzionale [325].

A questo riguardo è stato osservato in dottrina che "*la responsabilità risarcitoria da illecito concorrenziale non è, e non può essere collegata a fenomenologie di mero danno patrimoniale: questa responsabilità non è, e non può essere, danno-centrica perché la stessa concorrenza, dal punto di vista patrimoniale, danneggia i concorrenti. L'economia di mercato, tuttavia, si basa sulla non imputabilità di questo danno: la diminuzione del fatturato dell'imprenditore o la contrazione delle vendite non fa sorgere responsabilità, se non nel caso di illiceità della concorrenza. Ci possono essere anche situazioni nelle quali, nella strategia dell'impresa, il danno patrimoniale del concorrente è previsto e voluto. Neppure in questo caso, però, il danno è imputabile: non solo perché l'accertamento dell'elemento psicologico può essere oltremodo difficile, ma anche perché, in un sistema di libera concorrenza, il movente di aumentare il proprio profitto è intrinsecamente connesso*

---

[324] "*All'interesse dell'imprenditore ad appropriarsi della probabilità di guadagno corrisponde il pubblico interesse a che i consumatori non siano fuorviati nella loro scelta, sì che il premio del successo vada effettivamente a chi dal pubblico dei consumatori ne è giudicato più degno e sia perciò promossa la produzione e lo smercio di quanto effettivamente preferito dal mercato"*, così T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 74.

[325] Come è stato correttamente osservato in dottrina "*riconoscere il patrimonio come situazione soggettiva la cui menomazione integri il presupposto dell'ingiustizia significherebbe neutralizzare il principio stesso del contra ius: equivarrebbe, difatti, ad ammettere una responsabilità basata sulla mera rilevazione di un dato contabile di segno negativo. Ma tale deriva è scongiurata nel momento in cui si ricollega l'ingiustizia alla lesione di una libertà di scelta, nozione questa riconducibile alla più ampia categoria della libertà contrattuale"* - così S. MONTEMAGGI, *op. cit.* (nt. 104), pp. 669-670.

a quello di diminuire il profitto del concorrente, vale a dire a quello di arrecare al concorrente una perdita patrimoniale"[326].

Quando invece si verifica una violazione delle regole antitrust, il processo concorrenziale viene alterato in alcune sue componenti: tuttavia non tutti i danni riconducibili al nuovo (e falsato) equilibrio di mercato presentano automaticamente carattere di ingiustizia: alcuni di essi infatti sono danni derivanti da componenti del meccanismo concorrenziale che possono non essere stati pregiudicate dalla condotta illecita e che rimangono pertanto riconducibili a quella naturale propensione del processo concorrenziale a danneggiare gli operatori meno abili di cui si è dato conto in precedenza. In altri termini, la violazione antitrust (tranne che nei casi delle violazioni più gravi) non necessariamente distorce tutti i parametri su cui si svolge la concorrenza (potendo anzi determinare alcuni effetti pro-concorrenziali senza per questo perdere carattere illecito – cfr. capitolo 4), e pertanto non determina automaticamente l'ingiustizia di tutte le conseguenze pregiudizievoli che si determinino a valle del nuovo equilibrio di mercato determinatosi a seguito della condotta illecita.

La teoria del danno causalmente qualificato, riportandosi all'effetto tipico della violazione antitrust così come enucleabile dalla disciplina specifica applicabile, opera come meccanismo di selezione delle conseguenze risarcibili derivanti da una violazione antitrust, consentendo di isolare all'interno del processo concorrenziale lo specifico "ingranaggio" che risulta "per definizione" pregiudicato dalla condotta illecita. L'operatività di tale principio nel nostro ordinamento consente così di limitare il risarcimento del danno a quei danni che siano effettivamente riconducibili all'alterazione del parametro rilevante e come tali possano essere con certezza connotati come ingiusti ex art. 2043 [327].

---

[326] Cfr. A. GENOVESE, *op. cit.* (nt. 165), pp. 155-156. Tali considerazioni si ritrovanoin una recente sentenza della Corte di Cassazione (n. 1636 del 26 gennaio 2006, in Riv. dir. ind., 2006, 6, p. 335, con nota di E. CALLEGARI) in materia di concorrenza sleale in cui si legge "*In quest'ottica, appare chiaro come la valutazione di eventuale scorrettezza di un dato comportamento - in specie, ma non solo, per quel che riguarda la determinazione del prezzo al quale un bene o un servizio venga offerto sul mercato - debba essere compiuta non nell'interesse dei mercanti, ma in quello del mercato. Occorre cioè aver riguardo a quel che nuoce o a quel che giova al buon funzionamento del mercato medesimo (in tal senso si veda anche Cass. 11 agosto 2000, n. 10684), e quindi alla generalità dei consumatori, perchè in questo risiede l'interesse generale, a prescindere dalla convenienza di una determinata categoria professionale.Se così è, necessariamente ne discende che la scorrettezza nella fissazione di un determinato prezzo non può dipendere dal solo fatto che i concorrenti ne siano messi in difficoltà: in ciò sta l'essenza stessa della concorrenza, cui è connaturato l'elemento competitivo per il quale ciascuno dei concorrenti si sforza di prevalere sull'altro*".

[327] Rispetto alle considerazioni svolte nel paragrafo che precede in merito all'erroneo richiamo da parte di alcuni Autori al nesso di cauasalità per il recepimento della nozione di *antitrust injury* (e più in particolare della teoria del danno causalmente qualificato) appare interessante osservare quanto uno di tali Autori finiva

Sulla base delle considerazioni che precedono si può dunque concludere che la teoria del danno causalmente qualificato sembra poter trovare un rilevante ambito di applicabilità nel nostro sistema del risarcimento del danno antitrust, operando come parametro specifico per l'individuazione dell'ingiustizia del danno e dunque per la selezione delle conseguenze risarcibili in ambito antitrust . In particolare, l'applicazione del requisito suddetto garantisce che sussista un allineamento – definito in precedenza di "secondo livello" – tra il pregiudizio lamentato dal soggetto danneggiato e la lesione della concorrenza determinatasi nella singola fattispecie dedotta in giudizio. In questo modo, si finisce per riconoscere, anche in ambito antitrust, ai profili relativi all'ingiustizia del danno la centralità che ad essi compete e al tempo stesso si esclude la tutela risarcitoria in quelle situazioni in cui, proprio in virtù dell'assenza del suddetto allineamento, risulta più tenue o addirittura assente il nesso di complementarità rispetto all'attività di *public enforcement* delle norme di concorrenza.

Non si ritiene in questa sede di doversi soffermare sulle ricadute pratiche derivanti da tale ricostruzione operativa per la legittimazione sostanziale delle varie categorie di attori in ciascuna delle diverse fattispecie aventi rilevanza antitrust: l'indagine svolta nel capitolo 4 sulla casistica di oltreoceano appare ampiamente rappresentativa al riguardo, considerato che - fatte salve le diversità nell'impostazione dell'analisi – le figure di riferimento in materia di comportamenti anticoncorrenziali tendono essenzialmente a coincidere con quelle previste a livello comunitario e nazionale.

In ogni caso, a fini di chiarezza e in un'ottica riepilogativa, nel paragrafo di chiusura del presente e ultimo capitolo si tenterà di tracciare una tassonomia delle situazioni in cui le diverse classi di potenziali attori – astrattamente legittimate all'esercizio delle azioni antitrust – possono attivare le tutele previste dall'art. 33 della Legge Antitrust.

Prima però di giungere alla fase conclusiva del lavoro, si ritiene opportuno verificare se la teoria del danno causalmente qualificato - oltre ad essere coerente con i principi generali che

---

per riconoscere: "*sotto tale profilo, infatti, i confini tra la nozione di danno ingiusto e quella di causalità giuridica si assottigliano a tal punto che i due concetti finiscono inevitabilmente per coincidere, in quanto non può revocarsi in dubbio il fatto che di danno ingiusto, nel senso di lesione dell'altrui diritto della concorrenza, potrà parlarsi soltanto se, e nella misura in cui, il comportamento illecito denunciato costituisce realizzazione di quel pericolo (e quindi della lesione) che le norme violate intendevano prevenire*" (S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 286), p. 560)

a livello interno presidiano la materia della tutela aquiliana - risulti compatibile con i principi di riferimento espressi in materia dalla Corte di Giustizia. Ora è vero che le indicazioni della Corte del Lussemburgo trovano necessaria applicazione davanti ai giudici nazionali solo quando siano invocate le previsioni si cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, e non anche allorché si facciano valere le pressoché omologhe disposizioni antitrust interne richiamate dall'art. 33 della Legge 287/90 (per le diversità tra le due discipline si rinvia al par. 1.1). Tuttavia, come già si metteva in risalto in sede di premessa, è ragionevole ed auspicabile [328] che le corti nazionali sviluppino principi comuni per l'applicazione dei due sistemi di norme, assicurando quella coerenza sistematica che viene espressamente richiamata dalla clausola di cui all'art. 1, comma 4, della Legge Antitrust [329]. L'eventuale contrasto tra la teoria del danno causalmente qualificato e la configurazione del diritto al risarcimento del danno di derivazione comunitaria costituirebbe senza dubbio un forte argomento interpretativo contrario al recepimento della teoria in questione a livello interno.

All'analisi di tale specifico profilo è dedicato il paragrafo che segue.

5.6 La compatibilità dell'interpretazione proposta con i principi di riferimento espressi dalla Corte di Giustizia

Le pronunce con cui la Corte di Giustizia è intervenuta sul tema del *private enforcement* delle norme di concorrenza disegnano un rimedio di derivazione comunitaria per il risarcimento delle conseguenze dannose prodotte da illeciti antitrust che le Corti nazionali sono chiamate a garantire nell'ambito dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato [330].

---

[328] Benché non necessario, posto che a livello interno in linea di principio ben potrebbero configurarsi principi applicativi più stringenti per l'accesso alla tutela risarcitoria rispetto a quelli garantiti per la violazione delle corrispondenti norme del Trattato. Principi applicativi più favorevoli a livello interno non sarebbero invece consentiti risultando in violazione del principio di equivalenza (cfr. par. 2.2).

[329] Cfr. par. 1.1.

[330] Un interessante approfondimento in merito alla rilevanza della sentenza Courage nell'ambito dello sviluppo del principio di effettiva protezione giudiziale (cfr. la nota n. 69) è contenuto in S. DRAKE, *op. cit.* (nt. 65), pp. 841-864. L'autrice pone in risalto come in dottrina si siano date diverse letture della sentenza, alcune più inclini a ritenere che con *Courage* la Corte abbia semplicemente fornito delle indicazioni alle corti nazionali sulle garanzie che il diritto interno deve prevedere per assicurare un'effettiva protezione giudiziale, altre (che trovano peraltro supporto nella successiva sentenza Manfredi) propense a ritenere che la Corte abbia piuttosto voluto prevedere un vero e proprio diritto al risarcimento del danno di derivazione comunitaria.

La previsione dei giudici competenti, l'individuazione degli aspetti procedurali, la definizione delle modalità di esercizio di tale diritto (come ad esempio le regole che presidiano all' "*applicazione del nesso di causalità*" [331], alla prescrizione o al calcolo dei danni) sono tuttavia rimesse agli ordinamenti giuridici interni nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, ciò che inevitabilmente determinerà diversi livelli di protezione giuridica all'interno dei singoli stati membri [332].

A questo riguardo si è correttamente osservato che l'ampia legittimazione dei privati riconosciuta dalla Corte di Giustizia in *Courage*, e poi precisata in *Manfredi*, potrebbe essere intesa "*nel senso, invero sbalorditivo, per cui qualsiasi danno derivante dall'illecito antitrust deve essere risarcito (pensiamo ai danni subiti da concorrenti e consumatori, imprese attive nei mercati a monte ed a valle, dipendenti delle parti, azionisti di minoranza, creditori, e così via), indipendentemente da qualsiasi criterio di proximity, con il risultato di stravolgere, limitatamente al danno antitrust, i sistemi nazionali di responsabilità civile per quanto riguarda gli stessi presupposti di risarcibilità del danno (pensiamo, in particolare, alle regole in tema di nesso causale). Considerato che, all'evidenza, una qualche limitazione è necessaria, ci sembra chiaro che non potranno che essere applicate le regole interne, la cui compatibilità con il diritto comunitario andrà sindacata via via dalla corte, che tuttavia non ha affatto indicato i criteri a cui si atterrà*" [333].

In questo contesto e per le esigenze di coerenza sistematica anticipate in chiusura del precedente paragrafo appare opportuno verificare se tra le regole interne applicabili per la selezione delle conseguenze risarcibili a fronte di una violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato possa trovare spazio la teoria del danno causalmente qualificato o se, al contrario, quest'ultima risulti non compatibile con la configurazione del rimedio risarcitorio delineato dal giudice comunitario.

Più in particolare, il quesito che si intende affrontare nel presente paragrafo può essere espresso nei seguenti termini: è possibile che la selezione delle conseguenze risarcibili per

---

[331] Cfr. Sentenza *Manfredi* (nota n. 171) parr. 63 e 64.

[332] Cfr. S. DRAKE, *op. cit.* (nt. 65), pp. 841-864, in cui si osserva che "*The Manfredi decision continues to leave some considerable discretion to national courts to apply national rules which can arguably lead to differing levels of protection in the Member States*".

[333] G. ROSSI, *op. cit.* (nt. 52), p. 91.

mezzo della teoria del danno causalmente qualificato si ponga in contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia espresso in *Courage* - e ribadito e precisato nel successivo caso *Manfredi* (cfr. capitolo 3.5.4, nota n. 171) - secondo cui "*chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81"* ?

