



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Corso di Dottorato in diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

Curriculum di diritto privato (XXXII ciclo) – Settore scientifico IUS/01

CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO E TUTELA DELLA CONCORRENZA

Tesi di dottorato di

Matteo Giovanni Maria MORESCO

Matricola n. R11793

Tutor:

Chiar.mo Prof. Francesco DELFINI

Coordinatrice del corso di dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa CARINCI

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

IL CONTROLLO SULLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO	9
--	---

1 Il modello formale di controllo sulle condizioni generali di contratto previsto dal codice civile.....	9
1.1 Ratio e presupposti di applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c.....	10
1.2 La disciplina: conoscibilità (art. 1341 co. 1 c.c.).....	15
1.3 (segue): specifica approvazione per iscritto (art. 1341 co. 2 c.c.)	18
2 Le opinioni dottrinali circa l'ammissibilità di un controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto	23
2.1 Valorizzazione del requisito della conoscibilità nel senso di intellegibilità	27
2.2 Ipotesi di parametri per il controllo sostanziale delle condizioni generali di contratto	28
3 Il confronto con i modelli stranieri: in particolare, la dottrina dell' <i>unconscionability</i> nel diritto statunitense.....	33
4 L'avvento della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori	36

CAPITOLO II

DIRITTO DELLA CONCORRENZA E RIMEDI CIVILISTICI.....	42
1 Le giustificazioni economiche di una disciplina giuridica della concorrenza..	42
1.1 L'ideale della concorrenza perfetta come miglior sistema possibile per il raggiungimento dell'efficienza allocativa, produttiva e dinamica.....	44
1.2 Le critiche al modello del mercato perfettamente concorrenziale	48
2 Le diverse correnti di pensiero alternatesi nell'interpretazione del diritto antitrust americano	53
2.1 La concezione strutturalista (la scuola di Harvard)	53
2.2 L'approccio puramente economico al diritto antitrust (la scuola di Chicago).....	56
3 L'evoluzione del diritto della concorrenza dell'Unione europea.....	61
3.1 La Scuola di Friburgo: Costituzione economica, <i>Ordnungspolitik</i> e concorrenza sui meriti.....	61
3.2 La nascita del diritto europeo della concorrenza e l'influsso dell'ordoliberalismo	65
3.3 La "modernizzazione" del diritto antitrust europeo: « <i>a more economic approach</i> »	68
4 Le posizioni della dottrina sulla sorte del contratto a valle di intesa anticoncorrenziale o posto in essere mediante abuso di posizione dominante.	71
4.1 Nullità (derivata o diretta) del contratto a valle	76
4.2 Altri rimedi contrattuali demolitori o manutentivi.....	78
4.3 Le tesi a favore dell'ammissibilità della sola tutela risarcitoria	80
4.4 L'avvento della Direttiva danni antitrust (rinvio).....	83

CAPITOLO III

LA PREDISPOSIZIONE DI CONTRATTI STANDARD COME ILLECITO ANTITRUST	85
1 La differenza (apparente?) di disciplina tra condizioni generali di contratto imposte tramite intesa e tramite abuso di posizione dominante	85
2 La fissazione di condizioni generali di contratto mediante intesa restrittiva della concorrenza: il problema della standardizzazione dell'offerta normativa	89
2.1 Standardizzazione produttiva e standardizzazione contrattuale	90
2.2 La standardizzazione dell'offerta normativa nel contesto del diritto della concorrenza eurounitario	94
2.3 Il caso delle fideiussioni rilasciate sulla base di moduli standard ABI.	100
3 La predisposizione di condizioni generali di contratto come abuso di posizione dominante: il problema dell'abuso da sfruttamento	102
3.1 Abusi di sfruttamento e abusi di esclusione.....	102
3.2 Il caso Facebook e la sfida dei “ <i>Big Data</i> ” al diritto antitrust	107
4 I labili confini tra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica.....	113
5 I rimedi concessi avverso i contratti standard anticoncorrenziali	118
5.1 La nullità virtuale per violazione del divieto soggettivo, imposto alle imprese dotate di potere di mercato, di stipulare contratti leciti singolarmente, ma anticoncorrenziali se riprodotti su larga scala	118
5.2 Il rimedio alternativo disponibile: la necessità di distinguere, in punto di disciplina applicabile, tra prezzi e “altre condizioni contrattuali”	124
5.3 Nullità parziale e riduzione teleologica	128

5.4	Alcune precisazioni conclusive: (i) condizioni generali di contratto “illegali” e “illecite”.....	132
5.5	(ii) Intese “esentate” e conseguenze sui contratti standard a valle	134
CONCLUSIONI		137
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI		141

INTRODUZIONE

Il presente studio si propone di indagare la possibilità di configurare un controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto attraverso le norme della disciplina della concorrenza: in particolare, si intende delineare i casi in cui la predisposizione da parte dell'impresa di contratti standard e la loro applicazione nei suoi rapporti negoziali configuri un illecito anticoncorrenziale, nonché quali rimedi siano esperibili dalle sue controparti contrattuali.

Nel contesto sociale e normativo attuale, l'indagine assume rilevanza, innanzitutto, a motivo della recente emersione di nuovi poteri di mercato in grado di destabilizzare i paradigmi tradizionali del diritto antitrust. Ci si riferisce alle c.d. “*Big Tech companies*”, la cui egemonia culturale ed economica sulla società contemporanea non ha bisogno di essere rimarcata. Solo di recente, però, le autorità garanti della concorrenza hanno iniziato ad intraprendere indagini sulla possibilità di abusi dell'immenso potere oligopolistico posseduto dalle multinazionali collettivamente indicate con la sigla “GAFAM”¹, probabilmente perché molti dei servizi offerti da queste società sono gratuiti per l'utente; sicché si riteneva ingenuamente che quest'ultimo non fosse esposto alle conseguenze negative normalmente associate ai sistemi monopolistici od oligopolistici, senza avvedersi della necessità di tutelare i consumatori contro l'incauta autorizzazione allo sfruttamento di enormi quantità di dati personali, vera fonte di profitti nel mercato della pubblicità online².

¹ L'acronimo (riferito alle più grandi società operanti nell'economia digitale: Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft) è usato nell'ambito di uno studio sull'impatto sulla concorrenza di queste imprese da N. SMYRNAIOS, *L'effet GAFAM: stratégies et logiques de l'oligopole de l'internet*, in *Communications & Languages*, 2016, 61 ss.

² V. ad es. D. WAKABAYASHI – K. BENNER – S. LOHR, *Justice Department Opens Antitrust Review of Big Tech Companies*, in *The New York Times* (www.nytimes.com), 23 luglio 2019, ove, nel dare notizia della decisione del Ministero della Giustizia statunitense di aprire un'indagine su asserite pratiche anticoncorrenziali delle grandi imprese digitali, si commenta che l'iniziativa è anche frutto di un mutamento di paradigma nell'antica concezione dello scrutinio antitrust, che era ritenuto non opportuno nei confronti di imprese votate al “*consumer welfare*”: «*since companies like Google and Facebook largely provide free services, the thinking went, they were not subject to federal antitrust*

La particolarità del modello di *business* di queste imprese (ossia la gratuità, almeno in termini pecuniari, del servizio offerto) ha fatto sì che alcune recenti inchieste delle Autorità garanti non si siano concentrate, come spesso accade, sul prezzo imposto, ma piuttosto sulla vessatorietà delle condizioni generali sottoscritte dall'utente (com'è noto infatti, tanto gli artt. 101 e 102 TFUE che gli artt. 2 e 3 l. 10 ottobre 1990, n. 287 non vietano solo le intese o gli abusi di posizione dominante che abbiano l'effetto di fissare i prezzi d'acquisto o di vendita, ma anche di «altre condizioni contrattuali»³).

