

Alessandro Mantelero

**«PER QUALCHE LIRA IN PIÙ»
O DEL DANNO AL CONSUMATORE
NEI CONTRATTI «A VALLE»
DI UN'INTESA ANTICONCORRENZIALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

« Per qualche lira in più » o del danno al consumatore nei contratti « a valle » di un'intesa anticoncorrenziale

SOMMARIO: 1. — La tutela extracontrattuale del consumatore nella normativa *antitrust*, tra giurisprudenza dei giudici di pace e posizione della Cassazione. — 2. *Segue:* la Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475. — 3. *Segue:* elemento soggettivo e rapporto di causalità nell'illecito ai danni del consumatore. — 4. La legge n. 281 del 1998: un'altra possibile via al risarcimento del danno. — 5. Alcune riflessioni conclusive: la reale efficacia della tutela del consumatore, fra azioni individuali ed azioni collettive. — 6. Note a margine sul *quantum*.

1. — Recentemente, in relazione alla *bagarre* scatenata dalla scoperta di un'intesa restrittiva della concorrenza esistente fra diverse società operanti nel settore dell'assicurazione obbligatoria autoveicoli, poi addirittura sfociata in una significativa modifica del codice di procedura civile (ma si sa, sono questi tempi di novelle!), è riemerso, tra i vari *dicta* dei giudici di pace aditi, il problema della tutela aquiliana del consumatore rispetto ai danni derivanti dalla stipulazione di un contratto « a valle » di un'intesa anticoncorrenziale.

È così accaduto che in due differenti pronunce, dei giudici di pace di Sala Consilina e di Lecce ⁽¹⁾, si sia affermato che il danno derivante ai consumatori per gli effetti di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, sia risarcibile *ex art.* 2043 c.c. in quanto « conseguenza di un atto illecito » e coincida con l'« illegittimo aumento dei prezzi che è sicuramente derivante da atto illecito » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. G.d.p. Sala Consilina, sentenza n. 252 del 2001, M.R. c. Nuova Tirrena Assicurazioni S.p.a., pubblicata senza data sul sito internet www.codacons.it, consultato in data 6 febbraio 2003, e G.d.p. Lecce, 4 febbraio 2003, Mazzotta c. Sara Assicurazioni, pubblicata sul sito internet www.codacons.it, consultato in data 23 luglio 2003.

⁽²⁾ Così G.d.p. Sala Consilina, cit. Più generica risulta la pronuncia del G.d.p. Lecce, 4 febbraio 2003, cit., che, dopo aver rilevato l'illiceità dell'intesa in quanto lesiva della concorrenza, ha affermato che la società assicuratrice convenuta ha « arrecato all'attrice un ingiusto danno [...] essendo, la stessa costretta ad accedere al mercato, poiché la polizza R.C.A. è obbligatoria per legge. Ne deriva alla luce di quanto sopra il diritto dell'attrice al risarcimento del danno da atto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. ».

Elemento fondante entrambe le decisioni è la fattispecie descritta ampiamente nel provvedimento n. 8546, del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, con cui ben 39 compagnie assicuratrici sono state condannate per aver « posto in essere, in violazione dell'articolo 2, comma 2°, della legge n. 287 del 1990, una complessa ed articolata intesa orizzontale, nella forma di una pratica concordata, consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti » (3). Nella specie è risultato che le società coinvolte, attraverso la partecipazione ad una società esterna denominata R.C. Log S.r.l., avevano realizzato « un'attività di scambio di informazioni, avente ad oggetto, tra l'altro, i premi commerciali e le condizioni contrattuali » (4).

Quanto sommariamente descritto spinge ad indagare sul tema controverso dei rapporti esistenti fra disciplina *antitrust* e tutela del consumatore.

Una prima valutazione potrebbe indurre a considerare i due ambiti indicati come totalmente separati, per cui la regolamentazione della concorrenza riguarderebbe solamente il mercato ed i rapporti fra gli imprenditori, mentre la figura del consumatore assumerebbe rilievo unicamente in riferimento al contratto stipulato dallo stesso con il singolo operatore economico, senza che possa rintracciarsi alcuna correlazione fra intesa vietata « a monte » e contratto stipulato « a valle ».

Tale impostazione non va tuttavia avallata, prima ancora che per specifiche ragioni interpretative di cui si darà conto, in quanto non condivisibile sotto il profilo della politica del diritto.

(3) Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, consultabile sul sito ufficiale dell'autorità (www.agcm.it). Il provvedimento è stato impugnato di fronte al Tar del Lazio, il quale, con decisione 5 luglio 2001, n. 6139, pubblicata in *Foro amm.*, 2001, p. 2117, ha respinto i ricorsi presentati da trentacinque compagnie assicuratrici. La sesta sezione del Consiglio di Stato, successivamente adita, con sentenza del 23 aprile 2002, n. 2199, pubblicata in *Foro amm.*, 2002, p. 977 ss. ed in *Foro it.*, 2002, III, c. 482 ss., ha parzialmente accolto l'appello di quattordici delle società ricorrenti, provvedendo ad una riduzione delle sanzioni loro comminate. Cfr. in proposito le note critiche di PARDOLESI, *Sul 'nuovo che avanza' in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 500 ss., e di OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*, ivi, c. 509 ss.

(4) Cfr. punto 48 provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit. Nella decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, al punto 130, si legge: « attraverso l'osservatorio rca — nato nel 1994 — le imprese possono conoscere direttamente e analiticamente le tariffe delle imprese monitorate. Conseguentemente le imprese hanno contezza dei prezzi finali praticati dai concorrenti per un numero estremamente elevato di possibili profili tariffari in quanto i forti limiti alla scontistica (c.d. flessibilità tariffaria) fanno sì che la tariffa coincida di regola con il prezzo finale ». Nelle conclusioni del proprio provvedimento, al punto 261, l'autorità garante osserva: « L'intesa realizzata tramite RC Log coinvolge, seppure con intensità diversa, un numero particolarmente elevato di imprese che rappresentano oltre l'80% di entrambi i mercati assicurativi auto. In particolare, risultano partecipare allo scambio di informazioni tutte le prime 20 compagnie del settore dell'assicurazione auto, ad eccezione di Levante-Norditalia ».

Iniziando l'indagine dalla situazione sottoposta all'esame dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, occorre preliminarmente analizzare i caratteri specifici del segmento di mercato riguardante l'assicurazione per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli. Esso si connota, innanzitutto, per la presenza di significative barriere all'entrata di nuovi operatori, dovute sia al rapporto di esclusiva esistente fra agente e società assicuratrice⁽⁵⁾, sia alla necessità di dotarsi di una struttura che assicuri una presenza diffusa sul territorio⁽⁶⁾. A ciò si aggiunga che per poter sfruttare efficacemente le dinamiche probabilistiche connesse al rapporto fra premi e rischi, occorre altresì un ampio e diversificato portafoglio clienti, cui conseguono rilevanti costi di avviamento dell'attività; per questo motivo generalmente l'ingresso nel mercato assicurativo avviene attraverso l'acquisizione di portafogli di imprese già esistenti sul mercato⁽⁷⁾, con una correlata forte limitazione del *turn-over* delle società operanti nel settore⁽⁸⁾.

Il segmento di mercato dell'assicurazione degli autoveicoli, secondo quanto è emerso dall'indagine dell'autorità garante della concorrenza e del mercato si presenta inoltre come caratterizzato da una significativa concentrazione, dal momento che i primi dieci gruppi detengono da soli oltre l'85% del mercato⁽⁹⁾. Va infine tenuto presente che sussiste altresì una «fitta rete di partecipazioni incrociate» fra le società impegnate nel comparto⁽¹⁰⁾.

(5) Cfr. autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, realizzata dall'autorità garante della concorrenza e del mercato e pubblicata sul sito ufficiale della stessa (www.agcm.it), p. 201.

(6) Cfr. in tal senso il punto 92 del provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit. I due aspetti indicati nel testo si influenzano a vicenda, per cui per poter acquisire una quota di mercato sarà necessario preliminarmente stipulare tutta una serie di contratti di agenzia e nel contempo cercare di distribuire su un'area significativa del territorio la propria rete di agenti, con un conseguente elevato costo iniziale.

(7) Cfr. in tal senso il punto 92 del provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit.

(8) Cfr. autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, cit., p. 42, secondo cui «con riferimento ai flussi di entrata, le nuove imprese nella quasi totalità dei casi appartengono a gruppi assicurativi già presenti nel ramo rca, i quali spesso hanno costituito nuove società al fine di collocare le polizze auto con modalità diverse rispetto a quella tradizionale».

(9) Il dato è relativo all'anno 2001 ed è desunto dalla tabella 2.4 dell'*Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, cit.; sempre da tale inchiesta (tabella 2.9) risulta che i primi cinque gruppi assicurativi detengono, da soli, il 58,5% del mercato e che la quasi totalità dello stesso (96,2%) è in mano ai primi venti gruppi. Cfr. altresì punto 82 del provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., ove si affermava che nel 1998 i primi cinque, dieci e venti gruppi assicurativi italiani detenevano rispettivamente quote di mercato pari al 31,13%, 52,10% e 77%. Fra il 1998 ed il 2001, si è dunque assistito, anche in ragione di diverse operazioni di acquisizione, ad un sensibile incremento della concentrazione del settore assicurativo.

(10) Cfr. punto 90 del provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit.; cfr. altresì autorità garante della con-

La descrizione fin qui svolta, seppur utile ai fini della valutazione del livello di concorrenza presente nel mercato assicurativo, come dimostrato dalle considerazioni espresse nel provvedimento n. 8546 dell'autorità garante della concorrenza e del mercato⁽¹¹⁾, serve, in questo contesto, per mettere in luce le peculiarità del settore assicurativo, le quali assumono notevole rilievo per valutare la posizione, e la condizione, del consumatore in tale contesto commerciale.

A quanto affermato in merito ai caratteri del mercato in esame, va aggiunto che, dal punto di vista della tipologia contrattuale, è assai diffuso nel settore assicurativo il ricorso alle clausole generali di contratto ed alla pre-disposizione di formulari. Entrambe le metodologie di contrattazione, finalizzate a far fronte alla « massificazione » dei rapporti negoziali, producono un'ulteriore limitazione dell'autonomia del consumatore, il quale non solo ha una relativamente scarsa possibilità di scelta fra diversi operatori, ma, in costanza di una sostanziale somiglianza fra i diversi articolati⁽¹²⁾, ha altresì una limitata alternativa nella scelta fra le possibili condizioni che regoleranno il rapporto negoziale.