La rilevanza di tale quesito ai fini del completamento della presente analisi e della "tenuta" complessiva delle tesi finora sostenute è presto detta: nella sentenza *Courage*, ossia nel caso che più di ogni altro ha influenzato l'evoluzione del sistema del risarcimento antitrust comunitario e interno, infatti sembrerebbe proprio mancare un danno causalmente qualificato nella accezione sposata e proposta in questo lavoro.

Il danno lamentato dal titolare del pub, infatti, non pare in alcun modo riferibile all'effetto anticompetitivo tipico connesso alla violazione sostanziale dedotta in giudizio. Più in particolare come si ricorderà l'accordo per l'approvvigionamento esclusivo di birra tra Courage e Mr. Crehan assumeva valenza restrittiva della concorrenza in ragione dell'effetto di blocco all'accesso al mercato per i fornitori di birra alternativi che tale intesa contribuiva a determinare. L'effetto anticompetitivo della violazione, pertanto, era costituito dalla esclusione di potenziali nuovi entranti, riconducibile all'effetto di rete derivante dall'esistenza sul mercato di una pluralità di accordi di esclusiva simili a quello contestato. Il danno per il titolare del pub, tuttavia, non costituiva una conseguenza di tale effetto: Mr. Crehan impugnava il vincolo di esclusiva in quanto non gli consentiva di approfittare di fonti di approvvigionamento alternative, a prescindere dal fatto che si trattasse di potenziali nuovi entranti (ossia coloro che erano in concreto penalizzati dagli accordi di esclusiva esistenti) o di operatori già attivi sul mercato.

La dottrina più attenta alle esperienze degli ordinamenti di *common law* in materia di risarcimento del danno antitrust ha efficacemente descritto e chiaramente inquadrato tale anomalia di fondo che caratterizza il caso in questione: così si è notato che "*nel caso di 'network agreements' (come nel caso Courage) l'art. 81 del Trattato di Roma mira ad evitare che l'effetto cumulativo dell'insieme dei contratti che vincolano i pub ai produttori di birra sia tale da precludere l'ingresso sul mercato a nuove imprese: la distorsione di concorrenza provocata dal 'tying in'* (ossia dall'esclusiva, n.d.r.) *sarebbe al livello della distribuzione, e starebbe nell'impedire ai produttori che aspirano ad entrare sul mercato*

della distribuzione ai pubs di trovare i necessari punti di vendita (essendo la maggior parte dei pubs già vincolata ad un produttore). Il danno lamentato dall'attore Crehan riguarda invece una distorsione che lo colpisce personalmente: nel suo caso, la distorsione si verifica al livello della concorrenza tra i suoi pubs e quelli che, non essendo vincolati da simili tiens-in, sono avvantaggiati in quanto liberi di abbassare i prezzi della propria birra per renderla più competitiva. Il fatto che questo tipo di distorsione non sia il tipo di distorsione che l'art. 81 del Trattato di Roma mira ad evitare costituirebbe un ostacolo formidabile (…) alla soddisfazione della domanda attorea"[334].

Nella fattispecie in esame parrebbe dunque riscontrarsi quel disallineamento tra la lesione della concorrenza determinatasi per effetto della condotta dedotta in giudizio e l'interesse specifico del soggetto asseritamene danneggiato dalla condotta medesime in presenza del quale, come si è visto avuto modo di chiarire, l'applicazione della teoria del danno causalmente qualificato dovrebbe escludere la risarcibilità del danno lamentato.

Proprio tale disallineamento costituisce ad avviso di chi scrive un attendibile movente del diffuso disorientamento che la sentenza *Courage* aveva determinato nei commentatori che si erano interessati di verificare la compatibilità dei principi espressi dalla Corte con le coordinate offerte dal nostro ordinamento e che non avevano esitato a prefigurare scenari da "incubo" per l'interprete che avesse voluto inoltrarvisi [335].

Come già si era si era avuto modo di sottolineare nel par. 2.3, la dottrina nazionale in fondo sembrava proprio percepire l'esistenza di un profondo scollamento tra la violazione antitrust sottostante e il diritto al risarcimento riconosciuto dalla Corte alla parte debole del rapporto nel caso *Courage* [336]: in questa prospettiva si registravano diverse ricostruzioni che secondo percorsi alternativi tendevano comunque ad individuare l'origine del diritto al risarcimento del danno per Mr. Crehan al di fuori dell'intesa contrattuale illecita dedotta in giudizio [337].

---

[334] P. NEBBIA, *Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee*, in Giur. it., 2006, pp. 320-322.

[335] Cfr. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 65), pp. 76-84. Di "*inestricabile ginepraio*" parla A. PALMIERI, *op. cit.* (nt. 49), p. 1121

[336] Cfr. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *op. cit.* (nt. 52), pp. 76-84 quando affermano: *"Quella di tener insieme l'accordo, con lo stigma dell'illecito e il diritto di una parte al risarcimento del pregiudizio che ne deriva è impresa disperante"*.

[337] Cfr. E. SCODITTI, *op. cit.* (nt. 65), col 84, che imputa alla Corte di aver ricondotto la responsabilità della Courage alla violazione del divieto di intese invece che ad obblighi di protezione e conservazione di natura

Tuttavia, se si guarda con maggiore attenzione al caso *Courage* le predette riserve in merito alla sussistenza di un effettivo allineamento tra violazione accertata e danno lamentato sono destinate a dissolversi, facendo con ciò venire meno qualunque preclusione di "origine comunitaria" all'operatività nel nostro sistema privatistico antitrust della teoria del danno causalmente qualificato. Infatti, a ben vedere il caso in esame presenta delle notevoli similarità con il caso *McCready* in cui la Corte Suprema - come si ricorderà - ha enucleato una sorta di eccezione al principio del danno causalmente qualificato, presumendone l'esistenza in tutti quei casi in cui il danno lamentato costituisca una componente essenziale della violazione, di modo che senza il primo la seconda non sarebbe occorsa.

Nel caso statunitense, il danno sofferto dalla signora McCready, derivante dal diniego del rimborso per i servizi da essa ricevuti dagli psicologi, faceva sì che si potesse determinare l'effetto anticompetitivo connesso all'illegittimo atto di boicottaggio, ossia l'esclusione degli psicologi dal mercato; nel caso *Courage,* la restrizione della libertà competitiva di Mr. Crehan realizzata attraverso l'accordo di approvvigionamento esclusivo costituiva lo strumento attraverso cui si determinava (o si contribuiva a determinare) l'effetto di blocco all'accesso del mercato da parte di nuovi entranti che integrava la violazione anticoncorrenziale.

Pertanto, esattamente come nel caso *McCready*, il danno sofferto dall'attore (impossibilità di approvvigionarsi da soggetti terzi) non derivava dalla violazione dedotta in giudizio ma rappresentava piuttosto il vero e proprio mezzo con cui la violazione veniva posta in essere sul mercato.

Sulla base di quanto precede, si ritiene che *Courage* debba essere annoverato tra quei casi di carattere "eccezionale" individuati dalla giurisprudenza americana in cui, data la stretta relazione inerente tra il danno e la violazione, l'esistenza di un danno causalmente qualificato deve essere presunta.

Sotto questo profilo, i principi espressi a livello comunitario appaiono riconciliabili con la teoria del danno causalmente qualificato e con la sua legittima operatività all'interno del nostro ordinamento.

---

precontrattuale. Valga anche il richiamo a A. PALMIERI, *op. cit.* (nt. 49), p. 1121, e a A. PALMIERI - R. PARDOLESI,. *op. cit.* (nt. 65), pp. 76-84.

Un esito diverso si potrebbe prefigurare solo nel caso in cui la teoria in esame implicasse l'esclusione di principio di alcune categorie di soggetti dalla tutela risarcitoria antitrust, posto che la Corte si è sempre espressa in termini così e ampi e generali da rendere difficilmente ipotizzabile l'operatività di una regola interna che contenga preclusioni sotto il profilo della legittimazione astratta senza che ciò si risolva nella violazione del principio di effettività del rimedio comunitario. Tuttavia, come si è ampiamente avuto modo di descrivere, la teoria del danno causalmente qualificato non opera su un piano soggettivo e astratto ma risulta rivolta a verificare sotto il profilo obiettivo l'esistenza di un allineamento tra le caratteristiche del danno lamentato e la violazione dedotta in giudizio che permetta di qualificare l'interesse della vittima come specifico.

Sulla base di tali considerazioni, si ritiene che anche questo potenziale ostacolo all'applicazione della teoria del danno causalmente qualificato nel nostro ordinamento sia superabile, ciò che consente di passare alla fase conclusiva dell'analisi, volta ad individuare i riflessi concreti del complesso delle considerazioni sin qui svolte sulla operatività delle azioni risarcitorie antitrust all'interno del nostro sistema di tutela aquiliana.

5.7 L'operatività concreta della teoria del danno causalmente qualificato rispetto alle pretese risarcitorie dei soggetti astrattamente legittimati

L'analisi sin qui svolta ha portato ad identificare il criterio del danno causalmente qualificato quale effettivo parametro di selezione delle possibili pretese risarcitorie della varietà di soggetti astrattamente legittimati ad attivare le tutele antitrust davanti alle nostre Corti nazionali, e ciò sia ai sensi delle disposizioni nazionali (art. 33 della Legge 287/90) che in applicazione dei rimedi comunitari.

Una rappresentazione generale dell'impatto concreto di tale ricostruzione è già stata fornita nel paragrafo 4.6, in cui si è descritto come il requisito dell'*antitrust injury* (di cui la teoria del danno causalmente qualificato ne costituisce il cuore) incida sulla legittimazione sostanziale dei consumatori, concorrenti e professionisti, nella variegata casistica delle corti statunitensi.

Proprio partendo dalle indicazioni desumibili dalla ricchissima esperienza d'oltreoceano si può tentare di compiere un passo ulteriore, e dunque di razionalizzare le diverse fattispecie affrontate nel corso della trattazione, tracciando una tassonomia delle situazioni in cui il danno subito dalla vittima di una violazione antitrust può assumere carattere di ingiustizia ai sensi dell'art. 2043 c.c.. e individuando le condizioni a cui tale riconoscimento è subordinato [338].

Nel par. 4.8, dopo aver sostenuto che sul piano astratto consumatori, concorrenti e professionisti (ivi inclusi lavoratori e soci/finanziatori) risultano tutti astrattamente legittimati all'azione risarcitoria antitrust, si è evidenziato come gli stessi possano collocarsi in posizioni differenti rispetto alla parabola descritta dalla violazione antitrust e alla propagazione dei suoi effetti.

In particolare, ciascun appartenete alle suddette categorie può a seconda dei casi rapportarsi all'illecito concorrenziale come:

(i) la vittima designata della condotta anticoncorrenziale (ossia il soggetto che subisce lo sfruttamento o verso cui è diretta la condotta escludente [339]);

(ii) il soggetto attraverso il cui danno la violazione antitrust determina i suoi effetti anticoncorrenziali;

(iii) una vittima incidentale dell'illecito antitrust;

Nella prima ipotesi, si deve ritenere che l'ingiustizia del danno sia in *re ipsa*, riscontrandosi un pieno allineamento tra gli interessi fatti valere dalla vittima (a qualunque categoria appartenga) e le finalità della normativa antitrust, così come espresse dalla singola fattispecie rilevante. Il danno patito dal consumatore/distributore nel caso di cartello tra i suoi fornitori, o quello subito dal concorrente rispetto a comportamenti escludenti posti in essere da un suo rivale, risultano infatti conseguenza degli effetti tipici della condotta

[338] Un'interessante schematizzazione è contenuta nel contributo di N. REICH, *op. cit.* (nt. 65), pp. 35-66: tale analisi sulla legittimazione dei privati all'azione antitrust adotta tuttavia un'ottica differente da quella sviluppata nel presente lavoro, muovendo dal tipo di violazione dedotta (intesa e abusi di sfruttamento o escludenti) piuttosto che dalla natura e dalle caratteristiche del danno subito dalla vittima.

[339] Cfr. par. 1.1.

anticompetitiva che la disposizione rilevante è volta a prevenire. Analoga situazione è riscontrabile nel caso del distributore a cui il fornitore imponga un prezzo di rivendita prestabilito (c.d. *resale price maintenance* [340]) al fine di limitare la concorrenza *intra brand* tra distributori.

L'intima connessione tra violazione e danno che si riscontra nelle fattispecie considerate consente probabilmente di spiegare le ragioni per cui nella casistica nazionale delle corti ordinarie e di merito riguardante fattispecie risarcitorie di natura antitrust i profili relativi all'ingiustizia del danno non vengono generalmente presi in considerazione. I saltuari casi portati davanti al giudice nazionale hanno infatti riguardato pressoché esclusivamente situazione per così dire "tipiche", in cui cioè l'attore costituiva per l'appunto la vittima designata dell'illecito: in tale contesto, l'accertamento dei giudici si è concentrato sulla sussistenza di una condotta antigiuridica (ossia la violazione anticoncorrenziale), del danno sofferto dall'attore vittima del comportamento, e di una relazione causale tra questi ultimi, dando implicitamente per presunta in presenza di tali elementi l'esistenza di un danno ingiusto.

Al proposito, la dottrina in sede di commento ad un importante pronuncia della Corte di Appello di Roma nel settore delle telecomunicazioni – riguardante una richiesta di risarcimento a carico dell'operatore *incumbent* da parte di un concorrente, vittima di un abuso escludente – ha pertinentemente osservato che "*merita di essere sottolineata l'esplicita qualificazione del danno c.d. antitrust come 'danno aquiliano", e quindi risarcibile soltanto in presenza di una condotta antigiuridica, del nesso di causalità e del danno medesimo; nulla, per contro, viene detto a proposito del requisito dell'ingiustizia del danno – vero e proprio punctum dolens di ogni elaborazione concettuale che collochi sullo sfondo l'art. 2043 c.c. – quasi a conferma del fatto che sovente ciò che alla dottrina si presenta come un rompicapo impossibile per la giurisprudenza assume una rilevanza men che marginale"*[341].

