

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*

Sommario: I. LA NULLITÀ COME SANZIONE ESPRESSA PER LA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI ACCORDI. – II. LA NULLITÀ DELLE INTESI NELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287. – III. RIPERCUSSIONI A CARICO DEI CONTRATTI C.D. “A VALLE” DI INTESA ILLECITA. – IV. IL TRATTAMENTO CIVILISTICO DELLE IPOTESI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

I. LA NULLITÀ COME SANZIONE ESPRESSA PER VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI ACCORDI RESTRITTIVI

L'illecito *antitrust* – con ciò dovendosi intendere tanto l'atto negoziale o amministrativo, quanto l'atto giuridico in senso stretto, integranti violazione della disciplina antimonopolistica europea e/o nazionale – non sempre mette capo a conseguenze civilistiche univoche.

Ricadute dirette, dal punto di vista considerato, è dato invero rintracciare unicamente in relazione agli illeciti sussumibili nel genere degli accordi restrittivi della concorrenza, vietati dall'articolo 101, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di qui in poi anche TFEU), come dall'articolo 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Laddove, infatti, la prima norma richiamata prevede, al comma 2, essere “*nulli di pieno diritto*” gli accordi o le decisioni, vietati ai sensi del comma 1, la omologa disposizione della legge antimonopolistica nazionale recita che “*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*” (art. 2, comma 3, legge n. 287/1990).

Nessuna analoga previsione risulta, per contro, espressamente riconnessa all'abuso di posizione dominante (artt. 102, TFEU e 3, legge 287/1990), alla violazione del divieto sugli aiuti di stato (artt. 107 e ss. TFEU) ovvero ancora a quella del divieto di concentrazioni restrittive (Reg. CE 139/2004 ed art. 6, legge 287/1990).

E d'altra parte, alquanto generica appare la formulazione dell'articolo 33 della legge 287/1990, il cui comma 2 contempla sì “*azioni di nullità o di risarcimento del danno*” quali tipici rimedi sostanziali cui attingere in relazione alle violazioni “*di cui ai titoli da I a IV*” della medesima legge, giustapponendoli a tecniche di tutela cautelare; ma senza anche precisare l'indole (contrattuale o aquiliana) del rimedio riparatorio evocato, così lasciando aperto l'interrogativo se si tratti di una forma rimediale ad uso dei soli soggetti danneggiati, epperò terzi all'atto compiuto, ovvero a tutela delle posizioni di quanti all'atto stesso abbiano concorso ma da posizione di debolezza significativa rispetto all'altrui maggior potere negoziale¹. Ed ancora, rispetto a questa seconda ipotesi, se vi vada scorta una misura risarcitoria destinata ad affiancarsi alla nullità del contratto (e quindi da ricondurre all'art. 1338 c.c.), ovvero un risarcimento del danno da accordare pure in presenza di contratto valido (ad esempio ex art. 1440 c.c.).

Le comminatorie di nullità per gli accordi restrittivi della concorrenza, contenute, come detto, nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale, sono ritenute norme di ordine pubblico economico², essendo funzionali – seppur a livelli diversi – a garantire la strutturazione concorrenziale del mercato interno³. Da qui il loro operare *ipso iure*, indipendentemente cioè da qualsivoglia statuizione giudiziale – dotata, infatti, di mera valenza dichiarativa – nonché a prescindere da previ provvedimenti di accertamento delle infrazioni da parte di Autorità nazionali⁴ o Commissione europea.

Va però subito aggiunto che non tutte le fattispecie riconducibili al *genus* delle

¹ V., in tal senso, alcune indicazioni in C. giust. UE., 20 settembre 2001, C-452/99, *Courage Ltd v. Crehan*.

² Cfr. C. giust. CE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International Nv*.

³ Cfr. art. 3 TFEU e protocollo n. 27 allegato al TFEU, nonché art. 1, comma 4, l. 287/1990

⁴ Cfr. Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 1999; più di recente si veda l'*obiter dictum* contenuto in App. Napoli, 9 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 1133 e ss.

intese restrittive della concorrenza e dunque assoggettate al divieto di legge soggiacciono alla sanzione civilistica in esame, dovendosi ad esempio escludere quelle, come le pratiche concordate, sfornite dei tratti della negoziabilità o alle quali non siano comunque riferibili la categorie di validità ed invalidità.

