

Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)

1.- Un *primer*, un manuale di base sul danno antitrust: questa la malcelata ambizione della sentenza in epigrafe. Essa mira, in primo luogo, a consolidare i risultati già attinti in passato, razionalizzandone la portata complessiva in termini di pieno riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di danno ad opera del consumatore pregiudicato da una pratica cartellistica. Doppiato questo capo, la Cassazione s'imbarca nel periglioso tentativo di definire i dettagli applicativi –nesso di causalità, ripartizione dell'onere probatorio, decorrenza del termine prescrizione-, rimasti sin qui inesplorati. Il risultato è incerto. Soprattutto riguardo a quello che appariva come esercizio relativamente scontato, ossia la 'sistematizzazione' del pregresso.

2.- La pronuncia ricostruisce lucidamente la convulsa vicenda interpretativa snodatasi tra la sentenza Fittipaldi, sul finire del 2002, e l'intervento delle Sezioni unite, all'inizio del 2005. L'idea di un diritto antitrust ad uso esclusivo degli imprenditori, con tanto di diniego della legittimazione del consumatore all'azione di danni ex art. 33, comma 2, l. 287/90 (salva, per lui, la possibilità, astratta quanto improbabile, di seguire la traiettoria generale ex art. 2043 c.c.), viene smentita senza incertezze; e, con essa, anche il corollario strumentale che vedeva, nel contratto intercorso tra consumatore e membro del cartello, una monade isolata, indifferente alla nullità della previa intesa restrittiva della concorrenza. I *Folgeverträge*, spiega oggi la corte nel solco della sentenza del 2005, sono inscindibilmente collegati al cartello da cui promanano, rappresentano il momento realizzativo, in danno del consumatore, della volontà anticompetitiva "residente a monte": insomma, coronano strumentalmente il disegno cartellistico e ne condividono, a colpi di collegamento funzionale, le sorti.

Sin qui, tutto lineare (e *déjà vu*). La corte s'ingegna, però, di fare un passo avanti sulla via della razionalizzazione della materia, valorizzando un altro suo precedente (Cass. 827/99), là dove spiegava che l'art. 2 l. 287/90, "nello stabilire la nullità delle intese, non [aveva] inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione (anche successiva al negozio originario) che, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza". Come dire: nullità estesa anche ai contratti 'a valle', attuativi della cospirazione cartellistica¹.

Questa soluzione non fa una piega, sul piano logico. Solo che, a volerla avallare, impone coerenza sistematica. La nullità toglie dal giro l'operazione e innesca una dinamica restitutoria, atta a riportare le parti, per quanto possibile, nella posizione preesistente. La nullità, in quanto improduttività di effetti giuridici, non dà luogo a risarcimento del danno. Mentre proprio di quest'ultimo –per di più, in una dimensione chiaramente simbolica, data l'entità del ristoro accordato dai giudici di appello-- si occupa l'odierna sentenza. I conti non tornano.

3.- Proviamo a semplificare, a costo di usare l'accetta, un discorso di grande complessità. La nullità disposta per le intese restrittive della concorrenza sembra stabilire un importante punto di raccordo tra disciplina antitrust e diritto privato. Il cartello è illecito e sanzionato, appunto, di nullità, sì che, per via di neppure inusuali passaggi logici, è lecito desumere che l'invalidità si estenda ai contratti funzionalmente collegati all'architrave del disegno collusivo. Sennonché, questa traiettoria si rivela poco promettente. Per un verso, rischia di arenarsi quante volte –nella prassi attuale, sempre!- la collusione non assuma le vesti del contratto, ma passi attraverso una qualche forma di pratica concertata, magari ai limiti del "parallelismo consapevole". Per l'altro, denuncia un'assai scarsa propensione ad operare come deterrente all'illecito. È vero, infatti, che la disciplina delle

¹ In contrario avviso era andata, come si ricorderà, Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, *Foro it.*, 2004, I, 466, col dire che "[...] se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturenti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti". Ma v., per una critica serrata, C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469, nonché *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ibid.*, 1165.