[340] Fattispecie considerata di per sé restrittiva della concorrenza (cfr. l'art. 4 del Regolamento CE 2790/99 del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81 a gli accordi verticali) a patto ovviamente che si determini una restrizione sufficientemente sensibile della concorrenza, cfr. par. 1.1, nota n. 15.

[341] S. BASTIANON, *Abuso di posizione dominante e risarcimento dei danni*, in Danno resp. 12/2003, p. 1219, sottolineatura aggiunta.

Secondo la ricostruzione fornita in questa sede, tale constatazione pur cogliendo nel segno dovrebbe essere ulteriormente circostanziata, posto che la mancata considerazione del requisito in questione da parte delle corte adite appare piuttosto indice del fatto che in talune circostanze (ossia allorquando l'attore sia la vittima designata della violazione antitrust) l'ingiustizia del danno è correttamente percepita come connaturata alla esistenza stessa di un danno conseguenza diretta dell'illecito concorrenziale [342]. Ciò tuttavia non toglie che in altre fattispecie – e in particolare in quelle di seguito trattate - i profili relativi all'ingiustizia del danno possano (e debbano) assumere ben altra rilevanza in ragione della diversa posizione riconducibile al soggetto pregiudicato dalla condotta anticoncorrenziale.

Nella seconda delle ipotesi considerate - ossia nel caso in cui il consumatore, il concorrente o il professionista, pur non essendo la vittima designata dell'illecito, subisce un danno che costituisce il mezzo attraverso cui la violazione antitrust viene posta in essere nei confronti di quest'ultimo – la sussistenza di un danno causalmente qualificato, e dunque ingiusto (secondo la ricostruzione proposta), deve considerarsi oggetto di una presunzione assoluta, in analogia a quanto stabilito dalla Corte Suprema nel caso *McCready* e soprattutto in modo da garantire coerenza con gli esiti della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Courage*.

E' questo, ad esempio, il caso dei consumatori che si vedano negare delle prestazioni dal proprio fornitore (in esecuzione di un'intesa con altri fornitori concorrenti) in ragione della loro qualità di clienti di un soggetto terzo, vittima designata dell'atto di boicottaggio così perpetrato.

O ancora, si pensi al professionista che sia vincolato al proprio fornitore (dominante sul mercato) da un contratto di esclusiva pluriennale che risulta restrittivo della concorrenza, in ragione degli effetti escludenti per i fornitori concorrenti, reali vittime dell'illecito concorrenziale.

O, infine, per menzionare casi ulteriori a quelli riferibili alle pronunce *McCready* e *Courage* che siano del pari caratterizzati dalla stretta relazione sussistente tra il danno subito dal

[342] In dottrina, in sede di commento alla sentenza della Cassazione n. 2207/05, si è in questo senso osservato "*tanto non implica, evidentemente, un indifferenziato accesso di chiunque alla tutela risarcitoria, quasi che la mera alterazione dell'assetto concorrenziale determinasse una presunzione di danno ed un obbligo risarcitorio erga omnes; ma certo non può negarsi che la specificità del pregiudizio* (su cui cfr. il par. 5.5, n.d.r.) *si stagli con paradigmatica nettezza appunto quando il consumatore risulti essere vittima diretta della pratica restrittiva attuata, come nel caso di specie, all'ultimo gradino della scala distributiva*".

soggetto diverso dalla vittima designata della violazione e quest'ultima, si considerino a titolo di esempio le seguenti ipotesi [343], ispirate a casi effettivamente riscontrati nella casistica italiana ed estera:

a) il principale produttore di una materia prima (ad esempio il cemento) si trova a fronteggiare l'ingresso sul mercato di nuovi fornitori di cemento disposti a praticare condizioni particolarmente vantaggiose ai loro acquirenti, ossia ai produttori di calcestruzzo. Il produttore in questione reagisce, non già abbassando i propri prezzi di cessione del cemento, ma entrando nel mercato a valle del calcestruzzo – e dunque ponendosi in una relazione di concorrenza diretta con i suoi clienti - ed iniziando a vendere calcestruzzo ai consumatori finali a prezzi predatori, in modo da costringere i produttori di calcestruzzo medesimi a non passare ai nuovi (e più convenienti) fornitori di cemento. Per questa via, i produttori di calcestruzzo, pur non essendo le vittime designate dell'illecito escludente[344], subiscono un danno, costituito dal maggior prezzo pagato per il cemento rispetto a quello praticato dai nuovi fornitori di cemento, che risulta funzionale alla realizzazione della violazione antitrust ipotizzata - ossia l'abuso escludente nei confronti dei fornitori di cemento nuovi entranti sul mercato – e che secondo la ricostruzione in questa sede prospettata deve dunque presumersi ingiusto ex art. 2043 [345];

---

[343] I casi riportati di seguito e quelli menzionati nel prosieguo del paragrafo sono stati elaborati per chiarire l'operatività concreta del requisito del danno causalmente qualificato quale strumento di selezione delle conseguenze risarcibili derivanti da un illecito antitrust, ma ciò senza prendere in considerazione ulteriori aspetti che ben potrebbero condizionare la proponibilità o il successo della relativa azione risarcitoria. In questo senso, gli esempi considerati nel caso pratico potrebbero non essere in grado di sostenere una domanda risarcitoria, per difetto di altri requisiti necessari come l'attualità e l'immediatezza del danno o la sussistenza di un adeguato nesso causale.

[344] Il produttore responsabile della condotta ipotizzata, infatti, non avrebbe alcun interesse ad estromettere dal mercato i produttori di calcestruzzo, posto che questi ultimi nell'ipotesi considerata costituiscono pur sempre i suoi principali clienti sul mercato principale del cemento.

[345] L'ipotesi considerata corrisponde a grandi linee a quella sanzionata dall'Autorità della concorrenza italiana nel 1995 – caso *Tekal/Italcementi*, A76, Provv. N. 2793 del 9 febbraio 1995. L'esempio è ripreso e analizzato da S. BASTIANON, *op. cit.* (nt. 286), pp. 558 et ss., il quale affronta la tematica da una diversa prospettiva, relativa alla possibilità del soggetto indirettamente (o mediatamente) colpito da un violazione antitrust (nel caso di specie i produttori di cemento, nuovi entranti che l'autore riferendosi più puntualmente al caso trattato dall'AGCM identifica come "importatori") di accedere alla tutela risarcitoria, unitamente alle vittime dirette. La considerazioni svolte nel contributo menzionato appaiono comunque interessanti e in una certa misura traslabili nella differente ricostruzione operata in questa sede e vengono pertanto di seguito richiamate: "*sotto tale profilo, non par dubbio che i [produttori] di calcestruzzo siano le vittime dirette ed immediate della pratica anticoncorrenziale posta in essere da ITC, dato che la politica commerciale di quest'ultimo ha provocato come primo effetto, uno spostamento della clientela rappresentata dai consumatori finali di calcestruzzo. Ma anche gli importatori di cemento subiscono un danno, che può considerarsi diretto nella misure in cui gli stessi costituiscono le vittime designate dell'illecito perpetrato da ITC. Se l'immediato antecedente del danno subito dagli importatori deve essere ravvisato nel fatto che i [produttori] di calcestruzzo erano tornati a rifornirsi di cemento presso ITC nonostante che gli importatori avessero continuato ad offrire prezzi considerevolmente più bassi e condizioni di pagamento più favorevoli, ciò non*

b) un ente locale decide di mettere in vendita la società di trasporto pubblico dallo stesso posseduta operante su alcune tratte provinciali [346]. Un operatore, dominante sul più ampio mercato del trasporto pubblico regionale, comunica all'ente locale, non solo la propria manifestazione di interesse all'acquisto, ma anche l'intenzione di iniziare ad operare a breve sulle medesime rotte servite dalla società oggetto di vendita e ai medesimi orari, e ciò all'evidente scopo di indurre l'ente locale a privilegiarlo come acquirente, dissuadendo ulteriori potenziali acquirenti dal presentare offerte. Ipotizzando che tale condotta integri gli estremi dell'abuso di posizione dominante, alla "legittimazione" dell'ente locale, in quanto vittima designata dell'illecito, si affiancherà - non appena il suo danno divenga attuale - quella della società di trasporto pubblico messa in vendita, posto che il pregiudizio da essa subito costituisce il mezzo attraverso cui la condotta illecita viene posta in essere, qualificandosi pertanto secondo la ricostruzione proposta come ingiusto.

Nella terza ed ultima delle ipotesi considerate - che contempla la situazione in cui il consumatore, concorrente o professionista, costituisce una vittima incidentale dell'illecito - la sussistenza dell'ingiustizia del danno dovrà essere accertata caso per caso, facendo ricorso alla nozione di danno causalmente qualificato e dunque andando a verificare in

---

toglie che tale comportamento non può essere logicamente ascritto ad un libero processo volitivo dei preconfezionatori stessi, non essendo altro che la necessaria conseguenza del comportamento praticato a monte da ITC. Ancora una volta, pertanto, non sembra possibile contestare l'esistenza di un nesso causale tra l'illecito anticoncorrenziale di ITC ed il danno subito dagli importatori di cemento. Ragionando diversamente, infatti, si perverrebbe all'assurda conclusione di privare della tutela risarcitoria soggetti che, pur essendo le vittime prescelte della pratica anticompetitiva, subiscono un danno mediato, ma pur sempre diretto, esclusivamente a causa di una particolare modalità di attuazione del comportamento abusivo. […] Anche in questo caso, pertanto, l'accento deve essere posto non tanto sul fragile distinguo fra vittime dirette ed indirette, quanto sul fatto che i danneggiati subiscono la lesione del medesimo 'diritto di concorrenza', seppur sotto profili diversi, dato che gli importatori sperimentano l'uscita dal mercato mentre i [produttori] di calcestruzzo un aumento nel prezzo del calcestruzzo stesso".

[346] L'esempio, come anticipato, è tratto da una vicenda recentemente trattata dinanzi alle corti inglesi, in cui il Comune di Chester si era trovato a fronteggiare i comportamenti descritti da parte dell'operatore Arriva Plc. Il Tribunale (*Chancery Division*) ha respinto le richieste avanzata dall'ente locale e dalla società di trasporto controllata in considerazione della mancata dimostrazione di una posizione dominante in capo ad Arriva Plc, senza entrare nel merito della eventuale natura abusiva della condotta tenuta da quest'ultima. Un'accurata ricostruzione del caso è fornita da G. ROTSCHILD, *The battle of the buses: Chester City Council v Arriva Plc*, in *Eur. Competition LR*, 2008 (29) (4), pp. 271-275.
Un'ulteriore ipotesi, questa volta riguardante la posizione dei consumatori finali, potrebbe essere la seguente: un produttore (ad esempio di motocicli) che possiede nello stato di origine la propria rete di concessionari di proprietà e che, al fine di impedire o limitare le importazioni dei beni in questione da parte di concessionari indipendenti situati in altri Paesi dove i prezzi praticati per il motociclo sono più ridotti, decide di far praticare alle sue concessionarie prezzi per i servizi di assistenza post vendita di molto superiori per i motocicli immatricolati all'estero: il consumatore finale proprietario del motociclo immatricolato all'estero, non è la vittime designata dell'illecito, ma subisce un danno funzionale alla realizzazione della violazione antitrust ipotizzata (ripartizione territoriale dei mercati a scapito dei concessionari indipendenti) che deve dunque presumersi ingiusto ex art. 2043.

concreto se il danno lamentato dalla vittima costituisce concretizzazione dell'effetto tipico della violazione che la specifica fattispecie antitrust rilevante era volta ad evitare. Ove ciò non risulti, secondo la ricostruzione qui sostenuta, l'attore non sarà in grado di allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione del carattere competitivo del mercato così come richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. il par. 5.5), e per questa via di dimostrare l'esistenza di un danno ingiusto.

Come si è visto dettagliatamente nel par. 3.5.3, la ampia portata plurioffensiva dell'illecito antitrust determina una propagazione "a raggiera" del danno, tale da colpire anche soggetti che si pongono a monte, a valle o ancora in posizione tangenziale rispetto alla violazione dedotta. Alcune ipotesi esemplificative di vittime incidentali di violazioni antitrust sono state riportate nel paragrafo menzionato con particolare riferimento alla categoria dei professionisti, tra cui:

- le situazioni di c.d. "danno riflesso", in cui la condotta anticompetitiva posta in essere dall'autore dell'illecito sia volta ad escludere dal mercato un soggetto (ad esempio un concorrente) con cui il fornitore/distributore/lavoratore/socio-finanziatore intrattiene rapporti commerciali di natura esclusiva, rapporti di lavoro subordinato o legami finanziari diretti;

- l'ipotesi del distributore locale che vede cessare i propri rapporti (al limite esclusivi) con un distributore attivo in una determinata zona territoriale, a seguito della decisione di quest'ultimo di cessare la propria attività in tale contesto geografico per dare esecuzione ad un accordo di ripartizione territoriale del mercato con un concorrente diretto (fattispecie che rientra tra le più gravi della concorrenza);

- il caso del lavoratore che veda interrompere il proprio rapporto di lavoro, a seguito della decisione dell'impresa di ridurre i propri fattori produttivi (inclusa la forza lavoro) in esecuzione di un cartello con i propri concorrenti volto a limitare la produzione reciproca, al fine di mantenere prezzi più alti.