Va inoltre aggiunto, particolare affatto trascurabile, che l'assicurazione per la responsabilità civile connessa alla circolazione di autoveicoli ha carattere obbligatorio⁽¹³⁾ ed è facile individuare in tale obbligo a con-

correnza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, cit., p. 48 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. punto 195 del provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit.

⁽¹²⁾ Va infatti osservato come in séguito alla modifica dell'articolo 11 della l. n. 990 del 1969 ad opera del d.lgs. n. 175 del 1995, con cui è stata abolita qualunque forma di approvazione preventiva e di imposizione autoritativa, oltre che delle tariffe, anche delle condizioni generali di contratto, non si sia registrata una significativa differenziazione della formulazione delle condizioni generali da parte dei diversi operatori. Cfr. in proposito autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, cit., p. 110, ove si afferma che le condizioni di contratto « non sono sostanzialmente variate rispetto al 1994, con la parziale eccezione della copertura assicurativa, ridotta da numerose imprese per la guida in stato di ebbrezza o sotto uso di stupefacenti, e da alcune compagnie per i guidatori diversi da quelli indicati in polizza, soprattutto se *under 25* ».

⁽¹³⁾ La l. 24 dicembre 1969, n. 990 sull'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, trova la ragione della propria obbligatorietà nella funzione « sociale » di tale tipo di assicurazione, tutelando in tal modo l'interesse del terzo danneggiato ad ottenere il risarcimento in un ambito caratterizzato da un elevato numero di eventi pregiudizievoli, assicurando comunque al soggetto leso la possibilità di essere risarcito dall'impresa assicurativa. Cfr. in proposito, GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 2, Padova, 1999, p. 208 ss. Più specificamente sul rapporto fra responsabilità civile ed assicurazione obbligatoria per la circolazione dei veicoli si vedano, tra i vari contributi: CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975, *passim*; CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, *passim*; GRIFFEY, *La responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti*, Milano, 1995, *passim*. Cfr. altresì CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 463 ss. ed ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London, 1987, p. 617 ss.

trarre⁽¹⁴⁾ un ulteriore elemento di forza per i soggetti operanti nel settore.

Dal quadro complessivo sin qui delineato emerge dunque l'estrema debolezza del consumatore nel ramo assicurativo considerato, ove la presenza dell'obbligo a contrarre, le modalità contrattuali ed il limitato livello di concorrenza presente, comportano già di per sé uno scarso potere contrattuale dell'assicurato. Risulta dunque facile comprendere la gravità che comporta in un simile contesto l'adozione di intese atte a limitare la concorrenza.

Ove, come nel caso di specie, le compagnie assicuratrici si siano accordate per una condivisione delle informazioni inerenti la loro politica dei prezzi ed abbiano in più casi coordinato gli aumenti delle polizze⁽¹⁵⁾, non v'è chi non veda come l'effetto dannoso dell'intesa si produca direttamente anche sulla posizione del contraente-consumatore. Il cosiddetto « contratto a valle » risente infatti immediatamente ed inevitabilmente degli effetti della concertazione fra le imprese, tanto più inaccettabile in un mercato che, come dimostrato, lascia già pochi margini di autonomia al « contraente debole ».

In tale ottica parrebbe miope ritenere, dogmaticamente, che gli unici soggetti legittimati a dolersi delle pratiche anticoncorrenziali siano gli imprenditori pregiudicati e non anche i consumatori. In questa maniera si creerebbe inoltre una separazione fittizia fra imprese e consumatori rispetto alle dinamiche di mercato, ritenendo che quest'ultime abbiano

(14) Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 1999, p. 153 ss.; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1998, p. 203 ss.; LIBERTINI-SANFILIPPO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Digesto*, IV ed., sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 480 ss.; DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur. it.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.

(15) Nel provvedimento n. 8546 (1377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., al punto 257, si legge: « Numerose evidenze documentali mostrano infatti, da un lato, come le imprese utilizzino effettivamente le informazioni elaborate da Rc Log per determinare i propri prezzi finali e, dall'altro lato, come le stesse siano in grado di impostare le proprie politiche commerciali attraverso la conoscenza dei futuri comportamenti dei concorrenti. È emerso infatti che le imprese intrattengono tra loro contatti informali aventi ad oggetto, tra l'altro, i tempi e i modi delle future variazioni di tariffa. D'altro canto, la frequenza degli aggiornamenti delle informazioni elaborate da Rc Log consente una conoscenza puntuale e immediata delle evoluzioni del comportamento dei concorrenti e permette quindi alle imprese continui e ripetuti aggiustamenti dei propri prezzi ». Nel punto successivo, inoltre, l'autorità garante osserva: « L'accelerazione dell'introduzione di nuovi tariffari — per alcune imprese si è perfino proceduto a cinque variazioni tariffarie nel 1999, con una media di quattro variazioni infrannuali (v. tabella 2) — non ha giustificazione tecnica. Per il calcolo del premio puro è, infatti, rilevante la sola rilevazione statistica, calcolata in relazione al "periodo assicurativo" che è, come ben noto, soltanto annuale [...]. Singolare è la rilevazione che siffatta strategia di plurime variazioni incrementative infrannuali risulti adottata, in modo sistematico, dalla generalità delle imprese: ciò ad ulteriore conferma della reciproca tempestiva conoscenza delle condotte incrementative dei concorrenti, con la corrispondente certezza del reciproco adeguamento. Tant'è che le quote di mercato delle singole imprese hanno registrato variazioni non significative ».

come unico punto di riferimento le prime, dimenticando che il mercato è basato sullo scambio, di cui sono parte significativa tanto i produttori dei servizi, o dei beni, quanto gli acquirenti dei medesimi.

Non giova certo disconoscere gli effetti estremamente negativi che intese simili a quella in esame producono sui consumatori, non essendo ipotizzabile un buon funzionamento del mercato che escluda la considerazione degli interessi dei consumatori. D'altra parte l'elevato numero di cause intentate e l'azione condotta anche sul piano politico dai consumatori, sia come singoli sia in forma associata, proprio in relazione alla vicenda degli aumenti delle polizze assicurative ora in esame, dimostra chiaramente come non sia possibile negare considerazione a tali interessi.

In questo senso già parte della dottrina ha avuto modo di sottolineare come la l. n. 287 del 1990 non possa considerarsi solamente finalizzata alla tutela degli interessi imprenditoriali, bensì tenga anche in debito conto le esigenze di tutela dei consumatori⁽¹⁶⁾. È infatti indubbio come la disciplina sulla concorrenza, ostacolando le concentrazioni del potere economico e l'apposizione di barriere all'ingresso di nuovi operatori nel mercato, non solo favorisce la libertà di iniziativa delle imprese concorrenti, ma anche induce una diversificazione di prodotti⁽¹⁷⁾ ed un conteni-

(16) Il rilievo e la considerazione delle esigenze dei consumatori, secondo A. TOF-FOLETTI, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 97 ss., si ravviserebbe già con riferimento allo *Sherman Act* statunitense, sul cui modello sono state elaborate le leggi *antitrust* di diverse nazioni (cfr. BERNINI, *Un secolo di Filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, pp. 17 ss. e 295 ss.). L'a. in proposito afferma: «sembra emergere che il valore prevalente posto a base della legislazione fosse costituito dalla protezione dell'interesse dei consumatori, ed in particolare del benessere che loro deriva in presenza di un regime concorrenziale [...]. Dal dibattito parlamentare emerge infatti con una certa chiarezza che la principale preoccupazione che ispirava il legislatore dello *Sherman Act* era la protezione dei consumatori nei confronti dello strapotere delle grandi imprese, ed in particolare la protezione del loro diritto a pagare per ogni prestazione un prezzo più vicino possibile al prezzo concorrenziale, senza subire il potere di mercato delle imprese stesse: protezione del diritto del consumatore, dunque, a non vedersi sottrarre ingiustamente parte della propria ricchezza». In proposito cfr. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1996, p. 530 ss., che osserva come nella l. n. 287 del 1990 «si rinvengono numerosi indici di rilevanza dell'interesse del consumatore» ed in particolare fa riferimento al disposto dell'art. 4, comma 1°, della legge, che, secondo l'a., «implicitamente attribuisce rilevanza all'obiettivo del miglioramento del livello di benessere dei consumatori, elevandolo a scopo finale della disciplina *antitrust*, rispetto al quale l'obiettivo della salvaguardia di un mercato concorrenziale si pone quale mezzo al fine»; in tal senso CASSINIS-FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, 2001, p. 422, con riferimento all'art. 4, comma 1°, della l. n. 287 del 1990, affermano «l'esistenza di un nesso tra tutela dei consumatori/utilizzatori e tutela della struttura concorrenziale del mercato». Il rilievo attribuito dal legislatore alla tutela degli interessi dei consumatori, secondo SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 153, risulterebbe inoltre dal dettato dell'art. 12 della l. n. 287 del 1990.

(17) Cfr. MONTI, *Prefazione*, in *La politica di concorrenza in Europa e il cittadino*,

mento dei prezzi, dei cui effetti positivi sono primariamente destinatari gli acquirenti finali dei beni e dei servizi⁽¹⁸⁾.

In senso opposto, le intese vietate si traducono, invece, direttamente in un aumento dei costi per i fruitori dei servizi, laddove gli operatori economici, forti delle limitazioni alla concorrenza ingenerate, possono scaricare su di essi le proprie inefficienze produttive senza timore di perdere quote di mercato⁽¹⁹⁾.

Un mercato aperto rappresenta dunque un beneficio sia per l'impresa che per il consumatore, assicurando la migliore garanzia degli interessi di entrambi i protagonisti del mercato⁽²⁰⁾.

Se tali sono le finalità⁽²¹⁾ e gli effetti della disciplina *antitrust*, si deve necessariamente concludere affermando la natura plurioffensiva dell'illecito anticoncorrenziale⁽²²⁾, in quanto idoneo a pregiudicare non sola-

Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2000, p. 4, pubblicato sul sito ufficiale dell'Unione europea (www.europa.eu.int), secondo cui « il gioco della concorrenza si concreta per il consumatore finale in un'offerta diversificata ».