Mancando una specifica disciplina europea in tema di nullità del contratto, lo statuto della invalidità che fulmina le intese vietate ricade sotto il governo degli ordinamenti nazionali⁵. Troveranno, quindi, piena applicazione le regole generali dettate dal codice civile agli artt. 1418 e ss. c.c., quali quelle sulla legittimazione attiva assoluta, sulla rilevanza *ex officio*, sulla insanabilità del vizio e la imprescrittibilità dell'azione.

Nondimeno, i vincoli di omogeneità delle tutele nell'ambito dell'Unione europea, legati al principio di effettività⁶, in una con l'efficacia diretta orizzontale delle disposizioni del Trattato a presidio della concorrenza⁷ e con il riconoscimento, oggi esplicito, della competenza dei giudici nazionali⁸ nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFEU, propiziano il delinearsi di talune direttive di convergenza "forzata" tra sistema e sistema, per lo più ad opera di indirizzi espressi dalla Corte di Giustizia.

Così è, ad esempio, per l'ampiezza dell'effetto caducatorio spiegato dalla sanzione civilistica di cui all'art. 101, comma 2, TFEU.

Come chiarito dalla Corte del Lussemburgo fin da una ormai risalente pronunzia, solo le clausole che immediatamente confliggano con il divieto di cartelli vengono fulminate da nullità, mentre non anche l'intero accordo (contratto) che le contenga, a meno che non si tratti di clau-

sole oggettivamente non separabili dal resto del regolamento negoziale⁹.

La formula della "oggettiva separabilità", impiegata dalla Corte di Giustizia, ha invero indotto qualche commentatore a sottolineare la diversità di presupposti sui quali riposerebbe la "regola" della nullità parziale *ex art.* 101, comma 2, TFEU, rispetto a quelli (essenzialità) prefigurati dall'articolo 1419 c.c.

Si tratta, tuttavia, di una sfumatura terminologica cui non pare possa attribuirsi un peso così rilevante. Al contrario, spettando alle legislazioni nazionali, come detto, la definizione delle regole sostanziali applicabili, sembra preferibile una interpretazione che nella "oggettiva separabilità" scorga nulla più che una semplice indicazione di principio, destinata ad una successiva declinazione concreta giusto alla stregua delle regole specifiche dettate da ciascun ordinamento¹⁰.

Altro "indirizzo" della Corte di Giustizia in tema di nullità *ex art.* 101, comma 2, TFEU è poi quello concernente l'operatività *ex tunc* della stessa sanzione¹¹. La fattispecie negoziale colpita da invalidità ai sensi della norma citata non è atta a spiegare alcun effetto sin a far data dal tempo della sua venuta ad esistenza; per conseguenza, gli effetti eventualmente già prodottisi al momento in cui venga resa la sentenza dichiarativa possono venire neutralizzati attraverso azioni restitutorie, quali, nel nostro ordinamento, quella di ripetizione dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.).

II. LA NULLITÀ DELLE INTESSE NELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

Benché in larga misura sovrapponibile a quella contenuta nel Trattato sul funzio-

⁵ Cfr. C. giust. CE, 30 giugno 1966, C-56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*; C. giust. CE., 10 luglio 1997, *Palmisani v. Istituto nazionale della previdenza sociale*, 261/95.

⁶ Cfr. C. giust. CE, 16 dicembre 1973, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*; più recentemente C. giust. CE, 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern (Unibet)*.

⁷ Chiaro in tal senso l'indirizzo della Corte di Giustizia sin dal caso *BRT/Sabam*: cfr. C. giust.

CE, 30 gennaio 1974, C-127/73, *BRT v. Sabam e Nv Fonior*.

⁸ Cfr. art. 6, Reg. CE, 1/2003 del 16 dicembre 2002.

⁹ Cfr. già C. giust. CE., 13 luglio 1966, *Joined Cases 56 -58/64, Consten SaRL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commissione*.

