

LA RILEVANZA DELL'INTERESSE DEL CONSUMATORE NELLA DISCIPLINA ANTITRUST: L'EVOLUZIONE DEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

di

Sara Forasassi*

Sommario: 1. Premessa: il consumatore e la disciplina Antitrust. 2. Disciplina Antitrust e rilevanza dell'interesse del consumatore: la posizione negativa della giurisprudenza amministrativa fino ad un recente passato. 3. (Segue) la posizione della giurisprudenza civilistica. 4. Il mutato orientamento nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo. 5. Il mutato orientamento nella recente giurisprudenza del giudice civile. 6. Considerazioni sulla situazione attuale anche alla luce del Codice del consumo.

1. Premessa: il consumatore e la disciplina Antitrust.

Il presente articolo si propone di esaminare il mutamento della giurisprudenza amministrativa e civilistica in ordine al rapporto tra l'interesse del consumatore e le discipline che si occupano della tutela della concorrenza. Il riferimento è, in primo luogo, alla disciplina antitrust con i necessari richiami anche a quella relativa alla pubblicità ingannevole.

In particolare, sarà cura di chi scrive cercare di dar conto, per quanto possibile, dell'orientamento maggioritario, predominante fino ad un recente passato, teso ad escludere qualsiasi rilevanza diretta ed immediata del consumatore e delle associazioni che lo rappresentano nella materia disciplinata dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, per poi evidenziare i cambiamenti registratisi nel corso del 2005 ad opera sia del giudice amministrativo, sia del giudice civile.

In questa sede, anticipando in parte le conclusioni a cui si perverrà, devono guardarsi con favore le aperture della giurisprudenza, sul sentiero già tracciato da una parte della dottrina, in ordine ad un ruolo più attivo del consumatore, singolo e associato.

Sul punto, è apparsa fin troppo duratura e quasi tendente al paradosso, da un lato l'impostazione assunta dalla giurisprudenza amministrativa che ha sempre negato, ai soggetti *de quibus*, la legittimazione ad impugnare i provvedimenti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ovvero a resistere in qualità di controinteressati avverso il ricorso proposto da terzi, dall'altro, la posizione della giurisprudenza civile che non ha mai riconosciuto la possibilità di adire l'autorità giudiziaria in ordine al risarcimento dei danni subiti a seguito di pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese.

In concreto, fino a pochi mesi fa, il consumatore, nonostante sia protagonista necessario del mercato¹, non poteva avvalersi della l. n. 287/1990, rubricata "*Norme per la tutela della*

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Università di Bologna.

¹ Cfr. A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina amministrativa*, Torino, 1998, 3. In particolare, l'autore sottolinea: "*Tale dato, che è scontato nella letteratura economica e sociologica, è presente peraltro con sempre maggior frequenza anche in quella giuridica*". Per una distinzione tra consumatore

concorrenza e del mercato”, né degli strumenti dalla stessa contemplati, per ottenere tutela a fronte di un comportamento dell’impresa lesivo delle norme concorrenziali.

In questo scritto si tenterà di dare un quadro delle varie problematiche che hanno interessato la materia, alcune ormai superate, altre, ancora oggi, oggetto di dibattiti e dei diversi e progressivi mutamenti giurisprudenziali, con i necessari richiami all’orientamento della dottrina espressasi in argomento.

Gli studiosi e gli operatori del diritto hanno, in particolare, cercato di dare risposta ai seguenti quesiti: la disciplina antitrust comporta una tutela del consumatore e se sì con quali modalità e in quali sedi giurisdizionali può essere attivata e chi sono i soggetti legittimati, il consumatore singolarmente o le associazioni maggiormente rappresentative? Ed ancora, quali sono le possibili conseguenze giuridiche che interesserebbero i contratti, c.d. “*a valle*”, intercorsi tra il consumatore e l’impresa partecipante all’accordo illecito tra imprenditori (intesa restrittiva)?

Procedendo con ordine, il ragionamento deve necessariamente partire dalla considerazione che la normativa antitrust incrocia la tutela del consumatore per diverse ragioni: il consumatore è attore del mercato; la l. n. 287/90 prende in considerazione direttamente detta figura, come si desume dalle diverse disposizioni in essa contenute; gli economisti da sempre riconoscono che la disciplina antitrust produce effetti benefici per il consumatore.

Sul primo punto, poche parole: è *communis opinio*, incontestata, che la figura del consumatore nasce come attore del mercato.

Per quanto riguarda il dato letterale si fa cenno a quanto previsto agli articoli 3, 4 e 12 della legge n. 287/1990. In particolare, l’articolo 3, comma 1, lett. b), si preoccupa di “*vietare fattispecie volte a impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o l’accesso al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori*”; l’articolo 4, comma 1, contempla la possibilità per l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di autorizzare intese o categorie di intese che sarebbero per legge vietate allorché queste “*diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori (...)*”; infine l’articolo 12, prevede la possibilità, anche in capo alle associazioni dei consumatori, di portare a conoscenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato elementi utili all’istruttoria per verificare l’esistenza di infrazioni.

In relazione alla posizione da sempre assunta dagli economisti, non essendo questa la sede adatta per descrivere la teoria economica in materia, basti dire, ai nostri fini, che la scelta a favore di un mercato concorrenziale rispetto ad una situazione di monopolio è stata dettata proprio dall’esigenza di utilizzare le risorse produttive, per loro natura scarse, in modo da raggiungere il massimo benessere per il sistema economico nel suo complesso, costituito dall’insieme dei produttori e dei consumatori². In particolare, gli economisti, nello studio del mercato e dei meccanismi suoi propri,

come *homo oeconomicus* (addirittura “re del mercato”) o semplice destinatario di prodotti e servizi, si veda G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, 43 e ss.

² R. VAN DEN BERGH, *L’analisi economica del diritto della concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), I, Bologna, 1993, 1-47; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L’analisi economica delle norme giuridiche*, Milano, 2002; D.D. FRIEDMAN, *L’ordine del diritto*, Bologna, 2004.

mai hanno dimenticato la figura del consumatore che, anzi, è sempre stato preso in considerazione in quanto destinatario delle regole poste per il funzionamento del mercato stesso³. Dal punto di vista della teoria economica, pertanto, una delle principali ragioni che stanno alla base delle stesse politiche della concorrenza è quella di ridurre le perdite di benessere dei consumatori.

Tali elementi, unitamente alle aperture giurisprudenziali nel prosieguo analizzate, portano a ritenere ormai obsoleta la tesi per cui il consumatore, seppur attore del mercato, riceva dalla normativa antitrust solamente una tutela indiretta e mediata e che, in realtà, i veri soggetti destinatari della stessa siano solamente le imprese. L'assunto era in parte riconducibile alla logica codicistica della concorrenza sleale e, pertanto, all'idea di una tutela destinata ai soli imprenditori a fronte delle attività scorrette dei concorrenti. Sul punto, benché non possa negarsi un'evoluzione della posizione della dottrina e della giurisprudenza che ha attenuato l'originaria impronta corporativa e di categoria della tutela di cui agli artt. 2598 e ss, c.c., e ha portato ad una nozione del mercato quale luogo della libertà d'impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale⁴, ancora oggi si continuano ad interpretare le citate norme codicistiche in termini di tutela del corretto rapporto di concorrenza fra imprenditori.

Fino ad un recente passato, inoltre, la giurisprudenza amministrativa era giunta sino al paradosso di non riconoscere alcuna legittimazione attiva alle imprese concorrenti, se non quella della segnalazione del comportamento anticoncorrenziale all'Autorità. In pratica, si negava ai suddetti soggetti la titolarità di un interesse, se non di mero fatto, concreto e qualificato ad adire le giurisdizioni amministrative per la tutela delle proprie posizioni non essendo destinatari della normativa antitrust.

Un ultimo richiamo, ai nostri fini, deve farsi al d.lgs. n. 74 del 1992 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, oggi trasfuso nel Codice del consumo (artt. 19 e ss), che ha attribuito la funzione repressiva dei messaggi ingannevoli all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Anche con riferimento alla legislazione *de qua*, la giurisprudenza ha manifestato sino al 2005 un atteggiamento di chiusura nell'interpretazione della normativa, negando ai consumatori e alle loro associazioni la possibilità di ricorrere alla giurisdizione amministrativa impugnando il provvedimento dell'Antitrust nel caso di ritenuta lesione di un messaggio pubblicitario ingannevole. A dispetto di quanto per molto tempo sostenuto in giurisprudenza, la corretta interpretazione della normativa porta ad una conclusione di segno contrario e, pertanto, a favore di un riconoscimento del ruolo attivo del consumatore, singolo o associato. Sul punto, si fa riferimento a quanto disposto agli artt. 19 e 26, Codice del consumo (artt. 1 e 7, d. lgs. n. 74/1992), laddove il legislatore ha parificato la posizione dei consumatori e delle associazioni di essi rappresentative alle imprese concorrenti,

³ Cfr. M. MUSSONI, *Criterio di efficienza e Antitrust: il contributo dell'analisi economica del diritto*, in *Sistema economico*, Rimini, 2002, 1-2, 37- 61.

⁴ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 26 novembre 1997, N. 11859, in *Giust.civ.* I, 358: "(...) La regola, pertanto, è la libertà di concorrenza, ovvero il principio per il quale l'imprenditore è autonomo nella scelta dei mezzi attraverso i quali perseguire il suo obiettivo di autoaffermazione nel mercato. Tuttavia, poiché la sua libertà, così come in astratto può contrastare con l'utilità sociale, o recar danno alla dignità, libertà e sicurezza dell'uomo, può del pari "uccidere" l'altrui libertà di concorrenza, occorre garantire che il mercato resti, per tutti, il luogo nel quale è possibile esprimere, secondo un principio di libertà giuridica, la predetta esigenza di autoaffermazione".

contemplando, in capo agli stessi, la possibilità sia di adire l'Antitrust per inibire gli atti di pubblicità ingannevole o comparativa, sia di ricorrere al giudice amministrativo avverso il provvedimento dell'Autorità.

2. Disciplina Antitrust e rilevanza dell'interesse del consumatore: la posizione negativa della giurisprudenza amministrativa fino ad un recente passato.

La legge n. 287/1990, nel vietare le intese restrittive della libertà di concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione, riconosce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato poteri d'indagine, di inibitoria e sanzionatori dei suddetti comportamenti.

Le problematiche connesse al rapporto tra consumatore e disciplina antitrust nascono dalla circostanza che il *corpus* normativo nulla dice espressamente rispetto ai soggetti che possono avvalersi degli strumenti di tutela da esso contemplati. In particolare, nulla dice in ordine alla legittimazione attiva ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ci si è allora chiesto chi fosse legittimato a opporsi ad un provvedimento dell'Autorità Garante emanato a favore dell'impresa che aveva posto in essere il comportamento segnalato come anticoncorrenziale, nella specie, quali fossero gli strumenti di reazione dei soggetti "terzi" rispetto al potere dell'Autorità di archiviare una denuncia, di non vietare un determinato comportamento, di ritenere legittima una particolare intesa, ovvero di autorizzarne un'altra.

La giurisprudenza amministrativa, a tal proposito, mentre, da un lato, ha sempre riconosciuto in capo al consumatore, singolo e associato, il potere di segnalare un comportamento ritenuto scorretto, dall'altro, nel corso degli anni novanta, ha sempre costantemente negato la legittimazione del consumatore, delle associazioni di esso rappresentative e dell'impresa concorrente, sia a ricorrere avverso il provvedimento dell'Agcom, sia a resistere in qualità di controinteressati avverso il ricorso proposto da altri.

L'orientamento *de quo* ha avuto origine con le sentenze del Tar Lazio, n. 1474/1995 e del Consiglio di Stato, n. 1792/1996⁵ e le ragioni che hanno portato all'esclusione del riconoscimento, in capo ai

⁵ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 1 agosto 1995, n. 1474, in *Dir. Banca e mercato fin.*, 1998, 382 e in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 394 e ss, con nota di M. ANTONIOLI, *Procedimento, sanzioni pecuniarie e attività consultiva nella tutela della concorrenza e del mercato*, e dal Consiglio di Stato, sez., VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro it.*, 1997, II, 213 e ss, con nota di R. PARDOLESI. Con la prima sentenza il Tar Lazio ha affermato che "Alle associazioni dei consumatori deve riconoscersi l'interesse ad intervenire nei procedimenti di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ma non la qualità di controinteressato e di parte necessaria cui debba essere notificata l'impugnazione dei provvedimenti dell'autorità". Il Consiglio di Stato ha aderito all'orientamento laddove ha dichiarato che: "Nei procedimenti repressivi, nella specie nei procedimenti per la disciplina della concorrenza e del mercato rientranti nella competenza dell'Autorità Garante ai sensi della legge 10 ottobre 1990 n. 287, il soggetto denunciante non assume la veste di controinteressato rispetto all'impugnazione del provvedimento adottato dall'amministrazione, salva la facoltà del soggetto predetto di spiegare intervento in giudizio. Le associazioni dei consumatori, pertanto, non hanno legittimazione di parte controinteressata". In particolare, "Il Codacons (Coordinamento delle associazioni a difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e consumatori), anche se sia intervenuto nel procedimento sanzionatorio avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rispetto al relativo provvedimento sanzionatorio non è titolare di una situazione giuridica qualificata e quindi, mentre può intervenire nel giudizio promosso da terzi nei confronti del

suddetti soggetti, della titolarità di una situazione giuridica sostanziale, incisa in conseguenza dell'esercizio del potere amministrativo, sono sostanzialmente due.