⁽¹⁸⁾ Cfr. in tal senso CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, p. 426, i quali affermano: « la tutela della concorrenza favorisce il realizzarsi di condizioni di efficienza economica e garantisce il benessere sociale dei consumatori finali in particolare ». In proposito nella *XXIX Relazione sulla politica di concorrenza della Commissione Europea*, Bruxelles, 2000, p. 39, pubblicata sul sito ufficiale dell'Unione europea (www.europa.eu.int).

⁽¹⁹⁾ Cfr. GUIDO ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 15, nota 35, il quale a proposito dei consumatori afferma: « in definitiva essi sono gli ultimi e veri danneggiati nella loro "property" ».

⁽²⁰⁾ Cfr. in tal senso SCUFFI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale osserva: « il danneggiato della pratica *antitrust* non è solo l'imprenditore escluso dal mercato ma anche la clientela, acquirente finale del prodotto, che [...] vede alla fine ripercuotersi su di sé, ad esempio, l'aumento del prezzo o la diminuzione della qualità della merce compravenduta ». Cfr. altresì MONTI, *Competition enforcement and the interest of consumers - a stable link in times of change*, discorso tenuto all'*European Competition Day*, Atene, 14 febbraio 2003, p. 6, pubblicato sul sito ufficiale dell'Unione europea (www.europa.eu.int): « in times of change there can be only one answer to the question how best to protect the consumer: protect competition! ». Osserva GUIDO ROSSI, *op. cit.*, p. 14: « [*antitrust*] è uno strumento del processo democratico, allo sviluppo del quale i cittadini tutti, dagli imprenditori ai consumatori, dovrebbero partecipare come protagonisti ».

⁽²¹⁾ Cfr. GUIDO ROSSI, *op. cit.*, p. 11, secondo cui il discorso sulle finalità della disciplina *antitrust* « riporta subito alla individuazione dei conflitti tradizionali che l'*antitrust* pretende di risolvere », sostanzialmente riconducibili a due differenti tipologie: quello esistente fra le imprese che operano sullo stesso mercato e « l'altro conflitto insito nelle finalità *antitrust*, cioè quello fra le imprese e i consumatori ». Secondo l'a., *op. cit.*, p. 14, « l'*antitrust* è un problema soprattutto di filosofia sociale e politica e si configura in primo luogo come strumento di libertà: sia libertà di impresa, sia libertà dei consumatori, sia in una parola libertà dei cittadini ».

⁽²²⁾ Cfr. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani-Pardolesi-Patroni Griffi-Ubertazzi, II, Bologna, 1993, p. 1454, secondo cui « gli illeciti del tipo in esame 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 ». Cfr. altresì BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 555, il quale sottolinea la « naturale idoneità dei comportamenti anticoncorrenziali a ledere, con diversa incidenza, non solo una pluralità di soggetti, ma anche soggetti appartenenti a ca-

mente le imprese, ma anche l'interesse del consumatore, la cui tutela può essere correttamente considerata come uno degli scopi finali della legge n. 287 del 1990⁽²³⁾.

2. — È alla luce delle valutazioni sopra esposte che va letta la sentenza 9 dicembre 2002, n. 17475, della prima sezione della Suprema corte, con cui la Cassazione si è pronunciata in merito alla competenza del giudice di pace a decidere sulle cause inerenti il danno patito dai consumatori a séguito dell'intesa realizzata fra le compagnie assicurative qui in esame⁽²⁴⁾.

La pronuncia, che si configura come il tipico esempio di « sentenza-trattato »⁽²⁵⁾, sembra infatti contraddire le considerazioni espresse⁽²⁶⁾.

tegorie socio-economiche non omogenee». Così anche ORLANDI, *La risarcibilità del danno causato da una violazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Giur. merito*, 2000, IV, p. 986.

(23) V. in tal senso A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 331 ss.: « l'affermazione che il diritto *antitrust* si proponga, oltre che di assicurare la libertà della competizione concorrenziale, attraverso la rimozione di tutte le barriere che la possono ostacolare, anche di proteggere i consumatori e gli utilizzatori dei prodotti dal potere economico detenuto dalle imprese, è un fatto innegabile, che risulta con chiarezza dalla storia del diritto *antitrust* ». Cfr. inoltre MONTI, *Content, Competition and consumer: Innovation and Choice*, discorso tenuto all'European Competition Day, Stoccolma, 11 giugno 2001, p. 1, pubblicato sul sito ufficiale dell'Unione europea (www.europa.eu.int): « all the work that we do boils down, in the end, to the ultimate goal of competition policy: fair competition serves the European citizen, the European consumer ». In specie, con riguardo al caso dell'intesa oggetto del presente studio, nel provvedimento n. 8546 (1377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit, al punto 262, si legge: « la natura anticompetitiva delle fattispecie esaminate e soprattutto la potenzialità delle stesse ad incidere in modo sostanziale sulle politiche strategiche delle imprese, con conseguente grave pregiudizio per il benessere dei consumatori, non è dubitabile ».

(24) La sentenza si può leggere in *Corr. giur.*, 2003, p. 339 ss.

(25) Tale impostazione è ravvisabile già nel pesante stile espositivo con cui si aprono le motivazioni: « gli interrogativi sono, invece e piuttosto, di carattere più generale e ci conducono a penetrare — al di là degli auspici ricorrentemente formulati, in molteplici sedi in ordine ad un certo tipo di conclusioni — i contenuti più propri dei singoli ordinamenti nazionali e degli strumenti normativi concretamente elaborati a tutela della "concorrenza" e del "mercato", per indagare gli istituti al fine di ricostruirne le reali articolazioni ed i conseguenti riflessi operativi »; cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit. In proposito si constata, ancora una volta, come spesso rimangano inascoltate le esortazioni di quella parte della dottrina che già da tempo ha rilevato la necessità « che i nostri giudici modificchino lo "stile" delle loro sentenze. Il metodo delle sentenze-trattato, causa di un inutile aggravio di lavoro e naturale terreno di coltura dell'eccesso di *obiter dicta*, va abbandonato. Occorre invece una maggiore attenzione nell'enunciazione della ratio decidendi applicata alla fattispecie concreta e, soprattutto, delle vere ragioni della decisione »; così BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in questa rivista, 1988, p. 557.

(26) In merito BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 393, ha parlato di una riscrittura « in chiave (drammaticamente) restrittiva » del disposto dell'art. 33, comma 2°, della l. n. 287 del 1990, operata dalla Suprema corte, « sino al punto di sterilizzarne la portata ed estromettere i consumatori dal novero dei soggetti legittimati ad invocarlo ».

I giudici della Suprema corte, pur riconoscendo che « il consumatore finale rappresenti egli stesso un termine imprescindibile di riferimento del più generale fenomeno del mercato » e che la l. n. 287 del 1990 « tende ad assicurare le condizioni per il più pieno e libero esprimersi della « concorrenza [...] come fattore imprescindibile per l'esprimersi delle potenzialità e delle capacità del mercato », negano poi che proprio questo soggetto, così centrale nell'equilibrio di mercato che la legge vuole regolare, trovi tutela alcuna nell'ambito della normativa *antitrust*. In specie i giudici ritengono che sarebbe « difficilmente configurabile » (ma anche impossibile?) in capo ai consumatori il ricorso alla dichiarazione di nullità di cui all'art. 33, comma 2°, della l. n. 287 del 1990, perché « sul piano fattuale » non sarebbe ravvisabile « 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” »⁽²⁷⁾. Dall'esclusione dei consumatori fra i soggetti che possono far valere la nullità, la Corte sembra dedurre, in un'ottica sistematica, la natura « stravagante » rispetto all'impianto normativo che andrebbe ad assumere l'eventuale riconoscimento della legittimazione dei consumatori ad agire per ottenere il risarcimento del danno, essendo « lo strumento risarcitorio previsto in stretta connessione con le azioni di nullità e di inibitoria dal medesimo secondo comma dell'art. 33; strumento il quale non può di conseguenza non lasciare presupporre esso stesso una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell'impresa e della sua presenza nel mercato »⁽²⁸⁾.

Il ragionamento non pare logicamente fondato.

In primo luogo non si comprende come la formula dubitativa utilizzata in merito all'esperibilità dell'azione di nullità si tramuti poi, senza altro aggiungere, in un'esclusione totale del rimedio⁽²⁹⁾, ma soprattutto non si capisce come possa escludersi « sul piano fattuale » un interesse del consumatore che invece proprio nei fatti patisce, in relazione al proprio regolamento contrattuale, le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'intesa posta in essere « a monte ».

In secondo luogo, ed è quanto più importa in questa sede, va rilevata l'assoluta vacuità della motivazione adottata per escludere il ricorso dei

⁽²⁷⁾ Secondo la Suprema corte infatti le disposizioni di cui all'art. 33 della l. n. 287 del 1990, sono accomunate dalla stessa *ratio* ispiratrice dei divieti previsti dall'art. 2 della legge, individuabile nella « prospettiva privilegiata del modello dell'“impresa”, e della concorrenza quali fattori — appunto — da preservare rispetto a tutta una serie di eventi perturbativi quali le possibili intese ed i possibili accordi fra singole imprese, aventi la capacità di alterare il gioco delle condizioni per il formarsi della domanda e dell'offerta, e per il permanere o per l'ingresso delle singole imprese nel mercato »; cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit.

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit.

⁽²⁹⁾ I giudici affermano infatti che il ruolo del consumatore finale sarebbe chiamato « ad esaurirsi nella sollecitazione dell'esercizio dei loro poteri da parte degli organi individuati dalla stessa l. n. 287 del 1990 in quella che si rivela la sua componente più propriamente “pubblicistica” ». Cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit.

consumatori al rimedio risarcitorio previsto dalla disciplina *antitrust*, soluzione che si configurerebbe come «stravagante» rispetto al contesto degli altri rimedi offerti dall'art. 33, l. n. 287 del 1990 e non ricollegabile alle (non meglio indefinite) «tematiche dell'impresa e della sua presenza nel mercato».

In merito occorre ricordare come l'art. 33 della l. n. 287 del 1990 sia frutto di un compromesso fra i due progetti di legge proposti al fine di definire la disciplina *antitrust* italiana⁽³⁰⁾. Nella specie il progetto Rossi prevedeva esplicitamente la legittimazione attiva del consumatore nel promuovere l'azione risarcitoria nel caso di intese vietate⁽³¹⁾, mentre il progetto governativo⁽³²⁾ non dettava una specifica disciplina in merito, anche se, dalla relazione al disegno di legge, sembrava lasciata al soggetto danneggiato la possibilità di ricorrere al giudice ordinario per ottenere il risarcimento dei danni⁽³³⁾. All'esito della discussione parlamentare, è stato poi introdotto nel testo di legge, successivamente approvato, l'esplicita indicazione all'azione risarcitoria, senza limitazione alcuna, anche in merito ai soggetti legittimati⁽³⁴⁾.