La vittima incidentale dell'illecito antitrust, peraltro, può anche appartenere alla categoria dei consumatori o dei concorrenti: con riferimento ai primi, ci si può riferire alle ipotesi di "danno riflesso" analizzate in precedenza, immaginando la situazione di un cliente che, a seguito dell'esclusione del proprio fornitore per effetto di un abuso posto in essere da un

concorrente di quest'ultimo, si veda costretto a dover mutare controparte commerciale con conseguente perdita delle condizioni più favorevoli pattuite originariamente e degli investimenti eventualmente operati (si pensi ad esempio ad apparecchiature dedicate di cui si era dotato). Fattispecie riferibile a tale contesto, può essere anche quella delle c.d. "*umbrella victims*", ossia di quei clienti/consumatori che siano clienti di un operatore estraneo (l'impresa A) ad un cartello di prezzo posto in essere dai loro concorrenti (le imprese B e C): per effetto del cartello e del conseguente innalzamento dei prezzi praticati dalle imprese B e C, alcuni clienti di questi ultimi si rivolgeranno all'impresa A. L'aumento della domanda per i prodotti dell'impresa A determinerà in linea di principio un incremento di prezzo dannoso per i precedenti clienti di quest'ultima, che risulteranno dunque vittime incidentali del cartello illecito [347].

In merito ai concorrenti, si può fare riferimento all'analisi condotta nel par. 4.6.3 riguardo all'esperienza statunitense e ai margini per un ampliamento della legittimazione della categoria dei concorrenti, dove si erano rappresentate le particolari circostanze in cui un operatore può risultare incidentalmente danneggiato da un cartello di prezzo posto in essere dai propri concorrenti al fine di estrarre sovrapprofitti dai clienti (vittime designate dell'illecito), in ragione della perdita di "indipendenza concorrenziale" che tale violazione è in grado di determinare.

Negli esempi considerati, secondo quanto rappresentato in precedenza, la configurabilità di un danno ingiusto in capo ai soggetti considerati non potrà essere presunta, ma dovrà essere verificata caso per caso ricorrendo al criterio del danno causalmente qualificato.

Nello specifico, si ritiene che ciascuna delle ipotesi sin qui rappresentate soddisfi il requisito in questione, posto che il danno lamentato dalla vittima incidentale costituisce una conseguenza degli effetti anticoncorrenziali tipici della violazione che le disposizioni antitrust di volta in volta rilevanti mirano a prevenire. Pertanto, i professionisti, i consumatori e i concorrenti degli esempi presi in considerazione potranno far valere l'ingiustizia del pregiudizio subito a seguito della violazione antitrust e per questa via

[347] Il tema è molto controverso negli Stati Uniti dove, in assenza di una pronuncia della Corte Suprema, i circuiti sono divisi sulla riconoscibilità della legittimazione delle *umbrella victims*, specie per profili diversi dall'*antitrust injury*, e in particolare con riferimento alla speculatività delle richieste e al rischio di una duplicazione della tutela risarcitoria. Sostiene l'opportunità di riconoscere tutela a tale particolare categoria di potenziali attori, J.M. LAVE, *Umbrella standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims*, in Antitrust Bullettin, 2003, (48), 1, pp. 223-270.

ottenere - ricorrendo gli altri presupposti della concretezza ed attualità del danno lamentato e della sussistenza di un adeguato nesso causale nella accezione fornita nel par. 5.4 - il ristoro di quanto patito.

Al contrario, la teoria del danno causalmente qualificato consentirà di limitare il novero dei soggetti "legittimati" ad accedere alla tutela risarcitoria in tutti quei casi in cui non sia riscontrabile una connessione diretta con le conseguenze anticoncorrenziali tipicamente sprigionate dal comportamento illecito e dunque un allineamento tra l'interesse individuale e quello alla conservazione del carattere competitivo del mercato. Al riguardo, rilevano le ipotesi passate in rassegna nel capitolo dedicato al requisito dell'*antitrust injury* e ai suoi risvolti applicativi nella pratica delle corti statunitensi (cfr. par. 4.6).

A titolo indicativo, inoltre, si può considerare un ulteriore esempio basato su una fattispecie potenzialmente rilevante per la prassi nazionale e comunitaria, caratterizzata per l'appunto dal fatto che il danno lamentato dalla vittima incidentale dell'illecito antitrust non deriva dall'effetto anticoncorrenziale che colora di illecito la fattispecie, ma ad un diverso effetto – neutro se non addirittura pro concorrenziale – associato alla condotta dell'impresa responsabile.

Si prenda a riferimento il caso di due operatori primari del mercato che concludano un accordo per acquistare congiuntamente la principale materia prima necessaria alla produzione (incidente per ipotesi per il 90% sul prezzo finale), prevedendo al contempo un sistema centralizzato per la conservazione e gestione delle scorte.

Secondo l'orientamento interpretativo della Commissione europea (a cui l'AGCM tende per prassi a conformarsi), gli accordi di approvvigionamento in comune, nonostante i risparmi di costo e i guadagni di efficienza che solitamente comportano, possono sollevare criticità da un punto di vista concorrenziale. In particolare, ciò può determinarsi quando i partecipanti, attraverso l'attività in comune, conseguano o rafforzino il loro potere di mercato "collettivo", e per questa via determinino "effetti negativi sui prezzi, la produzione, l'innovazione, o la varietà e la qualità dei prodotti" .

Secondo lo schema di analisi seguito dalla Commissione, l'indagine circa la sussistenza dei suddetti effetti anti-concorrenziali deve avvenire con riferimento a due mercati distinti,

costituiti rispettivamente dal mercato in cui le parti per effetto dell'accordo si presentano quali acquirenti ("mercato degli acquisti") e dal mercato in cui tali soggetti operano come venditori, integrando nei propri prodotti o servizi quanto acquistato congiuntamente ("mercato della vendita").

Con riferimento al mercato degli acquisti, i rischi individuati dalla Commissione riguardano la possibilità che l'iniziativa di approvvigionamento comune coinvolga imprese che in tale ambito detengono congiuntamente un significativo potere di mercato, sì che i prezzi siano spinti al di sotto del livello concorrenziale danneggiando in questo modo i fornitori, oppure l'ipotesi in cui l'accesso al mercato degli acquisti sia reso più difficile, se non addirittura impraticabile, agli altri acquirenti che si trovino a concorrere con i partecipanti all'accordo sul mercato a valle della vendita. In tale ultimo caso, il timore espresso dalla Commissione è rappresentato dal fatto che il ribasso nei prezzi di acquisto ottenuto per mezzo dell'approvvigionamento in comune possa innescare un aumento dei costi per gli acquirenti che non partecipano all'accordo (tale aumento, infatti, potrebbe derivare dal fatto che i fornitori cercheranno di compensare le riduzioni di prezzo concesse agli acquirenti riuniti attraverso un innalzamento dei prezzi praticati agli altri clienti, oppure dal fatto che i concorrenti non riuniti potranno accedere solo in misura minore a fornitori efficienti).

Con riferimento al mercato della vendita, la Commissione nelle sue Linee Guida [348] adotta un approccio particolarmente cauto qualora gli acquirenti detengano un significativo potere di mercato nel mercato a valle. In tale eventualità, infatti, può darsi che i partecipanti all'accordo non trasferiscano ai loro clienti il ribasso del prezzo o le efficienze ottenute tramite l'acquisto centralizzato. Al riguardo, la Commissione osserva che quanto più elevato è il potere detenuto in comune dalle parti in questione sui mercati di vendita, tanto maggiore è l'incentivo per queste ultime a coordinare i propri comportamenti di vendita, a scapito dei livelli di prezzo praticati, della produzione, dell'innovazione o della varietà e qualità dei prodotti. Analogo atteggiamento è seguito dall'AGCM, anche in considerazione della previsione normativa esplicita che impone al diritto nazionale antitrust di allinearsi ai principi del diritto comunitario .

[348] Cfr. le *Linee Guida della Commissione sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, del 6 gennaio 2001, par. 119: "*Due sono i mercati che possono essere interessati dall'acquisto in comune. In primo luogo il mercato (o i mercati) direttamente interessato dalla cooperazione, cioè il mercato (o i mercati) rilevante sotto il profilo degli acquisti. In secondo luogo, il mercato di vendita, cioè il mercato (o i mercati) a valle in cui i partecipanti agli accordi di acquisto in comune operano come venditori*".

In ogni caso, i documenti interpretativi richiamati chiariscono come vi siano altri fattori che, unitamente al potere di mercato delle parti dell'accordo, assumono importanza nell'analisi della trasferibilità dei risparmi di costo ai consumatori a valle. In particolare, rileva in questo senso la quota dei costi che le parti mettono in comune attraverso l'acquisto in comune nonché la struttura concorrenziale e il grado di concentrazione del mercato della vendita [349].

A fronte di questo quadro interpretativo si assuma che nell'esempio considerato - nonostante le rilevanti efficienze riconducibili alla razionalizzazione delle politiche di acquisto della parti, soprattutto in termini di quantità di materia prima acquistata - tale accordo risulti contrario al divieto di intese restrittive senza soddisfare le condizioni previste tanto a livello nazionale che comunitario per l'esenzione (cfr. par. 1.1), e ciò non in ragione di possibili effetti restrittivi sul mercato a monte dell'acquisto della materia prima (dove per ipotesi risultano attivi una molteplicità di acquirenti alternativi alle due parti dell'accordo), ma in quanto l'intesa comporta un'uniformazione delle strutture di costo dei due soggetti, suscettibile di determinare un allineamento sul mercato a valle della vendita dei rispettivi prezzi a scapito della clientela finale.

In tale contesto, si consideri la posizione del fornitore di una delle due parti dell'accordo che veda, proprio a causa dell'attuazione dell'accordo illecito, interrompere (o ridurre sostanzialmente) le vendite al proprio principale cliente: ebbene, il danno lamentato dal fornitore in questione, secondo la ricostruzione proposta, non dovrebbe considerarsi ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c. e ciò in quanto tale pregiudizio risulta essere conseguenza di un effetto pro-concorrenziale della violazione – ossia l'efficientamento ottenuto sul lato degli acquisti – e non dell'effetto anticoncorrenziale che nel caso di specie rende contrario l'accordo di approvvigionamento alla normativa antitrust – ossia l'uniformazione delle strutture di costo dei due principali operatori del mercato e il conseguente rischio di coordinamento tariffario nel mercato a valle [350].

---

[349] Le probabilità che le imprese coinvolte nell'acquisto in comune adottino e mantengano politiche commerciali omogenee e collusive, infatti, aumentano sensibilmente quando (i) le strutture di costo di tali soggetti risultino omogenee per effetto dell'accordo e (ii) il mercato in cui le stesse operano si riveli, già prima dell'iniziativa in comune, caratterizzato da condizioni strutturali che facilitano la collusione tra le imprese ivi presenti (come ad esempio un assetto oligopolistico dello stesso).

In conclusione, sulla base delle considerazioni svolte si ritiene che in materia antitrust la sussistenza di un danno ingiusto in capo alle diverse categorie di soggetti astrattamente legittimati possa essere schematizzato nei termini rappresentati dalla tabella riassuntiva di seguito riportata.

	Vittima designata	**Soggetto attraverso il cui danno la violazione viene perpetrata**	**Soggetto incidentalmente danneggiato**
Consumatore Concorrente Professionista	Ingiustizia del danno *in re ipsa*	Presunzione assoluta di ingiustizia del danno	Ingiustizia del danno da accertarsi caso per caso sulla base della teoria del danno causalmente qualificato

[350] Cfr. R. WHISH, *op. cit.* (nt. 6), p. 571 "*paragraph 134 of the Guidelines states that where joint purchasing agreement could lead to dominance on either the buying or selling side of the market, the terms of Article 81 (3) would, in principle, not be satisfied*". In merito alla valutazione degli accordi di approvvigionamento e dei cartelli di acquisto, si veda l'approfondito contributo di I. KOKKORIS, *Purchase price fixing: a per se infringement?*, in Eur. Competition LR, 2007, 9, pp. 473-477.

6. CONCLUSIONI

Il lavoro condotto si proponeva di fornire una prima risposta a due quesiti fondamentali per l'evoluzione del *private enforcement* del diritto della concorrenza nel nostro ordinamento.

Il primo interrogativo riguardava la possibilità di definire, sotto il profilo soggettivo, le categorie di attori astrattamente legittimati a proporre un'azione risarcitoria per violazione della normativa antitrust nazionale ai sensi dell'art. 33.

Sul punto, si è dato conto delle evoluzioni registrate a livello nazionale dalla giurisprudenza di legittimità, con il passaggio da un approccio formalistico - essenzialmente riconducibile alle complessità connesse alla tematica delle intese a valle - a una visione sostanzialistica, attenta alla dimensione economica dei rapporti tra i soggetti del mercato, sulla scorta delle posizioni nel frattempo assunte dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*.

Per questa via, la Cassazione è pervenuta a riconoscere che l'illecito anticoncorrenziale è in grado di determinare alterazioni delle normali dinamiche competitive tali da pregiudicare la sfera giuridico-patrimoniale di tutti gli attori che partecipano al gioco concorrenziale, di talché la legittimazione ad attivare le tutele previste dall'art. 33 della Legge Antitrust deve essere riconosciuta a chiunque 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.

Sebbene le pronunce di legittimità prendano espressamente in considerazione le sole categorie dei concorrenti e, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite nel 2005, dei consumatori, nel presente contributo si è sostenuto che i criteri individuati dalla giurisprudenza di legittimità non escludono a priori nessuna delle principali categorie dei soggetti potenzialmente esposti alle conseguenze pregiudizievoli e "plurioffensive" dell'illecito antitrust, che per loro natura tendono a propagarsi attraverso molteplici direttive, secondo uno schema che si è definito "a raggiera".