¹⁰ Cfr. C. giust. UE, 14 dicembre 1983, C-319/82, *Société de Vente de Cimets et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen*.

¹¹ C. giust. CE, 6 febbraio 1973, C-48/72, *Braserie de Haecht v. Wilkin - Janssens (Haecht II)*.

namento della UE, la disciplina antimonopolistica interna (legge 287 del 1990) presenta, invero, alcuni tratti di “singolarità” giusto in tema di nullità delle intese restrittive.

Una prima (apparente) deviazione concerne la insanabilità del vizio e la pienezza dell’operare *ex tunc* della relativa sanzione (invalidativa); una seconda riguarda, per così dire, i presupposti della comminatoria di nullità, con ricadute sulla sua esatta fisionomia, nell’alternativa tra nullità strutturale da illiceità della causa (*ex art. 1418, comma 2, c.c.*) e nullità testuale o da divieto (*art. 1418, comma 3, c.c.*).

È, invece, formalmente venuto meno l’ulteriore e non meno rilevante elemento differenziale, costituito dalla devoluzione alla Corte di Appello competente per territorio delle cause scaturenti da violazioni della legge 287/1990, a fronte della ordinaria competenza del Tribunale, in merito alle violazioni degli artt. 101 e 102, TFEU.

L’articolo 2, comma 2, del d.l. 24 gennaio 2012, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 ha, infatti, modificato il testo previgente dell’articolo 33 della legge antimonopolistica interna e devoluto al Tribunale delle imprese competente per territorio la cognizione delle azioni dipendenti da violazione delle disposizioni concorrenziali sia europee che nazionali.

Tornando ai tratti che parrebbero veder divergere la disciplina interna da quella comunitaria in tema di nullità delle intese restrittive, deve dirsi, innanzitutto, come la legge 287 del 1990 preveda, all’art. 4, comma 1, che “L’Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell’art. 2” le quali rispondano a requisiti di fatto largamente sovrapponibili a quelli che presiedono alle esenzioni individuali *ex art. 101, comma 3, TFEU*.

Mentre, quindi, il principio della esenzione automatica, delineato dal regolamento CE n. 1 del 2003, fa sì che le intese di rilevanza comunitaria le quali soddisfino i requisiti di cui alla citata norma del Trattato (*art. 101, comma 3, TFEU*), risultino pienamente valide e produttive

di effetti, senza la necessaria mediazione di provvedimenti autorizzativi o statuzioni giudiziali (*art. 1, comma 2, Reg. CE 1/2003*); così non parrebbe potersi dire per le fattispecie “esentate” di rilievo meramente nazionale, bisognose di una specifica autorizzazione da parte della Autorità garante.

In altri termini, l’autorizzazione dell’AGCM fungerebbe, per esse, non solo da medio necessario ai fini della messa al riparo dalla nullità, altrimenti automatica; ma, in un’ottica tutta interna alla sanzione civilistica, ammonterebbe a (“singolare”) provvedimento sanante con valenza costitutiva, i cui effetti potrebbero viepiù retrodatare quantomeno fino alla richiesta formulata dagli stessi privati coinvolti.

Passando, poi, al secondo dei profili, prima segnalati, non può non farsi riferimento al fatto che l’enfasi, posta dal comma 2 dell’art. 2 della legge 287/1990, sulla misura dell’effetto distorsivo della concorrenza, spiegato dalle intese vietate (“impedire, restringere o falsare *in maniera consistente*”), rende tale parametro quantitativo parte integrante del divieto dettato dalla norma e, per conseguenza, ne fa un presupposto della comminatoria (di nullità) ivi prescritta.

Ne esce ulteriormente corroborata la tesi – già riferibile, peraltro, alle stesse intese di rilevanza comunitaria – per cui di nullità c.d. testuale, *ex art. 1418, comma 3, c.c.*, deve propriamente parlarsi, piuttosto che di nullità strutturale (*art. 1418, comma 2, c.c.*) da illiceità della causa, atteso che questa ultima, se per l’appunto illecita, tale dovrebbe rimanere a prescindere da qualsivoglia dato quantitativo, qui viceversa discriminante.