La prima muoveva dall'idea che i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fossero preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto d'iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato. Secondo tale ricostruzione, l'interesse sotteso alla posizione di soggetti terzi, rispetto a coloro che vengono direttamente incisi dal provvedimento dell'Autorità, è un interesse indifferenziato rispetto alla pretesa della generalità dei cittadini alla tempestiva e corretta repressione dei comportamenti illeciti previsti dalla l. n. 287/1990. Portatrici di un interesse qualificato, pretensivo od oppositivo, sono, pertanto, solamente le imprese dirette destinatarie delle deliberazioni finali, solo a loro è riconosciuta la legittimazione ad adire l'autorità giudiziaria amministrativa contro i provvedimenti dell'Antitrust⁶.

La seconda motivazione di fondo si riscontra nella sentenza del Consiglio di Stato che ha ricondotto i procedimenti dinnanzi l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito dei procedimenti repressivi⁷, in relazione ai quali *“il soggetto denunciante non assume la veste di soggetto controinteressato rispetto all'impugnazione del provvedimento adottato”*. In base a detta impostazione risulta essere del tutto irrilevante la segnalazione da parte di un'impresa concorrente o di un consumatore dell'asserita condotta anticoncorrenziale, così come del tutto irrilevante deve esser considerata anche la partecipazione concreta dei medesimi soggetti all'interno del procedimento instaurato a seguito della segnalazione, anche attraverso la presentazione di documenti o di memorie⁸. La posizione parte dall'assunto che la partecipazione al procedimento amministrativo è altro rispetto al riconoscimento della legittimazione processuale, i due elementi debbono essere distinti ed il primo non può essere considerato presupposto del secondo.

provvedimento sanzionatorio, non è legittimato a proporre appello nei confronti della sentenza”. La posizione assunta dal giudice amministrativo è stata oggetto di critica da parte della dottrina, cfr. R. CARANTA, *Il Consiglio di Stato, la concorrenza ed i principi del diritto comunitario di cui alla legge antitrust*, in *Giur. it.*, 1997, III, 603 e ss; M. LIBERTINI, *Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, 443 e ss.

⁶ Tar Lazio, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 868, che vede nei terzi, impresa concorrente e consumatore, soggetti titolari di *“una sfera giuridica che non è tuttavia incisa in via immediata e diretta dall'attività dell'amministrazione”*.

⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro it.*, 1997, II, 218 e ss, che richiama *“la costante giurisprudenza secondo cui, nei procedimenti repressivi, il soggetto denunciante non assume la veste di soggetto controinteressato rispetto all'impugnazione del provvedimento adottato (Con. Stato, sez. V, 14 aprile 1993, n. 491. id., Rep. 1993, voce Giustizia amministrativa, n. 568; sez. IV, 3 aprile 1985, n. 114, id., Rep. 1985, voce cit., n. 415; Cons. giust. Amm. Sic. 3 aprile 1989, n. 151, id., Rep. 1989, voce cit., n. 563), il che non implica al denunciante di intervenire anche in giudizio e di spiegare attività difensiva (...). Or è certo che, nell'esercizio delle attribuzioni previste dalla l. n. 287/1990, l'Autorità Garante procede d'ufficio e le associazioni dei consumatori possono soltanto presentare denunce (art. 12) (...). Pertanto, le associazioni non sono titolari di una situazione giuridica soggettiva analoga (ma di segno opposto) a quella che può essere fatta valere da un ricorrente e non sono, quindi, né parti necessarie del giudizio di primo grado, né parti legittimate a proporre appello”*.

⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro it.*, 1997, II, 218: *“La natura della situazione giuridica soggettiva non muta neppure per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo, sicché la legittimazione procedimentale riconosciuta dalla legge ai portatori di interessi diffusi lascia impregiudicata la questione dei limiti entro i quali, in sede contenziosa, può assicurarsi tutela a tali interessi (Cons. Stato, ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7, Foro it., 1988, III, 22) e deve, in ogni caso, escludersi che le valutazioni compiute dall'amministrazione nell'ammettere un intervento nel procedimento amministrativo possano vincolare il giudice in ordine all'identificazione dei soggetti che devono necessariamente partecipare al processo”*.

L'orientamento suddetto è stato avallato anche dalla giurisprudenza successiva⁹.

Tale soluzione poggia anche sulla tradizionale lettura della concorrenza disciplinata dal Codice civile che, nel nostro ordinamento, è sempre stata interpretata come qualcosa di pertinente al solo imprenditore. In questo senso si era espressa in maniera esplicita la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 2601 c.c. in riferimento all'art. 3 della Costituzione nella parte in cui, consentendo la tutela giurisdizionale esclusivamente avverso gli atti di concorrenza sleale che pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, ha escluso la legittimazione ad agire di altre categorie organizzate, quali, ad esempio, quelle di tutela del consumatore¹⁰. In proposito, la Corte ha motivato la decisione sul presupposto che la *ratio* della norma denunciata va ravvisata nell'esigenza di apprestare una specifica tutela all'interesse sotteso al divieto del compimento degli atti di cui all'art. 2598 c.c., interesse ricondotto alle sole associazioni imprenditoriali. Conseguentemente, per la Corte non è neppure ipotizzabile paragonare gli interessi delle associazioni dei consumatori, che *“hanno finalità istituzionali diverse dal potenziamento del commercio di un determinato prodotto e che fanno quindi valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato”*, agli interessi imprenditoriali.

Ulteriore riflessione, fatta propria dalla giurisprudenza, che ha portato a circoscrivere l'ambito di operatività della normativa antitrust al solo imprenditore, è ravvisabile nell'interpretazione del disposto di cui all'articolo 41 della Costituzione, cui fa riferimento l'articolo 1, l. n. 287/1990. Non potendo in questa sede dar conto dei dibattiti che storicamente hanno interessato la norma *de qua*, ai nostri fini, sarà sufficiente riportarsi alla tradizionale lettura della libertà di iniziativa economica privata quale diritto connaturato all'attività di impresa, presupponendo che i soggetti titolari rivestano necessariamente lo *status* di imprenditore¹¹.

La stessa impostazione volta a disconoscere la legittimazione ad agire ai consumatori, singoli o associati, ed all'impresa concorrente, è stata seguita anche in materia di pubblicità ingannevole, seppur, come sopra ricordato, la normativa di riferimento *“qualifica come ricorso l'atto di iniziativa dei consumatori o delle loro associazioni od organizzazioni”*¹². In particolare, il giudice amministrativo si è espresso ritenendo che i suddetti soggetti sono *portatori d'interesse comune*

⁹ *Ex multis*, si riportano alcune pronunce distinguendole rispetto alla materia. A) in materia di intese restrittive della concorrenza: Tar Lazio, sez. I, 11 febbraio 2003, n. 268; Tar Lazio, sez. I, 28 marzo 2002, n. 2639; Tar Lazio, sez. I, 23 dicembre 1997, n. 2216. In materia di abuso di posizione dominante: Tar Lazio, sez. I, 9 aprile 2001, n. 3056; Tar Lazio, sez. I, 29 settembre 1998, n. 2746. In materia di concentrazioni: Tar Lazio, sez. I, 7 settembre 2001, n. 7286; Tar Lazio, sez. I, 26 settembre 2001, n. 7797. Si riporta, in via esemplificativa, quanto sostenuto dal Tar Lazio n. 868/2003: *“I poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 sono preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, e non anche alla garanzia di posizioni individuali o associate dei soggetti operanti nell'ambito di quest'ultimo; ciò porta alla conseguenza che, a fronte dell'esplicazione dei detti poteri, tutti i soggetti diversi da quelli direttamente incisi siano titolari di un mero interesse indifferenziato rispetto alla posizione di pretesa della generalità dei cittadini a che le autorità preposte alla repressione dei comportamenti illeciti esercitino correttamente e tempestivamente i poteri loro conferiti a tale specifico fine”*. Per una posizione contraria alla giurisprudenza amministrativa, si veda A. ZITO, *op. cit.*, Torino, 1998; A. SCOGNAMIGLIO, *La legittimazione del denunciante ad impugnare le delibere di non avvio dell'istruttoria e di archiviazione adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Foro amm.*, 1999, 1149 e ss.”.

¹⁰ Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza del 21 gennaio 1988, n. 59.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez., VI, 30 dicembre 1996, n. 1792.

¹² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro it.*, 1997, II, 218 che aveva già evidenziato l'inciso normativo differenziandolo rispetto al mero potere di denuncia riconosciuto dalla legge n. 287/1990.

*all'intera collettività dei consumatori e, pertanto, la loro azione si limita a provocare l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato facendosi "portatori di un interesse assimilabile, nella specie, alla tutela della fede pubblica"*¹³.

Peraltro, in questa sede, non si può tacere che nel 2002, con una sentenza rimasta isolata, il Consiglio di Stato¹⁴, si era espresso in maniera difforme affermando quanto di seguito indicato: *"l'impresa o l'associazione di categoria che lamenti una specifica lesione a causa della pubblicità ingannevole, oltre a poter proporre ricorso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è legittimata ad impugnare innanzi al giudice amministrativo le determinazioni dell'Autorità, assumendone il carattere lesivo"* (vedi *infra*).

3. (Segue) la posizione della giurisprudenza civilistica.

Nel quadro del diritto civile, la problematica inerente al tanto contestato rapporto tra consumatore e disciplina antitrust si è registrata relativamente a due quesiti: la tutela contemplata dalle norme antitrust rilevano anche per il consumatore e sono dallo stesso richiamabili, ovvero è diretta solamente alle imprese che operano nel mercato? Nel primo caso, quale rimedio è esperibile da parte del consumatore avverso il comportamento anticoncorrenziale tenuto dall'impresa? Più precisamente, il consumatore leso potrà agire per la tutela e, se sì, sul piano contrattuale ovvero su quello della responsabilità civile?

Il problema non è di poco conto, soprattutto in considerazione della circostanza che la l. n. 287/1990, nel vietare le pratiche anticoncorrenziali, nulla dice con riferimento alla posizione dei soggetti lesi dalle stesse. L'unica norma rinvenibile nel corpo della normativa è l'art. 33 che prevede genericamente un'azione di nullità e di risarcimento del danno, delle quali è competente a decidere la Corte d'Appello individuata per territorio, senza però indicare i soggetti legittimati ad esperirle.

Pertanto, se da un lato è pur vero che il legislatore ha inteso vietare pratiche monopolistiche anche a vantaggio dei consumatori, dottrina e giurisprudenza non hanno potuto esimersi dal domandarsi se

¹³ Cfr. Tar. Lazio Roma, sez. I, 19 maggio 1998, n. 1725, in *Foro amm.*, 1999, 462. Il giudice si è espresso affermando che: *"Il singolo consumatore o le associazioni rappresentative dello stesso, nel momento in cui presentano una denuncia o un ricorso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in base a quanto previsto dal d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, pongono in essere degli atti diretti a provocare l'intervento in giudizio della detta Autorità e si fanno portatori di un interesse pubblico, assimilabile, nella specie, alla tutela della fede pubblica, che travalica quello proprio e coincide con quello della collettività cui appartengono, non derivando ad essi, "uti singuli", alcuna utilità dalla declaratoria, eventualmente pronunciata dall'Autorità, di decettività, relativamente al messaggio denunciato, convergendo gli effetti positivi del provvedimento"*. Nello stesso senso, Tar Lazio, sez. I, 24 agosto 1999, n. 1818, per cui l'interesse che si fa valere dinanzi all'Autorità Garante *"è un interesse pubblico assimilabile, in particolare, alla tutela della fede pubblica e in tale ottica la denuncia o il ricorso rivolti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sono diretti soltanto a provocare l'intervento dell'Autorità medesima; pertanto il singolo consumatore o le associazioni di esso rappresentative non agiscono per la promozione di un interesse proprio, distinto da quello della collettività a cui appartengono, non potendo ad essi derivare alcuna utilità dalla declaratoria di recettività eventualmente pronunciata dall'Autorità in relazione al messaggio denunciato e rifluendo gli effetti positivi del relativo provvedimento soltanto sulla collettività dei consumatori"*.

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 1 marzo 2002, n. 1258, in *Foro amm. CDS*, 2002, 703.

il legislatore abbia inteso riconoscere una rilevanza diretta ed immediata dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust¹⁵.

Procedendo con ordine e cercando di dar conto di tutte le problematiche connesse alla materia, si deve rilevare che l'atteggiamento di chiusura sopra descritto con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, si è registrato anche presso la giurisprudenza civile. Fino a poco tempo fa, infatti, l'orientamento espresso è stato quello di negare il diritto del consumatore ad un'azione di risarcimento del danno, ex art. 33, l. n. 287/1990, a seguito di una pratica anticoncorrenziale e di ritenere che il consumatore riceva dalla disciplina antitrust una tutela solo indiretta e mediata.

In particolare, in questa sede deve riferirsi in ordine a quanto statuito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 17475/2002¹⁶, che, non solo ha escluso i consumatori dal novero dei soggetti legittimati a far valere la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza e a esperire l'azione di risarcimento dei danni ex art. 33, l. n. 287/1990, ma ha, altresì, negato la possibilità di ravvisare qualsivoglia collegamento tra l'accordo antitrust a monte ed i contratti a valle¹⁷.