Nella prospettiva del diritto dei contratti, ciò è interessante sotto almeno due profili. Da un lato, induce a indagare un aspetto spesso trascurato dalla dottrina che si è occupata dei rapporti tra diritto della concorrenza e diritto dei contratti, che si è concentrata sui rimedi esperibili in caso di fissazione di prezzi anticoncorrenziali, ma non ha analizzato in modo particolarmente approfondito il caso dell'imposizione di clausole vessatorie "accessorie"⁴. Dall'altro, spinge a esaminare sotto una nuova prospettiva (quella del diritto della concorrenza) un problema che ha molto impegnato la dottrina del secolo scorso, ossia la configurabilità di un controllo giudiziale sul contenuto delle condizioni generali di contratto che vada oltre la mera verifica di regolarità

examination. But that approach has evolved, pushed by scholars and others, as concerns about the clout and reach of Google, Facebook, Amazon and Apple have grown».

³ Cfr. la decisione della *Bundeskartellamt* tedesca del 6 febbraio 2019 (un *case summary* è reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yyewnlge>), che ha proibito a Facebook di condizionare l'utilizzo del *social network* alla raccolta dei dati personali dell'utente senza il suo consenso (sull'indagine dell'Authority tedesca e sulle sue ripercussioni in una prospettiva civilistica, cfr. A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un "revival innovativo"*, in *Foro it.*, 2018, V, 144 ss.; ID. – ID., *Clausole "unfair" e abuso da sfruttamento*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 9 ss.).

Cfr. anche l'indagine recentemente aperta dall'AGCM (delibera del 10 aprile 2019, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y223s3h2>) per verificare la sussistenza di un possibile abuso di posizione dominante di Amazon, la quale offrirebbe più visibilità sul proprio *marketplace* ai venditori terzi che, al momento della sottoscrizione del contratto con la piattaforma, accettino di fare uso del suo servizio di logistica.

⁴ Sulle parziali divergenze dei problemi posti dalle due fattispecie e sulle conseguenze di queste differenze in termini di disciplina applicabile, v. l'analisi svolta *infra*, Cap. III (spec. § 5.2).

formale prevista dall'art. 1341 c.c., di cui si è presto denunciata l'inadeguatezza a offrire una tutela effettiva l'aderente⁵.

Se nel frattempo sono intervenute alcune novità normative volte proprio a garantire protezione, nei confronti di contratti standard vessatori, alle categorie di contraenti più vulnerabili, come i consumatori⁶, la questione rimane di grande attualità con riferimento ai rapporti B2B, rispetto ai quali è crescente la consapevolezza della necessità di porre rimedio a situazioni in cui un'impresa è fornita di un potere contrattuale tale da essere in grado di imporre condizioni gravemente squilibrata a un altro (fenomeno noto in dottrina come "terzo contratto"⁷).

Anche alcune recenti vicende giurisprudenziali dimostrano che, a fronte di rapporti squilibrati tra professionisti, la Corte di Cassazione sia incline a ricercare strumenti di tutela per la parte "debole" nella parte generale del contratto, forzando forse l'ambito applicativo di istituti quali il controllo di meritevolezza o di sussistenza della causa in concreto e, comunque, aprendo la strada a un loro utilizzo dai confini non chiaramente definiti e di difficile prevedibilità *ex ante*⁸.

⁵ Sul punto si v. *infra*, Cap. I, § 2.

⁶ In particolare, la Direttiva 13/1993/CE, su cui v. *infra*, Cap. I, § 4.

⁷ L'espressione è stata creata da R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII s. Essa è poi stata definitivamente "istituzionalizzata" nel volume collettaneo G. GITTI – G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

⁸ Ci si riferisce alla nota vicenda delle polizze assicurative c.d. *claims made*, ossia "a richiesta fatta": si tratta, com'è noto, di contratti di assicurazione della responsabilità civile in cui l'indennizzo è pagato dall'assicuratore solo se avviene durante il periodo di vigenza della polizza non il fatto che ha generato il danno e la conseguente responsabilità civile dell'assicurato (come previsto invece dal modello codicistico di cui all'art. 1917 c.c.), ma la richiesta di risarcimento del danneggiato. Dopo che un'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass., 19 gennaio 2018, ord. n. 1465) aveva prospettato la non meritevolezza di tutela (ex art. 1322, co. 2., c.c.) di ogni polizza *claims made*, queste si sono invece pronunciate nel senso della tipicità del contratto di assicurazione "a richiesta fatta" (che rappresenta pertanto una legittima deroga alla disciplina dispositiva codicistica) e quindi la sua sottrazione al giudizio di meritevolezza dell'art. 1322 c.c. (Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437). Tuttavia, la stessa sentenza afferma che le polizze sono comunque soggette a un controllo dai contorni altrettanto indeterminati, volto alla verifica dell'«adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti»; verifica che passa attraverso l'indagine sulla «"causa concreta" del contratto, ossia

Il presente lavoro vuole allora verificare se possa essere ravvisato appunto nel diritto della concorrenza un fondamento più certo, razionale e coerente del controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto, idoneo a far fronte alle particolari problematiche che esse sollevano.

Il fenomeno dei c.d. contratti standard – con ciò intendendosi i contratti le cui clausole sono interamente predisposte da una delle parti per una serie indeterminata di futuri rapporti negoziali⁹ – pone infatti questioni del tutto peculiari rispetto ad altre forme di contrattazione. L'intera disciplina codicistica del contratto è infatti ispirata al principio per cui il contratto è “giusto in quanto voluto”: l'ordinamento si occupa di determinare gli elementi essenziali per rendere vincolante l'accordo delle parti

quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare» (§ 19.2).

Tra i commenti alla sentenza, v.: F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la “Big Picture”*, in *Giur. it.*, 2019, 30 ss.; A. M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 70 ss.; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made “tipizzata” dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, *ivi*, 142 ss.; P. CORRIAS, *Clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, *ivi*, 147 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausole nel teorema delle Sezioni Unite*, *ivi*, 155 ss.; N. DE LUCA, *Clausole “claims made”: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, in *Foro it.*, 2018, I, 3033 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *“Claims made” nel post-diritto*, *ivi*, 3512 ss.; A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle “claims made”*, *ivi*, 3519 ss.; V. BACHELET, *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e altri rimedi meno adeguati)*, in corso di pubblicazione.

⁹ Tecnicamente le locuzioni “condizioni generali di contratto” e “contratti standard” si riferiscono a fattispecie differenti, come messo in luce da U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 334 ss., 337-338, il quale si riferisce, con la prima espressione, ai contratti regolati dalle condizioni generali di uno dei contraenti (disciplinati dall'art. 1341 c.c.) e, con la seconda, ai contratti conclusi attraverso moduli e formulari (disciplinati dall'art. 1342 c.c.). Nondimeno, esse saranno usate in modo tendenzialmente interscambiabile nella presente trattazione, in quanto il problema del controllo del contenuto e della prevenzione degli abusi del predisponente (sia questi il redattore delle clausole abusive o un semplice utilizzatore di moduli predisposti da terzi) si pone in termini analoghi per entrambe le fattispecie.