Di più, però, vi è che descrivere quella in esame come una nullità che non solo si collochi a ridosso del divieto, ma che rimanga inscindibilmente legata alla lettera della norma che lo pone, vale quanto dire di una nullità che, in tanto si profila, in quanto tutti gli elementi costitutivi del divieto stesso risultino integrati dalla fattispecie concreta. Ebbene, rientrando fra questi ultimi anche l’apprezzamento circa la misura dell’effetto distorsivo (“in misura consistente”), effettuabile compiutamente solo da parte della AGCM, sembra-

rebbe uscirne corroborata la tesi della pregiudizialità necessaria di una statuizione sanzionatoria della stessa Autorità.

Senonché, in merito ad entrambi i profili segnalati, vale a dire tanto in merito alla sopravvivenza del meccanismo autorizzatorio previsto dall'art. 4 della legge 287/1990, quanto alla pregiudizialità amministrativa che sembrerebbe desumersi dalla lettera dell'articolo 2 della medesima legge, il mutato quadro di riferimento comunitario, e segnatamente l'entrata in vigore del regolamento n. 1 del 2003, rende a ben vedere le richiamate disposizioni interne ormai apertamente confliggenti con i principi che ispirano il nuovo ordito normativo, tra i quali spiccano giusto la esplicita esclusione di qualsivoglia pregiudizialità amministrativa ai fini della dell'esperimento dei c.d. *private remedies*, da un canto, e l'automatismo del meccanismo di esenzione individuale, dall'altro.

Da qui la tesi di una *interpretatio abrogans* delle due norme citate della disciplina interna, sostenuta da parte della dottrina ed implicitamente accolta anche dalla giurisprudenza allorché, ad esempio, richiede unicamente che sia il giudice a motivare congruamente l'accertamento di una restrizione consistente, quale premessa di una comminatoria di nullità a carico di un'intesa¹², anziché dover essere l'Autorità garante a pronunciarsi pregiudizialmente sul punto.

Resta, tuttavia, difficilmente superabile l'argomento formale che, per le violazioni di esclusiva rilevanza nazionale, rimanda alla singola disciplina interna; disciplina in relazione alla quale, per altro verso, non può neppure postularsi un "parametro comunitario" di interpretazione, se ed in quanto questo si pretenda si pretenda di attingere da una fonte secondaria quale in definitiva rimane il Regolamento 1/03.

III. RIPERCUSSIONI A CARICO DEI CONTRATTI C.D. "A VALLE" DI INTESA ILLECITA

Strettamente collegato al tema della nullità che investe le intese vietate è poi quello della sorte dei contratti che vi si situano, per così dire, a valle. Tema non oggetto di alcuna previsione esplicita né da parte del TFEU, né della disciplina antimonopolistica interna, epperò di notevole rilevanza pratica, come testimoniato dal crescente interesse prestatovi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. 1/2003.

Se è scontato infatti che il trattamento dei c.d. contratti a valle ricada sotto il governo dei singoli ordinamenti nazionali¹³; non v'è dubbio, tuttavia, che la tutela – contrattuale o aquiliana che sia – del contraente a valle, terzo rispetto all'intesa e per lo più consumatore finale, assuma uno specifico rilievo nell'ottica di garanzia dell'effetto utile della norma sul divieto di cartelli, nonché nel quadro del nuovo modello di *antitrust enforcement* europeo, oggi orientato anche in direzione di rimedi d'indole privatistica¹⁴.

Nel panorama continentale, il contributo forse di maggior rigore concettuale nell'approccio al tema in esame proviene dalla letteratura tedesca, presso la quale invale la distinzione tra contratti attuativi dell'intesa – i c.d. *Ausführungsverträge* o *ancillary contracts*, tra i singoli cartellisti e terzi complici – e contratti a valle in senso stretto, i c.d. *Folgeverträge*, intercorrenti tra i singoli cartellisti e terzi del tutto estranei all'intesa, ignari della sua stessa esistenza.