Il fatto, sottoposto all'attenzione del Supremo Collegio, ineriva all'ormai famoso cartello che ha visto coinvolte diverse imprese assicurative¹⁸.

¹⁵ Cfr. F. DENOZZA, *Antitrust – Leggi monopolistiche a tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, 150. L'autore ha affermato che "il ragionevole compito che può essere assegnato ad un moderno diritto antitrust è quello di disciplinare il conflitto di interessi tra imprese e consumatori. Indiscusso questo obiettivo di politica del diritto, si tratta di vedere quale strategia abbia adottato il legislatore a tal fine: se cioè coinvolgendo oppure no il consumatore nello scontro che si svolge sul terreno della concorrenza".

¹⁶ Corte di Cassazione, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *I Contratti*, 2003, 10, 897, con nota di M. HAZAN; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 678, con nota di I. SABBATELLI, *R.c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*; in *Foro it.*, 2003, I, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*, e di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'Antitrust*; in *Giust. civ.*, 2003, I, 10, 2143 con nota di M. R. TUFARELLI, *La Corte di Cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*; *Danno e resp.*, 2003, 390, con nota di S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*; in *Resp. civ.*, 2003, 365, con nota di A. GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*; in *Corriere giur.*, 2003, 342, con nota di I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*; in *Giudice di pace*, 2003, 91, con nota di F. PETRELLI, *R.c. Auto, azione risarcitoria e competenza del giudice di pace*; in *Dir. ind.*, 2003, 172, con nota di G. COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*. La Corte si è espressa ritenendo che "In tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 ed alla luce di quella che è la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio – connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà di concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3 – contemplato dall'art. 33 ed in questa sede rimesso, per la sua cognizione, alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito, non è aperto – in quanto tale – alla legittimazione attiva dei singoli c.d. "consumatori finali". Nello stesso senso, Corte di Cassazione, sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Danno e resp.*, 2003, 11, 1067, con nota di S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore: "Dalla declaratoria di nullità di un'intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'Autorità antitrust ai sensi dell'art. 2 l. n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti"*.

¹⁷ Sul punto, si deve fare riferimento ad un precedente orientamento espresso dalla Corte di Cassazione negli anni 1999 e 2001 incline a considerare unitariamente l'intesa antitrust e i contratti a valle, ritenendo che la nullità della prima potesse trasmettersi anche ai secondi. In proposito, cfr. Corte di Cassazione, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 103, con osservazioni di L. LAMBO; in *Danno e resp.*, 2000, 62, con osservazioni di S. BASTIANON e L. NIVARRA; in *Giur. comm.*, 1999, II, 223, con nota di D. PRISCOLI; in *Giust. civ.*, 1999, I, 1649, con nota di F. SEBASTIO; in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 183, con nota di G. GUIZZI, e Corte di Cassazione, 20 giugno 2001, n. 8887, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 141.

¹⁸ Il caso riguardava un assicurato che aveva convenuto in giudizio, davanti al Giudice di Pace di Acquaviva, la propria compagnia assicurativa per vederla condannare al rimborso del maggior prezzo pagato per la polizza assicurativa a seguito del cartello stipulato tra le compagnie e chiedendo il rinnovo del proprio contratto, ancora in corso, alle giuste

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, investita della questione, aveva erogato una maxi – sanzione alle compagnie assicurative aderenti all'accordo in quanto lo scambio di informazioni sensibili attuato, “*eliminando qualsiasi incertezza circa il comportamento strategico dei concorrenti nei mercati dell'assicurazione auto, costituiva fattore in grado di facilitare l'uniformazione delle condotte commerciali delle imprese di assicurazione, permettendo loro di determinare premi commerciali più elevati rispetto a quelli che si sarebbero registrati in un mercato concorrenziale*”, comportando, pertanto, un livellamento delle tariffe e l'alterazione del gioco della concorrenza¹⁹.

A seguito del provvedimento, un numero considerevole di consumatori finali, che avevano stipulato polizze con le compagnie assicurative sanzionate, nel periodo contestato 1995/2001, avevano adito l'autorità giudiziaria per veder riconosciuto il diritto alla restituzione delle somme pagate in misura eccessiva rispetto a quelle che si sarebbero dovute in un mercato concorrenziale non alterato dall'intesa.

I giudici di pace, chiamati a pronunciarsi rispetto alle migliaia di istanze avanzate, si sono divisi tra coloro che hanno riconosciuto la propria competenza a conoscere della vicenda²⁰, nella maggioranza dei casi, considerando fondate le richieste di risarcimento dei danni presentate dagli assicurati, e chi, invece, ha affermato la competenza della Corte d'Appello²¹.

Nel suddetto contrasto giurisprudenziale²² si pone la decisione della Corte di Cassazione in parola che, uniformandosi alla giurisprudenza di merito in ordine alla competenza del giudice di pace, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno al consumatore tuttavia non ancorandolo alla violazione della disciplina antitrust, ritenendo quest'ultima finalizzata solo alla tutela delle categorie

condizioni di prezzo. La compagnia assicurativa, a seguito della pronuncia positiva del Giudice di Pace chiamato a pronunciarsi sulla controversia, aveva proposto ricorso in Cassazione adducendo, come motivo principale, l'unico ai nostri fini, di effettivo interesse, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 33, l. n. 287/1990.

¹⁹ Cfr. AGCM, provv. 28 luglio 2000, n. 8546, RC Auto, in Bollettino, 2000, fasc. 30. Il provvedimento *de quo* è stato successivamente avallato dal Tar. Lazio, sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139, in *Foro amm.*, 2001, 2117 e dal Consiglio di Stato, sez., VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con note di L. LAMBO e di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*; F. FRACCHIA e C. VIDETTA, *La tecnica come potere*; R. PARDOLESI, *Sul “nuovo che avanza” in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*; C. OSTI., *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*. La pronuncia è stata annotata anche da R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 170; M. NEGRI, *Configurazione “debole” (nel caso di assicurazione rca) del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato?*, in *Corriere giur.*, 2003, 4, I, 507; A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Gior. amm.*, 2003, 358; N. RANGONE, *Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2000, 1007; A. MORCAVALLO – A. IACOVIELLO, *Precisazioni e prospettive a proposito di intese restrittive della concorrenza*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1328.

²⁰ Cfr., *ex multis*, G.d.P. di Casoria, 12 febbraio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 219 che ha riconosciuto la propria competenza sul presupposto che l'art. 33, l. n. 287/1990 si rivolge esclusivamente alle imprese ed ha affermato il diritto dei consumatori al risarcimento dei danni subiti. Nello stesso senso, G.d.P. di Roma, 21 marzo 2003, n. 13638, in *I Contratti*, 2003, 10, 900; G.d.P. di Civitanova Marche, 5 dicembre 2003, n. 293; G.d.P. di Lecce, 4 febbraio 2003 e 30 gennaio 2003; G.d.P. di Barletta, 14 ottobre 2004, n. 357; G.d.P. di Otranto, 4 aprile 2004, n. 40; G.d.P. di Roma, 24 febbraio, 2004.

²¹ Cfr., *ex multis*, G.d.P. di Albano laziale, 10 settembre, 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 466.

²² In generale, per una casistica delle pronunce dei Giudici di Pace, si rimanda a I. SABBATELLI, *R. c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 678; mentre con riferimento alle decisioni delle Corti d'Appello, si veda, M. SCUFFI, *Il contributo del Giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza delle corti di appello e dei tribunali italiani dal 1992 al 2003*, in *Concorrenza e mercato*, 2003, 11.

imprenditoriali, bensì ad una responsabilità extracontrattuale. Da tale assunto ne ha fatto conseguire la negazione della competenza della Corte d'Appello a decidere in materia.

Il ragionamento seguito ha avuto origine dalla considerazione che l'impianto della normativa in materia di concorrenza, fin dal richiamo al disposto di cui all'art. 41 Cost., privilegia l'impresa *quale termine comunque principale del dinamismo del mercato* anche secondo la lettura che tradizionalmente si è operata rispetto alla disciplina codicistica della concorrenza (art. 2595 e ss. c.c.), *disciplina la quale non contempla la legittimazione attiva dei singoli consumatori finali*. Secondo tale ricostruzione, il legislatore italiano, ha visto, nei divieti contemplati dalla normativa, gli strumenti per preservare l'impresa ed il mercato ed ha, pertanto, ricondotto l'operatività dell'art. 33 a tale prospettiva.

La Corte, prendendo quale parametro di riferimento le intese restrittive della concorrenza, ha escluso qualsivoglia interesse del consumatore, in quanto le stesse, quali *“strumenti tecnico operativi, risultano concepite in quanto tali, solo in funzione di chi, appunto (imprese) le possa concludere, e le abbia nel concreto concluse”*, mentre il ruolo del consumatore si ridurrebbe alla mera segnalazione del comportamento anticoncorrenziale all'autorità competente.

Il Collegio, tuttavia, pur pronunciandosi nei termini sopra descritti, non ha potuto esimersi dal considerare che la ricostruzione operata non *“equivale a postulare – di fatto – l'irrisarcibilità assoluta d'ogni e qualsiasi delle eventuali ricadute estreme di quelle intese vietate dal legislatore in sede di legge n. 287/1990, sul consumatore finale”*, risarcibilità che non potrà avere quale presupposto l'intesa vietata, ma che dovrà fondarsi, in concreto, su un giudizio di anti giuridicità del rapporto tra consumatore e impresa per violazione di un diritto soggettivo del primo, non discendente, ancora una volta, *sic et simpliciter*, dalla configurabilità, a monte del rapporto, di un'intesa vietata²³. I giudici, pertanto, hanno contemplato, in capo al consumatore, un onere

²³ A livello comunitario, il *leading case*, in materia di tutela risarcitoria antitrust, si individua nella sentenza della Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C – 453/99, *Courage Ltd c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni*; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; ROSSI, *Take Courage”! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*. Ai punti 26 e 29, della sentenza *de qua* si osserva che *“la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. (...) spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli (...)”*. Successivamente, è stato emanato il Regolamento del Consiglio CE, n. 1/2003, 16 dicembre 2002, che al considerando n. 7 prevede: *“Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni”*. Esplicazione del Regolamento in parola è la Comunicazione della Commissione C 101/2004 relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali per l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato che, al punto 10, prevede, in capo a qualsiasi individuo, la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa della violazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. Infine, la Commissione delle Comunità europee ha adottato il Libro verde denominato *“Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust”*, Bruxelles, 19 dicembre 2005, in ordine al tema delle condizioni per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario. Nel documento si legge: *“Le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di*

probatorio di difficile esperibilità²⁴: da un lato lo stesso dovrà dimostrare di essere titolare un diritto soggettivo di cui assume la lesione, dall'altro dovrà fornire la prova del danno patito e del nesso causale tra tale danno ed il comportamento dell'ente assicuratore. Onere probatorio reso ancora più gravoso dalla riforma apportata al Codice di procedura civile in ordine alla mancata operatività del giudizio secondo equità del giudice di pace, *ex multis*, nelle controversie aventi ad oggetto i rapporti assicurativi²⁵.

La soluzione ai quesiti *supra* indicati, quanto meno in un primo momento e con riferimento alla giurisprudenza civile, è stata, pertanto, la seguente: irrilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust e mancata azionabilità dell'art. 33 da parte degli stessi; esperibilità da parte del consumatore finale di un'ordinaria azione extracontrattuale nei confronti della compagnia assicurativa, innanzi al giudice ritenuto competente in base ai criteri del codice di procedura civile. Infine, la Corte ha escluso qualsiasi collegamento tra l'accordo antitrust a monte ed i contratti a valle, in considerazione della natura di questi ultimi: *“fenomeni che, pur attenendo alla vita del mercato, si pongono 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 presieduti in quanto tali dalla loro logica giuridica interna”*.

Relativamente al primo punto, la dottrina si è divisa²⁶. Alcuni, uniformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza, hanno negato la rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust sul presupposto che la legge n. 287/1990 sia diretta unicamente a tutelare il mercato nella sua componente pubblicistica e si rivolga esclusivamente alle imprese, le sole legittimate ad agire ex art. 33, per il risarcimento del danno²⁷. Le argomentazioni a fondamento di tale ricostruzione poggiano sulla considerazione che, così come la disciplina codicistica sulla concorrenza sleale, anche la disciplina antitrust tuteli la libertà di iniziativa economica ricondotta da sempre allo *status* di imprenditore. Secondo tale impostazione il consumatore riceverebbe solamente una tutela

una concorrenza effettiva nella Comunità”. Ancora, *“nonostante, quindi, il diritto comunitario esiga un sistema efficace per l'introduzione delle domande di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust, nei 25 Stati membri questo settore del diritto è ancora caratterizzato da uno “sottosviluppo totale”*”.

²⁴ Cfr. M. HAZAN, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n. 17475/2002, in *I Contratti*, 2003, 10, 906, laddove afferma che l'aver riconosciuto la competenza della Corte d'Appello e, quindi, l'applicabilità della l. n. 287/1990 avrebbe garantito *“una tutela che, per quanto soggetta a costi di accesso più sostenuti, avrebbe consentito al consumatore – una volta provato il contratto assicurativo ed il pagamento della maggiorazione del premio – di affermare il proprio diritto al rimborso sulla sola base dell'esistenza del cartello illecito (dispensandolo così dall'assolvimento degli ulteriori oneri istruttori propri di un'ordinaria azione risarcitoria)”*.