Da questa breve ricostruzione dei lavori parlamentari che hanno portato alla formulazione del dettato dell'attuale art. 33, comma 2°⁽³⁵⁾, non pare emergere affatto la «stravaganza» del ricorso al giudice ordinario da parte di un consumatore che abbia subito un pregiudizio in conseguenza di un'intesa vietata ai sensi della normativa *antitrust*. Né, sulla base delle argomentazioni espresse in precedenza, pare corretto limitare la lettura di tale normativa in un'ottica che la renda funzionale alle sole «tematiche dell'impresa e della sua presenza nel mercato», trascurando completamente il ruolo determinante svolto dal consuma-

(30) Cfr. A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 172.

(31) Cfr. art. 19 del d.d.l. n. 1012, di iniziativa dei senatori Rossi e altri, pubblicato in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 596 ss. ed in *Riv. soc.*, 1988, p. 591 ss.

(32) Cfr. d.d.l. n. 1240, presentato dal ministro dell'industria e del commercio e dell'artigianato, di concerto con il ministro per il coordinamento delle politiche comunitarie, col ministro del tesoro e con il ministro delle partecipazioni statali, pubblicato in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 762 ss. ed in *Riv. soc.*, 1988, p. 572 ss.

(33) Nella relazione al d.d.l. n. 1240, cit., si afferma la possibilità per «tutti i terzi che si ritengono lesi dagli atti distorsivi della concorrenza di adire il giudice e potere essere soddisfatti nelle loro pretese risarcitorie». Rilievi in merito sono espressi da TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 169.

(34) Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 7, nota 16: «l'art. 33, 2° co., della Legge 287/90 ha introdotto il principio della tutela risarcitoria del privato nei confronti delle violazioni delle norme *antitrust* [...] e ha così, quasi inavvertitamente, aperto una breccia nell'impostazione originaria del disegno di legge governativo che prevedeva di confinare l'intera disciplina ai soli provvedimenti dell'Autorità». Cfr. altresì A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 174, secondo cui «non sembra azzardato concludere che la rilevanza e la portata del disposto dell'art. 33 vanno ben al di là della semplice individuazione di una peculiare competenza giurisdizionale, ma consentono di affermare che la norma contiene anche una indubbia rilevanza sostanziale: i privati possono autonomamente reagire alle violazioni della normativa promuovendo azioni risarcitorie nei confronti degli autori delle violazioni».

(35) Per più ampi ragguagli si rinvia a A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 169 ss.

tore⁽³⁶⁾. C'è poi da chiedersi come sia possibile che in dette «tematiche d'impresa» non venga ravvisato in alcun modo l'interesse di quella classe di soggetti che con il loro comportamento indubbiamente condizionano le scelte fondamentali degli autori della produzione⁽³⁷⁾.

(36) Cfr. in tal senso G. ROSSI, *op. cit.*, p. 15, il quale afferma: «i consumatori debbono essere in grado di portare le ragioni di difesa dei loro (egoistici) interessi, insieme con quelli confliggenti fra le imprese e fra imprese e consumatori, davanti alla Magistratura ordinaria».

(37) Cfr. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli Usa*, Bologna, 1988, p. 155, il quale afferma che il compito tradizionalmente attribuito al diritto *antitrust* è «quello di disciplinare gli esiti del conflitto che esiste tra imprese e consumatori in ordine alla conservazione di una struttura dei mercati che consenta ai primi di incidere sul comportamento delle seconde, mediante scelte consapevoli effettuate in una gamma di alternative che sia la più ampia possibile». Va aggiunto inoltre come, più in generale, possano rintracciarsi indici favorevoli ad un'efficace tutela della posizione soggettiva del consumatore all'interno del mercato anche nell'ambito della normativa costituzionale, specie con riguardo all'art. 41, e comunitaria. Cfr. in proposito A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 140 ss., nonché p. 153, ove l'a. sottolinea come «l'individuazione di un principio costituzionale su cui incardinare la ratio dell'intera normativa *antitrust* consente di impostare ogni costruzione sull'eventuale ingiustizia del danno che deriva dalla violazione della normativa stessa con maggiore convinzione». Cfr. inoltre FARO, *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, III, Milano, 2000, p. 3118, il quale osserva: «la tutela dei consumatori, come tutela della persona, è da considerarsi un limite all'iniziativa economica privata, che non deve offendere la dignità, la sicurezza e la salute della persona, e deve conformarsi all'utilità sociale». Si veda altresì SAJA, *Costituzione economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta Fondamentale*, Atti del convegno tenutosi a Milano il 6-7 maggio 1988, Milano, 1990, p. 7, il quale afferma: «il limite della compatibilità con l'utilità sociale deve assoggettare l'imprenditore a condizioni imprescindibili, concernenti non soltanto la tutela del lavoratore subordinato e in primo luogo della sua dignità, ma anche la salvaguardia dei diritti del consumatore». In proposito cfr. PARRELLA, *op. cit.*, p. 532 ss., secondo cui «la legislazione *antitrust* detta dunque limiti all'agire individuale che trovano il proprio fondamento costituzionale non nel primo comma dell'art. 41 della Costituzione, che sancisce la libertà di iniziativa economica, bensì nel secondo comma dello stesso articolo, che subordina l'esercizio concreto di tale libertà al rispetto del modello costituzionale dell'utilità sociale»; ritiene invece CAPOBIANCO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469-bis-1469-sexies c.c.)*, in *Vita not.*, 1996, p. 1143 ss., che «con l'avvento della Costituzione, l'attenzione, prima incentrata sulle istanze produttivistiche che avevano ispirato il codice del 1942 nella protezione dell'interesse dell'impresa, si sposta sull'utilità sociale, sull'interesse generale e si volge alla tutela degli interessi, considerati in contrapposizione a quelli dell'impresa, della generalità dei cittadini, dell'interesse, quindi, di coloro che acquistano i beni o utilizzano i servizi da questa prodotti: i "consumatori"». Diverse considerazioni sono espresse da ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 80 ss., il quale, con riguardo al riferimento all'«utilità sociale», afferma: «far dipendere il fondamento costituzionale di una disciplina ordinaria, nel caso che qui interessa la disciplina *antitrust*, da un concetto giuridico indeterminato e difficilmente determinabile in modo univoco [...] e, per di più, pretendere di far discendere da questa base la rilevanza in termini di tutela risarcitoria di interessi, nel caso di specie l'interesse del consumatore, che sembrano non trovare cittadinanza sulla base della legge, appare operazione dottrinale destinata quanto meno a poter essere contestata sulla base di diverse ed opposte assunzioni in ordine al significato del concetto di utilità sociale». Cfr. invece BERTELOTTI, *Illegittimità*

3. — Dando per dimostrato che la normativa *antitrust* offre tutela anche al consumatore, occorre poi verificare se sussistono anche gli altri elementi di fattispecie idonei a configurare la responsabilità per danno extracontrattuale, ossia l'elemento soggettivo ed il nesso casuale.

Con riguardo al primò aspetto, è innegabile che il comportamento delle imprese assicuratrici sia stato caratterizzato dall'indubbia coscienza degli effetti dell'intesa⁽³⁸⁾ non solo sulle dinamiche di mercato attinenti le imprese, ma anche con riguardo agli effetti conseguenti sui consumatori⁽³⁹⁾. Nella specie la ricorrenza di detta consapevolezza è innegabile, come emerge chiaramente dal provvedimento dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, stante la spontaneità dell'adesione all'intesa e la palese finalità anticoncorrenziale della stessa⁽⁴⁰⁾, nonché l'evidenza

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, c. 349, il quale, anche con riferimento all'art. 41 cost., osserva: «attraverso il principio della tutela dell'individuo nel suo aspetto di soggetto agente nelle relazioni economiche, si realizza un'esigenza che oggi risulta particolarmente sentita, sia a livello della generale coscienza dei consociati, sia, di conseguenza, a livello "politico": quella che il singolo contraente, naturalmente "debole" ogniqualvolta si trovi a contrarre con chi esprima una posizione di forte potere economico, sia adeguatamente protetto». A riguardo si veda anche BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 398. Propende invece per una tutela solamente indiretta degli interessi del consumatore SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 184 ss. In merito al rilievo della tutela del consumatore nell'ambito degli interessi protetti dalla disciplina *antitrust*, con riferimento alle disposizioni comunitarie, cfr. diffusamente TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 115 ss., nonché ORLANDI, *op. cit.*, p. 989 ed ALPA, *La nuova cittadinanza e i diritti dei consumatori e delle «parti deboli»*, in *Rass. forense*, 1999, p. 799, il quale afferma, con riguardo alle politiche comunitarie: «le esigenze dei consumatori costituiscono dunque un punto di riferimento obbligato, nel senso che non sarà sufficiente prenderle in considerazione, ma sarà necessario mediare gli interessi con esse conflittuali, per assicurare un livello di protezione elevato degli interessi dei consumatori». In senso critico invece GIUSEPPE ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle «norme bancarie uniformi»*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 219, secondo cui l'art. 1, comma 4°, l. 287 del 1990 «vincola l'interprete al rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza, tra i quali certamente rientra, in assenza di diversa disposizione esplicita da parte del legislatore italiano, quello che eleva la libertà di concorrenza in sé ad unico oggetto diretto della tutela, riservando al consumatore una tutela meramente indiretta».

(38) Cfr. in merito NIVARRA, *op. cit.*, p. 1460 ss.

(39) Osserva in proposito NIVARRA, *op. cit.*, p. 1461: «qualora la vittima dell'illecito sia un consumatore finale si potrebbe ipotizzare [...] che l'impresa risponde *sine culpa*. Il sovrapprezzo monopolistico, la prestazione supplementare e le altre fattispecie generatrici di danno, a ben vedere, originano tutte nella sfera di controllo dell'imprenditore, come e più di quel difetto che sta all'origine della ben nota figura di responsabilità oggettiva. L'indicazione ha, però, un valore puramente orientativo, perché una volta appurato che la pratica incriminata possiede o per la specifica finalità o per il contenuto impressogli dall'autore, quella destinazione anticoncorrenziale di cui sopra, il problema relativo all'imputabilità potrà dirsi risolto». Cfr. altresì TAVASSI-SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, p. 310 ss.