Senonché, mentre i primi, in quanto funzionali al completamento del quadro regolamentare, prima ancora che alla traduzione in pratica, del disegno cospiratorio, sono senz'altro leggibili come un tutt'uno con l'intesa vietata e dunque

¹² Cfr. *l'obiter dictum* contenuto in Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305. Si veda anche Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640.

¹³ Ciò implicitamente si coglie già da C. giust. UE, 14 dicembre 1983, C-319/82, *Société de Vente de Cimets et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen*.

¹⁴ In questa prospettiva si colloca esplicita-

mente la Corte di Giustizia con la pronunzia *Courage* (C. giust. UE., 20 settembre 2001, C-452/99, *Courage Ltd v. Crehan*) laddove ribadisce che solo una legittimazione attiva al risarcimento del danno (da illecito *antitrust*) estesa a chiunque possa garantire piena efficacia dell'articolo 101 TFEU ed effetto utile del divieto in esso sancito.

esposti alla medesima sua sanzione; i secondi sono viceversa considerati immuni al dispositivo invalidativo, in ragione dei presupposti innanzitutto teorici che vi attendono, a partire dalle cause che vi danno luogo.

In Italia, la sorte dei contratti che, per lo meno nella determinazione di uno dei contraenti (già parte di un accordo di cartello), diano corso in tutto o in parte a quanto abusivamente concertato a monte, si è imposta all'attenzione della giurisprudenza in almeno due occasioni: la qualificazione – da parte di Banca d'Italia ed AGCM – delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) alla stregua di decisioni di un'associazione di imprese (l'ABI) potenzialmente in grado di condizionare la dinamica negoziale dei rapporti intrattenuti dalle singole banche con la clientela finale¹⁵; e l'accertamento – da parte della AGCM – di un cartello tra le principali compagnie assicurative nel ramo RCA, consistente nello scambio di informazioni sensibili, preordinato al controllo artificiale della dinamica tariffaria¹⁶.

Il contenzioso che ne è scaturito si è, invero, principalmente imperniato su una questione pregiudiziale, concernente la stessa legittimazione attiva dei consumatori finali – ove contraenti a valle – ad attivare rimedi civilistici (azioni di nullità e di risarcimento del danno) a fronte di illeciti *antitrust*, ai sensi dell'articolo 33 della legge 287/1990.

Nel merito, tuttavia, le azioni spiegate hanno oscillato tra domande risarcitorie e restitutorie – queste ultime accompagnate da domande tendenti alla declaratoria di nullità del contratto o di singole sue clausole – avanzate dai contraenti a valle contro banche o assicurazioni, rispettivamente in quanto aderenti all'ABI e ree di avere riversato nei contratti con la clientela clausole che compongono le NBU; o perché coinvolte nel cartello orizzontale

diretto allo scambio di informazioni nel ramo RCA.

Senonché, mentre l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione ha risolto affermativamente l'interrogativo circa la legittimazione attiva dei consumatori finali ad agire ai sensi dell'articolo 33 della legge antimonopolistica nazionale¹⁷, dubbio rimane il tipo di ripercussione che la illiceità (/nullità) dell'intesa a monte possa avere sulla sorte del contratto a valle.

Rinviando ad altra voce di questo Dizionario per la disamina della tutela risarcitoria collegata all'illecito *antitrust*, giova qui soffermarsi sull'alternativa invalidativa, la quale funge comunque da presupposto per pretese restitutorie relative ad eventuali prezzi sovracompetitivi versati o più in generale a prestazioni eseguite indebitamente.

Un primo orientamento, che è parso implicitamente avallato dalle stesse Sezioni Unite nel 2005¹⁸, identifica nel contratto a valle lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti distorsivi e pertanto colpito esso stesso dalla medesima comminatoria di nullità che fulmina il cartello vietato. Quella del contratto a valle sarebbe, in altri termini, una ipotesi di nullità derivata, frutto del collegamento negoziale intercorrente tra il cartello ed il contratto che darebbe attuazione compiuta al disegno cospirativo.