La trattazione unitaria delle ipotesi disciplinate agli artt. 1341 e 1342 c.c. sotto il comune appellativo di “contratti standard” è peraltro ricorrente in dottrina: v. ad es. V. ROPPO, *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975; S. MAIORCA, *Contratti standard*, in *Noviss. Dig. it., App.*, s.d. ma Torino, 1980, 617 ss.; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chiné, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 493 ss.

(identificandoli, all'art. 1325 c.c., in un consenso libero, ponderato e informato¹⁰, una causa, un oggetto e una forma quando prevista a pena di nullità) e fissare i limiti esterni dell'autonomia privata nei valori da essa non derogabili (norme imperative, ordine pubblico e buon costume). Il diritto non sindacava invece, salvo casi particolari, l'adeguatezza del corrispettivo o delle altre condizioni contrattuali, per l'ovvia considerazione che la parte non avrebbe volontariamente concluso un contratto per sé svantaggioso¹¹.

Nel caso dei contratti predisposti, tuttavia, non sussiste la garanzia di equilibrio (normativo ed economico) del contratto costituita dall'avvenuto svolgimento di trattative tra le parti. La parte aderente non ha la possibilità di proporre modifiche alle condizioni contrattuali offerte dal predisponente: l'esercizio della sua autonomia privata si riduce alla scelta tra accettare interamente il regolamento confezionato dall'altra parte o rinunciare alla stipulazione del contratto. Solamente in senso molto lato si può allora parlare di accordo tra le parti, tanto che in passato era talvolta avanzata in dottrina l'opinione che le condizioni generali di contratto avessero natura normativa¹².

¹⁰ Così R. SACCO, *Il consenso*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 2018, 174 ss., per il quale le «singole figure, discontinue, casistiche, disarmonizzate» di vizi del consenso previste dal legislatore andrebbero unificate in una regola d'insieme: il consenso deve essere, appunto, ponderato (v. norme sull'incapacità, sulla propaganda subliminale e sulla negoziazione porta a porta), informato (v. norme sull'errore, sul dolo e sugli obblighi di informazione) e libero (v. norme sulla violenza, sullo stato di pericolo e di bisogno e sul contrasto alle restrizioni della concorrenza). In base a tale impostazione, l'A. ritiene che sia possibile tutelare il contraente anche a fronte di vizi del consenso atipici, che integrerebbero un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.; inoltre, sarebbe anche possibile ottenere il risarcimento del danno in forma specifica (ai sensi dell'art. 2058 c.c.), con la rimozione del contratto viziato o la sua riconduzione ad equità.

¹¹ V. per tutti V. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 364-365, ove si osserva che il «principio dell'insindacabilità del corrispettivo» è confermato da diversi dati sistematici, dai quali emerge che lo squilibrio tra le prestazioni delle parti rileva (almeno nel sistema originario del c.c.) solo in concomitanza circostanze particolari, che rendono il contraente pregiudicato particolarmente meritevole di tutela (primariamente l'incapacità naturale, che giustifica l'annullamento ex art. 428 c.c., e lo stato di pericolo o di bisogno, che giustificano la rescissione ex artt. 1447 e 1448 c.c.).

¹² La teoria normativa era sostenuta, tra gli altri, da E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, 650; M. MARSILI, *Le condizioni generali di contratto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, 124.

Pur essendo oggi pressoché pacifica l'opposta tesi della natura contrattuale del fenomeno in esame, è innegabile che, nei fatti, l'aderente non è in grado di esercitare alcuna influenza sul contenuto del contratto che sottoscrive, sicché appare appropriata la descrizione del fenomeno in termini di «potere normativo d'impresa»¹³. La plausibile circostanza che questo potere sia abusato dal predisponente per imporre un

Cfr. O. T. SCOZZAFAVA, *La "natura" dei contratti standard: un problema di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 960 ss., il quale rileva come la teoria normativa sia «così errata da sembrare per tanti versi addirittura banale» (p. 969), in quanto, anche aderendo alla nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano e ipotizzando che esista un ordinamento giuridico dei privati (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, 70), risulta difficile spiegare come le norme di un ordinamento possano spiegare efficacia nei confronti di chi non appartiene a quell'ordinamento: l'aderente, infatti, quando accetta le condizioni generali del predisponente intende solo concludere un contratto, non certo entrare a far parte di unna collettività organizzata. Ad avviso dell'A., il motivo per cui la teoria normativa ha nondimeno trovato sostegno tra una parte dei giuristi è dato dalla concezione per la quale «gli istituti giuridici non siano il portato dei processi storico-economici, ma piuttosto vivano una vita propria avulsa dalla storia» (p. 969): solo una visione del contratto rigidamente ancorata ai modelli dogmatici tradizionali e non contestualizzata nell'attuale sistema economico di mercato e di transazioni di massa porta a ritenere le condizioni generali così lontane dal principio volontaristico da negare loro natura contrattuale.

In argomento, v. anche M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in AA. VV., *Le condizioni generali di contratto* a cura di C.M. Bianca, Milano, 1979, 155 ss.; M. GALLI, *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, in *Studi Parmensi*, XXVII, 1980, 139 ss.

¹³ Così A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 192 ss., 194-196, il quale osserva che le condizioni generali predisposte da una delle parti non possono considerarsi normali clausole contrattuali, ma «regole-norme»; la loro rilevanza giuridica dipende non tanto dall'essere oggetto di un accordo in senso formale tra le parti, ma da un «particolare *significato sociale* derivante dal più ampio contesto od ambiente entro il quale sono inserite» (corsivo nell'originale). Poiché tale contesto è conformato dall'organizzazione imprenditoriale del predisponente secondo le sue esigenze produttive, è opportuno secondo l'A. parlare appunto di «potere normativo d'impresa».

L'espressione è usata anche da M. BESSONE, *Potere "normativo" d'impresa e contratti standard tra intervento del giudice e riforma legislativa*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 101 ss., ove si sottolinea che un controllo giudiziale del contenuto delle condizioni generali non poteva, nel quadro normativo allora vigente, essere ricostruito in via interpretativa sulla base di principi come l'ordine pubblico e la buona fede (come pure suggerito da larga parte della dottrina: v. *infra*, § 2.2), ma doveva essere introdotto in via legislativa nell'ambito di una riforma complessiva della tutela del consumatore. V. anche ID., *Condizioni generali di contratto, "potere normativo d'impresa" e problemi di democratic control*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 2028 ss.

regolamento negoziale eccessivamente sbilanciato a suo favore giustifica allora l'esigenza di un suo controllo in termini sostanziali e non meramente formali¹⁴.

In un ordinamento giuridico quale quello eurounitario, volto a favorire lo sviluppo di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3, para. 3, TUE), tale controllo non può che essere sospeso tra i due poli della giustizia distributiva, da un lato (ossia la tutela del contraente che, non operando nell'esercizio della sua attività professionale, si trovi in posizione di strutturale asimmetria informativa e di potere negoziale nei confronti del predisponente), e dell'efficienza allocativa, dall'altro (la quale è perseguita al meglio quando le imprese sono costrette a competere sui meriti dell'offerta da esse proposta, senza ottenere vantaggi competitivi ingiustificati sfruttando la propria posizione di predominio sul mercato rilevante)¹⁵.

Proprio questo secondo profilo potrebbe giustificare l'ammissibilità di un controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto dell'impresa dominante o partecipe dell'intesa di cartello, nella prospettiva di un *private enforcement* del diritto anti-trust che contribuisce alla realizzazione capillare degli stessi obiettivi perseguiti in sede di *public enforcement*.