²⁵ Decreto legge, 8 febbraio 2003, n. 18, convertito in l. 7 aprile 2003, n. 63 che ha modificato l'art. 113, c.p.c., il cui nuovo 2° comma esclude che il giudice di pace possa decidere secondo equità le cause il cui valore non eccede euro 1100, se derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi *“mediante moduli o formulari”* a norma dell'art. 1342 c.c.

²⁶ Per un quadro generale della posizione assunta dalla dottrina e anche dalla giurisprudenza si rimanda a T. MESCHINI, nota a *Cass. civ.*, SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, 6, 721.

²⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 5, 2004, 469 il quale distingue le due ipotesi *“da un lato le imprese autrici delle intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2), dall'altro i soggetti attivi e passivi dell'abuso di posizione dominante(art. 3). E poiché in questa seconda ipotesi soggetti passivi possono essere anche i consumatori, per tale profilo quest'ultimi possono risultare titolari di una azione di responsabilità traente origine appunto dalla disciplina della legge 287/1990”*; G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 479 e ss.; A. GUARNERI, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 440.

indiretta e mediata dalla legge *de qua* per il tramite dell’Autorità Garante chiamata a vietare le pratiche anticoncorrenziali. Altra parte della dottrina ha, contrariamente, riconosciuto in capo al consumatore finale un interesse giuridicamente rilevante nella suddetta disciplina²⁸. Le ragioni che hanno portato alla soluzione in parola sono diverse. Tra le tante si riportano schematicamente le seguenti: per tutti, il dato letterale della l. n. 287/1990 che prende in considerazione in più parti il consumatore; il richiamo all’art. 41 Cost., a fronte del quale la dottrina si divide nuovamente, alcuni, rifacendosi al comma 1, configurano in capo al consumatore un diritto di libertà di iniziativa economica²⁹, altri, rifacendosi al comma 2, vedono nell’utilità sociale la tutela dello stesso consumatore³⁰; il riferimento alla disciplina comunitaria della concorrenza ed alle decisioni della Corte di Giustizia tese ad ampliare il novero dei soggetti che possono essere tutelati in sede giurisdizionale.

Rispetto al tema della ricaduta della nullità dell’accordo antitrust, non potendo, in questa sede, dar conto delle diverse argomentazioni sostenute in ordine alla sussistenza o meno di un rapporto tra l’intesa vietata ed i contratti stipulati a valle della stessa, i c.d. *fruit contracts*, ci si limita a segnalare, senza alcuna pretesa di esaustività, alcune riflessioni svolte in argomento, premettendo che sul punto la dottrina si è sostanzialmente divisa in due principali correnti di pensiero³¹.

In particolare, secondo alcuni autori, in linea con quanto statuito anche da una parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, la nullità dell’intesa restrittiva della concorrenza non si trasmette ai contratti a valle sul presupposto che sia l’articolo 81 del Trattato istitutivo della Comunità europea, sia l’articolo 2 della legge n. 287/1990, sono diretti a tutelare la libertà di concorrenza tra imprese, tacciando di nullità soltanto gli accordi lesivi di tale libertà, e non anche i negozi eventualmente stipulati a valle³². In ogni caso, non potendo lasciare privo di tutela l’utente finale, a quest’ultimo è riconosciuta la possibilità di esperire un’azione risarcitoria contrattuale *ex* articolo 1440 ovvero extracontrattuale *ex* articolo 2043³³.

Secondo altra parte della dottrina la norma, sia comunitaria sia nazionale, che contempla la nullità dell’accordo anticoncorrenziale va interpretata estensivamente e, pertanto, è ravvisabile la

²⁸ Cfr. A. ZITO, *op. cit.*, Torino, 1998; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996; R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, 466; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 933; E. SCODITTI, *Il consumatore e l’Antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1121.

²⁹ Cfr. A. ZITO, *op. cit.*, 1998.

³⁰ A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, Milano, 1996.

³¹ Per una analisi delle problematiche connesse al contratto stipulato “a valle” dell’intesa, si rimanda a, G. VETTORI, *Concorrenza e mercato, le tutele civili delle imprese e del consumatore*, Padova, 2005; M. GRANIERI, in *Foro it.*, 2004, I, 466 e ss.; R. PARDOLESI, *op. cit.*, in *Foro it.*, 2004, I, 470. F. FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e “aurea aequitas” (ovvero delle convergenze parallele)*, in *Foro it.*, 2004, I, 476 che riconosce in capo al consumatore finale la legittimazione ad agire ai sensi dell’art. 33, 2° comma, l. n. 287/1990, in quanto titolare di un diritto ad un rapporto “equo” con l’impresa con la quale contrae, ma che esclude qualsiasi ripercussione dell’intesa vietata sui contratti a valle.

³² In questo senso, cfr. in dottrina G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 549; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 67. In giurisprudenza, si veda Tribunale Alba, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 212; Corte d’Appello Torino, 27 ottobre 1998, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, II, 87, con nota di G. FALCONE, *Ancora sull’invalidità dei contratti a valle per contrasto delle norme bancarie uniformi con la disciplina antitrust*; Tribunale di Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 96; Tribunale di Milano, 25 maggio 2000, *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, II, 98.

³³ Cfr., C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 175.

sussistenza di un collegamento funzionale tra l'intesa restrittiva della concorrenza ed i contratti stipulati a valle dal consumatore. Il ragionamento porta, non solo a ritenere che la nullità dell'intesa a monte si propaghi ai contratti stipulati a valle³⁴, ma anche che il consumatore finale possa agire per il risarcimento del danno dovendosi ravvisare in capo all'impresa una responsabilità precontrattuale *ex* articolo 1338³⁵.

Una difformità di vedute si registra, inoltre, anche con riferimento alla sanzione di nullità, se totale ovvero parziale, o ancora se riconducibile al primo comma dell'articolo 1418 ovvero al secondo.³⁶

Infine, un cenno alla giurisprudenza di merito costituita dai giudici di pace che, affermando la propria competenza, si sono pronunciati in materia, assumendo le posizioni più diverse in ordine al fondamento giuridico dell'azione di rimborso avanzata dagli assicurati³⁷. Infatti, vi sono stati coloro che hanno configurato una responsabilità contrattuale dell'ente assicuratore; coloro che hanno ravvisato la nullità parziale del contratto assicurativo stipulato fra l'impresa assicuratrice e l'assicurato; coloro che hanno ritenuto tale contratto annullabile per errore o per dolo; chi ha ravvisato un'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. e chi un'azione di indebito oggettivo *ex* art. 2033³⁸; e, in ultimo, alcuni hanno contemplato un'azione del consumatore proposta in applicazione delle misure previste dall'art. 3, comma 1, l. n. 281/1998, oggi art. 141 e ss. Codice del consumo³⁹. Chiaramente, la maggior parte dei Giudici di Pace si è uniformata al dettato della Corte di Cassazione ravvisando una responsabilità extracontrattuale⁴⁰.

4. Il mutato orientamento nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo.

³⁴ Cfr. C. LO SURDO, *op. cit.*, 175; A. BERTELOTTI, *Legittimità 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, 345. In questo senso anche Corte d'Appello di Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, III, 1876, con nota di A. BERTELOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti "a valle"*. La Corte ha nella specie statuito che i principi della libera concorrenza e della libertà di mercato devono ritenersi "*parte integrante dell'ordinamento pubblico italiano, costituendo, anzi, un corpus organico di norme imperative, tant'è che ogni pratica messa in atto dalle imprese diretta a vanificare i suddetti principi viene colpita dalla stessa legge con la sanzione di nullità. Da ciò consegue che anche ogni contratto che annulla nel contraente più debole la possibilità di fatto, attraverso patti che rendono antieconomico la risoluzione del contratto, di rivolgersi ad imprese concorrenti, violando, perciò, il principio della libertà di mercato e della libera concorrenza, non può che essere valutato negativamente proprio perché contrastante con norme imperative ed inderogabili*".

³⁵ In argomento, M. TAVASSI – M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 298.

³⁶ Cfr. S. BASTIANON, *Nullità "a cascata"? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 11, 2003, 1068.

³⁷ Per una casistica delle pronunce dei Giudici di Pace, si rimanda a I. SABBATELLI, *op. cit.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 678

³⁸ Cfr. G.d.P. di Roma, 21 marzo 2003, n. 13638, in *I Contratti*, 2003, 10, 900; G.d.P. di Pace di Laviano, sentenza n. 56 del 2001;

³⁹ G.d.P. di Locri, 31 dicembre 2002 che ha ricondotto la soluzione del problema all'art. 3, comma 1, lett. b), l. n. 281/1998 in relazione all'art. 1419, comma 2, c.c. (norme tutte trasfuse oggi nel Codice del consumo) e, pertanto, alla nullità della sola clausola relativa alla determinazione del premio perché contraria all'ordine pubblico economico. *Contra*, cfr. M. HAZAN, nota alla sentenza della Corte di Cassazione n. 17475/2002, in *I Contratti*, 2003, 10, 907. Ancora sull'applicabilità della disciplina di cui alla l. n. 281/1998, cfr. G.d.P. di Roma, 24 febbraio 2004.

⁴⁰ *Ex multis*, cfr. G.d.P. di Civitanova Marche, 5 dicembre 2003, n. 293; G.d.P. di Lecce, 30 gennaio 2003; G.d.P. di Sala Consilina, sentenza n. 252 del 2001; G.d.P. di Otranto, sentenza 12 marzo 2004

I prolegomeni del mutato orientamento della giurisprudenza amministrativa che però, quantomeno in un primo momento, non ha coinvolto l'interesse del consumatore singolo o associato, devono farsi risalire alla sentenza del Tar Lazio n. 3861/2003⁴¹, a cui in questa sede deve necessariamente farsi riferimento.

Il giudice amministrativo si era pronunciato in un caso in cui l'impresa concorrente aveva impugnato il provvedimento dell'Agcom che autorizzava la concentrazione di alcuni zuccherifici, disconoscendone, sulla scia del precedente orientamento, la legittimazione, ma prendendo posizione rispetto alle pregnanti motivazioni articolate nel ricorso.

In particolare, l'impresa ricorrente sosteneva di essere titolare di un interesse legittimo all'impugnazione invocando a fondamento delle proprie pretese: l'art. 12, comma 1, l. n. 287/1990, che, richiamandosi ai poteri di indagine dell'Autorità in merito ai divieti posti dagli artt. 2 e 3 della stessa fonte (in tema di intese restrittive e abusi di posizione dominante), riconosce espressamente a *“chiunque vi abbia interesse”* la possibilità di denunciare alla medesima Amministrazione la sussistenza di una violazione di tali norme; l'art. 6, comma 4, del regolamento di cui al D.P.R. n. 217/1998, dove si stabilisce che il provvedimento di avvio dell'istruttoria, nei casi di presunta infrazione degli artt. 2 (comma 2), 3 e 6 (comma 1) della legge n. 287, è notificato, oltre che alle imprese e agli enti interessati, anche *“ai soggetti che ai sensi dell'art. 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria”*; l'art. 7, comma 1, dello stesso regolamento, che ammette a partecipare all'istruttoria anche *“b) i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa ...”*.

Di fronte alle pretese avanzate, il giudice ha riconosciuto in capo all'impresa concorrente un interesse differenziato rispetto alla generalità dei cittadini passando dall'ambito degli interessi diffusi a quello degli interessi individuali, innovando sul punto rispetto alla precedente impostazione. Ha, tuttavia, osservato che *“affinché un interesse individuale possa assurgere al rango di interesse legittimo occorre, oltre ai requisiti dell'individualità e della personalità dell'interesse stesso, anche quello della sua qualificazione normativa: diversamente l'interesse individuale, ancorché differenziato, resterebbe un interesse di mero fatto, e come tale un dato pre-giuridico. Occorre, dunque, che l'interesse individuale riceva considerazione, in funzione di una sua tutela, dalla normativa relativa all'esercizio del potere amministrativo del quale si tratta”*.

Il Tar è, quindi, passato a ricercare la norma che potesse elevare l'interesse della impresa ricorrente da interesse individuale ad interesse legittimo pervenendo alla conclusione che le norme indicate nel ricorso trovassero applicazione esclusivamente nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza e in quelle di abuso di posizione dominante e non in quelle di operazioni di concentrazione.

⁴¹ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 5 maggio 2003, n. 3861, in *Foro amm. Tar*, 2003, 6, 1942, con nota di L. ZANETTINI, *La legittimazione dei terzi ad impugnare i provvedimenti antitrust: il caso Sfir*”.

Con tale argomentazione si è, pertanto, riconosciuto, seppur implicitamente, all'impresa concorrente, la legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo in materia di intese e di abusi, ravvisando in capo alla stessa un interesse legittimo, ma non in quella di concentrazioni.

Successivamente, il Consiglio di Stato è tornato in argomento, con la sentenza n. 3865/2004 ed è giunto a riconoscere all'imprenditore concorrente la legittimazione ad impugnare il provvedimento dell'Agcom⁴², sottolineando come l'orientamento sino a quel momento tenuto portava *“alla non accettabile conseguenza dell'insindacabilità dei provvedimenti dell'Autorità da parte di coloro che non sono i destinatari diretti dell'attività della stessa a discapito dell'effettività della tutela giurisdizionale”*.