Ad avviso di altra parte della giurisprudenza e della dottrina, quella che colpirebbe il contratto a valle di intesa vietata sarebbe piuttosto una nullità diretta ancorché virtuale (*ex* articolo 1418, comma 1, c.c.), dipendente cioè da un conflitto con una norma imperativa quale l'articolo 2 della legge 287/1990, da cui, al di là della nullità di tipo testuale che vi è contenuta, dovrebbe ricavarsi di una direttiva imperativa di ordine pubblico economico¹⁹.

Privo di riscontri giurisprudenziali è,

¹⁵ Cfr. decisione Banca d'Italia 3 dicembre 1994, n. 12; parere AGCM 6 ottobre 1994, I105B.

¹⁶ Cfr. provvedimento AGCM 28 luglio 2000, n. 8456.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹⁸ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit. Più chiaramente già Trib. Roma 24 febbraio 1997.

Pone il contratto a valle in stretta continuità

con l'intesa illecita che si sta a monte Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, che tuttavia vi trae argomento a sostegno piuttosto della sussistenza del nesso di causalità ai fini del perfezionamento della fattispecie di responsabilità aquiliana.

¹⁹ Cfr. App. Brescia 29 gennaio 2000. In senso contrario v. tuttavia Cass., 11 giugno 2003, n. 9384.

invece, l'indirizzo che qualifica quella dei contratti a valle come una nullità strutturale (art. 1418, comma 2, c.c.) da illiceità parziale dell'oggetto (ad esempio prezzo per la sua parte sovracompetitiva): se ed in quanto il contratto a valle sia riproduttivo delle determinazioni di un'intesa (a monte) confliggenti con l'articolo 2 della legge 287/1990 (segnatamente le cartellizzazioni del prezzo) esso risulta nullo, per lo meno limitatamente alle clausole già oggetto della convenzione vietata.

Invero, ciascuna delle ipotesi considerate presenta limiti in punto di teoria generale del contratto prima ancora che di praticabilità concreta.

La tesi della nullità derivata postula un collegamento che nondimeno tecnicamente difetta tra intesa e contratto a valle. Ancorché unilaterale, infatti, il collegamento negoziale suppone che il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione e volontà delle parti, alla realizzazione degli scopi divisiati con il contratto principale; senonché, è giusto siffatta funzionalizzazione che deve qui dirsi mancante, a tacer d'altro per l'essere il terzo contraente a valle ignaro del disegno cospiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione.

Venendo poi alla ipotesi ricostruttiva della nullità diretta, derivante cioè da illiceità della causa per contrasto con norma imperativa, può ben dirsi come l'articolo 2 della legge 287/1990, nel vietare le intese restrittive, tenda in realtà ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato. Di talché, quand'anche vi si voglia attribuire una qualche ultrattività rispetto al solo divieto delle intese ed includervi anche quello di dare loro corso, deve aggiungersi come non il singolo contratto attuativo di cartello sia in grado di per sé di generare gli effetti distorsivi che la norma intende contrastare, bensì la serie di contratti che inveri il disegno distorsivo divisiato con l'intesa.

In merito, infine, alla tesi della nullità parziale del contratto a valle, derivante da nullità (parziale) del suo oggetto (art. 1418, comma 2 e 1346 c.c.), deve rilevarsi come essa risulti innanzitutto riferibile solo a parte delle tipologie di cartello, vale a dire unicamente gli accordi i cui contenuti siano successivamente traducibili in clausole destinate ad essere riprodotte in tutto o in parte nei contratti con soggetti terzi alla concertazione illecita (tipicamente, per non dire unicamente, i cartelli di prezzo). Inoltre, vi è che anche in relazione al genere di cartelli che possano dirsi rispondere al modello siffatto, ciò cui i cartellisti reciprocamente si impegnano, e che costituisce dunque oggetto dell'accordo illecito, è a ben vedere l'uniformazione delle condotte contrattuali, non già i singoli termini convenuti: l'allineamento del prezzo piuttosto che un determinato prezzo.