restituzioni può salvaguardare, entro certi limiti, la posizione del soggetto di buona fede²: ma di qui ad arginare l'incentivo a restringere la concorrenza ne corre; e neppure poco. Il rimedio della nullità segnala lo stigma sociale, senza pretesa alcuna di assumere il ruolo di argine a tentazioni monopolistiche. Del resto, quel rimedio non avrebbe spazio alcuno rispetto all'abuso di posizione dominante, che traduce in termini di comportamento individuale dell'imprenditore egemone (se del caso perché in dimensione congiunta con altri) molte delle pratiche precluse ai concorrenti coalizzati, invocando un'ovvia omogeneità di fondo per la disciplina repressiva. Più in generale. Se vi dev'essere un ruolo per il *private enforcement* in antitrust –affermazione su cui va oggi coagulandosi un diffuso consenso, capace di superare le tante resistenze che in passato inducevano a puntare tutto sulla repressione pubblicistica-, questo si esprime a livello di risarcimento del danno, magari ingigantito con un moltiplicatore proprio al fine di sortire un più netto risultato dissuasivo. Non a caso, dopo aver adombrato la soluzione della nullità deambulante, la Cassazione passa risolutamente a trattare di azione di danno. Peccato che, di per sé, la prima non legittimi la seconda.

4.- La praticabilità dell'azione di danni può essere variamente argomentata.

La soluzione più vicina all'impostazione 'olistica' avallata dalla Cassazione è che accordo di cartello e contratti attuativi concorrano, 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. Nel nostro caso, la fattispecie è data dall'imposizione, all'interno di un contratto di assicurazione, di un sovrapprezzo scaturente dalla determinazione collettiva dei membri del cartello di massimizzare i profitti collettivi³. La nullità di quella determinazione, se ne ricorrono i presupposti (esclusi, nella circostanza, dal fatto che l'intesa era predicata sullo scambio di informazioni sensibili, che avrebbe permesso ai membri del cartello di uniformare i premi di polizza), resta *a latere* (mentre quella dei contratti 'a valle', se proprio la si volesse affermare, andrebbe a complicare il quadro del *quantum* dovuto, con poco costruito complessivo e molto disordine concettuale). Ricorrendo gli estremi di quella fattispecie, il consumatore pregiudicato può far leva –non diversamente da quanto avverrebbe nel caso in cui analogo danno gli derivi dal comportamento abusivo di un'impresa in posizione dominante- sulla traiettoria evocata dall'art. 33, comma 2, l. 287/90, con connesso rinvio *per relationem* alla clausole generale dell'art. 2043 c.c. Qui, per inciso, la Cassazione ha buon gioco a sbarazzarsi dei dubbi agitati intorno alla sussistenza di una situazione giuridica tutelata. Forte dell'ormai consolidato riconoscimento dell'atipicità dell'illecito e della 'spallata' a suo tempo assestata da Cass. 500/99, la sentenza non ha difficoltà ad individuare una messe di dati normativi idonei ad attribuire rilevanza ordinamentale all'interesse del privato consumatore al corretto dispiegarsi della concorrenza. Curiosamente, l'incedere trionfale sul punto sconta una sorta di rigurgito concettuale nel suo momento più alto, laddove, cioè, il "diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta" viene inopinatamente esplicito in termini declamatori di "interesse ultraindividuale alla libertà individuale". A parte la circolarità della definizione, il carattere ultraindividuale è il meno consono ad attivare una tutela individuale: ma questa è un'altra storia...

Al limite –e qui ci si ferma ad un cenno, perché il discorso porterebbe troppo lontano-, l'approccio testé abbozzato potrebbe andare ad infoltire il novero di ipotesi (fra cui spiccano quella delineata dalla pronuncia della Corte di giustizia in *Courage v. Crehan*⁴ e dati normativi in cerca d'identità,

² Per CASTRONOVO, cit., la nullità investirebbe la determinazione del prezzo collusivo, comportando illiceità dell'oggetto del contratto e conseguente nullità per la parte corrispondente: nullità che si propagherebbe, per la stessa ragione e per la misura correlativa, alla clausola di prezzo del contratto a valle, così schiudendo la via alla ripetizione della quota indebita (e all'ulteriore conseguenza del risarcimento ex art. 1338 c.c., v. infra, nt. 9). Va da sé che la traiettoria risulta impraticabile quante volte la violazione antitrust non assuma i contorni del *price fixing*.