Il giudice amministrativo ha risolto la questione riportandola nell'ambito dei principi in tema di condizioni dell'azione e di requisiti necessari per individuare una situazione di interesse legittimo qual è la posizione di chi si contrappone all'esercizio del potere amministrativo, sempre che la lesione abbia i caratteri della personalità, dell'attualità e della concretezza. I criteri utilizzati nella disamina sono quelli della differenziazione e della qualificazione. Nella specie, il Consiglio ha ritenuto che le imprese concorrenti (nel medesimo settore economico) non si trovano sullo stesso piano degli altri soggetti appartenenti alla collettività. Esse vantano un interesse personale ed individuale al rispetto della normativa antitrust, in quanto dalle determinazioni dell'Autorità possono subire uno svantaggio (in presenza di deliberazioni di natura autorizzativa, come nel caso esaminato) - o un vantaggio (come nel caso di provvedimenti inibitori e sanzionatori) - chiaramente riferibile alla loro sfera individuale.

Alla luce delle considerazioni testè riportate, si è affermato che la circostanza per cui l'Autorità sia tenuta a perseguire l'interesse pubblico alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica non esclude che anche soggetti terzi a quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali possano vantare interessi, pretensivi od oppositivi, suscettibili di ricevere protezione giuridica.

Concludendo, il giudice amministrativo ha statuito che le considerazioni addotte non comportano un riconoscimento generalizzato della legittimazione a ricorrere, ossia il denunciante in quanto tale non è titolare di un interesse qualificato al corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo.

Un'ultima osservazione merita di essere sottolineata ai fini del presente articolo. La sentenza testè analizzata nel contemplare la legittimazione ad impugnare il provvedimento in capo

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI 14 giugno 2004 n. 3865, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1804. Nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 877: *“Qualora il provvedimento emesso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato risulti espressione di una vera e propria discrezionalità amministrativa, come accade per l'ipotesi disciplinata dall'art. 4, l. n. 287/1990, in cui un'intesa di per sé illecita viene temporaneamente assentita in considerazione della sua idoneità a perseguire finalità di natura pubblicistica espressamente contemplate dalla norma e che debbono essere adeguatamente evidenziate nel provvedimento, la determinazione dell'Autorità nasce dalla comparazione di interessi pubblici e privati; comparazione che è in grado di dare rilievo alla posizione di imprese concorrenti, le quali divengono pienamente legittimate a pretendere che, in sede giurisdizionale, venga verificata, sia pure sotto il profilo della sola legittimità, la correttezza dell'operato dell'Autorità”*.

all'imprenditore concorrente, disconosce espressamente la medesima possibilità alle associazioni dei consumatori, differenziando la loro posizione da quella di un operatore del settore in quanto *“la normativa consente la partecipazione procedimentale alle associazioni portatrici di interessi diffusi, ma non anche, se non titolari di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, di agire in giudizio”*.

Il “cambiamento di rotta” effettivo, in ordine alla legittimazione ad agire dei suddetti soggetti si ha, infatti, soltanto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 280/2005⁴³. Il Giudici di appello, anche sulla scia del riconoscimento legislativo attuato a favore delle associazioni dei consumatori e degli utenti, disciplina richiamata nel corpo della pronuncia, ha riconosciuto in capo ai soggetti *de quibus* la legittimazione a contestare in giudizio il provvedimento con cui l'Antitrust ritiene non ingannevole un messaggio pubblicitario, finalmente (aggiungiamo) discostandosi dal tradizionale orientamento.

In questa sede deve necessariamente farsi un breve richiamo alla legge 30 luglio 1998, n. 281 (oggi confluita nel Codice del consumo), inizialmente trascurata sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, ma che successivamente ha comportato, da parte dei giudici, una rivisitazione delle proprie posizioni nei confronti delle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti che, nel corso del tempo, hanno acquisito una significativa capacità rappresentativa dell'eterogenea “classe” dei consumatori, legittimazione sociale riconosciuta a livello legislativo con la legge in parola⁴⁴.

In proposito, non è un caso che la legge n. 281/1998 sia stata, a ragione, definita *“legge generale sulle associazioni dei consumatori e degli utenti”*. Il provvedimento, infatti, se sul piano strettamente codificatorio non ha aggiunto nulla alla disciplina già vigente all'epoca della sua emanazione⁴⁵, sul piano definitorio ha apportato “l'aggiunta” significativa attinente alla definizione delle associazioni dei consumatori e degli utenti, identificate dal legislatore del 1998 come *“le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti”* (art. 2, lett. b., l. n. 281/1998, definizione oggi ripresa dall'art. 3, comma 1, lett. b., Codice del consumo). Il principale merito della legge è stato proprio quello di

⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005 n. 280, in *Guida al diritto*, 2005, 9, 103, con nota di M. GIUNTA, *Il sindacato del giudice amministrativo si estende fino all'analisi compiuta dall'Autorità*.

⁴⁴ La legge n. 281/1998 è stata emanata dal Legislatore italiano a seguito della Direttiva 98/27/CE, 19 maggio 1998, del Parlamento europeo e del Consiglio, disciplinante, in particolare, le azioni giudiziali delle associazioni dei consumatori. Pubblicata nella G.U., 14 agosto 1998, n. 189, è stata successivamente modificata ed integrata: D. Lgs. 23 aprile 2001, n. 224 recante *Attuazione della direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori* (in G.U. 15 giugno 2001, n. 137); legge 1 marzo 2002, n. 39, recante *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2001*; legge 24 novembre 2000, n. 340 recante *Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – legge di semplificazione 1999* (in G.U. 24 novembre 2000, n. 275). Per l'argomento trattato, cfr. P. CASSINIS – P. FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori e degli utenti – un commento alle leggi 30.7.1998 n. 281 e 24. 11.2000 n. 340 e al Decreto legislativo 23.4.2001 n. 224*, G. ALPA – V. LEVI (a cura di), Milano, 2000, 185 e ss. e A. TOFFOLETTO – A. STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge antitrust*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (L. 30 Luglio 1998, n. 281)*, A. BARBA (a cura di), Napoli, 2000, 227 e ss.

⁴⁵ L'elenco dei diritti fondamentali di cui all'articolo 1, comma 2, l. n. 281/1998, riproduce quello previsto dalla risoluzione del Consiglio della CEE 14 aprile 1975 sul programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione del consumatore. Non solo, rappresenta l'elencazione sintetica di situazioni giuridiche soggettive desumibili espressamente o, tutta al più, per via interpretativa dalle normative di settore già vigenti oltre che ovviamente dal dettato costituzionale.

aver finalmente riconosciuto e disciplinato, a livello legislativo, le diverse organizzazioni sorte spontaneamente per denunciare e contrastare gli abusi più rilevanti attuati a danno delle fasce più deboli (il c.d. fenomeno del “consumerism”), riconoscendo e garantendo “*i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti*”, e promuovendone “*la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa*”.

Relativamente alla decisione in parola, si premette che, con il ricorso in appello, il Codacons, associazione dei consumatori iscritta al Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU)⁴⁶, aveva chiesto l’annullamento della sentenza n. 1266/98 con la quale il TAR del Lazio aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso il provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 29/02/1996, che aveva ritenuto non ingannevole il messaggio pubblicitario riguardante una nuova autovettura. Il Consiglio di Stato, investito della questione, ha riconosciuto ammissibile l’impugnazione di provvedimenti negativi dell’Autorità Garante (di archiviazione di una determinata denuncia, di non divieto di determinati comportamenti comunicati dalle imprese o delle operazioni di concentrazione notificate) da parte di soggetti terzi, diversi da quelli immediatamente lesi dai provvedimenti finali. Tale legittimazione, prosegue il giudice, deve però fondarsi sulla titolarità di un interesse qualificato, particolare e differenziato – diverso da quello che fa capo al mero denunciante – interesse che il ricorrente afferma essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo.

Il risultato a cui perviene il Consiglio, discende dalla lettura degli artt. 7, D. lgs. n. 74/1992 (oggi confluito nel Codice del consumo, relativo alla pubblicità ingannevole); 3, l. n. 281/1998 (oggi confluito nel Codice del consumo, sulla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti); art. 4, direttiva n. 84/450/CEE, come modificato dalla direttiva 97/55/CE (sempre in materia di pubblicità ingannevole in attuazione della quale è stato emanato il D.lgs. n. 74/1992). Il giudice ha ritenuto, infatti, che, interpretare diversamente le suddette norme, non riconoscendo alle associazioni la possibilità di “*contestare in giudizio il mancato intervento dell’Autorità*” condurrebbe, sotto il profilo interno, a non rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei consumatori e delle relative associazioni rappresentative e, sul fronte comunitario, ad un contrasto con le disposizioni della direttiva 84/450⁴⁷.

La sentenza, pertanto, segna un passaggio importante configurando l’associazione dei consumatori e degli utenti non tanto come mero denunciante, ma come controinteressata procedimentale, ed è in relazione a quest’ultima qualità che il Collegio fonda la legittimazione ad impugnare.

⁴⁶ Il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti è stato istituito ad opera della legge n. 281/1998, art. 4 (art. 136 Codice del consumo), presso il Ministero delle attività produttive (oggi Ministero dello Sviluppo Economico) dove siedono, ad oggi, diciassette associazioni dei consumatori e degli utenti.

⁴⁷ Con riferimento al livello comunitario di tutela, il Consiglio di Stato non si dimentica di riportare le pronunce della Corte di Giustizia in ordine al riconoscimento della legittimazione di soggetti terzi ad impugnare i provvedimenti assolutori della Commissione sia con riguardo ai provvedimenti di archiviazione (Corte Giust., 25 ottobre 1977, C-26/76, Metro SB Commissione, unto 13; 11 ottobre 1983, causa 210/81, Demo – Studio Schmidt/Commissione, punti 14 e 15; 28 marzo 1985, causa 298/83, CICCE/Commissione, punto 18 e 17 novembre 1987, BAT e Reynolds, cause riunite 142/84 e 156/84, pag. 4487, punto 12; sentenza del Tribunale – Quarta Sezione, 17 febbraio 2000, T-241/97, Stork Amsterdam BV, punto 53), sia in relazione ai provvedimenti di autorizzazione di operazioni di concentrazione (Corte di Giustizia del 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95; Tribunale – Terza Sezione, 30 settembre 2003, causa T-158/00, ARD).

Infine, un richiamo va fatto a quanto statuito dal Tar Lazio con una recentissima pronuncia⁴⁸. In particolare, il giudice di prime cure, pur richiamando quanto disposto dal Consiglio di Stato con la decisione n. 280/2005 e condividendo l'impostazione di base, nega la legittimazione ad impugnare il provvedimento dell'Agcom ad un'associazione dei consumatori e degli utenti operando un nuovo distinguo in materia tra associazione rappresentativa a livello nazionale e associazione che non riveste tale qualifica. Tale distinzione, se in apparenza può sembrare restringere la legittimazione ad agire alle sole associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ad una lettura più attenta, conduce a risultati in sintonia con una prospettiva di allargamento della sfera dei soggetti legittimati a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, come meglio si vedrà nel prosieguo.

Il caso riguardava il ricorso promosso dall'Associazione il Difensore del Cittadino e del Malato, associazione dei consumatori non iscritta al CNCU, per l'annullamento del provvedimento del 13/03/2006, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur ritenendo i messaggi riportati sulle confezioni delle sigarette (Light, Super Light ecc.) ingannevoli, non ne aveva immediatamente vietato l'utilizzo.

Per meglio impostare il problema è necessario fare ancora un riferimento a quanto previsto dal Codice del consumo relativamente al potere rappresentativo delle associazioni dei consumatori e degli utenti. L'articolo 2 contempla, tra i diritti riconosciuti come fondamentali, il "*diritto alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti*". La Parte V del Codice è invece dedicata specificatamente alle associazioni dei consumatori e degli utenti. L'art 137 detta i criteri necessari per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale, i cui rappresentanti compongono il CNCU⁴⁹; l'articolo 139 prevede che le associazioni iscritte al suddetto elenco "*sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice (...)*"; il successivo art. 140 disciplina la c.d. azione inibitoria contro gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti. Per quanto di nostro interesse è importante soffermarsi sulla problematica relativa alla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori. Sul punto è indubitabile che l'emanazione del Codice del consumo abbia posto fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alla legittimazione ad agire per le azioni inibitorie, riconosciuta oggi solamente a quelle iscritte nell'elenco di cui all'art. 137⁵⁰. Da tale soluzione però non può certo farsi discendere, *sic et simpliciter*, la negazione della

⁴⁸ Cfr., Tar Lazio, sez. I, 11 gennaio 2006.

⁴⁹ Per un'analisi dei requisiti necessari per poter essere iscritto all'elenco di cui all'art. 137 Codice del consumo, cfr. Consiglio di Stato 15 febbraio 2006, n. 611.

⁵⁰ La normativa è chiara nel riconoscere alle sole associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 la legittimazione ad esperire azioni inibitorie e non anche alle associazioni che siano ritenute dal giudice rappresentative (si vedano l'art. 137, commi 1 e 4, ed il combinato disposto degli artt. 139, comma 1, e 140, commi 1, 2 e 10, Codice del consumo). Il Codice del consumo risolve definitivamente il problema sorto a causa del mancato coordinamento tra l'articolo 3, legge n. 281/1998 e l'articolo 1469 *sexies* c.c. L'interprete, infatti, si domandava se la l. n. 281/1998 avesse integrato e/o modificato quella anteriore dell'articolo 1469 *sexies* c.c., ovvero se l'avesse lasciata in vigore senza incidere sulla stessa. La divergenza fra le due norme in parola si poneva, naturalmente, in ordine al requisito della rappresentatività delle associazioni dei consumatori e degli utenti richiesto dalla prima e non dalla seconda.

legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti delle associazioni non iscritte *tout court*. In proposito la legittimazione ad agire delle associazioni non iscritte, al di fuori dell'ambito delle azioni inibitorie, si deve fondare nell'art. 2, Codice del consumo.