Al fine di tentare di verificare questa ipotesi, il lavoro sarà così strutturato. Nel Capitolo I, si analizzerà la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto;

¹⁴ Anche tra chi riconosce la natura contrattuale delle condizioni generali è diffusa la convinzione che l'imprenditore, nella predisposizione dei contratti standard, eserciti un potere di fatto normativo o para-normativo, vista l'attitudine delle condizioni generali a creare una disciplina dotata dei caratteri della generalità e dell'astrattezza per la massa dei clienti: v. G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 328-329; N. LIPARI, *Condizioni generali di contratto e principio di effettività*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 38; C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2, per il quale l'esistenza di un potere sostanzialmente normativo deve essere riconosciuto come «dato metagiuridico».

¹⁵ Cfr. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss., 678: «sarebbe un grave errore ritenere [...] che efficienza allocativa (che guiderebbe, in una piuttosto comunemente accettata prospettiva, la disciplina della concorrenza) e giustizia distributiva (quale obiettivo del diritto dei rapporti economici fra privati) operino su piani normativi non comunicanti».

si esamineranno poi le diverse tesi dottrinali che, a fronte della diffusa consapevolezza dell'inadeguatezza delle norme vigenti a tutelare l'aderente, avevano proposto di rinvenire nell'ordinamento parametri atti a fondare un controllo sostanziale sui contratti standard. Si prenderanno in considerazione anche le soluzioni adottate in altri ordinamenti per far fronte al problema dello squilibrio delle condizioni generali di contratto: in particolare, si esaminerà la dottrina dell'*unconscionability* nel diritto dei contratti statunitense.

Nel Capitolo II, si analizzeranno le diverse teorie che si sono avvicinate nell'interpretazione del diritto della concorrenza americano ed europeo, nella consapevolezza del fatto che non sarebbe possibile identificare i caratteri della "clausola anticoncorrenziale" senza contezza degli orientamenti culturali sottesi all'*enforcement* antitrust. Si esamineranno poi le varie ricostruzioni, proposte in dottrina, circa la sorte del "contratto a valle" di intesa anticoncorrenziale o posto in essere tramite abuso di posizione dominante; se esso, cioè, debba considerarsi nullo, annullabile, rescindibile o se al contrario il contratto sia perfettamente valido, residuando in capo al soggetto pregiudicato dall'illecito antitrust la sola tutela risarcitoria.

Nel Capitolo III, si muoverà dai risultati raggiunti per delineare i caratteri che devono essere riscontrati nelle condizioni generali di contratto affinché la loro predisposizione integri una violazione dei divieti prescritti dal diritto della concorrenza. Si tenterà poi di ricostruire quale sia il rimedio esperibile dai contraenti pregiudicati, anche nel confronto critico con le tesi esaminate nel Capitolo II, e quali particolarità nell'operatività del rimedio stesso derivino dalle peculiari caratteristiche del diritto della concorrenza.

CAPITOLO I

IL CONTROLLO SULLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il modello formale di controllo previsto dal codice civile – 1.1. *Ratio* e presupposti di applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c. – 1.2. La disciplina: conoscibilità (art. 1341 co. 1 c.c.) – 1.3. (*segue*): specifica approvazione per iscritto (art. 1341 co. 2 c.c.) – 2. Le opinioni dottrinali circa l'ammissibilità di un controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto – 2.1. Valorizzazione del requisito della conoscibilità nel senso di intellegibilità – 2.2. Ipotesi di parametri per il controllo sostanziale delle condizioni generali di contratto – 3. Il confronto con i modelli stranieri: in particolare, la dottrina dell'*unconscionability* nel diritto statunitense – 4. L'avvento della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori

1 Il modello formale di controllo sulle condizioni generali di contratto previsto dal codice civile

Per verificare in quali termini il diritto della concorrenza possa giustificare un controllo di contenuto sui contratti standard, è opportuno prendere le mosse dall'analisi della disciplina delle condizioni generali di contratto prevista nel codice civile e delle ipotesi ricostruttive che la dottrina ha proposto per estenderne la limitata attitudine alla tutela dell'aderente.

1.1 Ratio e presupposti di applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c.

Il codice civile del 1942 è uno dei primi codici moderni¹ a dedicare una disciplina apposita (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.²) al fenomeno della contrattazione seriale e alla predisposizione, da parte di uno dei contraenti, di condizioni generali di contratto per regolare uniformemente una serie indefinita di rapporti³.

¹ In dottrina è frequente l'affermazione secondo cui il codice italiano del 1942 sia stato il primo tra le codificazioni moderne ad aver disciplinato i contratti di massa: v. ad es. G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto. Tomo P³*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2004, 361; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Volume IV. Rimedi – I*, a cura di Gentili, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 483. Tuttavia (come osservato da G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 299), già il “*Kodeks zobowiazań*” – il codice delle obbligazioni polacco del 1933 – dedicava una norma (l'art. 71) al fenomeno in esame.

² A. GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 802, osserva che disciplinano il fenomeno delle condizioni generali anche gli artt. 1474 c.c. (in tema di mancanza di determinazione espressa del prezzo nella compravendita) e 2211 c.c. (in tema di potere di deroga alle condizioni generali di contratto dell'imprenditore da parte del commesso).

A tali norme sostanziali si aggiunge poi quella processuale contenuta nell'art. 113, co. 2, seconda parte, c.p.c., in base al quale il giudice di pace decide sempre secondo diritto le cause relative a rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c., anche se il valore della causa è inferiore a € 1.100 (e dovrebbe perciò, secondo la regola espressa nella prima parte dello stesso comma, essere decisa secondo equità).

³ La letteratura sulla disciplina delle condizioni generali di contratto è molto vasta. Tra le trattazioni di carattere generale, v.: M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 1109 ss.; A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 802 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.; S. MAIORCA, *Contratti standard...*, cit., 617 ss.; C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 1 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto. II) Diritto comparato e straniero*, *ivi*, 1 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 397 ss.; U. MORELLO, *Condizioni generali...*, cit., 334 ss.; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 297 ss.; G. ALPA, *Contratti di massa (profili generali)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, 408 ss.; G. CHINÈ, *Contratti di massa (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, 411 ss.; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 1999, 295 ss.; G. CHINÈ, *La contrattazione standardizzata...*, cit.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano, 2000, 342 ss.; G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 361 ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 483 ss.; V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 849 ss.

Tra le opere di carattere monografico, v.: M. DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1951; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; V. ROPPO, *Contratti standard...*, cit.; C. M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975; M. J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1975; G. CAVALLI, *Contratti bancari su moduli e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976; V. RIZZO, *Condizioni generali di*

Si ritiene che la scelta del legislatore di dedicare disposizioni *ad hoc* ai contratti per adesione⁴ sia motivata dalle esigenze dell'economia di produzione di massa⁵. Le imprese hanno necessità di poter predeterminare con accuratezza i rischi connessi a una pluralità indefinita di rapporti contrattuali, in modo da poter organizzare la propria attività produttiva sulla base di un piano aziendale affidabile⁶. Ciò induce gli

contratto e predisposizione normativa, Napoli, 1983; G. ALPA – M. BESSONE, *Tecnica e controllo dei contratti standard*, Rimini, 1984; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996; A. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000.

Il tema è stato oggetto anche di opere collettanee: AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit.; AA. VV., *Le condizioni generali di contratto* (2 voll.), a cura di C. M. Bianca, Milano, 1979-1981.

Molti sono anche i contributi puntuali; tra i più rilevanti, v.: G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 608 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale...*, cit., 92 ss.; M. COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 68 ss.; F. REALMONTE, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, 90 ss.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 486 ss.; G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 11 ss.; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 68 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 418 ss.; G. ALPA, *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 27 ss.; ID. – C. RAPISARDA, *Il controllo dei contratti per adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 537 ss.