³ Cfr., indicativamente, R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori; da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469; e E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, id., 2003, I, 1127.

⁴ Cfr. Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Foro it.*, 2002, IV, 75.

quali l'art. 9 della l. 192/98 sull'abuso di dipendenza economica e l'art. 7 d. leg. 231/02 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) caratterizzate dalla consapevole compenetrazione tra regole di validità e regole di condotta (nullità come effetto di un comportamento illecito, donde la cumulabilità di rimedi risarcitorio ed invalidatorio): sino a consentire la configurazione di un nuovo paradigma contrattuale, il cui "significato risiede nello spostamento al livello di requisiti di validità e/o efficacia del contratto di profili, disciplinati dalle regole di comportamento, che tradizionalmente rilevavano esclusivamente sul piano del rapporto *inter partes*"⁵.

Altra ed opposta via, in qualche modo propiziata dalla dottrina contraria a ravvisare una ricaduta civilistica della nullità dell'intesa restrittiva sui contratti attuativi⁶, e per certi versi esplorata da un'importante sentenza della stessa Cassazione con riguardo alla materia dell'intermediazione finanziaria⁷ (che, a sua volta, propone l'articolazione a due livelli tra contratto-quadro di prestazione di servizi d'investimento e contratti esecutivi⁸), sarebbe quella di: a) ribadire la distinzione dogmatica tra regole di validità e regole di comportamento, col risultato di negare che il singolo *Folgevertrag* sia inficiato di nullità, perché l'illiceità non tocca elementi intrinseci del contratto, ma viene dall'esterno, dall'accordo originario di cartello; b) assumere che l'imprenditore colluso, ovviamente consapevole della violazione per avere contribuito a determinarla, sia esposto a responsabilità precontrattuale, riconosciuta come operativa anche quando il contratto, regolarmente concluso, sia sottratto ad invalidazione⁹. Il soggetto danneggiato da un assetto contrattuale meno conveniente di quello cui avrebbe potuto aspirare senza la condotta illecita potrà chiedere ristoro sulla falsariga dell'art. 1440 c.c. (dolo incidente) o, comunque, attivare criteri di computo che gli consentano di pretendere l'equivalente del minor vantaggio ottenuto o del maggior aggravio economico patito.

Una cosa è certa. Adombrare, come fa la Cassazione, la nullità dell'intesa a valle non risolve i problemi. Non spiega perché dalla restituzione si trascorra al risarcimento del danno. Le intenzioni, non c'è ragione di dubitarne, sono le migliori; e gli esiti certamente condivisibili. Ma la trama argomentativa resta incoata; e l'auspicata razionalizzazione latita proprio rispetto a quelle che dovrebbero essere le premesse fondanti.

5.- Naturalmente, chi invochi il risarcimento del danno ha l'onere di dimostrare l'esistenza del nesso causale fra comportamento illecito e pregiudizio lamentato. La Cassazione valorizza, al riguardo, l'inscindibilità, teorizzata in precedenza, fra intesa-madre, causa remota, e singolo contratto attuativo, che porta a compimento il disegno anticoncorrenziale. Quanto basta perché il giudice possa "desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto probabilistico tra antecedente e dato consequenziale". Parte di qui una riflessione sintetica sulla causalità (materiale, in quanto rapporto naturalistico di derivazione del danno ingiusto dalla condotta e, soprattutto) giuridica, intesa, secondo la deriva di un orientamento minoritario¹⁰, come quella per cui "i fatti

⁵ V., al riguardo, le penetranti osservazioni di E. SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 119.

⁶ V., ad es., M. A. AZZARO, *Intese restrittive e (contr)atti in danno dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 339; e M. R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi concluda un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, *id.*, 347. Ma la lista di quanti teorizzano l'incomunicabilità fra i due livelli è nutritissima: v., per un quadro d'insieme, V. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 271.

⁷ Cass. 29 agosto 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105, con nota di E. SCODITTI.

⁸ Cfr., riassuntivamente, M. DELLACASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, 1241.