(40) Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 262: «La natura anticompetitiva delle fattispecie esaminate e soprattutto la potenzialità delle stesse ad incidere in modo sostanziale

degli effetti negativi, sotto il profilo dei costi, ingenerati nei confronti dei consumatori ⁽⁴¹⁾.

Più controversa è la sussistenza di un nesso causale fra partecipazione ad un'intesa finalizzata a limitare la concorrenza e danno causato al consumatore ⁽⁴²⁾. In proposito occorre innanzitutto operare una distinzione fra due differenti ipotesi, a seconda che sussista o meno un livello intermedio fra chi aderisce all'intesa ed il consumatore finale; se infatti in entrambi i casi quest'ultimo risente comunque degli effetti negativi del comportamento anticoncorrenziale, tuttavia il nesso causale si atteggia diversamente.

Ove il consumatore contratti direttamente con chi ha aderito all'intesa, come nel caso oggetto della giurisprudenza in esame, non pare potersi dubitare della sussistenza di un nesso eziologico fra l'accordo anticoncorrenziale e le ripercussioni dello stesso nella sfera del consumatore ⁽⁴³⁾. Né può argomentarsi diversamente sulla base degli *obiter dicta* contenuti nella pronuncia di Cassazione del 9 dicembre 2002, n. 17475, ove si afferma che il danno non deve derivare da « fenomeni che, pur attenendo alla vita del mercato, si pongano solo a valle, in quanto mediati dal concreto comportamento tenuto dalle singole imprese nella gestione di singoli e specifici rapporti intessuti direttamente con i singoli consumatori; rapporti già presidiati in quanto tali dalla loro logica giuridica interna » ⁽⁴⁴⁾. L'intesa fra le compagnie assicuratrici aderenti consentiva infatti, fra l'altro, il coordinamento tra le differenti politiche dei premi ⁽⁴⁵⁾, come dimostrato dai sistematici aumenti degli stessi ⁽⁴⁶⁾, favorendone l'uniformità ed il mantenimento a livelli elevati ⁽⁴⁷⁾, con immediata incidenza dunque su un aspetto rientrante direttamente nel rapporto contrattuale di cui era parte l'assicurato. Non si può dunque sostenere che sussistesse alcuna forma di « mediazione » posta in essere dalle imprese assicura-

sulle politiche strategiche delle imprese, con conseguente grave pregiudizio per il benessere dei consumatori, non è dubitabile»; si legge inoltre al punto 260 del provvedimento: « le stesse parti del procedimento sono conscie della natura restrittiva dello scambio di informazioni realizzato sul mercato ».

⁽⁴¹⁾ Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 275: « L'intesa accertata ha quale oggetto di restringere e falsare il gioco della concorrenza nei mercati nazionali dell'assicurazione auto. Il circuito informativo istituzionalizzato realizzato dalle imprese è idoneo ad incidere in modo decisivo sulle scelte di prezzo a danno dei consumatori ».

⁽⁴²⁾ Cfr. CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, p. 425; SCUFFI, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 153; cfr. altresì OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 113 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. CASSINIS-FATTORI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 257.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 258.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 263.

trici⁽⁴⁸⁾. Né, stante la limitata flessibilità tariffaria ammessa in questo ramo assicurativo⁽⁴⁹⁾, può ritenersi significativa l'attività di « mediazione » realizzata dall'agente assicurativo⁽⁵⁰⁾.

Più controversa in dottrina è la ricostruzione del nesso causale nella diversa ipotesi in cui vi siano uno o più operatori economici intermediari che si frappongono fra gli autori dell'intesa ed il consumatore a valle⁽⁵¹⁾, situazione che, va detto, non si è comunque configurata nei casi in esame.

In tale eventualità il soggetto posto a livello intermedio risulta essere sostanzialmente chiamato a dover scegliere fra due differenti politiche commerciali: o farsi interamente carico del divario di prezzo ingenerato dalla pratica anticoncorrenziale, in maniera tale che il consumatore risulti indenne dalla stessa, oppure, come solitamente accade, ricaricare, in tutto o in parte, sull'acquirente « a valle » i maggiori costi. Rispetto a quest'ultima ipotesi parte della dottrina ha ravvisato una sorta di automatismo che permette di affermare la sussistenza di un nesso causale fra il comportamento dell'imprenditore « a monte » ed il danno causato, anche tramite l'operato degli intermediari, al consumatore « a valle »⁽⁵²⁾.

(48) Cfr. BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 396 ss., il quale osserva che « il soggetto attivatosi in via risarcitoria rappresenta la vittima diretta dell'illecito sanzionato dall'Autorità garante e dai giudici amministrativi » e « il pregiudizio fatto valere può ben essere ricollegato al cartello assicurativo sia sotto il profilo della causalità materiale, sia sotto il profilo della causalità giuridica » ed aggiunge: « l'aumento del costo della polizza assicurativa e il conseguente prezzo sovraconcorrenziale praticato al consumatore finale altro non sono che la conseguenza diretta, immediata e voluta dalle imprese partecipanti all'intesa [...] la fissazione di un prezzo più-che-competitivo costituiva il naturale sviluppo dell'intesa; e chi tale prezzo si sobbarcava costituiva la vittima designata, e come tale diretta, della condotta illecita ».

(49) In proposito va infatti ricordato il punto 3 della circolare Isvap del 30 novembre 1995 n. 260, che detta condizioni molto restrittive a limitazione della cosiddetta « flessibilità tariffaria », raccomandando alle imprese l'osservanza di una stretta corrispondenza tra tariffe di listino e premi effettivamente praticati alla clientela. Solo recentemente il suddetto provvedimento è stato modificato, con la circolare 25 marzo 2003, n. 502/D, stabilendo che le imprese assicurative siano tenute ad indicare alle agenzie l'importo massimo degli sconti praticabili ed il numero dei possibili beneficiari.

(50) Al riguardo cfr. provvedimento n. 8546 (1377), del 28 luglio 2000, dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 60; in specie al punto 130 si legge: « forti limiti alla scontistica (c.d. flessibilità tariffaria) fanno sì che la tariffa coincida di regola con il prezzo finale ». Sul ruolo degli agenti di assicurazione nel settore danni relativo agli autoveicoli cfr. autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli - 2003*, cit., p. 61 ss.

(51) Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 1455 ss.

(52) Cfr. A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 322: « se infine si ritiene convincentemente dimostrato che nelle catene verticali di produzione distribuzione si verifica, nel medio periodo, nella grande maggioranza dei casi, un quasi automatico effetto di traslazione del danno da parte degli anelli intermedi della catena a carico di coloro che si trovano in fondo alla catena stessa (in buona sostanza gli utilizzatori finali e i consumatori), non si può non concludere che, salvo casi eccezionali, quest'ultimi devono essere i soggetti legittimati a promuovere l'azione risarcitoria ». In merito cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 1456; si veda anche BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 557, secondo cui non può contestarsi « che l'aumento del prezzo operato dall'intermediario non sia idoneo ad interrompere il nesso cau-

D'altra parte va altresì rilevato come negare la legittimazione ad agire al consumatore, in quanto solo indirettamente danneggiato dall'illecito, vorrebbe dire scaricare l'effetto negativo delle pratiche anticoncorrenziali sull'unico soggetto che non è in grado, a sua volta, di traslare su terzi il maggior costo dei beni o dei servizi⁽⁵³⁾.

Occorre da ultimo, per completezza, prendere in considerazione le diverse argomentazioni che incentrano la tutela del consumatore, nell'ambito delle l. n. 287 del 1990, non sul risarcimento del danno extracontrattuale, ma sull'altro rimedio indicato dall'art. 33 della legge, ovvero la declaratoria di nullità. A riguardo va detto che non sembra trovare applicazione nel caso di specie il ricorso alla tutela contrattuale, affermato in precedenza con riferimento alla vicenda dell'illegittimità delle norme bancarie uniformi⁽⁵⁴⁾. In proposito era stato delineato in dottrina lo schema della « nullità derivata » dei contratti « a valle ». Sulla base del presupposto che le condizioni generali di contratto richiamate dai contratti stipulati fra banca e cliente fossero redatte in conformità alle norme bancarie uniformi e che, in tal maniera, facessero proprie le « clausole la cui nullità rivela ed esprime (anche) il contrasto con il principio di ordine pubblico economico »⁽⁵⁵⁾, si desumeva la conseguente nullità totale o parziale delle stipulazioni poste in essere nel contratto « a valle »⁽⁵⁶⁾.

sale tra l'originario incremento da parte del produttore e il danno risentito dal consumatore, posto che l'aumento di prezzo effettuato dal rivenditore è solo apparentemente frutto di un'autonoma e libera scelta imprenditoriale». Cfr. altresì ORLANDI, *op. cit.*, p. 986. Già in precedenza, seppur con riferimento ad una diversa fattispecie concreta, BERTELOTTI, *op. cit.*, c. 351 ammoniva, in generale, circa la necessità di non dimenticare « che il contenuto delle clausole di un'intesa è fisiologicamente destinato ad essere trasferito nel "contratto a valle": talché i divieti posti dalle norme antitrust si rileverebbero inefficaci qualora risultassero limitati ai rapporti tra le imprese, nonostante lo strettissimo legame nel riferimento alla clientela ». Cfr. anche BERTELOTTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione aperta*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 173.

⁽⁵³⁾ Aggiunge in proposito BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 559, come tale politica finirebbe per penalizzare proprio quei soggetti, i consumatori, « che da circa un decennio sono i beneficiari, in Europa, di una corposa legislazione diretta specificatamente a tutelare il consumatore finale in quanto soggetto economicamente debole ».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, I, 2, c. 212 ss. ed in *Dir. banca e merc. fin.*, 1996, I, p. 501 ss.; Trib. Genova, 21 maggio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 167 ss. ed in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 97 ss.; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449 ss.; App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, c. 1877 ss.; Cass., 30 giugno 2001, n. 8887, in *Giur. it.*, 2002, p. 1211 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. BERTELOTTI, *op. cit.*, c. 352; precisa l'a.: « il singolo cliente sottoscrive con la banca un contratto per adesione il cui contenuto corrisponde, spesso alla lettera, e per il tramite delle Condizioni generali, a quello dell'"intesa" ».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. BERTELOTTI, *ult. op. cit.*, c. 351 ss., il quale, osservato che « vi è un nesso non solo logico, ma anche giuridicamente rilevante tra l'"intesa" ed il "contratto a valle"... ne discende che l'illegittimità di quella non può non riflettersi su questo », conclude affermando che « la clausola contenuta nel "contratto a valle", in quanto contrastante con il principio dell'ordine pubblico economico, risulta avere un oggetto (o contenuto) illecito, e subisce la conseguente sanzione di nullità ». Si veda altresì SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 420. Cfr. *contra* PARRELLA, *op. cit.*, p. 539 ss.