⁴ Si specifica che, nel presente lavoro, ogniqualevolta si utilizza l'espressione "contratto per adesione" ci si intende riferire, salvo diversamente indicato, ai contratti predisposti mediante condizioni generali di contratto (l'espressione è comunemente usata in questo senso in dottrina: v. ad es. V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 43 e 849); non invece alla fattispecie di cui all'art. 1332 c.c.

⁵ Cfr. G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 312: «La standardizzazione dei contratti ha affiancato un sistema di transazioni "di massa" ad un sistema di produzione "di massa"». In senso analogo, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale...*, cit., 244: «il fenomeno assume una importanza ben maggiore [...] con la produzione in serie di beni e servizi, che ha come conseguenza la stipula di una quantità di contratti dello stesso contenuto».

⁶ La Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, § 612, nell'illustrare la disciplina degli artt. 1341 e 1342 c.c. fa riferimento al «bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa». Cfr. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 9; ID., *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, cit., 398; ID., *Diritto civile...*, cit., 368; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 499; A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 11; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 317, per i quali il fenomeno dei contratti standard è collegato ad un'esigenza di «razionalizzazione» delle contrattazioni seriali; A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 802, per il quale le condizioni generali di contratto sono espressione della «naturale tendenza dell'economia a razionalizzare i suoi strumenti di azione»; G. B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto positivo e ordine pubblico*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 52-53, il quale

imprenditori a predisporre condizioni generali di contratto, in modo che ogni fornitura ai clienti di beni o servizi sia regolata allo stesso modo e possa essere preventivata, sulla base di modelli statistici, la misura complessiva di responsabilità a cui sarà esposta l'impresa⁷. Inoltre, la negoziazione individuale di ciascun contratto con ogni singolo cliente richiederebbe tempistiche e modalità incompatibili con le esigenze di speditezza e celerità tipiche del commercio, tanto all'ingrosso quanto al dettaglio: la contrattazione standardizzata comporta perciò una notevole riduzione dei costi transattivi⁸.

In base a tale *ratio*, si ritiene perciò che la disciplina relativa alle condizioni generali di contratto sia applicabile solo qualora sussistano almeno due presupposti:

- i. La *generalità*, ossia la destinazione delle condizioni generali alla regolazione di una serie indeterminata di identici rapporti contrattuali⁹;

parla di un'«esigenza fondamentale di unitarietà, di omogeneità e quindi di efficienza, che domina l'attività imprenditoriale».

⁷ E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 485, il quale evidenzia che il modello di contrattazione standardizzata offre un vantaggio, seppur modesto, anche ai clienti: ossia la garanzia dell'osservanza, da parte del predisponente, della parità di trattamento nei rapporti con tutti i consumatori. Come osservato dall'A., tale uguaglianza non esclude la posizione di strutturale subalternità nella quale si trova il cliente rispetto al predisponente: i clienti sono «eguali nella soggezione al potere dell'imprenditore predisponente» (*ibidem*).

⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile...*, cit., 368.

⁹ *Ivi*, 343; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 301-303, i quali sottolineano che il carattere della generalità trova riscontro nella definizione di condizioni generali di contratto rinvenibile in altri ordinamenti, in particolare al § 1, co. 1 della legge tedesca (la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* o *AGB-Gesetz*, 9 dicembre 1976): «condizioni generali di contratto sono tutte le condizioni di contratto predisposte per una pluralità di contratti, che una parte (utilizzatore) sottopone all'altra parte al momento della conclusione di un contratto» (le norme contenute in tale legge sono state trasposte ai §§ 305-310 del *Bürgerliches Gesetzbuch* nell'ambito della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002). Gli A., tuttavia, puntualizzano (a p. 305) che le indicazioni provenienti da altri sistemi giuridici non sono univoche: ad es. la legge austriaca (*Konsumentenschutzgesetz*, 8 marzo 1979) richiede unicamente la predisposizione unilaterale e non invece la generalità.

Poiché gli artt. 1341-1342 c.c. richiedono che le condizioni siano predisposte per una generalità di operazioni contrattuali, il loro ambito di applicazione non è perfettamente coincidente con quello della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 33 ss. c. cons.). Infatti, quest'ultima è applicabile anche qualora il contratto sia stato predisposto dal professionista per un'unica operazione (così E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 592).

- ii. La *predisposizione unilaterale*, ossia la redazione dell'intero testo contrattuale ad opera di uno solo dei contraenti¹⁰. Tale requisito deve, secondo l'opinione prevalente, ritenersi escluso qualora il regolamento negoziale sia stato oggetto di trattativa tra le parti¹¹. D'altra parte, in

Secondo altri (C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, I, 5 ss., 22), la disciplina dei contratti dei consumatori non richiede neppure la predisposizione unilaterale, per cui vi sarebbe specialità reciproca tra le due normative: la disciplina consumeristica è speciale rispetto a quella codicistica per quanto riguarda il requisito della diversità di *status* dei contraenti; quella codicistica è speciale rispetto a quella consumeristica per quanto riguarda il requisito della predisposizione unilaterale.

G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 499, nt. 20, sottolinea che il carattere della generalità, che è in questa sede ritenuto sinonimo di uniformità, è positivamente esplicitato all'art. 1342, co. 1, c.c., che fa riferimento ai contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari «pre-disposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali».

In giurisprudenza, v. da ultimo Cass., 19 marzo 2018, n. 6753.

¹⁰ Per A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 803, il requisito della predisposizione unilaterale non è propriamente distinto da quello dell'uniformità; piuttosto, unico elemento fondamentale delle condizioni generali è la «volontà generale del predisponente», da cui discende lo scopo cui sono dirette (uniformità), il modo in cui sono formate (predisposizione unilaterale) e il modo in cui agiscono (rigidità).

¹¹ V. ad es. E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 487; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 500. Si ritiene che il testo contrattuale non possa essere ritenuto unilateralmente predisposto non solo quando è concordato dalle singole parti, ma anche quando è stato negoziato dalle contrapposte associazioni di categoria (così C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 3).

Cfr. però G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 308, i quali ritengono che lo svolgimento di trattative, pur rendendo superfluo il requisito di conoscibilità di cui all'art. 1341 co. 1 c.c., non dovrebbe opporsi alla necessità della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie, di cui all'art. 1341 co. 2 c.c. Le trattative non rimuovono infatti l'eventuale situazione di squilibrio tra le parti e potrebbero quindi concludersi comunque con l'imposizione della clausola abusiva.

Non è esclusa la predisposizione unilaterale dalla circostanza che il modulo contrattuale che l'aderente sottoscrive sia qualificato come “proposta” e che formalmente il predisponente figuri come “accettante” (così G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 303; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 487). Tale conclusione troverebbe conforto anche nel dato testuale della norma: «condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti» (*contra* A. CATADELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto...*, cit., 16, secondo il quale solo le condizioni generali di contratto del proponente possono entrare nel contratto: se infatti l'oblato, nel dichiarare di accettare una proposta, fa riferimento alle proprie condizioni generali, si ha accettazione non conforme alla proposta, che ai sensi dell'art. 1326 co. 5 c.c. costituisce una nuova proposta).