Il canone dell' "interesse alla concorrenzialità del mercato" infatti, in ragione del suo carattere diffuso appare senza troppe difficoltà riferibile non solo a consumatori e concorrenti, ma anche ai professionisti – e dunque a figure quali i fornitori, i distributori, i

lavoratori, i soci/finanziatori delle imprese a diverso titolo coinvolte nell'illecito – che possono risultare vittime designate o incidentali della violazione antitrust. Peraltro, si è rilevato che tale ricostruzione appare pienamente compatibile con i principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage* e ribaditi nella successiva pronuncia *Manfredi*, e per questa via facilita lo sviluppo da parte delle Corti nazionali di una prassi applicativa tendenzialmente parallela per le violazioni della normativa nazionale e delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza.

Le conclusioni raggiunte hanno indotto a domandarsi – in coerenza con gli obiettivi della presente indagine - se e in che limiti l'impianto concettuale in tema di legittimazione all'azione privata prefigurato dalla Cassazione sia in grado di rapportarsi alla complessa fenomenologia del danno antitrust e di sopportarne l'urto. A questo proposito, l'indagine è stata rivolta all'esperienza dell'ordinamento statunitense, non solo in ragione della più che centenaria applicazione delle norme antitrust alle controversie tra privati che caratterizza tale contesto, ma soprattutto in considerazione delle profonde similitudini che intercorrono tra l'attuale contesto delle azioni risarcitorie antitrust nell'ambito del nostro ordinamento (e di quello comunitario) e quanto vissuto dal *private enforcement* statunitense per oltre metà della sua esistenza.

Tale indagine ha offerto i seguenti spunti di riflessione: in primo luogo, l'evoluzione del *private enforcement* americano sembra dimostrare con chiarezza che un accesso indifferenziato alla tutela risarcitoria da parte di tutti coloro che per le ragioni più diverse e secondo le parabole più varie possono risultare pregiudicati da una condotta anticoncorrenziale è in grado di tradursi in un eccesso di contenzioso, paradossalmente suscettibile di disincentivare le imprese dall'adozione di comportamenti aggressivi ma leciti e per questa via di pregiudicare la coerenza stessa del sistema di repressione degli illeciti antitrust.

Proprio per fronteggiare tale rischio concreto, la Corte Suprema degli Stati Uniti - immediatamente a valle di una fase storica del *private enforcement* americano che presenta delle forti analogie con l'attuale scenario a livello nazionale e comunitario – ha individuato quale ulteriore requisito di legittimazione di carattere generale, la nozione di *antitrust injury*, su cui si è concentrata la seconda parte della presente ricerca.

In particolare, il requisito in questione – secondo la ricostruzione elaborata in questa sede - limita le conseguenze risarcibili esclusivamente a quelle per cui sussista una relazione causale con gli effetti anticompetitivi tipici che la disposizione antitrust che si assume violata intende prevenire (c.d. danno causalmente qualificato). Di conseguenza, la disponibilità del rimedio risarcitorio viene limitata solo ad alcuni dei pregiudizi (o delle parabole di danno) che possono essere causati da un comportamento anticoncorrenziale, escludendo così quei danni che ad esempio risultino conseguenza di un effetto pro-concorrenziale del comportamento posto in essere in violazione della normativa antitrust.

In secondo luogo, l'applicazione concreta del requisito dell'*antitrust injury* da parte delle corti statunitensi - dettagliatamente passata in rassegna nel par. 4.6 - non comporta nessuna preclusione assoluta per le singole categorie di potenziali attori, anche qualora questi ultimi risultino vittime incidentali dell'illecito e/o non appartengano al mercato rilevante su cui si è determinata la violazione: tuttavia, essa incide più significativamente sull'accesso alla tutela risarcitoria da parte dei concorrenti e dei professionisti (ivi inclusi lavoratori e soci/finanziatori), i cui danni, a differenza di quelli solitamente patiti dai consumatori finali, non sempre risultano allineati con gli interessi protetti dalla normativa antitrust, così come espressi dalla singola disposizione rilevante nel caso considerato.

Alla luce delle indicazioni emerse dall'esperienza americana e dei parallelismi sussistenti con l'attuale scenario del *private enforcement* a livello comunitario e nazionale, si è affrontato il secondo dei quesiti proposti, specificamente volto a verificare se e in che limiti sia possibile fare riferimento nel nostro sistema dell'illecito antitrust (e più in generale nel più ampio contesto dell'istituto della responsabilità civile extracontrattuale) al requisito del danno causalmente qualificato, così da individuare un criterio di carattere generale che sotto il profilo oggettivo consenta di predeterminare e limitare le specifiche circostanze in cui le singole categorie di potenziali attori possano ottenere il ristoro dei danni subiti a seguito di un illecito antitrust.

Per quanto tale quesito possa sembrare intempestivo – e per certi versi provocatorio – dato l'attuale stato di sotto sviluppo delle azioni civili antitrust sia a livello comunitario che nazionale e i rilevanti sforzi posti in essere dalle istituzioni competenti per favorire il ricorso da parte dei privati a tale forma di tutela, la sua rilevanza appare non secondaria, in quanto consentirebbe di dotarsi già da ora degli strumenti interpretativi necessari per rapportarsi

alla complessa fenomenologia del danno antitrust, e di individuare "in anticipo" un criterio generale di selezione degli interessi meritevoli di tutela che consenta uno sviluppo equilibrato del rimedio risarcitorio antitrust, assicurando il risarcimento solo nel caso in cui sussista un effettivo allineamento tra l'interesse individuale e quello generale alla tutela della concorrenza espresso dalla disciplina rilevante.

A questo proposito, l'analisi condotta ha portato ad escludere che, a differenza di quanto ipotizzato sinora dalla dottrina, il requisito del danno causalmente qualificato trovi già espressione nel nostro ordinamento attraverso i principi che nell'ambito dell'indagine sul nesso causale, governano l'accertamento della causalità giuridica, e in particolare attraverso la teoria dello scopo della norma violata: tale teoria infatti non solo risulta aver ottenuto uno scarso seguito nella dottrina più recente ed un limitatissimo riconoscimento a livello giurisprudenziale, ma appare logicamente incompatibile con i più recenti orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione che riconducono il giudizio causale sugli illeciti commissivi ad una dimensione meramente materiale e probabilistica e non anche teleologica.

Al contrario, si sono riscontrati dei significativi margini interpretativi per recuperare alla teoria del danno causalmente qualificato uno spazio di operatività nell'ambito dell'indagine sull'ingiustizia del danno. In questo senso si è osservato che uno dei principali passaggi della sentenza 2207/05 con cui la Cassazione aveva aperto il "nuovo corso" del risarcimento antitrust fa espressamente riferimento alla necessità per l'attore di allegare uno <u>specifico pregiudizio</u> conseguente alla rottura o alla diminuzione del carattere competitivo del mercato. Tale riferimento sembra suggerire, da un lato, che anche in materia antitrust un ruolo fondamentale in ambito risarcitorio sia da attribuirsi alla natura e alle caratteristiche del danno in concreto patito dalla pretesa vittima del comportamento anticoncorrenziale e, dall'altro, che in tale contesto l'ingiustizia del danno presuppone un allineamento per così dire qualificato tra la posizione del singolo e la lesione della concorrenza determinatasi nella singola fattispecie dedotta in giudizio. Per questa via, il requisito del danno causalmente qualificato, risultando per l'appunto volto a verificare la coerenza tra le pretese risarcitorie e le ragioni per cui è configurabile una violazione della normativa a tutela della concorrenza (così come individuate dalla singola norma o principio applicabile al caso di specie), si presta a una concreta applicazione nell'ambito del nostro sistema dell'illecito antitrust, accreditandosi quale effettivo meccanismo di selezione delle conseguenze risarcibili.

Pertanto, in assenza di un danno causalmente qualificato, la pretesa risarcitoria dell'attore dovrà essere respinta perché priva del requisito dell'ingiustizia.

D'altra parte, tale ricostruzione consente anche in ambito antitrust di riconoscere alla clausola dell'ingiustizia del danno e alla figura della vittima dell'evento dannoso la centralità che ad essi compete nel nostro sistema della responsabilità civile. Inoltre, essa appare coerente con le posizioni assunte dalla Corte di Giustizia comunitaria nel caso *Courage*, dove il danno lamentato dalla vittima – per quanto peculiare - risultava comunque strettamente connesso all'effetto anticoncorrenziale che la prescrizione violata intendeva prevenire.

Dalle risposte fornite ai due quesiti oggetto di approfondimento, si è tentato infine di ricostruire in termini pratici le situazioni in cui il danno subito dalla vittima di una violazione antitrust può assumere carattere di ingiustizia ai sensi dell'art. 2043 c.c., individuando le condizioni a cui tale riconoscimento è subordinato.

In particolare, si è ritenuto di poter schematizzare il quadro di riferimento nei seguenti termini:

Quando l'attore (consumatore, concorrente o professionista che sia) risulta la vittima designata della condotta anticoncorrenziale, si deve ritenere che l'ingiustizia del danno sia in *re ipsa*, riscontrandosi un pieno allineamento tra gli interessi fatti valere dalla vittima (a qualunque categoria appartenga) e le finalità della normativa antitrust, così come espresse dalla singola fattispecie rilevante.

Quando l'attore rappresenta il soggetto attraverso il cui danno la violazione antitrust determina i suoi effetti anticoncorrenziali, la sussistenza di un danno causalmente qualificato - e dunque ingiusto (secondo la ricostruzione proposta) - deve considerarsi oggetto di una presunzione assoluta.

Quando l'attore invece è una vittima incidentale dell'illecito antitrust, la sussistenza dell'ingiustizia del danno dovrà essere accertata caso per caso, facendo ricorso alla nozione di danno causalmente qualificato e dunque andando a verificare in concreto se il danno lamentato dalla vittima costituisce concretizzazione dell'effetto tipico della violazione che

la specifica fattispecie antitrust rilevante era volta ad evitare. Ove ciò non risulti, l'attore non sarà in grado di allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione del carattere competitivo del mercato così come richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, e per questa via di dimostrare l'esistenza di un danno ingiusto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A.B.A., *ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (FIFTH EDITION)*, American Bar Association (2002)

G. Afferni *IL RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST COMUNITARIO: COMPETENZA, DANNO RISARCIBILE E PRESCRIZIONE* in Danno e Responsabilità, 2007, 1, pp. 26 - 33

R. Alessi e G. Olivieri, *LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*, Giappichelli, Torino, 1991

A. Alì, *QUESTIONI IN TEMA DI EFFICACIA DIRETTA DELLE DIRETTIVE NON RECEPITE NEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI,* in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1996, 6, p. 752 ss.

G. Alpa, *LA RIFORMULAZIONE DELLE CONDIZIONI GENERALI DEI CONTRATTI DELLE BANCHE*, in I Contratti*,* 1996, p. 5 ss.

G. Alpa, *LA RESPONSABILITÀ CIVILE*, in Trattato di Diritto Civile*,* Giuffré, Milano, 1999

C. Alvisi, *CONCORRENZA SLEALE, VIOLAZIONE DI NORME PUBBLICISTICHE E RESPONSABILITÀ*, Giuffré, Milano, 1997

F. Ambrosiani, *NORME BANCARIE UNIFORMI E DIRITTO DELLA CONCORRENZA,* in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 1999, 2, pp. 750 – 759

C. Andrelang, *DAMAGES FOR THE INFRINGEMENT OF ART. 81 EC BY CARTEL AGREEMENTS ACCORDING TO SEC. 33(3) GWB: THE CHANGES OF LAW CONCERNING THE "PROTECTIVE LAW" REQUIREMENT AND THE "PASSING ON" DEFENCE***,** in World Competition, 2007, 4, pp. 573-593

J. C. Anderson, *Good "brick" walls make good neighbors: should a State Court certify a multistate or nationwide class of indirect purchasers,* 70 Fordham Law Review 2019 (2002)

A. Andreangeli, *The enforcement of Article 81 EC Treaty bifore national courts after the House of Lords' decision in the innterpreneur Pub Co LTD v. Crehan*, in European Law Review, 2007, 32(2), pp. 260-270

P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, II edition, Vol II, Aspen Publishers, New York (2000)

T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in Saggi di diritto commerciale, Giuffré, Milano, 1955

D. I. Baker, *Revisiting history – What have we learned about private enforcement that we would recommend to others?*, 16 Loyola Consumer Law Review 379 (2004)

D. A. Balto & E. A. Nagata, *Proof of competitive effects in monopolization cases: a response to Professor Muris*, 68 Antitrust Law Journal 309 (2000)

M. Barcellona, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in Rivista di Diritto Civile, 1973, pp. 311 - 371

A. Barletta, *Le domande dei consumatori nei confronti dei responsabili di comportamenti anticoncorrenziali: questioni di competenza, legittimazione ed interesse ad agire*, in Rivista di Diritto Processuale, 2006, 1, pp. 375 - 388

R. Barry, *Private Enforcement of Competition Law, the Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the United Kingdom, 2000-2005*, in European Competition Law Review, 2008, 19(2), pp. 96 - 116

S. Bastianon, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in Danno e Responsabilità, 1996, 5, pp. 559 - 560

S. Bastianon, *ANTITRUST E RISARCIMENTO DEL DANNO: ATTO SECONDO,* in Danno e Responsabilità, 1997, 5, p. 605

S. Bastianon, *IL RISARCIMENTO DEL DANNO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST IN INGHILTERRA E IN ITALIA,* in Danno e Responsabilità, 1998, 12, p. 1066 e ss.