Ad una prima lettura, in realtà, la norma sembra non aggiungere nulla di nuovo rispetto al diritto garantito dall'articolo 18, Costituzione, che contempla in capo ai cittadini “*il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale*”, nel quale il riconoscimento di cui alla lett. f, art. 2, comma 2, Codice del consumo, trova indubbiamente il proprio referente costituzionale.

Ciò considerato, l'interprete deve necessariamente interrogarsi sulla *ratio* che ha spinto il legislatore del 1998 ad introdurre nell'ordinamento italiano una norma di tal tipo, non potendosi certo ritenere che si tratti semplicemente di una riproduzione di un diritto già ampiamente riconosciuto nella stessa Carta costituzionale. Contrariamente, si ritiene che il legislatore abbia voluto indicare alle istituzioni la “via da seguire” nel rapportarsi con le associazioni in parola, impegnandosi per la loro promozione ed il loro sviluppo, per garantire ai consumatori ed agli utenti una rappresentanza forte ed in grado di prestare assistenza non solo nella tutela del contenzioso insorto, ma anche nella predisposizione delle norme che li interessano. Non solo: la previsione di cui all'articolo 2, sembra essere diretta anche a bilanciare le disposizioni che riconoscono soltanto in capo alle associazioni maggiormente rappresentative la facoltà di agire a tutela degli interessi collettivi. La norma, infatti, sembra diretta a promuovere lo sviluppo di tutto l'associazionismo consumerista a prescindere dalla rappresentatività legale e, pertanto, anche dell'associazionismo locale, non per questo meno degno di essere riconosciuto.

Tornando alla pronuncia, il Tribunale amministrativo ha dichiarato il ricorso inammissibile non tanto sulla base dell'impostazione tradizionale che negava la legittimazione delle associazioni dei consumatori a priori, bensì perché, nel caso sottoposto alla sua attenzione, l'associazione il Difensore del Cittadino e del Malato, oltre a non essere iscritta all'elenco di cui all'art. 139, da cui discende automaticamente la legittimazione ad agire a tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti, non aveva neppure dato la prova della propria rappresentatività. A tal fine il giudice ha ritenuto insufficiente la circostanza che la tutela di interessi diffusi e/o collettivi fosse recepita nelle finalità statutarie dell'ente.

Quest'ultima decisione, da un lato appare in contrasto con quanto si è cercato di sottolineare in ordine all'importanza dell'associazionismo in quanto tale, dall'altro lato, colpisce l'interprete laddove non esclude a priori la legittimazione ad agire delle associazioni non iscritte al registro (art. 137, Codice del consumo), ma le sottopone alla dimostrazione della propria rappresentatività.

A questo punto della trattazione, non si può però nascondere che parte dei giudici di primo grado non si sono ancora uniformati al nuovo orientamento.

A titolo esemplificativo, il Tar del Lazio n. 4069/2005⁵¹ ha nuovamente affermato che i consumatori ed i loro organismi rappresentativi, i quali hanno segnalato all'Autorità Garante la

⁵¹ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 13 maggio 2005, n. 4069.

presunta ingannevolezza di un messaggio pubblicitario, non sono per ciò solo legittimati a ricorrere avverso il provvedimento che abbia disatteso le loro aspettative, non essendo l'interesse vantato dagli stessi distinguibile da quello oggettivo al rispetto delle regole in materia di pubblicità ingannevole. Il giudice, nel caso *de quo*, ha concluso affermando che in capo ai denunciati è stata riconosciuta esclusivamente la titolarità di un interesse avente natura procedimentale a che l'Autorità prenda in esame la segnalazione e si pronunci sulla stessa.

5. Il mutato orientamento nella recente giurisprudenza del giudice civile.

Si darà ora conto dei mutamenti che hanno caratterizzato la giurisprudenza civile relativamente alla rilevanza della normativa antitrust per il consumatore, alla possibilità per il consumatore finale di esperire l'azione di nullità della pratica anticoncorrenziale e di agire per il risarcimento del danno subito e, ancora, in relazione al giudice competente a decidere siffatte domande.

In particolare, nello stesso periodo in cui la prima sezione della Corte di Cassazione emanava la sentenza n. 17475/2002 (di cui si è già detto), la terza sezione rimetteva al Primo Presidente della Corte di Cassazione gli atti della vicenda al suo esame, vertente, fra l'altro, *sulla questione se la controversia promossa dal consumatore, che chiede la nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza o il risarcimento dei danni ad essa conseguenti, appartenga alla competenza in un unico grado della Corte d'appello*, affinché valutasse l'opportunità di assegnarla alle Sezioni Unite⁵². Con l'ordinanza interlocutoria la terza sezione prendeva comunque posizione in materia ravvisando la competenza della Corte d'Appello e discostandosi dall'orientamento della sentenza n. 17475/2002. Le motivazioni di base, che hanno portato a privilegiare la soluzione accennata, sono le seguenti. *In primis*, la Corte ha osservato che è la materia ad individuare la competenza e, pertanto, ha ritenuto che la competenza *ex art. 33* della Corte d'Appello in unico grado discenda dal solo fatto della proposizione di un'azione di nullità, ovvero di risarcimento del danno per violazione della l. n. 287/1990, avanzate anche dal consumatore finale. In secondo luogo, la mancanza di una specifica disciplina, nella normativa antitrust, della legittimazione ad agire è significativa del fatto che l'ambito dei soggetti che possono ricevere pregiudizio è di difficile definizione a priori. Infine, sulla scia dell'insegnamento della giurisprudenza comunitaria, il riconoscimento del risarcimento del danno opera come disincentivo affinché le imprese non pongano in essere comportamenti vietati.

In linea con tale orientamento si è espressa la Corte di Cassazione a Sezioni Unite. In proposito, la Suprema Corte, ha ritenuto la normativa antitrust finalizzata anche alla tutela del consumatore e ha riconosciuto la legittimazione del consumatore ad agire per la nullità della pratica

⁵² Corte di Cassazione, sez. III, ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538, in *Foro it.*, 2003, I, 2938, con nota di A. PALMIERI; in *Danno e resp.*, 2003, 1181, con nota di G. COLANGELO, *Intese restrittive della concorrenza e legittimazione ad agire del consumatore*.

anticoncorrenziale e per il risarcimento del danno innanzi alla Corte d'Appello secondo il disposto di cui all'art. 33, senza però pronunciarsi in modo definitivo sulla validità dei contratti a valle⁵³.

Il caso concreto va ricondotto alla vicenda del noto cartello assicurativo dichiarato anticoncorrenziale dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (vedi *supra*). In particolare, il Giudice di Pace di Avellino, chiamato a pronunciarsi sul risarcimento del danno, aveva dapprima riconosciuto la propria competenza e successivamente soddisfatto la domanda dell'assicurato riconducendo la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 2033 c.c., qualificandolo come indebito oggettivo.

La compagnia assicurativa soccombente aveva, quindi, proposto, ricorso avverso la sentenza del giudice di prime cure alla Corte di Cassazione contestando il fondamento della domanda ed eccependo il difetto di competenza.

Le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi, hanno ritenuto, *in primis*, di dover trattare unitamente la questione della legittimazione ad agire e quella relativa alla posizione dei contratti conclusi a valle dell'intesa restrittiva in quanto è sul riconoscimento di quest'ultima che si fonda la prima.

Il ragionamento ha avuto inizio dall'analisi della legge di riferimento, n. 287/1990, prestando particolare attenzione alle norme relative alle intese restrittive della concorrenza, pratica anticoncorrenziale configurata in concreto dall'Agcom nel caso specifico.

Il giudice ha individuato l'oggetto della disciplina (letta come attuazione dell'articolo 41, Cost., ed interpretata in base ai principi dell'ordinamento comunitario) nella tutela della struttura concorrenziale del mercato rapportata necessariamente al dato quantitativo. Presupposto quest'ultimo che lascia fuori dalla tutela accordata dalla normativa antitrust quei comportamenti anticoncorrenziali non idonei per struttura e dimensioni ad incidere sull'assetto del mercato inteso nel suo complesso, o su di una parte rilevante di esso, inibendo, falsando, o restringendo la libera concorrenza. *“In definitiva, poiché come è stato scritto argutamente, la legge non si occupa dell'intesa tra i barbieri di piccolo paese, il dato quantitativo conferma che oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente, ancorché questo possa essere riparato dalla repressione dell'intesa, ... bensì un più generale bene giuridico”*. E' in questo passaggio che le Sezioni Unite hanno superato la tradizionale riconducibilità della disciplina di cui alla legge n. 287/1990 alla logica codicistica in base alla quale la tutela della concorrenza conserva il carattere fondamentale di strumento di protezione del corretto rapporto concorrenziale fra imprenditori,

⁵³ Cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Il Corriere giur.*, 2005, 3, 333 con note di I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, e M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrèt*; in *Foro it.*, 2005, I, 1014, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, e E. SCODITTI, *L'Antitrust dalla parte del consumatore*; in *Dir. ind.*, 2005, 185, con commento di G. COLANGELO; in *Obbligazioni e contratti*, 2005, I, 40, con nota di G. TADDEI ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*; in *Il Giudice di pace*, 2005, 2, 119, con commento di A. PALMIERI, *L'intesa tra le compagnie assicuratrici consistente nello scambio di informazioni sensibili*; in *Danno e resp.*, 2005, 5, 498, con note di B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, e B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*; in *Giust. civ.*, 2005, 4, I, 907, con nota di F. SEBASTIO, *La legittimazione attiva in materia di ricorsi antitrust*; in *Guida al Diritto*, 2005, 7, 30, con nota di M. FINOCCHIARO, *La posizione del consumatore finale è equiparata a quella dell'imprenditore*.

seppur con un fine pubblicistico. Tuttavia, tale più ampia tutela accordata dalla legge nazionale antitrust, in armonia con quella comunitaria, non ignora la possibile plurioffensività del comportamento illecito che può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori dell'intesa. A supporto di tale tesi vi è anche il dato normativo. L'interesse del consumatore si riscontra, sempre secondo il giudice, nel *corpus* della stessa legge e specificamente nell'articolo 4 ove il legislatore ha previsto il possibile allentamento dei divieti contemplati qualora si pervenga ad un beneficio per il consumatore. Ancora, l'articolo 33 contiene sia una norma di giurisdizione che una norma di competenza, quest'ultima tesa ad "*individuare anche il giudice dell'accertamento della nullità, che è il presupposto della eliminazione del pregiudizio in una prospettiva esplicitamente risarcitoria*".

La diversità d'ambito e di funzione tra disciplina codicistica e quella Antitrust ha portato la Corte a superare la vecchia impostazione restrittiva. Di particolare rilevanza, ai nostri fini, è l'affermazione secondo cui "*la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*".

Ma il Collegio si è spinto oltre, riconoscendo al consumatore un diritto di scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza, facendo derivare il pregiudizio dal fatto che la finalità di un'intesa illecita è proprio quella di alterare la libera concorrenza del mercato e comporta, quale conseguenza per il consumatore, una possibilità di scelta solo apparente del prodotto o del servizio.

Dal ragionamento sopra descritto, con particolare riferimento alla riconosciuta legittimazione ad agire del consumatore, non può che pervenirsi alla conclusione che competente a decidere, per il risarcimento del danno lamentato a seguito della violazione della normativa antitrust, sia la Corte d'Appello, ex art. 33 della legge⁵⁴.

Detta soluzione va accolta con favore. Infatti, laddove la *causa petendi* si radichi nella pratica anticoncorrenziale, l'azione proposta deve poter essere azionata di fronte al giudice competente a decidere in materia di violazione della l. n. 287/1990. D'altra parte, anche volendo ragionare in linea con quanto espresso dalla Corte di Cassazione n. 17475/2002, e, pertanto, anche volendo ritenere che la semplice esistenza dell'intesa illecita non sia sufficiente a configurare un danno risarcibile, non si comprende come tale circostanza possa comportare l'esclusione della competenza della Corte d'Appello, rilevando semmai sul piano semplicemente probatorio del pregiudizio subito. In conclusione, con la sentenza in parola si giunge al riconoscimento della rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust e, pertanto, della sua legittimazione ad attivare gli strumenti di tutela in essa contenuti, ex articolo 33⁵⁵. La Corte, in particolare, riconosce al consumatore la possibilità di adire la Corte di Appello competente per territorio per il risarcimento

⁵⁴ *Contra*, Corte d'Appello di Milano, sez. I, 2 febbraio 2005, in *I Contratti*, 2006, 2, 146 e ss, con nota critica di E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*, che ha riconosciuto, in difformità da quanto statuito dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 2207/2005, la legittimazione ad esperire l'azione ex art. 33, legge 287/1990, solo in capo agli imprenditori e non anche ad ogni altro soggetto del mercato interessato alla concorrenzialità dello stesso, *in primis*, il consumatore danneggiato da una intesa anticoncorrenziale tra le imprese del settore.

⁵⁵ Nello stesso senso, Cassazione civile, sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398.

del danno *ex* articolo 2043 c.c.; tuttavia non chiarisce la sorte dei contratti a valle né il contenuto dell'onere probatorio gravante sul consumatore, lasciando aperte le problematiche ad essi collegate (vedi *supra*)⁵⁶.