La prassi di far figurare l'aderente come formale “proponente” del contratto è anzi molto diffusa in alcuni settori economici, come quello dell'intermediazione finanziaria e della contrattazione bancaria: cfr. M. MAGGIOLO, *Servizi e attività d'investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012,

dottrina è pacifico che, affinché sussista il requisito della predisposizione unilaterale, non sia necessario che il predisponente sia un imprenditore, o che vi sia asimmetria di potere contrattuale tra le parti, come nel caso in cui il predisponente sia in posizione di supremazia economica rispetto all'aderente¹². Più controverso è se la predisposizione unilaterale consista nella mera produzione del testo contrattuale o nella sua successiva utilizzazione per la regolamentazione dei rapporti contrattuali del predisponente¹³.

Talvolta sono annoverati tra i presupposti di applicabilità della disciplina delle condizioni generali di contratto anche altri fattori, come il fatto che si tratti effettivamente di condizioni di *contratto*¹⁴ o che sussista nel caso concreto la *ratio* protettiva

466-472, secondo il quale questa particolarità non esclude che il testo contrattuale sia imputabile al predisponente, anche in assenza di una sua sottoscrizione, dovendosi dunque ritenere rispettato il requisito di forma scritta dell'art. 23 t.u.f. anche se il contratto è sottoscritto dal solo cliente.

¹² V. ad es. A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 804; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 501; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 487; G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 366.

¹³ G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 500, osserva che l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi ricostruttiva ha rilevanti conseguenze pratiche, in quanto implica un significativo ampliamento o restrizione dell'ambito applicativo della normativa in esame. Tra le due impostazioni è prevalsa infatti quella più favorevole all'aderente, ossia quella per la quale la disciplina sia applicabile anche quando lo schema contrattuale non sia stato elaborato dall'utilizzatore, che si è limitato ad adottarlo e a impiegarlo nella regolazione dei propri rapporti contrattuali (v. ad es., in questo senso, F. MESSINEO, *Il contratto in genere. I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, 429; G. GORLA, *Condizioni generali...*, cit., 111 s., nt. 8; C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 3; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit. 487). Ciò ha consentito il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto anche nei frequenti casi in cui i modelli standard siano elaborati da associazioni di categoria, come ad es. l'ABI nel settore bancario.

¹⁴ G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 364: tale requisito non sussisterebbe qualora la clausola contenga una proposta (e non sia dunque parte di un contratto) o se la clausola trovi la sua fonte non in un contratto, ma in disposizioni di natura normativa. È stata così anticipata in via interpretativa una regola poi codificata, con riferimento ai contratti tra professionisti e consumatori, all'art. 1 co. 2 Direttiva 93/13/CEE (recepita dal legislatore nazionale dapprima all'art. 1469 *ter*, co. 3, c.c. e poi trasposta all'art. 34 co. 3 c. cons.), secondo cui non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge.

Inoltre, non sono considerate clausole contrattuali e non devono quindi essere specificamente approvate per iscritto quelle contenute in statuti associativi o in regolamenti condominiali (C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 8).

dell'art. 1341 c.c.¹⁵ Una teoria minoritaria ritiene poi che la norma in esame non possa trovare applicazione in caso di condizioni generali di contratto “bilaterali” o “reciproche”; ossia, quando siano invocabili tanto a favore o contro il predisponente quanto a favore o contro l'aderente¹⁶.

1.2 *La disciplina: conoscibilità (art. 1341 co. 1 c.c.)*¹⁷

In presenza di questi requisiti, è giustificata l'applicazione delle norme del c.c. sulle condizioni generali di contratto, le quali mirano, nell'intenzione del legislatore,

¹⁵ G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 366. In particolare, non si ritiene sussistente la *ratio* dell'art. 1341 c.c. se la conclusione del contratto per adesione non rappresenta un pericolo per l'aderente: ad es., se l'accordo è concluso per atto pubblico alla presenza di un notaio. In senso critico, v. G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 533, secondo il quale andrebbe sempre valutato in riferimento alle particolarità del caso concreto se la stipulazione del contratto per atto pubblico sia o meno incompatibile con l'applicazione dell'art. 1341 c.c., in quanto spesso il notaio si limita alla lettura integrale del testo contrattuale, senza porre in essere alcuna indagine sull'effettiva volontà dell'aderente. Simili considerazioni sono svolte anche da G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 310-311.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza ha ritenuto, fino alla metà degli anni Ottanta, che la disciplina delle condizioni generali di contratto non fosse applicabile qualora il predisponente fosse la pubblica amministrazione, in quanto la qualifica pubblicistica del contraente, cui la legge attribuisce istituzionalmente il fine di perseguire l'interesse pubblico, avrebbe escluso in radice la possibilità di qualsiasi iniquità sostanziale delle condizioni generali. A partire dalla decisione resa in Cass. 29 settembre 1984, n. 4832, in *Foro it.*, 1984, I, 2442, si è però affermato l'orientamento opposto, per il quale gli artt. 1341 e 1342 c.c. sono applicabili anche in caso di predisposizione delle condizioni generali da parte della pubblica amministrazione.

¹⁶ F. MESSINEO, *Il contratto in genere...* cit., 468. A sostegno di questa tesi, l'A. adduce il dato testuale dell'art. 1341 co. 2 c.c. («condizioni che stabiliscono, a favore di chi le ha predisposte, [...] ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente [...]»). In senso critico si osserva che le clausole sono comunque predisposte da un solo contraente, tendenzialmente nel suo esclusivo vantaggio (così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale...*, cit., 279).

¹⁷ L'analisi si soffermerà quasi esclusivamente sul disposto dell'art. 1341 c.c., in quanto oggetto di interesse ai fini del presente lavoro è il sistema di tutela dell'aderente predisposto dal codice civile, disciplinato appunto all'art. 1341 c.c. Infatti, l'art. 1342 c.c. contiene, al co. 1, una regola di interpretazione della volontà delle parti (G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 466, i quali chiosano che, pertanto, la norma avrebbe trovato più appropriata collocazione nel capo dedicato all'interpretazione del contratto) e, al co. 2, un rinvio all'art. 1341 co. 2 c.c.

L'unica questione peculiare riguardante l'art. 1342 c.c. cui è opportuno fare cenno è l'applicabilità della regola di efficacia dell'art. 1341 co. 1 c.c. ai contratti conclusi mediante moduli o formulari. Il dubbio nasce dal fatto che l'art. 1342 co. 2 c.c. richiama, come accennato, solo il co. 2 e non il co. 1 dell'art. 1341 c.c.; sicché si è sostenuto sia che l'estensione analogica della regola della conoscibilità andrebbe contro la volontà del legislatore, in base al principio *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit* (v.

a contrastare gli abusi che potrebbero originare da questo particolare modello di contrattazione¹⁸. Il fatto che il testo contrattuale non sia concordato tra le parti all'esito di una trattativa, ma piuttosto interamente predisposto da una di esse, comporta il rischio che esso sia gravemente sbilanciato a favore del predisponente. È nell'interesse di quest'ultimo infatti assicurare che il contratto preveda, entro i limiti previsti dalla legge, i minimi doveri e i massimi diritti per il predisponente e, viceversa, i massimi doveri e i minimi diritti per l'aderente: in particolare, è incentivato a trasferire sull'aderente i rischi connessi all'operazione economica¹⁹.

Per rimediare a tali conseguenze non desiderabili, viene innanzitutto previsto, all'art. 1341 co. 1 c.c., che le condizioni generali di contratto non siano efficaci nei confronti dell'aderente qualora non siano state da questi conosciute o fossero altrimenti conoscibili usando l'ordinaria diligenza. Si ritiene che lo sforzo richiesto all'aderente non oltrepassi un canone di normalità, commisurabile all'impegno che ci si può attendere dall'aderente medio con riferimento alla specifica operazione economica conclusa²⁰. È stato autorevolmente osservato che la disposizione in esame, ammettendo che l'aderente sia vincolato a condizioni non effettivamente da questi

ad es. G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 374, che giustifica l'aderenza al dato letterale sulla base dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'aderente di clausole riportate sul modulo che sta sottoscrivendo), sia che tale estensione sia giustificata dall'*eadem ratio* delle due fattispecie (V. ROPPO *Contratti standard...*, cit., 187-188).