⁹ Assumendo, invece, la nullità del contratto a valle, il diritto al risarcimento per il consumatore scaturirebbe dall'art. 1338 c.c.: v. C. CATRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. privato*, 2005, 444.

¹⁰ La causalità giuridica viene così ricondotta al procedimento (tutto giuridico) mediante il quale si espungono dal rapporto causale tutti gli antecedenti che appaiono inadeguati rispetto alla produzione di un dato evento, assegnando rilevanza eziologica alle sole condotte che si pongono in una relazione di regolarità causale (o di prevedibilità) rispetto alla causazione del fatto illecito. Ciò val quanto scindere il processo della causalità materiale in due *sub* procedimenti,

sopravvenuti, idonei di per sé soli a determinare l'evento, interrompono il nesso con tutti gli antecedenti causali". Soccorrono, all'uopo, criteri di probabilità scientifica o, se tutto manca, di logica aristotelica (qualunque essa sia, posto che i suoi precetti restano ignoti a tutti, meno, s'intende, che alla Cassazione): siamo, alle corti, in piena *bagarre* da sentenza *Franzese* e dintorni, con la logica probabilistica destinata a prevalere sul riscontro statistico perché capace di apprezzare le circostanze differenziali del caso di specie.

Discorso complicato, forse oltre il segno della necessità. Occorre convenire, comunque, che il problema è spinoso, anche se non tutto sotteso alla snodo concettuale cui vorrebbe ricondurlo la corte. Il passaggio pregiudiziale è costituito, infatti, dall'individuazione del danno, inevitabilmente legato ad un giudizio prognostico, da effettuare sulla base di uno fra i numerosi modelli economici a disposizione dell'interprete. Nel nostro caso, con un po' di buona volontà si può assumere che il parametro adottato sia la c.d. *yardstick theory*, che raffronta il livello di prezzo all'interno del mercato nel quale è stata posta in essere la concertazione con quello registrato in altri mercati, esenti da collusione. In concreto, il sovrapprezzo è stato individuato, a furor di popolo, nella misura del 20%, sulla base di un'approssimativa valutazione dei dati comparativi (rispetto alla media europea) forniti dall'AGCM (per inciso, la corte benedice tale percentuale, facendo leva sulla valutazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. in ragione dell'estrema difficoltà di computazione concreta del danno: ma poi, con un sussulto di anelito alla precisione là dove si procede a spanne, specifica che detta percentuale va computata sul premio al netto di imposte ed oneri vari).

Ma, dando per concesso tutto quanto precede, quel sovrapprezzo è davvero dovuto all'intesa o discende da altri fattori, che hanno variamente inciso sulla scena economica? Le incertezze sollevate da quest'interrogativo minacciano un'*impasse*, che la sentenza si sforza di scongiurare: *a*) dapprima invocando il ragionamento probabilistico, in forza del quale il giudice potrà individuare l'intesa illecita come "condotta preparatoria rispetto alla condotta finale, costituita dall'aumento di polizza" e configurare il danno come "maggiore esborso" (risultato cui, chiosa la corte, si approderebbe anche ricostruendo, una volta di più sulla base di ragionamenti probabilistici o di presunzioni, la vicenda pregiudizievole in termini di perdita della *chance* di ottenere migliori condizioni di polizza); e, poi, *b*) ripiegando sul piano della ripartizione dell'onere probatorio.

Per quanto riguarda il profilo *sub a*), c'è da credere che l'apparato concettuale invocato sia eccedentario rispetto al bisogno. A tacer d'altro, i molti contorcimenti che mozzano il respiro quando si abbia a ragionare in chiave di giudizio controfattuale a ridosso di condotte illecite omissive sono, nella circostanza, un fuor d'opera. La concertazione cartellistica, cui si rapportano inscindibilmente le condotte finali, mira a incrementare i prezzi; questi ultimi risultano in fatto maggiorati. L'uno e l'altro sono fatti storici, accertati. Con tali presupposti (che sono, poi, quelli tipici di un illecito commissivo), la dimostrazione del nesso di causalità, in termini di *conditio sine qua non* -ma anche di causalità adeguata-, fila liscia.