S. Bastianon, *INTESA ILLECITA E RISARCIMENTO DEL DANNO A FAVORE DELLA PARTE DEBOLE,* in Danno e Responsabilità, 12/2001, pp. 1153-1160

S. Bastianon, *NULLITÀ A "CASCATA"? DIVIETI ANTITRUST E TUTELA DEL CONSUMATORE,* in Danno e Responsabilità, n. 11/2003, pp. 1068 - 1076

S. Bastianon, *ANTITRUST E TUTELA CIVILISTICA: ANNO* ZERO, in Danno e Responsabilità, 4/2003, pp. 393 - 398

S. Bastianon, *DAI BUONI PASTO AI" CONCETTI GIURIDICI INDETERMINATI": OVVERO COME CAMBIA IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SUGLI ATTI DELL'AUTORITÀ ANTITRUST* in Il Foro italiano, 2005, 1 pp. 7 - 10

S. Bastianon, *TUTELA ANTITRUST DEL CONSUMATORE FINALE*, in Danno e Responsabilità, 2006, pp. 1134 - 1138

S. Bastianon, *TUTELA RISARCITORIA ANTITRUST, NESSO CAUSALE E DANNI "LUNGOLATENTI"*, in Corriere Giuridico, 2007, 5, pp. 648 - 653

J. P. Bauer, *THE STEALTH ASSAULT ON ANTITRUST ENFORCEMENT: RAISING THE BARRIERS FOR ANTITRUST INJURY AND STANDING*, 62 University of Pittsburgh Law Review 437 (2001)

G. J. Benston, *INDIRECT PURCHASERS' STANDING TO CLAIM DAMAGES IN PRICE FIXING ANTITRUST ACTIONS: A BENEFIT/COST ANALYSIS OF PROPOSALS TO CHANGE THE ILLINOIS BRICK RULE*, 55 Antitrust Law Journal 213 (1986)

A. Bertolotti, *ILLEGITTIMITÀ DI NORME BANCARIE UNIFORMI (NBU) PER CONTRASTO CON LE REGOLE ANTITRUST, ED EFFETTI SUI CONTRATTI A VALLE: UN'IPOTESI DI SOLUZIONE AD UN PROBLEMA DIBATTUTO,* in Giurisprudenza Italiana, 1997, IV, pp. 345-353

A. Bertolotti, *LE NORME BANCARIE UNIFORMI (NBU) E LE REGOLE ANTITRUST: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA,* nota a Trib. Genova, Ord. 21.5.1996, in Giurisprudenza Italiana, 1997, I, pp. 167 - 174

A. Bertolotti, *ANCORA SU NORMA ANTITRUST E CONTRATTI A VALLE*, in Giurisprudenza Italiana, 2000, 10, p. 1876 ss.

R. D. Blair & J.L. Harrison, *RETHINKING ANTITRUST INJURY*, 42 Vanderbilt Law Review 1539 (1989)

R. D. Blair & J.L. Harrison, *REEXAMINING THE ROLE OF ILLINOIS BRICK IN MODERN ANTITRUST STANDING ANALYSIS*, 68 The George Washington Law Review 1 (1999)

M. M. Blecher & J. R. Noblin, *THE CONFLUENCE OF MUDDIED WATERS: ANTITRUST CONSEQUENTIAL DAMAGES AND THE INTERPLAY OF PROXIMATE CAUSE, ANTITRUST INJURY, STANDING AND DISAGGREGATION*, 13 St. John's Journal of Legal Commentary 145 (1998)

U. Boge, *LENIENCY PROGRAMS AND THE PRIVATE ENFORCEMENT OF EUROPEAN COMPETITION LAW*, IN *PRIVATE ENFORCEMENT OF EC COMPETITION LAW*, a cura di J. Basedow, Kluwer Law International, 2007

C. Bona, *LA MORTE DEL DANNO EVENTO,* in Il Foro Italiano, 2004, 3, pp. 782 - 786

M. Bona, NESSO DI CAUSA E TUTELA RISARCITORIA DEI CONGIUNTI: IL NUOVO ART. 1223 C.C, IN IL NESSO DI CAUSA NEL DANNO ALLA PERSONA, IPSOA, Milano, 2005

M. Bona, *CAUSALITÀ CIVILE: IL DECALOGO DELLA CASSAZIONE A DUE 'DIMENSIONI' DI ANALISI*, in Corriere Giuridico, 2008, I, pp. 42 - 65

R. Bordon, *IL NESSO DI CAUSALITÀ*, UTET, Torino, 2006

W. Breit – K. G. Elzinga, *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT: THE NEW LEARNING*, 28 J. L. & Econ. 405, 440 (1985)

J. F. Brodley, *ANTITRUST STANDING IN PRIVATE ANTITRUST MERGER CASE: RECONCILING PRIVATE INCENTIVES AND PUBLIC ENFORCEMENT GOALS,* 94 Michigan Law Review 1 (1995)

C. Brown, BAYER V. COMMISSION: THE ECJ AGREES, in European Competition Law Review, 2004, 7, pp. 386-389

E. Callegari, *TUTELA DEL TITOLO DELLA TESTATA EDITORIALE, DELLE RUBRICHE E LIMITI DI APPLICAZIONE DELL'ART. 2598, N. 3 C.C. ALLE VENDITE SOTTOCOSTO DI GIORNALI PANINO,* in Rivista di Diritto Industriale, 2006, 6, p. 339-344

R. Calvo, *DIRITTO ANTITRUST E CONTRATTI ESECUTIVI DELL'INTESA VIETATA (CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI FOLGEVERTRAGE*, in I Contratti, 2/2005, pp. 181 - 195

F. Cammelli, *LE CLAUSOLE ABI TRA POLITICA COMUNITARIA ANTITRUST E PROMOZIONE DELLA CONSUMER CONFIDENCE: LA SENTENZA BAGNASCO,* in Diritto dell'Unione Europea, 2000, 2, pp. 331 – 347

G. Campobasso, *DIRITTO COMMERCIALE 2*, Diritto delle Società, 5 ed., UTET, Torino, 2002

G. Canale, *I CONSUMATORI E LA TUTELA ANTITRUST*, in Giurisprudenza Italiana, 2005, 8-9, pp. 1675 - 1680

M. Capecchi, *IL NESSO DI CAUSALITÀ MATERIALE E IL CONCORSO DI CAUSE* IN *I FATTI ILLECITI*, a cura di G. Visintini, CEDAM, Padova, 1999

M. Capecchi, *NESSO DI CAUSALITÀ E PERDITA DI CHANCES: DALLE SEZIONI UNITE PENALI ALLE SEZIONI UNITE CIVILI,* in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2008, 5, II, p. 143 - 163

R. Caponi, UNA LETTERATURA DI INTERROGATIVI IN ATTESA DELLA GIURISPRUDENZA, in Il Foro Italiano, 2008, 6, pp. 180 - 185

V. Carbone, IL FATTO DANNOSO NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE, Jovene, Napoli, 1969

M. Carpagnano, IL DANNO DOPPIO: BREVE COMMENTO ALLA SENTENZA DEL GIUDICE DI PACE DI BITONTO NEL CASO MANFREDI, in Danno e Responsabilità, 2007, 12, pp. 1280 - 1285

A. Caruso, *COLPA NELL'ILLECITO ANTITRUST,* in Danno e Responsabilità, 1998, 2, pp. 118-135

C. Castronovo, *ANTITRUST E ABUSO DI RESPONSABILITÀ CIVILE*, in Danno e Responsabilità, 5, 2004, p. 470

C. Castronovo, *RESPONSABILITÀ CIVILE E ANTITRUST: BALOCCHI E PROFUMI*, in Danno e Responsabilità, 12, 2004, pp. 1165 - 1169

E. Cavanagh, *ANTITRUST REMEDIES REVISITED*, 84 Oregon Law Review 147 (2005)

P. Cendon, *CONDOTTE DOLOSE E CAUSALITÀ GIURIDICA* IN *PERSONA E DANNO*, a cura di P. Cendon, Giuffré, Milano

G. Colangelo, *INTESE OBTORTO COLLO E RISARCIBILITÀ DEL DANNO: LE IMPROBABILI ACROBAZIE DELL'ANTITRUST COMUNITARIO*, in Corriere Giuridico, 2002, pp. 456-460

G. Colangelo, *INTESE RESTRITTIVE E LEGITTIMAZIONE DEI CONSUMATORI FINALI EX ART. 33 LEGGE ANTITRUST*, in Il Diritto Industriale 2003, 2, pp. 175 - 177

G. Colangelo, *INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL CONSUMATORE***,** in Danno e Responsabilità, 2003, 12, pp. 1183 - 1184

G. Colangelo, *ANTITRUST, CARTELLI E CONSUMATORI: L'EPILOGO DELL'AFFAIRE RC AUTO*, in Il Diritto Industriale, 2005, 2, pp. 188 - 191

G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria, note a prima lettura dell'art. 140 bis del Codice del Consumo*, in Il Foro Italiano, 2008, 1, pp. 17 - 24

R. Criscuoli, *Pratiche concordate e mercato oligopolistico: il problema della prova*, in Il Foro amministrativo Tar, 2002, 2, pp. 498 - 511

A. Cucinotta, *Oligopolio e predazione: fatti e credenze nel caso Liggett*, in Giurisprudenza Commerciale, 1994, 4, pp. 522 - 532

R.W. Davis, *Indirect Purchaser Litigation: ARC America's chickens come home to roost on the Illinois Brick wall*, 65 Antitrust Law Journal 375 (1997)

R. W. Davis, *Standing on shaky ground: the strangely elusive doctrine of antitrust injury*, 70 Antitrust Law Journal 697 (2003)

C. P. Dean, *Davidson v. Microsoft Corporation: re-examining Maryland's Illinois Brick rule against indirect purchasers*, 33 University of Baltimore Law Review 69 (2003)

J. C. Dearing, *Maximum resale price maintenance and the antitrust injury requirement,* 58 Cincinnati Law Review 689 (1989)

L. Delli Priscoli, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in Giurisprudenza Commerciale, 1999, 3, pp. 226 - 237

L. Delli Priscoli, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in Danno e Responsabilità, 10/2005, pp. 949 - 956

C. Desogus, *Parallel trade and pharmaceutical R&D: the pitfalls of the rule of reason*, in European Competition Law Review, 2008, 11, pp. 649 - 665

L. Di Giambattista, *DAMAGES ACTIONS FOR BEACH OF EC TREATY ANTITRUST RULES: A CRITICAL ASSESSMENT OF THE EUROPEAN COMMISSION'S GREEN PAPER*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 4/2006, pp. 729 - 746

A. Di Majo, *IL RISARCIMENTO DA ADEMPIMENTO DEL* CONTRATTO, in Europa e Diritto Privato, 2002, pp. 791 - 796

L. Di Via, *L'INVALIDITÀ DEI CONTRATTI TRA IMPRENDITORI*, IN *DIRITTO PRIVATO EUROPEO,* a cura di N. Lipari, CEDAM, Padova, 1997

B. Di Vito, *LE SEZIONI UNITE SUL NESSO DI CAUSALITÀ OMISSIVA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEL MEDICO*, in Corriere Giuridico, 2003, 3, pp. 354 - 360

M. L. Dolan, *THE MINNESOTA TOBACCO CASE: REASONED ANTITRUST ANALYSIS*, 25 Hamline Law Review 193 (2002)

S. Drake, *SCOPE OF COURAGE AND THE PRINCIPLE OF "INDIVIDUAL LIABILITY" FOR DAMAGES: FURTHER DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION BY THE COURT OF JUSTICE,* in European Law Review, 2006, 31(6), 841-864

C. B. Durbin, *"TO SAY THE GREATEST MATTERS IN THE SIMPLEST WAY": A FIRST ECONOMIC INJURY RULE AS A RESTATEMENT OF DIRECTNESS STANDING REQUIREMENTS IN FEDERAL ANTITRUST LAW,* 75 Washington Law Review 549 (2000)

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, CEDAM, Padova, 2005

D. S. Evans, *DODGING THE CONSUMER HARM INQUIRY: A BRIEF SURVEY OF RECENT GOVERNMENT ANTITRUST CASES*, 75 St. John's Law Review 545 (2001)

P. Fabbio, *L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA*, Giuffré, Milano, 2006

G. Faella, *BOICOTTAGGIO COLLETTIVO, RISARCIMENTO DEL DANNO E TUTELA GIURISDIZIONALE,* in Il Diritto Industriale, 2004, 12, 2, pp. 170 - 177

G. Faella, *RESPONSABILITÀ PER DANNI DA BOICOTTAGGIO. L'ILLECITO ANTITRUST: NESSO CAUSALE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO* in Danno e Responsabilità, 2004, 6, pp. 661 - 665

G. Falcone, *ANCORA SULL'INVALIDITÀ DEI CONTRATTI A VALLE PER CONTRASTO DELLE NORME BANCARIE UNIFORMI CON LA DISCIPLINA ANTITRUST* in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 2001, II, pp. 99 - 109

P. Fattori e M. Todino, *LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA IN ITALIA*, Il Mulino, Bologna, 2004

M. Feola, *IL DANNO DA PERDITA DELLE CHANCES DI SOPRAVVIVENZA È ACCOLTO IN CASSAZIONE,* in Danno e Responsabilità, 2005, 1, pp. 49 - 56

A. Ferraro, *LA STORIA INFINITA DEL CASO RC AUTO: TRA DIRITTO ITALIANO E DIRITTO COMUNITARIO,* in Il Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 2008, 1, pp. 107 – 157