¹⁸ Cfr. Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, § 612: «La pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercé dell'imprenditore [...] Gli articoli 1341 e 1342 vogliono ovviare ad ogni abuso».

¹⁹ In questi termini G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 313.

²⁰ G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 503; C.M. BIANCA, *Diritto civile...*, 347, il quale sottolinea che si debba escludere che sia richiesto all'aderente «un particolare sforzo o una particolare competenza per conoscere le condizioni generali usate dal predisponente». Cfr. però A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 804, per il quale la norma dell'art. 1341 co. 1 c.c. impone in capo all'aderente uno sforzo di diligenza «molto più gravoso dell'ordinario».

conosciute (ma conoscibili con l'ordinaria diligenza), intende temperare il principio della volontà con il principio dell'autoresponsabilità²¹.

Specularmente, è richiesto al predisponente un onere di rendere conoscibili le proprie condizioni generali: si può ritenere che, nell'attuale società digitalizzata, tale onere possa assolversi anche pubblicando le condizioni generali sul sito web dell'impresa (si può però ragionevolmente pretendere che il predisponente dimostri di aver fornito all'aderente l'indirizzo *url* ove rinvenire le condizioni).

Le condizioni generali non conoscibili con l'ordinaria diligenza non sono nulle, ma – come si evince dal chiaro dato testuale – inefficaci²². Secondo l'opinione prevalente, si tratta di inefficacia assoluta (ossia rilevabile d'ufficio dal giudice)²³.

Un problema particolare si pone quando entrambi i contraenti abbiano predisposto condizioni generali di contratto. In questa circostanza (spesso definita, nella letteratura internazionale, come *battle of the forms*), la regola codicistica non chiarisce se una delle due regolamentazioni standard prevalga e sia integralmente efficace nei confronti dell'altro contraente o se siano entrambe applicabili al contratto concluso e

²¹ V. per tutti L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1945, 198.

²² Non si è in presenza infatti di clausole contrattuali affette da vizio invalidante; piuttosto, le clausole non conosciute né conoscibili non vengono proprio recepite nel testo negoziale. La legge prevede in questa ipotesi una particolare modalità di formazione del contratto, mediante la quale le condizioni generali vengono incorporate nell'accordo delle parti se sussiste il requisito della conoscibilità, mentre ne rimangono estranee in caso contrario (in questo senso, G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard...*, cit., 345).

²³ In tal senso, v. G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 505; C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 3; S. PATTI, *Le condizioni generali...*, cit., 345. *Contra*, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale...*, cit., 270, per il quale l'inefficacia può essere fatta valere solo dall'aderente, in quanto essa dipende dal «mancato verificarsi del presupposto di contrattualità» (ossia, la conoscibilità mediante l'uso dell'ordinaria diligenza) sul lato di quest'ultimo: la volontà negoziale del predisponente è correttamente formata e perciò non può accordare a quest'ultimo il potere di farne valere l'efficacia, né sarebbe opportuno che il vizio fosse rilevabile d'ufficio dal giudice.

come si risolva, qualora si adotti questa soluzione, l'ulteriore problema della norma-
zione divergente della stessa materia nei due *set* di condizioni generali²⁴.

1.3 (segue): *specificata approvazione per iscritto (art. 1341 co. 2 c.c.)*

L'art. 1341 co. 2 c.c. prevede poi una forma di controllo più intensa per alcuni
tipi di clausole, ritenute particolarmente pregiudizievoli per l'aderente e quindi "ves-
satorie"²⁵ (si fa riferimento ad es. alle clausole di limitazione di responsabilità o di
deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria). Queste clausole non hanno effetto
se non sono specificamente approvate per iscritto dall'aderente.

²⁴ G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, 346 ss. osser-
vano che in questa circostanza, applicando rigorosamente l'art. 1326 co. 5 c.c., il contratto non dovrebbe
dirsi concluso: se la parte accetta rinviando alle proprie condizioni generali sta in realtà facendo una
controproposta in termini divergenti da quelli presentati dal proponente. Gli A. rilevano però che tale
regola però mal si conforma con la prassi del commercio internazionale, in base alla quale si tende a
ritenere concluso il contratto qualora si sia raggiunto l'accordo sugli *essentialia negotii*, come eviden-
ziato anche dalla regola dell'art. 19 co. 2 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di
beni mobili del 1980, in base alla quale l'accettazione che contenga clausole difformi dalla proposta le
quali non alterino sostanzialmente il contenuto della proposta costituisce accettazione vera e propria (e
il contratto è concluso secondo i termini difformi indicati nell'accettazione) se il proponente non si
oppone tempestivamente (sulla disciplina applicabile ai casi di *battle of the forms* in contratti governati
dalla Convenzione di Vienna, v. P. HUBER – A. MULLIS, *The CISG. A new textbook for students and
practitioners*, Monaco, 2007, 91-94).

La questione è affrontata anche da G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 405-407, il
quale dà conto delle due principali soluzioni prese in considerazione nella letteratura internazionale: la
last shot rule, in base alla quale prevalgono le condizioni generali della parte che, all'esito dello scambio
di proposte, controproposte e accettazioni, ha formulato l'ultima dichiarazione negoziale; e la *knock-
out rule*, in base alla quale si applicano le condizioni generali di entrambi i contraenti, ma le clausole
confliggenti si elidono a vicenda. L'A. ritiene la *knock-out rule* la più appropriata a contemperare gli
interessi contrapposti: essa è peraltro anche quella recepita nelle fonti persuasive internazionali (v. art.
2.1.22 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* e art. 2:209 *Principles of European
Contract Law*).

²⁵ È questo il termine comunemente usato in dottrina per riferirsi alle clausole contenute
nell'elenco di cui all'art. 1341 co. 2 c.c.: v., ad es., C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I)
Diritto civile...*, cit., 4; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit.,
369; G. CHINÉ, *Contrattazione standardizzata...*, cit., 508.

A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 805, ritiene invece che l'aggettivo "vessatorie"
sembri accompagnarsi ad un «sospetto di illiceità» non sempre giustificato; preferisce perciò i termini
"onerose" o "pericolose".

L'onere della specifica approvazione per iscritto è previsto come forma di tutela dell'aderente: si intende salvaguardarlo dal pericolo della "sorpresa", ossia dal rischio di essere vincolato a clausole di cui non aveva pienamente colto il significato o di cui, addirittura, non si era neppure accorto (magari a motivo della voluminosità del contratto o del carattere minuto in cui esso è redatto). Richiamando l'attenzione dell'aderente sulla singola clausola, la specifica approvazione per iscritto dovrebbe ridurre il rischio che questi accetti senza piena consapevolezza le sue conseguenze pregiudizievoli²⁶.

Per quanto riguarda le modalità con le quali deve essere espletato l'adempimento della specifica approvazione per iscritto, secondo l'opinione prevalente non è necessario che ogni singola clausola vessatoria sia corredata da una sottoscrizione *ad hoc*; piuttosto, si ritiene sufficiente che sia apposta una sottoscrizione separata ad una clausola finale di richiamo di tutte le clausole vessatorie contenute nel contratto, a patto che, però, la clausola di richiamo "globale" permetta di identificare chiaramente le singole clausole abusive e non si limiti a un rinvio generico e indeterminato (c.d. sistema della "doppia sottoscrizione")²⁷.