Ciascuna delle tesi sulla invalidità del contratto a valle, vuoi come nullità diretta, vuoi come nullità derivata, si scontra con ostacoli teorici difficilmente sormontabili che attengono, come detto, innanzitutto ai presupposti della nullità. Maggiormente plausibile parrebbe, viceversa, la via risarcitoria, avendo però cura di precisare come la esistenza di un valido contratto non consenta qui di discorrere di responsabilità aquiliana bensì di una forma di responsabilità contrattuale, legata ad una genesi della fattispecie negoziale che, seppur senza attingere alla soglia patologia qualificata dei vizi del volere, risulti comunque perturbata dall'esistenza di uno squilibrio nei rapporti di forza tra le parti contraenti – l'uno cartellista, l'altro terzo ignaro – ed ulteriormente aggravata dalla tenuta di comportamenti che presentino una indoneità decettiva da parte del contraente più forte: in altri termini una classica vicenda riconducibile entro il paradigma del dolo incidente, ai sensi dell'articolo 1440 c.c.²⁰

²⁰ Di responsabilità contrattuale quale rimedio "correttivo" disponibile quante volte una convenzione negoziale presenti condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non

avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative parla ormai esplicitamente la giurisprudenza: cfr. Cass., 25 luglio 2006, n. 16937; Cass., 5 febbraio 2007 n. 2479.

IV. IL TRATTAMENTO CIVILISTICO DELLE IPOTESI DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Se è vero che il divieto di abuso di posizione dominante costituisce il secondo pilastro – unitamente a quello sui cartelli – del diritto comunitario della concorrenza e, di riflesso, delle legislazioni anti-monopolistiche nazionali, è pur vero che per l'illecito in cui si risolve la sua violazione non è dato rinvenire alcuna previsione normativa concernente le conseguenze civilistiche prodotte.

Com'è noto, il genus dell'abuso di posizione dominante si divarica nelle due specie dell'abuso da sfruttamento e da impedimento o escludente; al di là delle differenze significative che corrono tra le due ipotesi e del costante aggiornamento dei criteri in base ai quali esse vengono diagnosticate²¹ – profili su cui l'economia di queste pagine non consente di soffermarsi – non v'è dubbio come il contratto assuma pur sempre un ruolo cruciale, ora perché siano alcuni suoi contenuti (imposti), ora perché sia il rifiuto stesso della sua conclusione ad inverare un abuso perpetrato dall'impresa detentrica di posizione dominante.

In relazione all'abuso consistente in un rifiuto di contrarre, la giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, le stesse autorità nazionali hanno da tempo aperto alla dottrina nordamericana delle *essential facilities*, così da ritenere che in presenza di una infrastruttura qualificabile come essenziale per l'accesso ad un determinato mercato, il rifiuto, non obiettivamente giustificato, alla conclusione di contratti diretti a consentirne e regolarne l'uso, ovvero la proposizione di clausole eccessivamente onerose, da parte dell'*incumbent*

che quella infrastruttura detenga o controlli, risultino illegittimi²².

Del pari, sulla base di orientamenti persino più risalenti e consolidati, vengono reputati illegittimi, in presenza di determinate circostanze a corredo della esistenza di una posizione dominante, l'interruzione di fornitura a vecchi clienti²³, il rifiuto di rifornire imprese non concorrenti²⁴ nonché i rifiuti di concedere licenze per lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale²⁵.

Dal punto di vista che ci occupa, quello cioè delle conseguenze civilistiche dell'illecito *antitrust*, non v'è dubbio che fattispecie come quelle considerate rilevino principalmente come scaturigine di pretese risarcitorie; è tuttavia particolarmente interessante notare come, per lo più mediante provvedimenti di natura cautelare, in presenza di illegittimi rifiuti di contrarre, tanto la Commissione europea quanto il giudice nazionale si siano trovati ad emanare vere e proprie ingiunzioni di concludere un contratto. Così è stato ad esempio, ad opera della Commissione, nel caso *BBI/Boosey & Hawkes*, del 1987²⁶, ed altrettanto è accaduto ad opera della Corte di Appello di Milano nei casi *Novamont* e *Blevacanze*²⁷.