Analoghe considerazioni, condivisibili nel contesto originario, non paiono potersi ripetere in relazione alla vicenda che ha visto coinvolte le compagnie assicuratrici, in quanto nel caso di specie la pattuizione del premio con il singolo assicurato non rappresenta la trasposizione all'interno del contratto specifico di una clausola-tipo fissata di comune accordo dalle assicurazioni. L'intesa in considerazione non si è infatti configurata come un accordo che sfocia nella definizione di clausole uniformi, bensì come una pratica concordata⁽⁵⁷⁾, ugualmente rilevante ai sensi dell'art. 1 della l. n. 287 del 1990. Si tratta dunque di diversi comportamenti fattuali coordinati che, in quanto tali, assumono rilievo in un'ottica extracontrattuale con riguardo agli effetti derivati sui consumatori.

La determinazione del premio assicurativo risulta infatti di per sé del tutto legittima, espressione piena della libertà contrattuale del singolo operatore, ma non altrettanto lecito può considerarsi l'intero comportamento della società assicuratrice che, attraverso una serie di atti rientranti in una politica anticoncorrenziale vietata dalla normativa *antitrust* (anche) nell'interesse del consumatore, determina un premio tale da consentire ad essa di ottenere un profitto ai danni dell'assicurato.

4. — Ferme le considerazioni critiche sopra esposte, occorre ora domandarsi quali sarebbero le possibili conseguenze derivanti dall'accoglimento della scelta interpretativa adottata dai giudici della Suprema corte con la decisione n. 17475 del 2002. Anche in tale ipotesi sembrano infatti aprirsi interessanti scenari che, seppure in forme differenti, portano comunque ad assicurare una concreta tutela dei diritti del consumatore leso.

Va in proposito ricordato come già parte della dottrina abbia negato la legittimazione dei consumatori ad agire *ex art.* 33, l. n. 287 del 1990, per lo più sostenendo l'impossibilità di una lettura della norma che, come suggerito nel paragrafo precedente, consideri il consumatore quale soggetto direttamente tutelato dalla disciplina *antitrust*⁽⁵⁸⁾. Secondo questi

(57) Cfr. provvedimento n. 8546 (I377), del 28 luglio 2000, dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato, cit., punto 119.

(58) Cfr. MONATERI, *Le Fonti delle Obbligazioni 3. La Responsabilità Civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 592, secondo cui «la norma anticoncorrenziale mira infatti alla formazione di un prezzo concorrenziale di mercato quale interesse generale della comunità, e non come interesse del singolo nella singola transazione». Cfr. altresì CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, pp. 422 e 426, i quali concludono per «la natura per lo più "derivata" della tutela dei consumatori dall'esistenza di un contesto di mercato concorrenziale», ritenendo (p. 424) che «dall'analisi della disciplina nazionale sulla concorrenza traspare quindi che essa non si pone in via primaria e diretta a protezione dei consumatori finali». Si vedano inoltre TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, p. 302, secondo cui «l'apparato normativo predisposto in materia antitrust tutela proprio il "diritto alla concorrenza" inteso nel senso dell'interesse [...] — per il consumatore — alla preservazione di una situazione di concorrenza effettiva», ma «anche se i consumatori finali hanno certamente interesse a che la concorrenza si svolga in maniera corretta [...] resta problematico — nel silenzio della legge — elevare la protezione di tale interesse da un piano indiretto [...] al rango "diretto" di tutela di posizioni individuali di diritto soggettivo compromesse dalla violazione *antitrust*». In senso critico osserva COLAGRANDE, *Di-*

autori lo scopo essenziale del divieto di pratiche anticoncorrenziali è infatti rintracciabile unicamente nell'interesse dell'impresa e del mercato, mentre il consumatore risulterebbe beneficiare solo indirettamente della maggior efficienza e dei minori costi, indotti dalla regolamentazione del mercato⁽⁵⁹⁾.

Una lettura in un'ottica solamente imprenditoriale della l. n. 287 del 1990 porta allora a ricercare altrove il fondamento della tutela degli interessi del consumatore, non potendo comunque ritenersi che venga misconosciuta la centralità di tale figura nelle dinamiche di mercato e, soprattutto, che questi sia costretto a subire passivamente i danni derivanti da politiche imprenditoriali e commerciali illecite.

In proposito viene allora in rilievo il dettato della l. 30 luglio 1998, n. 281 che espressamente disciplina i diritti dei consumatori e degli utenti. È infatti all'interno di tale articolato che può essere rintracciata la norma protettiva⁽⁶⁰⁾ del consumatore, che consenta di affermare la risarcibilità del danno extracontrattuale patito in conseguenza all'adozione di pratiche anticoncorrenziali.

Sulla base di tali considerazioni è possibile richiamare l'art. 1, comma 2°, della l. n. 281 del 1998, ove, alla lettera e), viene esplicitamente enunciato il diritto⁽⁶¹⁾ del consumatore «alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi». Tale disposizione può ritenersi valido fondamento per avanzare pretese risarcitorie nei confronti di chi abbia posto in essere accordi con altri operatori del mercato al fine

sciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, in *Nuove leggi civ.*, 1998, p. 722: «sembra davvero anacronistico continuare a pensare che i consumatori e gli utenti o le loro associazioni abbiano un interesse soltanto indiretto al rispetto delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, come tale solo indirettamente tutelato dalle azioni promovibili dagli imprenditori».

⁽⁵⁹⁾ Osservano in proposito CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, p. 425: «pur non potendo negarsi l'esistenza di un interesse dei consumatori ad un corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale, risulta problematico elevare questo interesse indiretto [...] al rango di situazione giuridica soggettiva direttamente incisa dalla violazione dei precetti antitrust, e pertanto come tale tutelabile dal giudice civile». Gli aa. aggiungono però che «potrebbe giungersi a diverse conclusioni circa la configurabilità di una tutela civilistica dei consumatori con riferimento a quegli illeciti "di sfruttamento" che vedono come controparte commerciale dell'impresa il consumatore finale», come per appunto è accaduto nel caso dell'intesa fra le compagnie assicuratrici qui in esame.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 183; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1439; ALPA-BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIV, Torino, 2000, p. 134 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 2, Padova, 1999, p. 327 ss.; ID., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impresa*, 1985, p. 1 ss.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1993, p. 183 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 371; MONATERI, *op. cit.*, pp. 209 ss. e 225 ss.

⁽⁶¹⁾ In questo senso non sembra aver particolare rilievo la questione circa la natura dei «diritti» di cui all'art. 1 della l. n. 281 del 1998, ovvero se si tratti o meno di veri e propri diritti soggettivi. È infatti pacifico che in ogni caso si sia in presenza di situazioni giuridiche che «non possono essere violate senza adeguata sanzione», così ALPA, *op. cit.*, p. 807.

di falsare il gioco della concorrenza e di mantenere artificiosamente elevato l'ammontare di premi assicurativi⁽⁶²⁾. In queste ipotesi la violazione della norma in questione risulta infatti sotto molteplici aspetti.

In primo luogo, un'intesa quale quella emersa dall'indagine dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato non induce certamente equità nei rapporti con gli acquirenti dei servizi assicurativi, che vengono a pagare un prezzo sproporzionato rispetto alla prestazione erogata⁽⁶³⁾. Secondariamente, neppure può definirsi « corretta » e « trasparente » la determinazione dei premi assicurativi sulla base di un'intesa fra gli operatori di mercato, di cui il consumatore non abbia conoscenza alcuna, consistente in uno scambio di informazioni peraltro vietato dalla disciplina *antitrust*, elusiva degli ordinari meccanismi di formazione dei prezzi tipici del settore assicurativo.

Si deve dunque concludere ritenendo che la realizzazione di un'intesa tale da limitare la libera formazione dei prezzi secondo le dinamiche della concorrenza configuri una violazione dell'art. 1, comma 2°, lettera e), della l. n. 281 del 1998. Occorre tuttavia domandarsi se l'illiceità dell'intesa possa essere liberamente apprezzata dal giudice ordinario, ovvero se questi si debba richiamare ai parametri di cui all'art. 2 della l. n. 287 del 1990 ed in specie al criterio dell'incidenza « consistente » sulle dinamiche concorrenziali che l'intesa deve avere per essere considerata vietata dalla normativa *antitrust*.

In proposito va ritenuto che, essendo l'art. 1 della l. n. 281 del 1998 la norma di protezione a cui far riferimento nell'applicazione dell'art. 2043 c.c., deve reputarsi superfluo alcun riferimento alla legge n. 287 del 1990; si può anzi affermare che l'intesa rilevi in sé, quale pratica scorretta ed iniqua pregiudizievole del consumatore, anche indipendentemente da quanto disposto dalla disciplina che regola la concorrenza.

(62) Già osservava IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001, p. 70: « La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara ».

(63) Cfr. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium Juris*, 1998, p. 1315: « più complessa è la definizione di equità, che può implicare sia parità di trattamento, sia congruità del prezzo, sia considerazione della situazione concreta e specifica del consumatore ». Osserva in proposito PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in AA.VV., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281)*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 306 ss.: « l'iniquità dello scambio non rileva in modo autonomo ma solo se ancillare ad una anomalia intervenuta nella procedura di contrattazione; un'anomalia, giova rilevare, che viene a precludere il realizzarsi di un prezzo e di un profitto conformi a quelli indotti da un mercato concorrenziale ». In proposito cfr. IRTI, *op. loc. ultt. citt.*, per il quale « il prezzo non è, nei singoli casi, né giusto né ingiusto: esso semplicemente è, quale si determina nel libero gioco delle forze economiche e nell'incontro tra la domanda e l'offerta ». Cfr. anche CAMERO-DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 94, secondo cui « il riferimento all'equità dei rapporti contrattuali lascia trapelare il diritto del consumatore a rivendicare una, sia pur tendenziale, proporzione tra prestazione e controprestazione ».

Il giudice ordinario potrà dunque autonomamente accertare la sussistenza di un accordo fra gli operatori del mercato finalizzato al controllo dei prezzi⁽⁶⁴⁾ e, in quanto tale, contrastante con il dettato dell'art. 1, comma 2°, lettera e), della l. n. 281 del 1998⁽⁶⁵⁾.