C. D. Floyd, *ANTITRUST VICTIMS WITHOUT ANTITRUST REMEDIES: THE NARROWING OF STANDING IN PRIVATE ANTITRUST ACTIONS*, 82 Minnesota Law Review 1 (1997)

C. D. Floyd & E. T. Sullivan, *PRIVATE ANTITRUST ACTIONS*, Little Brown and Company (1996)

C. D. Floyd & E. T. Sullivan, *PRIVATE ANTITRUST ACTIONS: CUMULATIVE SUPPLEMENT*, Little Brown and Company (2005)

A. A. Foer, AN INDIRECT QUESTION, in Competition Law Insight, Settembre 2007.

M. Franzoni, *L'ILLECITO*, Giuffré, Milano, 2004

M. Franzoni, *IL DANNO RISARCIBILE*, Giuffré, Milano, 2004

A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, *La tutela civile: profili sostanziali*, in Diritto Antitrust Italiano, AA.VV., Vol. II, Zanichelli, Bologna, 1993

A. Frignani e M. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4 Ed., UTET, Torino, 1996

F. Galgano, *La società per azioni*, nel Trattato di Diritto Commerciale e Pubblico dell'Economia, 2 Ed., Vol. VII, Padova, 1998

A. I. Gavil, *Federal judicial power and the challenges of multijurisdictional direct and indirect purchaser antitrust litigation,* 69 The George Washington Law Review 861 (2001)

E. Gellhorn - W. Kovacic - S. Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell,* West (2004)

A. Genovese, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana,* in Rivista delle Società, 1992, 3, pp. 681 - 730

A. Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Catanzaro, 2005

F. Ghezzi, *Verso un antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in Rivista delle Società, 2002, 2 - 3, pp. 499 - 595

G. Ghidini e M. Panucci, *Le controversie in materia antitrust alla luce del regolamento comunitario n. 1/2003*, in Il Diritto Industriale, 2004/1, p. 61-68

G. Gioia, *Vecchie intese e nuove nullità*, in Giustizia Civile, 2000, pp. 3-25

A. Giussani, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in Giurisprudenza Italiana, 2008, 2, pp. 396-397

F. Gobbo, *IL MERCATO E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA*, Il Mulino, Bologna, 1997

A. V. Guccione, *INTESE VIETATE E CONTRATTI INDIVIDUALI A VALLE: ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA C.D. INVALIDITÀ DERIVATA*, in Giurisprudenza Commerciale, 1999, 4, II, pp. 453 - 459

G. Guizzi, *MERCATO CONCORRENZIALE E TEORIA DEL CONTRATTO*, in Rivista di. Diritto Commerciale, 1999, p. 67-129

R. G. Harris & L. A. Sullivan, *PASSING ON THE MONOPOLY OVERCHARGE: A COMPREHENSIVE POLICY ANALYSIS*, 128 University of Pennsylvania Law Review 269 (1979)

N. W. Hawker, *THE NEW ANTITRUST PARADOX: ANTITRUST INJURY*, 44 Rutgers Law Review 101 (1991)

S. D. Houck, *INJURY TO COMPETITION/CONSUMERS IN HIGH TECH CASES*, 75 St. John's Law Review 593 (2001)

H. Hovenkamp, *ANTITRUST'S PROTECTED CLASSES,* 88 Michigan Law Review 1 (1989)

H. Hovenkamp, *THE INDIRECT PURCHASER RULE AND COST PLUS SALES*, 103 Harvard Law Review 1717 (1990)

H. Hovenkamp, *THE ANTITRUST ENTERPRISE: PRINCIPLE AND EXECUTION 59,* Cambridge: Harvard University Press 2005

P. Iannuccelli, *IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN ITALIA, OVVERO PUÒ IL DIRITTO ANTITRUST SERVIRSI DEL CODICE CIVILE?*, in Rivista delle Società, 2006, pp. 710-796

P. Ichino, *Contrattazione COLLETTIVA E ANTITRUST: UN PROBLEMA APERTO*, in Mercato, concorrenza e regole, 2000, 3, pp. 635-649

B. Inzitari, *ABUSO DI INTESA ANTICONCORRENZIALE E LEGITTIMAZIONE AQUILIANA DEL CONSUMATORE PER LESIONE ALLA LIBERTÀ NEGOZIALE*, in Contratto e impresa, 2005, 3, p. 911-926

N. Irti, *LA CONCORRENZA COME STATUTO NORMATIVO*, IN *LA CONCORRENZA TRA ECONOMIA E DIRITTO*, a cura di N. Lipari e I. Musu, Laterza, Bari, 2000

M. S. Jacobs, *LESSONS FROM THE PHARMACEUTICAL ANTITRUST LITIGATION: INDIRECT PURCHASERS, ANTITRUST STANDING AND ANTITRUST FEDERALISM*, 60 Saint Louis University Law Journal 59 (1998)

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 273 (1998)

R. D. Joffe, *ANTITRUST LAW AND PROOF OF CONSUMER INJURY*, 75 St. John's Law Review 615 (2001)

I. Johnson, *RESTITUTION ON BEHALF OF INDIRECT PURCHASERS: OPENING THE BACKDOOR TO ILLINOIS BRICK*, 57 Washington & Lee Law Review 1005 (2000)

A. Jones & D. Beard, *CO-CONTRACTORS, DAMAGES AND ARTICLE 81: THE ECJ FINALLY SPEAKS*, European Competition Law Review 246 (2002)

C. Jones, Private, *PRIVATE ENFORCEMENT OF THE ANTITRUST LAW IN EU, UK AND USA*, Oxford University Press (1999)

D. R. Karon, "*YOUR HONOUR, TEAR DOWN THAT ILLINOIS BRICK WALL!" THE NATIONAL MOVEMENT TOWARD INDIRECT PURCHASER ANTITRUST STANDING AND CONSUMER JUSTICE,* 30 William Mitchell Law Review 1351 (2004)

I. Kokkoris, *PURCHASE PRICE FIXING: A PER SE INFRINGEMENT?*, in European Competition Law Review, 2007, 9, pp. 473-477

A. P. Komminos, *New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, in Common Market Law Review, 2002, 447

A. P. Komninos, *Enter the White Paper for damages actions: a first selective appraisal*, in Global Competition Policy, April 2008, disponibile all'indirizzo web www.globalcompetitionpolicy.org

A. P. Komminos, *EC Private enforcement*, Hart Publishing, 2008

S. La China, *Commento sub art. 33*, in *Concorrenza e Mercato*, a cura di G. Alpa e V. Afferni, CEDAM, Padova, 1994

R. H. Lande & J. Langenfeld, *The perfect caper? Private damages and the Microsoft case*, 69 The George Washington Law Review 902 (2001)

R. H. Lande & J. P. Davis, *An evaluation of private antitrust enforcement: 29 case studies,* Interim Report, 8 novembre 2006

W. M. Landes & R. A. Posner, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*, 46 University of Chicago Law Review (1979)

J. M. Lave, *Umbrella standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims*, The Antitrust Bulletin, Spring 2003, 223 (2003)

M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust,* in Giurisprudenza Commerciale, 1998, I, pp. 649 - 679

M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Rivista di Diritto Commerciale, 2002, pp. 433-462

M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in Danno e Responsabilità, 2004, 10, pp. 933 - 941

M. Libertini, *ANCORA SUI RIMEDI CIVILI CONSEGUENTI AD ILLECITI ANTITRUST*, in Danno e Responsabilità, 2005, 3, pp. 237 - 251

M. Libertini, *Le AZIONI CIVILI DEL CONSUMATORE CONTRO GLI ILLECITI ANTITRUST*, in Corriere Giuridico, 2005, 8, pp. 1093 - 1098

M. Libertini e G. Scognamiglio, *ILLECITO DEL TERZO E LEGITTIMAZIONE DEL SOCIO ALL'AZIONE RISARCITORIA,* in Rivista di Diritto Privato, 2002, 2, pp. 405 - 416

B. Libonati, *RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE PER VIOLAZIONE DI NORME ANTITRUST*, in Danno e Responsabilità, 2005, 5, pp. 506 - 508

C. Lo Surdo, *IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA TRA VECCHIE E NUOVE NULLITÀ*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2004, 2, 175 - 220

J. E. Lopatka & W. H. Page, *WHO SUFFERED ANTITRUST INJURY IN THE MICROSOFT CASE*, 69 The George Washington Law Review 829 (2001)

J. E. Lopatka & W. H. Page, *INDIRECT PURCHASER SUITS AND THE CONSUMER INTEREST*, 48 Antitrust Bulletin 531 (2003)

A. Mantelero, *PER QUALCHE LIRA IN PIÙ O DEL DANNO AI CONSUMATORI BEI CONTRATTI A VALLE DI UN'INTESA ANTICONCORRENZIALE,* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, 1, 329 - 352

A. A. Marasco, *TRACING AN ANTITRUST INJURY IN SECONDARY LINE PRICE DISCRIMINATION CASES***,** 50 Fordham Law Review 909 (1982)

M. Mastrodonato, *LA LEGITTIMAZIONE DEI CONSUMATORI ALLA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEI DANNI DA CONDOTTA ANTICONCORRENZIALE*, in Giurisprudenza Italiana, 2005, II, pp. 2062 - 2066

A. C. Mastrolilli, *ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E RISARCIMENTO DEL DANNO*, in Diritto Industriale, 2003, 6, p. 556

M. Maugeri, *SULLA TUTELA DI CHI CONCLUDE UN CONTRATTO CON UN'IMPRESA CHE PARTECIPA AD UN'INTESA VIETATA,* in Rivista di Diritto Commerciale, 2003, 11 - 12, pp. 347 - 357

G. S. McCurdy, *THE IMPACT OF THE EU COMPETITION LAW SYSTEM ON THE COURTS AND PRIVATE ENFORCEMENT OF THE COMPETITION LAWS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE,* in European Competition Law Review, 2004, 8, pp. 509-517

H. K. McShain, *STILL ALIVE: ANTITRUST INJURY REMAINS A PART OF THE STANDING INQUIRY UNDER SECTIONS 4 AND 16 OF THE CLAYTON ACT DESPITE THREE RECENT APPELLATE COURT DECISIONS*, 75 Notre Dame Law Review 761 (1999)

M. Meli, *RISARCIMENTO DEL DANNO E INIBITORIA PER VIOLAZIONE DI NORME ANTITRUST,* in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1996, 6, p. 752

M. Meli, *AUTONOMIA PRIVATA, SISTEMA DELLE INVALIDITÀ E DISCIPLINA DELLE INTESE ANTICONCORRENZIALI*, Giuffré, Milano, 2001

M. Meli, *I PROGRAMMI DI CLEMENZA (LENIENCY) E L'AZIONE PRIVATA*, disponibile all'indirizzo web http://www.lex.unict.it/atti/0506-10-07/marisa_meli.pdf

P. G. Monateri, *NESSO CAUSALE E DETERMINAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ*, in Responsabilità Civile e Previdenza, 1983, pp. 456 - 460

S. Montemaggi, *PRATICHE ANTICONCORRENZIALI: TUTELA RISARCITORIA DEL CONSUMATORE FINALE*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2006, 7- 8, I, pp. 668-677

G. Monti, *ANTICOMPETITIVE AGREEMENTS: THE INNOCENT PARTY'S RIGHT TO DAMAGES*, in European Law Review, 2002, pp. 282 - 302

M. Monti, *Il CONSUMATORE, OPERATORE E BENEFICIARIO DELLA POLITICA COMUNITARIA DI CONCORRENZA,* in Rassegna Forense, 2004, 1, I, pp. 27 - 38

J. Musheno, *SHOULD STANDING BE AN ISSUE FOR THE INDIRECT PURCHASER IN AVERTICAL CONSPIRACY?,* 72 Temple Law Review 251 (1999)

A. B. Morrison, *FUNDAMENTALS OF AMERICAN LAW*, New York Oxford University Press (1996)

M. Moura e Silva, *PREDATORY PRICING UNDER ARTICLE 82 AND THE RECOUPMENT TEST: DO NOT GO GENTLE INTO THAT GOOD NIGHT*, in European Competition Law Review, 2009, 2, pp. 61 - 66

I. Nasti, *TUTELA RISARCITORIA DEL CONSUMATORE PER CONDOTTA ANTICONCORRENZIALE: UNA DECISIONE DIFFICILE*, in Corriere Giuridico, 2003, 3, pp. 342 - 347

P. Nebbia, *ANTITRUST E RISARCIMENTO DEL DANNO: FRA DIRITTO NAZIONALE ED ESPERIENZE EUROPEE*, in Giurisprudenza Italiana, 2006, 2, pp. 320 - 322

P. Nebbia, *…SO WHAT HAPPENED TO MR. MANFREDI? THE ITALIAN DECISION FOLLOWING THE RULING OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE*, in European Competition Law Review, 2007, 28, pp. 591 - 596

M. Negri, *IL LENTO CAMMINO DELLA TUTELA CIVILE ANTITRUST: LUCI ED OMBRE DI UN ATTESO GRAND ARRET*, in Corriere Giuridico, 2005, 3, pp. 342 - 349

A. Nervi, *LA DIFFICILE INTEGRAZIONE TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO DELLA CONCORRENZA*, in Rivista di Diritto Civile, 2005, 4, I, pp. 495 - 528

L. Nivarra, *LA TUTELA CIVILE: PROFILI SOSTANZIALI* IN DIRITTO ANTITRUST ITALIANO, a cura di A. Frignani ed al., II, Zanichelli, Bologna, 1993