Passando alla disamina delle possibili conseguenze civilistiche da riconnettere a quelle ipotesi di abuso di posizione dominante ove siano, invece, il contratto ed i suoi termini regolamentari il medio della perpetrazione dell'illecito stesso deve dirsi come, nel silenzio della legge, si affaccino anche in tal caso due distinte opzioni interpretative. L'una tendente a postulare la nullità c.d. virtuale del contratto per contrarietà con norma imperativa

²¹ Scontato, qui, far riferimento, oltre che alla giurisprudenza comunitaria, alla Comunicazione della Commissione 2009/C 45/02 intitolata «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*».

²² Cfr. Per tutte C. giust. CE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner v. Mediaprint*; C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*.

²³ Cfr. C. giust. CE, 6 marzo 1974, C-6/73, *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission*.

²⁴ Cfr. C. giust. UE, 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands v. Commission*.

²⁵ C. giust. UE, 29 aprile 2004, C-418/01, *Ims Health GmbH v. NDC Health GmbH*, cit.

²⁶ Si osservi, al riguardo, che talora la Commissione ha ingiunto di ottemperare all'obbligo di contrarre attraverso propri provvedimenti di natura cautelare: cfr. la decisione della Commissione 87/500/CEE del 27 luglio 1987 nel caso *BBI/Boosey & Hawkes*.

²⁷ Cfr. App. Milano, ord., 12 aprile 1995, *CEIT/Novamont-Ciuffo Gatto*; App. Milano 19 giugno 2001, *Bluevacanze S.p.A. c. I Viaggi del Ventaglio S.p.A., Turisanda S.p.A. e Hotelplan Italia S.p.A.*

(artt. 102 TFEU o 3, legge 287/1990)²⁸; l'altra, viceversa, propensa a scorgere nella condotta abusiva la sola scaturigine di una responsabilità contrattuale a carico dell'impresa dominante.

Risulta, invero, d'ostacolo alla tesi della nullità virtuale (ex art. 1418, comma 1, c.c.) la distinzione concettuale tra regole di validità e regole di responsabilità²⁹; distinzione alla cui stregua la violazione di una norma di condotta, qual è certamente quella che fa divieto all'impresa in posizione dominante di tenere condotte abusive, non può che metter capo a risvolti risarcitori, a meno del ricorrere di previsioni normative espresse³⁰.

Per altro verso, poi, in punto di politica del diritto, può bene aggiungersi come l'opzione invalidativa riferita al contratto con cui si abusi della posizione dominante, non potrebbe che essere radicale e travolgere cioè l'intero regolamento d'interessi³¹. Da qui, dunque, il profilarsi di un rimedio contro l'abuso perpetrato che rischierebbe di risultare persino peggiore

per la controparte abusata e che si intenderebbe, viceversa tutelare.

È in ragione di questi elementi che risulta quindi maggiormente plausibile l'alternativa risarcitoria, dovendosi tuttavia aggiungere, quanto all'indole della postulata responsabilità, che si dovrebbe intendere quella in esame come una responsabilità di natura contrattuale, ad *instar* dell'articolo 1440 c.c.

ENRICO CAMILLERI

Bibliografia

LIBERTINI, «L'applicazione delle norme antitrust europee», in *Manuale di Diritto Privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, vol. III, 367 e ss.; LIBERTINI, «Le intese illecite», in *I Contratti della Concorrenza*, a cura di A. CATRICALÀ e E. GABRIELLI, Torino, 2011, 82 ss.; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 91 ss.; Van Bael & Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, 92-92; PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005.

²⁸ Cfr. Trib. Roma, ord. 7 agosto 2000; Trib. Milano 13 marzo 1985. In senso critico v., tuttavia, Trib. Alba 12 gennaio 1995.

²⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

³⁰ Non a caso, infatti, autorevole dottrina reputa che in tanto possa considerarsi nullo in contratto che inveri un abuso di posizione dominante, in quanto se ne riconduca la fattispecie

nell'alveo dell'articolo 9, comma 3 l. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica.

³¹ Si noti, per inciso, che la tesi proposta da una dottrina minoritaria, tendente a postulare, nel caso di specie, una nullità del contratto con sostituzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c., non risulterebbe praticabile, se non altro per il difetto di una fonte sostitutivo-integrativa, preesistente alla decisione giudiziale sulla invalidità.