Non paiono dunque aver rilievo ostativo le osservazioni di parte della dottrina che negano ogni tutela al consumatore rispetto alle intese pregiudizievoli sul presupposto che la l. n. 281 del 1998 non riconoscerebbe, fra quelli elencati nell'art. 2, uno specifico « diritto alla tutela della concorrenza »⁽⁶⁶⁾.

(64) L'autonomia dell'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, rispetto alle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, è ammessa d'altra parte anche dalla dottrina che ritiene di poter fondare la tutela del consumatore direttamente sul dettato della l. n. 287 del 1990. Cfr. in tal senso A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 49 ss., secondo cui « esistono dunque due momenti valutativi ben distinti e che non vanno fra loro confusi: il primo, relativo all'illiceità dell'intesa, demando rispettivamente all'Ago per le conseguenze civilistiche (nullità e risarcimento del danno) e all'Autorità per le conseguenze sul piano del diritto amministrativo (sanzioni pecuniarie), il secondo relativo alla meritevolezza di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 4, riservato alla sola Autorità nell'ambito della sue potestà amministrative ». In proposito osserva l'a., *op. cit.*, p. 57: « l'Autorità amministrativa è l'unico organo dotato del potere di autorizzare la deroga al divieto, mediante concessione di esenzioni e autorizzazioni, individuali e per categoria. Fino al momento in cui l'Autorità amministrativa non si sia pronunciata, valgono le regole fin qui viste, pertanto l'Ago potrà giudicare senza alcun vincolo, salvo quelli derivanti dalle semplici ragioni di opportunità, in merito alla validità dell'intesa. Viceversa, una volta intervenuta la decisione di esenzione dell'Autorità amministrativa, considerato che questo potere deve essere inquadrato fra le manifestazioni di una potestà pubblica ad essa riconosciuta, il giudice ordinario viene spogliato della giurisdizione sulla validità dell'intesa, rimanendo vincolato dal provvedimento amministrativo, che è anzi tenuto a far rispettare ed eseguire ove richiesto ». Va inoltre ricordato che ai sensi dell'art. 4 della l. n. 287 del 1990 l'autorizzazione è concessa dall'Autorità garante a condizioni che le intese « diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori ». In merito a quest'ultimo aspetto cfr. CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, p. 421; si veda inoltre PARDOLESI, *Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani-Pardolesi-Patroni Griffi-Ubertazzi, I, Bologna, 1993, p. 400 ss. Cfr. altresì PARRELLA, *op. cit.*, p. 520, il quale afferma: « poiché la legge nulla dispone in merito alle reciproche influenze delle decisioni dell'autorità amministrativa e dell'autorità giudiziaria, sembra preferibile ritenere che tali autorità possano procedere ai rispettivi accertamenti in via del tutto autonoma ». Nello stesso senso si vedano: ALESSI, *Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, in ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato (commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed al regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989)*, Torino, 1991, p. 172. *Contra* cfr. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella « tutela della concorrenza »*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 549 ss.

(65) In proposito, considerato che in ragione del valore di causa in molti casi sarà il giudice di pace a decidere sulla controversia, va pragmaticamente osservato come l'autorità giudicante troverà indubbiamente agevole motivare le proprie decisioni sulla base dei provvedimenti già adottati dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, ove sussistano, anziché operare accertamenti che richiedono tempi lunghi ed elevata professionalità.

(66) Cfr. CASSINIS-FATTORI, *op. cit.*, p. 426. Va inoltre rilevato come la l. n. 281 del 1998, all'art. 1, comma 1°, nel far riferimento alla conformità « ai principi contenuti nei

Dall'interpretazione esposta nel presente paragrafo deriva che la tutela del consumatore risulta svincolata dall'operato dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, in conformità al presupposto secondo cui la disciplina *antitrust* non è finalizzata alla protezione diretta del consumatore: sarà il giudice ordinario che potrà autonomamente valutare la sussistenza e la natura pregiudizievole per il consumatore di eventuali intese. Nel fare questo, tuttavia, il giudice ordinario sarà indotto ad adottare parametri valutativi analoghi a quelli definiti dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990, in quanto un'intesa che non sia tale da « impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato », poiché limitata a soli alcuni operatori o comunque ad un insieme di soggetti che cumulativamente detiene quote non significative di mercato, difficilmente potrà pregiudicare il consumatore riducendone la possibilità di ottenere la prestazione richiesta a prezzi concorrenziali, né tali pratiche collusive potranno avere un'incidenza significativa sull'andamento dei prezzi medesimi.

5. — Va da ultimo considerato come le diverse interpretazioni esposte in merito ai riferimenti normativi su cui fondare la tutela del consumatore con riguardo ai danni derivanti da intese con finalità anticoncorrenziali, oltre ad incidere in maniera rilevante sul piano sostanziale, comportano anche significative differenze su quello processuale, tali da assumere un ruolo tutt'altro che secondario in merito all'efficacia della tutela medesima.

Se infatti trova applicazione diretta la legge *antitrust* il giudice che dovrà essere adito dal consumatore, ai sensi dell'art. 33, comma 2°, della l. n. 287 del 1990, sarà la corte d'appello; ove invece si applichi l'art. 2043 c.c., in relazione al disposto di cui all'art. 1 della l. n. 281 del 1998, la competenza sarà determinata per valore, secondo quanto previsto dall'art. 7 ss. del codice di procedura civile.

Tale diversa competenza riveste ruolo significativo in ragione della particolarità dell'illecito anticoncorrenziale in danno al consumatore.

trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione Europea nonché nella normativa comunitaria derivata», implicitamente dia rilievo al valore centrale assunto dalla tutela del consumatore nelle politiche comunitarie; a riguardo cfr. *supra* nota 37. Diversa opinione è invece espressa da COLAGRANDE, *op. cit.*, p. 720 ss., il quale ritiene che « la legge fondamentale dei diritti dei consumatori e degli utenti abbia disatteso quei, pur autorevoli, tentativi di altra parte della dottrina di rinvenire nella c.d. Costituzione economica una precisa ed immediata collocazione degli interessi del consumatore nell'ambito delle relazioni di mercato » e constata, seppur con stupore, come la stessa legge non abbia tenuto in conto il rinvio esplicito alla « conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione Europea nonché nella normativa comunitaria derivata », di cui all'art. 1, comma 1°, della stessa, né abbia valorizzato « la più recente ed espansiva disposizione comunitaria che [...] ha attribuito una posizione di rango costituzionale comunitario al consumatore, come soggetto (attore del mercato) che tende a poter agire secondo un principio di razionalità economica ». Per una diversa lettura cfr. A. TOFFOLETTO-A. STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge « antitrust »*, in AA.VV., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281)*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 241.

In primo luogo, essendo in genere l'entità del danno subito dai consumatori di importo limitato, poiché la differenza fra il prezzo pagato per effetto dell'intesa ed il prezzo concorrenziale non è solitamente elevata, il fondamento della domanda giudiziale sulla l. n. 281 del 1998 risulterà più vantaggioso per il consumatore, in quanto, dato il basso valore di causa, il processo si svolgerà dinanzi al giudice di pace, con notevole risparmio di spese giudiziarie⁽⁶⁷⁾.

Secondariamente va considerato che nella maggior parte dei casi le pratiche limitative della concorrenza sono poste in essere da operatori economici che trattano con una pluralità assai elevata di consumatori e che solitamente fanno ricorso alla stipulazione contrattuale mediante l'impiego di formulari e/o di clausole generali, inserendo proprio nelle clausole standardizzate le pattuizioni conformi alle politiche concordate a livello di intesa⁽⁶⁸⁾.

Il danno ai consumatori conseguente ad un'intesa anticoncorrenziale, in ragione della massificazione dei rapporti contrattuali di cui si è detto, si presenta quindi come assai esteso, ma nel contempo frammentato rispetto ad una moltitudine di soggetti⁽⁶⁹⁾. La « polverizzazione » del danno fra un numero assai elevato di soggetti lesi, unita all'entità ridotta del pregiudizio, ingenera una notevole inerzia, per cui sul totale saranno pochi i soggetti disposti ad agire in giudizio, specie laddove vi sia una barriera costituita dai costi di causa. D'altra parte però, ove sussistano meccanismi di coesione delle diverse azioni risarcitorie, le imprese rischiano, dato il numero dei danneggiati, di rimanere pesantemente compromesse dall'aggregazione di tante piccole pretese risarcitorie, come accade nei sistemi giuridici in cui è previsto l'istituto delle *class action*⁽⁷⁰⁾.

(67) Osservano in proposito A. TOFFOLETTO-A. STABILINI, *op. cit.*, p. 245: « l'azione di risarcimento del danno nell'ambito degli strumenti sanzionatori per le violazioni della normativa *antitrust*, infatti, che in linea teorica può avere una grande importanza, può vedere nella pratica una rilevanza molto più ridotta [...]. I motivi di tale scarsa efficacia sono noti: la costosità dell'azione, l'irrisorietà del danno subito dal singolo, la difficoltà probatoria (sia in relazione al danno, sia con riguardo al nesso causale tra questo e la violazione) ».

(68) Nel caso qui in esame le assicurazioni recepivano gli indirizzi conseguenti alla politica tariffaria concordata nelle tabelle impiegate per la determinazione di premi assicurativi, poi utilizzati per la determinazione del premio per il singolo contratto stipulato con l'assicurato e dei relativi aumenti.

(69) In proposito MONATERI, *op. cit.*, p. 593, osserva come tale danno rientri a pieno titolo nell'ambito dei *mass tort*. Con riguardo ai rapporti fra quest'ultima categoria di danni e la responsabilità civile cfr. da ultimo MONATERI, *I mass torts: dalla r.c. al contratto « politico »*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 13 ss.

(70) Con riguardo al tema delle *class actions*, nella dottrina italiana si segnala l'opera di GIUSSANI, *Studi sulle « class actions »*, Padova, 1996, *passim*, nonché diversi contributi specifici: RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della « class action » ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, V, c. 2224 ss.; CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss.; GIUSSANI, *La prova statistica nelle « class actions »*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1029 ss.; ID., *Le « mass tort class actions » negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 331 ss.