Da ultimo, deve necessariamente farsi un accenno a quanto statuito recentemente a livello comunitario dalla Corte di Giustizia⁵⁷, chiamata a pronunciarsi dal giudice di pace di Bitonto, sempre a seguito del cartello assicurativo c.d. "RC auto" (vedi *supra*), soprattutto nella parte in cui tende a chiarire i presupposti per le azioni processuali dei privati dirette a richiedere il risarcimento dei danni subiti per violazione delle norme antitrust commesse dalle imprese. Il giudice comunitario ha affermato: "*L'articolo 81 deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. Ancora: "In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di "nesso di causalità", purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati"*".

Il ragionamento della Corte inizia con la evidente considerazione che l'art. 81, n. 2, contempla la sanzione di nullità relativamente a tutti gli accordi o decisioni vietati. La giurisprudenza comunitaria è stata costante nel tacciare di nullità le pratiche poste in violazioni della normativa e nel riconoscere a chiunque l'interesse a proporla. Non solo. Sul presupposto che la nullità ha carattere assoluto l'accordo vietato non produrrà effetti (passati e futuri) nei confronti dei soggetti partecipanti allo stesso e, conseguentemente, non potrà essere opposto a terzi. Il passaggio successivo, rileva particolarmente laddove il giudice comunitario ha affermato che la disposizione di cui all'art. 81, n. 1, esplica i propri effetti nei rapporti tra i singoli "*ed attribuisce direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare*", da cui il riconoscimento della legittimazione ad agire per la violazione dell'art. 81, n. 1 e "*ad invocare la nullità di un'intesa o di una pratica vietata*".

Relativamente al riconoscimento del diritto al risarcimento, la Corte ha riconosciuto in capo a chiunque il diritto a richiedere il risarcimento del danno, quando sia configurabile un nesso di causalità tra detto danno e la pratica vietata. La soluzione prospettata poggia sul presupposto che ragionare diversamente condurrebbe a porre nel nulla i divieti di cui alla norma; in ultima analisi, si potrebbe giungere fino al paradosso che, nelle more di un giudizio di nullità della pratica, le stesse imprese sarebbero nelle condizioni di far propri i frutti derivanti da quegli accordi stipulati con i privati. In proposito, è automatico il richiamo alla nota sentenza della Corte di Giustizia *Courage*

⁵⁶ Sul punto, la Corte di Cassazione n. 2207/2005 si limita ad affermare che: "*il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua*" senza però soffermarsi sui rimedi giuridici esperibili di fronte ad un contratto stipulato tra il consumatore e un'impresa a seguito di una pratica anticoncorrenziale.

⁵⁷ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. III, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, in *Guida al Diritto*, 2006, 30, 100, con nota di N. BUQUICCHIO, *Agli Stati membri il compito di scegliere giudici, tempi e modi del ricorso*.

laddove quest'ultima aveva disposto ritenendo che *“la piena efficacia dell'art. 85 del trattato ed, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 (art. 81) sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno (...)*. In questi termini, il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno assume natura di strumento disincentivante a che le imprese pongano in essere comportamenti vietati, lo stesso, infatti, *“rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza”*.⁵⁸

Infine il giudice comunitario ha affermato che, in mancanza di una norma comunitaria, spetti allo Stato membro designare i giudici competenti a stabilire le modalità d'esercizio di tale diritto al risarcimento del danno e quelle relative all'applicazione della nozione di nesso di causalità.

6. Considerazioni sulla situazione attuale anche alla luce del Codice del consumo.

Ora il difficile compito di trarre le conclusioni dell'evoluzione giurisprudenziale registrata sul tema, cui si è cercato di dar rilievo nei precedenti paragrafi, e di valutare quali siano le prospettive attuali e future del rapporto tra consumatore e disciplina antitrust.

Si deve, fin da subito, rilevare come il nuovo orientamento espresso dalla giurisprudenza debba essere inquadrato nel più ampio assetto dei rapporti che interessano il consumatore non solo nei confronti dell'imprenditore, ma anche rispetto alle stesse istituzioni. E' evidente, infatti, come nel corso degli ultimi anni, nel nostro ordinamento si siano succedute un numero considerevole di leggi la cui *ratio* è indubbiamente diretta a fondare una tutela sempre più stringente di questa nuova figura e ad ampliare il novero dei diritti ad essa riconosciuti.

In quest'ottica deve essere letta la recente emanazione del Codice del consumo in cui sono confluite tutte le norme in materia di tutela del consumatore al fine di armonizzare e coordinare in modo sistematico le regole concernenti i rapporti che lo coinvolgono⁵⁹. Per l'argomento che ci occupa, è

⁵⁸ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C – 453/99, *Courage Ltd c. Crehan*, *op. cit.*, 75.

⁵⁹ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, denominato Codice del consumo, in G.U. n. 235, 8 ottobre 2005, *Suppl. ord.* n. 162. Nell'ambito di un generale disegno di semplificazione e di riassetto normativo, con l'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, il Governo è stato chiamato ad adottare uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, ai sensi e secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della stessa legge n. 229 del 2003, e nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi ivi richiamati. La delega prevedeva in sostanza quattro principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e riordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale; b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto; c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste nell'articolo 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, di attuazione della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite; d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni dei consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della Commissione delle Comunità europee. Sul Codice del consumo si veda, ex multis, AA.VV., *Codice del consumo – Commentario*, G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005; M. DONA, *Il Codice del consumo - regole e significati*, Torino, 2005; AA.VV., *Codice del consumo, Commentario del D. Lgs 6 settembre 2005, n. 206*, E. M. TRIPODI – C. BELLINI (a cura di) Rimini, 2006; AA.VV., *Codice del consumo – Commento al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, V. ITALIA (a cura di) Milano, 2006; AA.VV., *Codice del consumo - Commento con dottrina e giurisprudenza*, V. CUFFARO (a cura di), Milano, 2006.

interessante leggere la relazione di accompagnamento al Codice laddove fonda la necessità di riordino della normativa esistente anche nelle teorie economiche e commerciali sui processi di acquisto e di consumo. In particolare, la struttura e l'articolazione del *corpus normativo* si sono ispirate ai modelli sul processo d'acquisto del consumatore sia nella sua fase attuativa, sia nella fase che precede, realizzando un'obiettiva funzione deterrente dei comportamenti commercialmente e legalmente scorretti. Scopo principale del Codice è che il consumatore sia educato ed informato affinché possa compiere scelte consapevoli e non soffra l'asimmetria informativa che, sempre più di frequente, caratterizza i rapporti commerciali. Per gli effetti, non è un caso che l'art. 1 preveda: "(...) il codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e di consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti". Nella locuzione "processo di acquisto e consumo" si deve leggere, pertanto, l'intero rapporto, non limitato ai soli aspetti contrattuali, ma anche a quelli preliminari (informazione e pubblicità), finanche quelli conseguenti all'atto di acquisto in senso stretto (recesso, garanzie, rimedi esperibili, risarcimento). Tanto osservato, ci si deve chiedere quali siano i riflessi dei diritti riconosciuti da questo nuovo *corpus* di norme sulla normativa antitrust, e, quindi, quali possano essere gli strumenti azionabili dal consumatore, singolo o associato, per reagire alle pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese, visti in una nuova ottica.

Procedendo con ordine si darà conto, *in primis*, del ruolo riconosciuto alle associazioni dei consumatori e delle azioni esperibili dalle stesse, per lo più già riconosciuti dal Consiglio di Stato, e in secondo luogo, della posizione giuridica del consumatore singolo e degli strumenti di tutela dallo stesso azionabili, anche sul presupposto che i giudici civili hanno riconosciuto il diritto ad esercitare l'azione di nullità e di risarcimento del danno ex art. 33, l. n. 287/1990.

Le associazioni dei consumatori e degli utenti, come già anticipato, nascono come organizzazioni di volontariato con lo scopo di difendere i diritti di quei soggetti definiti quali contraenti deboli. Inizialmente nessun riconoscimento giuridico era stato previsto dal legislatore italiano, lacuna normativa rimasta fino all'introduzione della legge n. 281/1998 che ha regolamentato l'azione delle suddette associazioni sull'onda di una crescente sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui temi del "consumerismo", riconoscendo come "fondamentali" diritti e posizioni tradizionalmente confinati nell'ambito dei c.d. interessi diffusi o collettivi ed aprendo così nuove prospettive di tutela per la generalità dei consumatori e degli utenti⁶⁰. Ed è proprio sotto questo profilo che deve leggersi l'incremento continuo dei compiti di consultazione e di rappresentanza delle associazioni dei consumatori, oggi considerate come imprescindibile punto di riferimento per il riconoscimento e la tutela dei diritti correlati al consumo. L'associazionismo, infatti, non è più visto semplicemente quale esigenza di organizzazione dovuta alla necessità di affrontare "insieme" problematiche comuni, il c.d. motto "l'unione fa la forza", ma ha offerto al consumatore isolato il sostegno necessario per andare oltre un ruolo di soggetto eminentemente passivo, posto sotto tutela dallo Stato e dagli organi di vigilanza del mercato, per divenire coautore della propria protezione.

⁶⁰ C. BELLI, *Codice del consumo, Commentario del D.Lgs. 6/9/2005*, n. 206, E. M. TRIPODI e C. BELLI (a cura di), Milano, 2006, p. 520; E. SACCHETTINI, *Ecco le nuove armi delle associazioni di difesa*, in *Guida al dir.*, 1998, 997; G. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998, 1313.

Gli ulteriori sviluppi non possono che andare in un'unica direzione: la possibilità di esperire l'azione collettiva risarcitoria, cd. *class action*. Non è questa la sede per affrontare compiutamente il complesso tema della tutela collettiva risarcitoria⁶¹, ci si limita al riguardo ad evidenziare che probabilmente il ricorso alla nozione di *class action*, che nasce in contesti giuridici (e processuali) assai diversi da quello italiano, ha senso in quanto finalizzato a richiamare l'attenzione sull'introduzione di un *quid pluris* rispetto alla tutela inibitoria, o comunque ad una tutela collettiva avente valenza essenzialmente generalpreventiva. In ogni caso, non sembra troppo lontano l'intervento del legislatore teso a contemplare, tra gli strumenti riconosciuti alle associazioni dei consumatori e degli utenti, l'istituto in parola, anche in considerazione dei diversi disegni di legge fino ad oggi presentati⁶², da ultimo quello introdotto nel c.d. "pacchetto Bersani"⁶³, provvedimento che accompagna il decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, convertito dalla legge n. 248 del 4 agosto 2006⁶⁴.

Ai nostri fini, l'introduzione nell'ordinamento italiano di un'azione collettiva risarcitoria, produrrebbe effetti ampliando l'ambito di operatività dell'art. 33, l. 287/1990. Le associazioni dei consumatori potrebbero essere legittimate non solo ad impugnare i provvedimenti dell'Agcom, ma anche ad agire per la dichiarazione di nullità della pratica ritenuta anticoncorrenziale, finanche ad ottenere il risarcimento collettivo del danno lamentato. Tale prospettiva pare, comunque, essere in sintonia con quanto sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria laddove ha asserito che le azioni di risarcimento del danno, oggi attivate dal singolo consumatore per singoli casi concreti, hanno carattere deterrente a che le imprese non pongano in essere pratiche anticoncorrenziali. L'effetto sarebbe dirompente e potrebbe condurre alla configurazione di uno strumento giuridico di regolazione del mercato concorrenziale sino ad ora non ravvisabile nella normativa nazionale esistente.

Per quanto riguarda la posizione del consumatore e le azioni da esso esperibili, sempre con riferimento al tema che qui interessa, si osserva che le diverse riforme attuate portano ad una valorizzazione del cittadino nella sua veste di consumatore ed utente quale soggetto non più semplice destinatario della norma, del provvedimento amministrativo o del messaggio promozionale, ma quale attore del mercato, inteso in senso più ampio, non più e non solo come fruitore, semplice acquirente finale del prodotto, ma come soggetto in grado di influenzarne gli

⁶¹ In argomento, A. Giussani, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996.

⁶² Cfr., *ex multis*, Disegno di legge n. 3058, "Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti", della precedente legislatura, rimasto all'esame del Senato della Repubblica dopo essere stato approvato dalla Camera dei Deputati il 21 luglio 2004.

⁶³ Disegno di legge n. 1495, presentato dal Ministro dello Sviluppo economico, On. Pier Luigi Bersani, di concerto con il Ministro dell'economia, On. Clemente Mastella, e del Ministro dell'Economia e delle finanze, On. T. Padoa Schioppa, denominato "Introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori", presentato il 26 luglio 2006. Ai nostri fini è interessante riportare il contenuto dell'art. 2, comma 1, del Disegno di legge che così recita: "Le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui al comma 1 dell'articolo 139 (...) possono richiedere al tribunale del luogo ove ha la residenza o la sede il convenuto la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori o utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti commessi nell'ambito (...) di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti".

⁶⁴ Per una disamina delle novità introdotte nel Decreto legge n. 223/2006 si rimanda a *Guida al diritto*, 2006, n. 29.

assetto. Le istituzioni non possono più prescindere dal consenso di questa nuova “categoria”, i cui interessi sono rappresentati dalle associazioni di riferimento sempre più organizzate e sempre più “controparti” delle stesse.