R. F. Nostramo, *RE-OPENING THE DOOR TO ANTITRUST STANDING: R.C. BIGELOW*, Inc. v. Unilever N.V., 64 St. John's Law Review 166 (1989)

O. Odudu – J. EDELMAN, *COMPENSATORY DAMAGES FOR BEACH OF ART. 81*, in European Law Review 2002, pp. 327 - 339

O. Odudu, *THE BOUNDARIES OF EC COMPETITION LAW: THE SCOPE OF ARTICLE 81*, in Common Market Law Review , 2007, 44 , 1, pp. 224-226

G. Oppo, *COSTITUZIONE E DIRITTO PRIVATO NELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA*, in Rivista di Diritto Civile, 1993, 5, pp. 543 - 554

C. Osti, *ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E DANNO RISARCIBILE*, in Danno e Responsabilità, 1996, 1, pp. 114 - 115

C. Osti, *BREVI PUNTUALIZZAZIONI IN TEMA DI COLLUSIONE OLIGOPOLISTICA*, in Il Foro Italiano, 2002, 10, III, pp. 509 - 513

W. H. Page, *OPTIMAL ANTITRUST PENALTIES AND COMPETITORS' INJURY*, 88 Michigan Law Review 2151 (1990)

W. H. Page, *THE LIMITS OF STATE INDIRECT PURCHASER SUITS: CLASS CERTIFICATION IN THE SHADOW OF ILLINOIS BRICK*, 67 Antitrust Law Journal 1 (1999)

W. H. Page, *CLASS CERTIFICATION IN THE MICROSOFT INDIRECT PURCHASER LITIGATION*, Available at the Social Science Research Network, http://ssrn.com/abstract=671048. (2005)

W. H. Page & R. D. Blair, *CONTROLLING THE COMPETITOR PLAINTIFF IN ANTITRUST LITIGATION*, 91 Michigan Law Review 111 (1992)

W. H. Page – P. Areeda, *CHICAGO, AND ANTITRUST INJURY: ECONOMIC EFFICIENCY AND LEGAL PROCESS*, The antitrust Bulletin/Winter 1996 909 (1996)

W. H. Page & J. E. Lopatka, *ANTITRUST INJURY, MERGER POLICY, AND THE COMPETITOR PLAINTIFF*, 82 Iowa Law Review 127 (1996)

I. Pagni, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2007/05: la Cassazione alla ricerca della difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in Corriere Giuridico, 2005, 3, pp. 337 - 342

I. Pagni, *La tutela civile avverso l'illecito antitrust: la latente instabilità dell'art. 33 L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Concorrenza e Mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005

M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Rivista Italiana di diritto del lavoro, 2000, 2, II, pp. 225 – 244

O. Pallotta, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2007, 2, II, pp. 305 - 326

A. Palmieri, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente,* in Il Foro Italiano, 2003, 4, I, pp. 1122-1126

A. Palmieri, *Intesa restrittiva della concorrenza ed azione risarcitoria: problemi di competenza e di prova*, in Giudice di Pace 2004, p. 124

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"*, in Il Foro Italiano, 2002, 2, IV, pp. 76 - 84

A. Palmieri-R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in Il Foro Italiano, 2005, 4, I, pp. 1015 - 1018

R. Pardolesi, *Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*, in Mercato, Concorrenza, Regole, 2001, 3, pp. 561 - 576

R. Pardolesi, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio d'informazioni*, in Il Foro Italiano, 2002, 10, III, pp. 500 - 509

R. Pardolesi, *IL DANNO ANTITRUST IN CERCA DI DISCIPLINA (E DI IDENTITÀ?)*, in Il Foro Italiano, 2007, 4, I, pp. 1102 - 1106

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 Finanziario, 1996, 4, I, pp. 507 - 550

G. Perassi, *NORME BANCARIE UNIFORMI E SCELTE COMPARATIVE DELLA CLIENTELA. PRIMI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA,* in Giurisprudenza Commerciale, 1999, 5, II, pp. 483 - 493

C. Petrucci, *THE ISSUES OF THE PASSING-ON DEFENCE AND INDIRECT PURCHASERS' STANDING IN EUROPEAN COMPETITION LAW*, in European Competition Law Review, 2008, 1, pp. 33 - 42

J. Pheasant, *PRIVATE DAMEGES ACTIONS*, Competition Law Insight, 14 febbraio 2006, 14 marzo 2006, 1 agosto 2006 e 8 maggio 2007

D. J. Polden, *ANTITRUST STANDING AND THE RULE AGAINST RESALE PRICE MAINTENANCE*, 37 Cleveland State Law Review 179 (1989)

L. J. Potter, *KANSAS AND MISSOURI V. UTILICORP UNITED INC.: THE SUPREME COURT APPLIES THE ILLINOIS BRICK RULE TO REGULATED UTILITIES*, 69 North Carolina Law Review 1041 (1991)

R. Pucella, *CAUSALITÀ CIVILE E PROBABILITÀ: SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE,* in Danno e Responsabilità, 2008, 1, pp. 58 - 65

M. Puleo, *BEING A PLAYER AGAINST A MONOPOLY – HOW PLAINTIFFS CAN PASS GO AND COLLECT 200$: THE THIRD CIRCUIT'S REQUIREMENT FOR CONSUMER STANDING UNDER SECTIONS 4 AND 16 OF THE CLAYTON ACT*, 46 Villanova Law Review 881 (2001)

F. Realmonte, *IL PROBLEMA DEL RAPPORTO DI CAUSALITÀ NEL RISARCIMENTO DEL DANNO,* Milano, 1967

N. Reich, *THE COURAGE DOCTRINE: ENCOURAGING OR DISCOURAGING COMPENSATION FOR ANTITRUST INJURIES?*, in Common Market Law Review, 2005, 42, 35-6

A. Riley, *THE EU REFORM TREATY AND THE COMPETITION PROTOCOL: UNDERMINING EC COMPETITION LAW,* in European Competition Law Review, 2007, (12) pp. 703-707

R. F. Roach, *REVITALIZING INDIRECT PURCHASER CLAIMS: ANTITRUST ENF ORCEMENT UNDER NEW YORK LAW*, 13 Pace Law Review 9 (1993)

S. Rodotà, *IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE*, Milano, 1967

F. Rolfi, *IL NESSO DI CAUSALITÀ NELL'ILLECITO CIVILE: LA CASSAZIONE ALLA RICERCA DI UN MODELLO UNITARIO*, in Corriere Giuridico, 2006, 2, pp. 263 - 273

W. H. Rooney, *CONSUMER INJURY IN ANTITRUST LITIGATION: NECESSARY, BUT BY WHAT STANDARD*?, 75 St. John's Law Review 561 (2001)

M. Rosetti, *INTESE ILLECITE E CONTRATTI DI MASSA: LA TUTELA DIMEZZATA*, in Assicurazioni, 2003, vol. 70, 1, II, pp. 38 - 56

G. Rossi, *EFFETTI DELLA VIOLAZIONE DI NORME ANTITRUST SUI CONTRATTI TRA IMPRESE E CLIENTI: UN CASO RELATIVO ALLE "NORME BANCARIE UNIFORMI"*, in Giurisprudenza Italiana, 1996, 3, pp. 213 - 220

G. Rossi, *"TAKE COURAGE"! LA CORTE DI GIUSTIZIA APRE NUOVE FRONTIERE PER LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA ILLECITI ANTITRUST*, Il Foro Italiano, 2002, IV, pp. 90 - 100

G. Rotschild, *THE BATTLE OF THE BUSES: CHESTER CITY COUNCIL V ARRIVA PLC*, in European Competition Law Review, 2008 (29) (4), pp. 271-275

N. Salanitro, *DISCIPLINA ANTITRUST E CONTRATTI BANCARI*, in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1995, II, p. 415 ss.

V. Scalisi, *NULLITÀ E INEFFICACIA NEL SISTEMA EUROPEO DEI CONTRATTI,* IN *IL CONTRATTO E LE TUTELE. PROSPETTIVE DI DIRITTO EUROPEO,* a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino, 2002

M. Schininà, *LA NULLITÀ DELLE INTESE*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, 2, pp. 441 - 446

E. Scoditti, *DANNO DA INTESA ANTICONCORRENZIALE PER UNA DELLE PARTI DELL'ACCORDO: IL PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE ITALIANO,* in Il Foro Italiano, 2002, 2, IV, pp. 84 - 90

E. Scoditti, *IL CONSUMATORE E L'ANTITRUST*, in Il Foro Italiano, 2003, 4, I, pp. 1127 - 1130

E. Scoditti, *L'ANTITRUST DALLA PARTE DEL CONSUMATORE*, in Il Foro Italiano, 2005, 4, I, pp. 1018 - 1021

M. Scuffi, *ORIENTAMENTI CONSOLIDATI E NUOVE PROSPETTIVE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ANTITRUST*, in Rivista di Diritto Industriale, 2003, 2, I, pp. 95 - 138

M. Scuffi, *L'ANTITRUST NELLA COMPETENZA DEL GIUDICE ORDINARIO; L'ESPERIENZA DELLE CORTI D'APPELLO; LA COMPETENZA DIFFUSA (GIUDICI DI PACE, TRIBUNALE ORDINARIO)*, Intervento all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 18-20 ottobre 2004

F. Sebastio, *NORME BANCARIE UNIFORMI E LEGISLAZIONE NAZIONALE A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN RAPPORTO CON L'ORDINAMENTO COMUNITARIO E CON L'ORDINAMENTO NAZIONALE* in Giustizia Civile, 2002, 12, I, pp. 3191 - 3198

F. Sebastio, *LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA IN MATERIA DI RICORSI ANTITRUST,* in Giustizia Civile, 2005, 4, I, pp. 907 - 914

C. Selvaggi, *ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE*, in Giurisprudenza Italiana, 1992, 3, I, pp. 128 -136

S. Simone, *NULLITÀ DELLE INTESE ANTICONCORRENZIALI ED EFFETTI SUI CONTRATTI A VALLE*, Tesi di Dottorato, 2005, Roma

M. Siragusa, *A REFLECTION ON SOME PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT ISSUES*, in European Competition Law Annual 2006, a cura di C.D. Ehlermann e I. Atanasiu

A. Somma, *IL NESSO CAUSALE NELLA DISCIPLINA TEDESCA DEL DANNO EXTRACONTRATTUALE* IN *I FATTI ILLECITI*, a cura di G. Visintini, CEDAM, Padova, 1999

A. Spadafora, *SPUNTI SULL'IMMEDIATA MORFOGENESI DELL'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA*, in Giustizia Civile, 2008, 7-8, II, pp. 353 - 357

E. A. Snyder & T. E. Kauper, *MISUSE OF THE ANTITRUST LAWS: THE COMPETITOR PLAINTIFF*, 90 Michigan Law Review 551 (1991)

L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK*, West (2000)

G. Tassoni, *Le NORME BANCARIE UNIFORMI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA,* in Rivista di Diritto Industriale, 2000, 6, II, 438 - 442

M. Tavassi – M. Scuffi, *DIRITTO PROCESSUALE ANTITRUST*, Giuffrè, Milano, 1998.

L. Toffoletti, *RIFORMA DEL DIRITTO ANTITRUST COMUNITARIO: GIUDIZIO DI ESENZIONE E DIRITTI DEI SINGOLI*, in Giurisprudenza Commerciale, 2002, 4, I, pp. 417 - 454

A. Toffoletto, *IL RISARCIMENTO DEL DANNO NEL SISTEMA DELLE SANZIONI PER LA VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA ANTITRUST,* Giuffré, Milano, 1996.

J. T. Tomlin & D. J. Giali, *FEDERALISM AND THE INDIRECT PURCHASER MESS*, 11 George Mason Law Review 157 (2002)

L. Tonelli, *INTESA ANTITRUST E RISARCIMENTO DEI DANNI*, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2002, 3, pp. 673 - 677

P. Trimarchi, *CAUSALITÀ E DANNO*, Giuffré, Milano, 1967

G. Tucci, *NORME BANCARIE UNIFORMI E CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO,* in Contratti, 1996, p. 152

M.R. Tufarelli, *LA CORTE DI CASSAZIONE DI FRONTE AL DANNO DA ILLECITO ANTITRUST: UN'OCCASIONE PERSA!,* in Giustizia Civile 2003, 10, I, pp. 2144 - 2153

L. Valentino, *VIOLAZIONE DI SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DIMATRICE COMUNITARIA: DECENTRATI SOLO GLI OBBLIGHI O ANCHE LE GARANZIE?*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2002, pp. 192 - 199

G. Vettori, *LE TUTELE CIVILI DELLE IMPRESE E DEI CONSUMATORI*, CEDAM, Padova, 2005

G. Visintini, *I FATTI ILLECITI*, a cura di G. Visintini, CEDAM, Padova, 1999

D. Waelbroeck, D. Slater, G. Even-Shosan, *STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFINGEMENTS OF EC COMPETITION RULES*; c.d. Rapporto Ashrust, consultabile sul sito della Commissione europea DG Concorrenza, htttp://europa.eu sezione concorrenza

R. Whish, *COMPETITION LAW*, Fifth Edition, Butterworts, 2003

R. Whish, *The ENFORCEMENT OF COMPETITION RULES BEFORE NATIONAL COURT*, intervento al Convegno organizzato dall'Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni della Luiss il 15 novembre 2005 a Roma

W.P.J. Wills, *SHOULD PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT BE ENCOURAGED IN EUROPE?*, in World Competition, 2003, 473

D. Woods, *WHITE PAPER ON DAMAGES ACTIONS FOR BEACH OF ARTICLES 81 AND 82 EC*, Paper presentato il 24 aprile 2008 alla conferenza della UK Competition Law Association tenutasi a Londra