Con riguardo a tali aspetti va allora constatato come, mentre la tutela fornita al consumatore dalla disciplina *antitrust* si caratterizza per gli alti costi processuali e l'impossibilità di aggregazione delle azioni risarcitorie, l'ipotesi del ricorso all'art. 2043 c.c., sulla base del disposto dell'art. 1 della l. n. 281 del 1998, pare più favorevole al consumatore, non solo per i minimi costi processuali di cui si è detto, ma anche in virtù della tutela giurisdizionale collettiva assicurata ai suoi diritti dall'art. 3 della legge 281⁽⁷¹⁾. Detta legge riconosce infatti alle associazioni dei consumatori e degli utenti, inserite nell'elenco di cui all'art. 5 della medesima, la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi, in specie chiedendo all'autorità giudiziaria ordinaria provvedimenti inibitori di atti e comportamenti « lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti ». In tal maniera sarà possibile per le associazioni agire in giudizio per ottenere un provvedimento inibitorio del comportamento illecito tenuto dalle imprese e così facendo, verranno agevolati i singoli consumatori nelle successive azioni risarcitorie, essendo già stata affermata la violazione dei loro diritti⁽⁷²⁾. Le associazioni potrebbero, dunque, porre in essere le cause-pilota in materia di illecito anticoncorrenziale, sostenendo quei costi di studio della causa e di reperimento del materiale probatorio che, in presenza di intese complesse, costituiscono un onere spesso insormontabile per il consumatore, che infatti, come dimostrato dai casi in esame, si trova altrimenti costretto ad agire solamente in seguito ad una pronuncia di condanna dell'autorità garante, da cui trarre le informazioni necessarie per formulare le proprie pretese in giudizio.

Va da ultimo considerata la recente novella legislativa⁽⁷³⁾ con cui le forze politiche, nel modificare il codice di procedura civile prevedendo l'esclusione del giudizio secondo equità per le cause inerenti contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c., hanno introdotto un « dissuasore » rispetto alle pretese risarcitorie dei consumatori⁽⁷⁴⁾, in acco-

(71) Con riferimento alla disciplina *antitrust*, già in precedenza osservava GUIDO ROSSI, *ult. loc. cit.*: « i consumatori debbono essere spinti e stimolati, favorendo l'aggregazione dei loro interessi meritevoli di tutela », ed aggiungeva « mi rendo conto di quanto spazio debba aprirsi ad un istituto ancora assai poco praticato nella democrazia italiana, qual è quello dell'associazionismo ». In proposito cfr. altresì NIVARRA, *op. cit.*, p. 1455 ss., nonché v. A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 253 e 259.

(72) Osserva SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 153: « la legge 281/1998 — riconoscendo ora in via generale la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti — sembra dunque aver aperto nuovi orizzonti alla tutela giurisdizionale di tali formazioni sociali anche in questo decisivo settore di conflittualità economica ».

(73) Cfr. d.l. 8 febbraio 2003, n. 18 poi convertito, con modifiche, in l. 7 aprile 2003, n. 63.

(74) Escludendosi il giudizio secondo equità per le cause inerenti i contratti conclusi mediante moduli o formulari, non potrà infatti trovare applicazione l'art. 339, comma 3°, c.p.c. che prevede l'inappellabilità delle sentenze del giudice di pace, ove pronunciate secondo equità. L'introduzione di un ulteriore grado di giudizio comporta dunque ulteriori costi di causa che, nella vicenda in esame, se certamente saranno sopportabili per le imprese assicuratrici, non saranno altrettanto sostenibili per i consumatori,

glimento delle forti sollecitazioni provenienti dalle compagnie assicurative, dimostrando come nell'ipotesi di danni di massa i notevoli interessi economici in gioco possano agevolmente spostare la conflittualità dalla contrapposizione in giudizio all'azione politica di *lobbying*.

6. — Solo brevi cenni conclusivi vanno fatti, per completezza, all'aspetto peculiare concernente la determinazione del *quantum* nel danno subito dal consumatore.

Tale danno potrebbe essere genericamente qualificato come danno da perdita di *chances*, ossia correlato alla perdita della possibilità di ottenere un servizio, od un bene, a prezzi di concorrenza, senza dover invece pagare il sovrapprezzo ingenerato dalle politiche d'intesa fra gli operatori del mercato. A ben vedere, tuttavia, in questo contesto, la perdita di *chances* non è altro che una voce, e non un tipo, di danno, coincidente con il tradizionale lucro cessante⁽⁷⁵⁾.

Per valutare il pregiudizio subito occorre dunque far riferimento all'utile economico che sarebbe stato realizzato in normali condizioni di mercato concorrenziale, ossia al risparmio sui costi assicurativi di cui avrebbe beneficiato il consumatore; tale stima andrebbe poi ridotta percentualmente in ragione della possibilità che detto utile non fosse venuto a prodursi. Quest'ultima diminuzione non dovrebbe però trovare applicazione nel caso del mercato assicurativo ora esaminato, poiché la rigidità della domanda propria del settore, unita all'obbligo legale di contrarre ed alla pubblicità delle tariffe, porta a concludere che, in assenza dell'intesa, il cliente avrebbe sicuramente potuto profittare di migliori condizioni commerciali, senza rischio alcuno che ciò non potesse verificarsi.

Il risarcimento del danno sarà così pari alla differenza fra il premio effettivamente pagato e quello che sarebbe stato invece pagato nell'ipotesi in cui l'intesa anticoncorrenziale non fosse stata posta in essere⁽⁷⁶⁾. Oc-

come già indicato con riferimento al processo dinanzi alla corte d'appello necessario per far valere il proprio diritto al risarcimento ove argomentato sulla base dell'applicazione dell'art. 33 della l. n. 287 del 1990.

(75) Cfr. in proposito MONATERI, *Le Fonti delle Obbligazioni 3. La Responsabilità Civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 585 ss., il quale afferma che « la giurisprudenza ha facilmente coniugato le posizioni assunte dalla Cassazione in tema di *integrità del patrimonio e risarcibilità della chance* [...] occorre quindi distinguere la perdita di *chance* come fattispecie di illecito civile, e la perdita di *chance* come elemento delle liquidazione del danno » ed in proposito aggiunge: « nel secondo dei significati prospettati, invece, la locuzione pare un'inutile ripetizione della categoria tradizionale del lucro cessante. Sennonché essa, dimostrandosi più *à la page*, può essere anche qui suscettibile di vasta eco giurisprudenziale e letteraria ». In materia di risarcimento del danno per violazione della normativa *antitrust*, cfr. BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 607.

(76) Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 1459, secondo cui « per il danno subito dal consumatore a causa del sovrapprezzo ci si affiderà ad un metodo di comparazione ipotetica che abbia riguardo, cioè, alla situazione quale si sarebbe prospettata in assenza dell'illecito ». In merito cfr. anche BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 561 ss. e TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, p. 315, nonché GENOVESE, *Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l'esperienza americana*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 716 ss. Osservazioni di diverso segno sono in-

corre dunque determinare l'entità di quest'ultimo premio ipotetico; a tal fine è necessario addentrarsi nell'analisi delle variabili di mercato e degli indici rilevanti nel calcolo del premio assicurativo, in una valutazione di carattere tecnico-pratico, che per la sua natura, ed in quanto rientrante in un diverso ambito rispetto allo studio degli aspetti civilistici del tema in esame, esula dalla presente indagine e che nei giudizi di merito sarà indubbiamente affidata ai consulenti tecnici del giudice. Va tuttavia constatato, in generale, che il *quantum* del risarcimento potrà essere calcolato utilizzando come parametri di riferimento l'andamento medio dei premi pagati negli altri Paesi dell'Unione europea, nonché le specifiche variabili economiche che hanno caratterizzato il lasso temporale considerato⁽⁷⁷⁾ (78).

ALESSANDRO MANTELERO

Assegnista di ricerca dell'Università di Torino

vece espresse da DELLI PRISCOLI, *I controlli sui prezzi nei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 93 ss., con riguardo all'ipotesi di ricorso all'applicazione della l. n. 281 del 1998. In specie, secondo l'a., il giudice nel tutelare il diritto del consumatore all'equità nei rapporti contrattuali « nella verifica dell'assetto contrattuale riguardante il prezzo dei beni o dei servizi, potrà fare riferimento ad un prezzo di mercato effettivamente esistente in un dato momento storico, ma non anche ad un ipotetico prezzo di mercato che si formerebbe in una situazione di concorrenza perfetta », non essendogli consentito di « sindacare la congruità di un prezzo in relazione a quello che si formerebbe in un mercato posto in una situazione di concorrenza perfetta [...] [essendo] tale compito già attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ».

(77) Va in ogni caso ricordato che, ove l'entità del danno subito non possa essere provato nel suo ammontare, sarà possibile per il giudice procedere ad una valutazione equitativa dello stesso, *ex art. 1226 c.c.*, come richiamato dall'art. 2056 c.c. Cfr. in merito TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, pp. 313 e 320. Deve però tenersi presente che il ricorso alla valutazione secondo equità sarà ammissibile unicamente ove non si riesca, o si riesca solo con notevole difficoltà, a stimare esattamente l'entità del risarcimento, e non mai quando invece la definizione di tale stima risulti semplicemente complessa; in merito si veda MONATERI, *op. ult. cit.*, p. 334 ss., nonché, con riferimento al tema specifico del presente scritto, BASTIANON, *op. ult. cit.*, p. 563.

(78) Nel licenziare le bozze del presente contributo si apprende che la terza sezione di Cassazione, con ordinanza del 17 ottobre 2003, n. 15538, ha rimesso gli atti del giudizio promosso davanti a sé dall'Unipol compagnia assicuratrice contro Ricciarelli al primo presidente di Cassazione, ai sensi dell'art. 374, comma 2°, c.p.c., affinché valuti l'opportunità dell'assegnazione della causa alle Sezioni unite. Il collegio ha rilevato, in specie, come, rispetto alla decisione della prima sezione, Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit., « sui profili di competenza e di legittimazione del consumatore possono però trarsi anche suggestioni diverse dal sistema della l. n. 287 del 1990 », osservando, con riguardo alla competenza in unico grado della Corte d'appello, che « è la materia dunque che individua la competenza, mentre spetta al giudice competente considerare se la parte che agisce sia o meno legittimata. Anzi, potrebbe ritenersi che il soggetto che domanda la nullità dell'intesa o il risarcimento dei danni conseguenti alla pratica anticoncorrenziale per ciò stesso si legittima all'azione *ex art. 33*, comma 2°, della l. n. 287 del 1990, mentre il resto costituisce questione di merito ».