Il Codice del consumo, all’articolo 2, riproducendo sostanzialmente quanto già previsto dall’articolo 1, l. n. 281/1998, fa un elenco di quelli che sono i diritti riconosciuti come fondamentali in capo al consumatore e ne riconosce la tutela individuale e collettiva. In argomento, appaiono rilevanti: la sicurezza e la qualità dei prodotti e dei servizi, un’adeguata informazione ed una corretta pubblicità, l’educazione al consumo, la correttezza, la trasparenza e l’equità nei rapporti contrattuali. Già da questo semplice elenco è dato riscontrare lo stretto collegamento sussistente tra il consumatore ed il mercato, o meglio, l’interesse del consumatore a che le relazioni, intercorrenti nell’ambito degli assetti economici del mercato, si svolgano secondo correttezza, trasparenza ed equità, concetti sottesi anche alla normativa antitrust. Inoltre, si deve evidenziare che la natura dei diritti *de quibus* è finalizzata ad una tutela prettamente economica del consumatore che deve essere educato ed informato, deve poter contare su un rapporto trasparente, equo e corretto al fine di operare una scelta economicamente soddisfacente. Naturalmente non si potrà parlare di lucro o profitto, come tradizionalmente intesi per l’imprenditore, ma è indubitabile che il consumatore miri ad ottenere dall’acquisto del prodotto, ovvero del servizio, il miglior rapporto qualità - prezzo.

I diritti e gli interessi dei consumatori, pertanto, non possono più essere considerati solamente in relazione alla sfera sociale, ma anche a quella economico – patrimoniale. Ed è proprio su questa linea che sembra diretta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sopra richiamata, laddove asserisce che *“il consumatore, che è l’acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene”* e che *“pertanto, la funzione illecita di un’intesa si realizza per l’appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente”*. Quindi, il consumatore interagisce nelle scelte economiche del mercato e ne condiziona l’andamento. Sul punto, naturalmente senza poter entrare nel merito dei numerosissimi dibattiti che ha suscitato il Decreto Bersani negli ultimi tempi, non può non osservarsi che lo stesso, muovendosi in una logica di promozione della concorrenza, si pone in linea con l’esigenza di mutamento della posizione di consumatore quale soggetto che persegue il proprio benessere economico. Il professionista dovrà operare in un sistema dove il giudizio sulla sua attività verrà non più, o non solo, da organi istituzionalizzati ma dal consumatore – utente, dotato del massimo potere di mercato. Ed è anche il dato fattuale che conferma tale impostazione. Il cittadino non è più isolato, è organizzato e sempre più consapevole degli strumenti che può adottare per reagire al comportamento scorretto dell’impresa. Su un piano che probabilmente interessa più il sociologo, è interessante osservare come in quest’ultimi tempi si assista a fenomeni fino a poco tempo fa neppure immaginabili. Si pensi agli scioperi effettuati dai consumatori, su iniziativa delle loro organizzazioni, per contrastare il “caro – vita”, finanche, alla “lista dei consumatori” che ha concorso a diverse, recenti tornate elettorali.

Il legislatore, *in primis*, ma anche la giurisprudenza devono ora prendere atto dei cambiamenti sociali - culturali che si stanno realizzando e, interpretare la normativa già esistente al nuovo assetto dei rapporti nonché provvedere a regolamentare i nuovi.

Non è un caso allora che già la Corte di Cassazione abbia mutato il proprio orientamento, e riconosciuto al consumatore la possibilità di agire per il risarcimento del danno, non più attraverso le ordinarie vie di giurisdizione ordinaria, ma avvalendosi direttamente della disciplina inserita nella l. n. 287/1990. Ancora, non è un caso che le Sezioni Unite abbiano affermato che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia interesse, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*, ivi compreso il consumatore. Posizione fatta propria anche dalla stessa Autorità della Concorrenza e del mercato che, nel parere emesso durante i lavori preparatori al Codice del consumo, oltre a richiamare la pronuncia, ha affermato che *“gli interessi dei consumatori sono oggetto di specifica salvaguardia anche nell’applicazione della normativa comunitaria e nazionale a tutela della concorrenza, essendo la permanenza di un mercato concorrenziale condizione necessaria per consentire agli utenti, intermedi e finali, di esprimere con libertà e consapevolezza le proprie scelte, tese a soddisfare in maniera sempre più completa e vantaggiosa le proprie esigenze. L’interrelazione tra l’obiettivo della tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori è peraltro resa palese dai numerosi espliciti richiami agli interessi dei consumatori contenuti nella legge n. 287/1990”*.

Oggi, quindi, è dato assodato, il riconoscimento di una rilevanza diretta ed immediata dell’interesse del consumatore nella disciplina antitrust. L’assunto trova conferma, da un lato, nel dato fattuale e nelle modifiche legislative apportate successivamente all’introduzione della disciplina antitrust nel nostro ordinamento, dall’altro, nella possibilità riconosciuta al consumatore di attivare gli strumenti previsti dalla normativa antitrust.

Tali cambiamenti rappresentano solamente la “punta dell’iceberg”.

Appare del tutto in linea con i riconoscimenti fin d’ora attuati, affermare che il consumatore, anche singolarmente, possa impugnare il provvedimento dell’Antitrust di fronte all’Autorità giudiziaria amministrativa, così come può già adire la Corte d’Appello. Se, infatti, si riconosce l’operatività del secondo comma dell’art. 33 nei confronti del consumatore, non si vede come possa essere negata la legittimazione ad agire *ex primo* comma del medesimo articolo: *“I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio”*.

In relazione al profilo prettamente civilistico, la Corte di Cassazione n. 2207/2005 non si è pronunciata, come già evidenziato, sulla sorte dei contratti a valle, su cui rimangono aperti i dibattiti circa la loro validità; così come, rispetto alla possibilità di esperire l’azione di risarcimento del danno *ex* articolo 2043, esiste tuttora una dicotomia tra chi ritiene provato il nesso causale tra intesa

e contratto stipulato con il consumatore⁶⁵ e chi invece ritiene che quest'ultimo debba provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie illecita⁶⁶.

Senza entrare nel vivo del dibattito e rimandando per quanto possibile alle considerazioni precedentemente svolte in argomento, si ritiene di dover aderire a quell'orientamento che riconosce un “*collegamento funzionale*” tra i contratti a valle e la pratica anticoncorrenziale a monte sul presupposto, come asserito anche dalla Corte di Cassazione, che, realizzando i primi gli effetti illeciti voluti con il cartello, ad essi “*non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa che vanno a strutturare*”⁶⁷. In particolare, si riconosce un nesso di carattere economico tra la pratica vietata e i *fruit contracts* in quanto questi ultimi diventano “*lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire*”, nel caso concreto, per l'appunto, un vantaggio economico.

Da tale assunto appare legittimo configurare, laddove sussistano elementi quali una disciplina precisa che vieta determinati comportamenti, una decisione non sindacabile sull'avvenuta violazione della stessa, il riconoscimento della legittimazione ad agire per ottenere il risarcimento del danno lamentato a causa della violazione, un nesso causale tra l'intesa a monte ed il contratto stipulato a valle. Esemplificando e riportandoci al caso concreto a cui più volte si è fatto cenno nel presente lavoro, si osserva quanto segue: l'antitrust ha sanzionato le compagnie assicurative in seguito al cartello realizzato dalle stesse ed avente ad oggetto le assicurazioni Rc auto; il provvedimento è stato successivamente confermato sia dal Tar sia dal Consiglio di Stato; a fronte delle suddette decisioni, il consumatore ha chiesto il risarcimento del danno per aver contratto una polizza, peraltro obbligatoria, ad un prezzo sicuramente più alto rispetto a quello che avrebbe pagato in un mercato concorrenziale, come accertato dall'Agcom.

⁶⁵ Cfr. Corte d'Appello di Napoli, 3 maggio 2005, n. 1310: “*Per la sussistenza di un rapporto di causalità tra le intese illecite delle compagnie assicurative e l'aumento del costo delle polizze è necessario che, tra l'antecedente ed il dato consequenziale, sussista un rapporto di sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come conseguenza normale dell'antecedente (Cass. 20.12.1986 n.7801; 567/1983; 3621/1982). Nel caso di specie l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato che è evidente “la discrepanza tra il tasso di crescita del parco veicoli e quello della raccolta premi, che raddoppia tra il 1990 ed il 1998”; che “nel periodo successivo alla liberalizzazione si sarebbe registrato in 5 anni e mezzo, un sostanziale raddoppio del premio medio pagato dagli assicurati, con una sensibile accelerazione nell'ultimo periodo”; che “mentre nel periodo immediatamente successivo alla liberalizzazione tariffaria l'Italia era il paese in cui tale assicurazione costava meno, alla fine del 1999 è divenuta la più costosa. In 5 anni i prezzi relativi italiani sono cresciuti del 63% rispetto alla media europea”; che “l'aumento dei prezzi si è realizzato in un settore caratterizzato da una elasticità della domanda di mercato molto rigida, essendo tale assicurazione obbligatoria. In altri termini, a fronte di un aumento generalizzato dei premi, l'unico strumento a disposizione dell'utente finale è la rinuncia all'utilizzo del veicolo”. Tali elementi dimostrano in maniera inequivocabile la riconducibilità in termini di normalità e di verosimiglianza dell'aumento del costo della polizza all'accordo illecito – e quindi nullo – sanzionato dall'Antitrust”.*

⁶⁶ Cfr. Corte d'Appello di Napoli, 9 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, 4, 1184: “*La partecipazione di una società assicuratrice ad un'intesa orizzontale tra alcune delle imprese operanti nel settore della r.c.a., sanzionata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla base, dell'avvenuto scambio, di informazioni commerciali, sensibili, senza alcun accertamento in ordine ai suoi effetti, non costituisce di per sé causa, immediata e diretta dell'incremento del premio corrisposto dall'assicurato (nella specie, il collegio giudicante ha rigettato, per difetto di prova del nesso causale, la domanda risarcitoria da quest'ultimo proposta, evidenziando altresì che la crescita dei premi era stata accompagnata da un aumento dei costi particolarmente sostenuto e che non era esclusa la possibilità di stipulare una polizza con imprese diverse da quelle coinvolte nell'intesa).*

⁶⁷ Corte di Cassazione, 4 febbraio 2005, n. 2207.

Ora, anche sullo sfondo di quanto affermato a livello comunitario dalla Corte di Giustizia, che lascia ai singoli Stati stabilire le modalità relative all'applicazione della nozione di nesso causale, non si comprende perché il consumatore debba essere caricato di un ulteriore onere probatorio in relazione al rapporto eziologico tra intesa vietata e danno subito. In particolare, ragionare diversamente condurrebbe al paradosso di riconoscere in teoria il diritto del consumatore leso da una pratica concorrenziale di agire per il risarcimento del danno ex art. 2043 e, in pratica, rendere tale azione difficilmente esperibile. In concreto, diventerebbe alquanto oneroso per il singolo consumatore, non solo adire la Corte di Appello competente per territorio, ma anche dimostrare il nesso causale tra l'intesa illecita ed il danno subito, disattendendo anche quanto stabilito a livello comunitario laddove si afferma che *“la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza”*⁶⁸.

Ai nostri fini è necessario, inoltre, riferire, anche in ordine a quella tesi avanzata da una parte della dottrina secondo cui si deve distinguere tra accordi di fissazione del prezzo o di altre condizioni contrattuali e pratiche escludenti, da una parte, e accordi di ripartizione del mercato, dall'altra. Soltanto in relazione alla prima ipotesi, infatti, il contratto a valle si può definire attuativo dell'intesa stipulata a monte ed il suo contenuto riproduttivo, almeno in parte, del contenuto della medesima⁶⁹.

Infine, traendo le fila del discorso, si deve spostare l'attenzione alla natura dei diritti riconosciuti in capo al consumatore. In particolare, rifacendoci all'elenco di diritti ritenuti come fondamentali ex art. 2, Codice del consumo, il successivo passaggio sarà quello di ancorare, così come già avviene per i diritti c.d. sociali, i diritti alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad un'adeguata informazione ed una corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, al dettato costituzionale, avvalorando però il carattere economico e patrimoniale degli stessi. L'esigenza appare espressa anche dalla circostanza che una delle poche modifiche apportate dal Codice del consumo alla precedente legge n. 281/1998, è proprio il richiamo alla Carta Costituzionale, inserito all'articolo. 1. Sul punto, si ritiene di dover aderire alla tesi, peraltro già espressa da autorevole dottrina⁷⁰, che configura il diritto del consumatore quale diritto soggettivo inquadabile nel primo comma dell'art. 41 Costituzione e non più al secondo comma dello stesso articolo. Se il consumatore è destinatario della normativa antitrust finalizzata al buon e corretto funzionamento del mercato, se è attore del mercato e ne condiziona l'andamento, se ha, altresì, un diritto alla scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza e si muove secondo un principio di razionalità economica, ne consegue che anch'esso, parimenti all'imprenditore, sia

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C – 453/99, *Courage Ltd c. Crehan*.

⁶⁹ Cfr. M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, 2001, 164 - 165.

⁷⁰ A. ZITO, *op. cit.*, Torino, 1998, alle cui osservazioni ed argomentazioni si rimanda per meglio comprendere i termini della questione trattata in questo scritto.

titolare del diritto di iniziativa economica, il solo in grado di avvalorare il carattere economico – patrimoniale degli interessi riconosciutigli.