Spetterà al convenuto –e si approda così al profilo *sub b*)– dimostrare, se del caso, l'interruzione del nesso causale ad opera di altri eventi, autonomamente idonei o alternativamente concorrenti a determinare il rincaro (sì che, sotto questo profilo, la sentenza impugnata, rimasta del tutto sorda ai tentativi della compagnia assicurativa di dimostrare l'incidenza di altri fattori, sfiora la tesi "aberrante" del danno *in re ipsa* e merita, perciò, la cassazione). E, su questo punto, la sentenza merita approvazione, perché lascia spazio ad una prova contraria, senza gravare oltre misura la posizione dell'attore.

6.- Brevemente sull'ultimo tema toccato dalla pronuncia: la decorrenza del termine di prescrizione. Non senza precisare che, al riguardo, sarebbe necessario imbastire un esame molto più approfondito.

lasciando fuori dal giro l'accertamento dei danni risarcibili. In questi termini si esprime, da ultimo, Cass. 19 maggio 2005, Pauletti, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 6.

La corte esclude risolutamente che la definitività dell'accertamento amministrativo, con tanto di suggello del Consiglio di Stato, operi a mo' di pregiudiziale all'azione di danno aquiliano. La via aperta dall'art. 33, comma 2, l. 287/90 è del tutto indipendente dall'eventuale attivazione dell'Agcm e dai suoi eventuali sviluppi. Il termine prescrizione è, dunque, del tutto indipendente dall'iniziativa a tutela dell'interesse pubblico. D'altro canto, secondo la sentenza, sarebbe errato far riferimento alla data di sottoscrizione della polizza assicurativa, perché vi osta il precetto dell'art. 2935 c.c. Il momento in cui si produce il danno è diverso da quello in cui la vittima ne ha percezione fenomenica. Solo quando il titolare del diritto sia adeguatamente informato dell'esistenza del pregiudizio e della sua attribuibilità all'autore dell'illecito, solo allora, dicevamo, l'inerzia del danneggiato diviene rilevante ai fini della prescrizione. Occorre, in altre parole, l'"esteriorizzazione" del danno, che si traduce in un quadro cognitivo completo quanto basta per consentire alla vittima di esercitare il diritto risarcitorio; e tocca al giudice di merito accertare quando questo quadro si sia formato.

La 'lungolatenza' del danno antitrust, come teorizzata dall'odierna pronuncia, sembra rispondere alle preoccupazioni ventilate dalla Corte di giustizia nel caso *Manfredi*¹¹. I giudici del Kirchberg, partendo dal presupposto che in Italia la tutela contro gli effetti negativi derivanti da un'intesa anticompetitiva diventa efficace a partire dal giorno in cui quest'ultima sia stata posta in essere (sì che il termine di prescrizione della domanda di risarcimento fondata sull'art. 81 CE decorre a partire dal quel momento), avevano osservato che un'impostazione siffatta potrebbe "rendere praticamente impossibile l'esercizio" dell'azione di danno, "in particolare qualora la norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso"¹²; nel caso di infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione dell'azione potrebbe addirittura estinguersi prima che sia cessata l'infrazione, precludendo il ricorso a chi abbia subito danni dopo tale scadenza¹³. Orbene, è indubbio che l'esteriorizzazione richiesta dalla corte come momento d'innescio del termine prescrizione spazzi via queste perplessità. Ma il prezzo pagato è elevatissimo. In quale momento il soggetto scopra, per indagini proprie o per virtù informative mass-mediatiche, di esser stato 'taglieggiato' è domanda cui non è più dato rispondere in astratto: difficile che il nostro non sia reso edotto dall'apertura di un procedimento istruttorio ad opera dall'AGCM, ma non si dà certezza neppure su questo punto. Per una disciplina, come quella della prescrizione, che di certezze dovrebbe nutrirsi, l'esito è disperante.

¹¹ Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04 (in *Danno e resp.*, 2007, 19, con nota di CARPAGNANO), par. 75.

¹² *Ibid.*, par. 78.

¹³ *Ibid.*, par. 79. La Corte ha risolto la questione stabilendo che spetta al giudice nazionale, sulla base delle considerazioni sopra riportate, verificare se la norma nazionale in materia di prescrizione renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al risarcimento del danno subito.