Circa le conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo imposto dall'art. 1341 co. 2 c.c., si riscontrano opinioni divergenti tra gli interpreti. Secondo l'impostazione prevalente in giurisprudenza, le clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto sarebbero affette da nullità²⁸; tuttavia, non è pacifico se si tratti di nullità

²⁶ C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 7; ID., *Diritto civile...*, cit., 360; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 490.

²⁷ C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 8 (il quale sottolinea che il richiamo globale non dovrebbe limitarsi a riportare il riferimento alfanumerico delle clausole vessatorie, ma almeno indicare in termini generali l'oggetto di ciascuna clausola). In senso analogo, cfr. G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 353; G. CHINÉ, *Contrattazione standardizzata...*, cit., 514-515; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 490; G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 375;

²⁸ Il principio è stato affermato definitivamente in Cass., S.U., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Temì*, 1976, 413 ss., con nota di G. D'AMICO, *Ancora sull'art. 1341, comma 2 cod. civ. con riferimento, in particolare, al pactum de foro prorogando*. La giurisprudenza successiva si è allineata a questo orientamento: v. Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189; Cass., 10 maggio 1976, n. 1647; Cass., 22 maggio 1986,

assoluta o relativa (ossia invocabile solamente dall'aderente)²⁹. Ciò in quanto la specifica approvazione per iscritto rappresenterebbe un requisito di forma *ad substantiam*, la cui violazione comporterebbe, appunto, nullità, in forza del combinato disposto degli artt. 1325 n. 4) e 1418 co. 2 c.c.³⁰

In dottrina si tende invece a ritenere che la mancanza della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie non ne provochi la nullità, ma semplicemente l'inefficacia³¹. Questa opinione valorizza il dato letterale della norma, la quale sancisce che le clausole onerose non appositamente sottoscritte «non hanno effetto».

Oltre che per la maggiore aderenza al dettato positivo, la tesi è preferita anche per le sue conseguenze applicative più coerenti con la *ratio* di protezione dell'aderente che informa la disciplina codicistica dei contratti standard. Se infatti la clausola vessatoria non specificamente approvata fosse nulla, si sarebbe in presenza di un

n. 3407; Cass., 26 gennaio 1987, n. 713; Cass., 15 febbraio 1992, n. 1873; Cass., 15 febbraio 1995, n. 1606; Cass., 19 gennaio 2000, n. 569; Cass., 18 gennaio 2002, n. 547; Cass., 17 luglio 2003, n. 11196; Cass., 23 settembre 2003, n. 14102; Cass., 9 febbraio 2004, n. 2429; Cass., 14 luglio 2009, n. 16394.

Si osservi che la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, § 12 afferma che, mentre la mancata conoscibilità di cui all'art. 1341 co. 1 c.c. ha conseguenze in tema di «efficienza giuridica», la mancata specifica approvazione per iscritto comporta la nullità delle clausole interessate.

²⁹ Le pronunce riportate alla nota 28 affermavano che la nullità è eccezionale anche dal predichiedente, nonché rilevabile d'ufficio.

Alcune sentenze più recenti, invece, hanno ritenuto che, essendo la specifica approvazione un requisito per l'opponibilità al contraente aderente, solo quest'ultimo sarebbe legittimato a invocare la nullità: così Cass., 20 agosto 2012, n. 14570; Cass., 21 agosto 2017, n. 20205.

In dottrina, ritiene sussistente nell'ipotesi in esame un caso di nullità relativa S. MAIORCA, *Contratti standard...*, cit., 630.

³⁰ In questi termini A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 805; M. DOSSETTO, *Condizioni generali...*, cit., 1112.

³¹ C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 9, il quale sottolinea che l'inefficacia non impedisce all'aderente di scegliere di ritenere vincolante la clausola, se lo ritenga opportuno.

Ritengono preferibile la tesi dell'inefficacia anche G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 359-360; e G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 510-511. Questi A. ritengono che l'onere della specifica approvazione per iscritto sia stato imposto dal legislatore al fine di assicurare che la volontà contrattuale dell'aderente sia stata sufficientemente ponderata in relazione al contenuto delle clausole vessatorie. Se questo onere non è adempiuto, l'intesa negoziale su tali clausole non può dirsi raggiunta, con il risultato che esse non entrano a far parte del testo contrattuale convenuto tra le parti e sono pertanto inefficaci.

fenomeno di nullità parziale³² che, in base a quanto disposto dall'art. 1419 co. 1 c.c., comporterebbe nella maggior parte dei casi la nullità totale del contratto predisposto (sarebbe infatti agevole per il predisponente dimostrare che egli non avrebbe concluso il contratto senza le clausole colpite dalla nullità). Ciò contrasterebbe con l'interesse della parte debole del rapporto, che nella maggior parte dei casi preferisce la conservazione del contratto epurato dalle clausole vessatorie, piuttosto che la sua integrale caducazione (si pensi alla dichiarazione di nullità di un contratto di mutuo, che obbligherebbe il mutuatario all'immediata restituzione dell'intera somma accordata)³³.

Un'autorevole opinione ha tuttavia ritenuto che la qualificazione in termini di nullità della clausola vessatoria non specificamente approvata non comporterebbe necessariamente l'estensione dell'invalidità all'intero contratto³⁴. L'argomento letterale (valorizzato dalla dottrina per sostenere la tesi dell'inefficacia) non sarebbe decisivo: infatti spesso il legislatore usa l'espressione «non hanno effetto» per riferirsi a fattispecie negoziali nulle³⁵. D'altra parte, la sostituzione della clausola nulla con norme imperative (art. 1419 co. 2 c.c.) non rappresenterebbe l'unica eccezione positiva all'art. 1419 co. 1 c.c. A volte infatti è lo stesso legislatore a prevedere che la clausola nulla sia sostituita dalla norma dispositiva che regola l'aspetto disciplinato dal patto

³² In tema di nullità parziale si v. almeno A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, *passim*; P. M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, *passim*.

³³ Esprimono tale preoccupazione, tra gli altri, G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 360; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 512.

Più articolata la posizione di P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 23-24, per il quale il problema dell'estensione dell'invalidità della clausola vessatoria all'intero contratto non dovrebbe essere affrontato aprioristicamente a partire dalla qualificazione del vizio in termini di nullità, annullabilità o inefficacia, ma andrebbe rapportato alla natura della singola clausola non specificamente approvata. Ad es. una clausola di limitazione di responsabilità potrà più facilmente comportare l'invalidità dell'intero negozio, coinvolgendo la stessa serietà dell'impegno assunto, mentre le clausole di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria potrebbero più agevolmente essere espunte dal contratto senza che questo venga caducato integralmente.

³⁴ G. DE NOVA, *Nullità relativa...*, cit., 487-488.

³⁵ *Ivi*, 485.

invalido³⁶. Inoltre, anche in assenza di tale espressa previsione, la sostituzione con il diritto dispositivo sarebbe possibile e doverosa ove ciò sia richiesto dalla finalità protettiva della norma che commina la nullità, come appunto nel caso dell'art. 1341 co. 2 c.c.³⁷

La tesi è stata criticata dalla dottrina successiva, che ha innanzitutto sollevato dubbi sulle sue stesse premesse (ossia che l'espressione «non hanno effetto» non avrebbe alcun peso nel qualificare la fattispecie in termini di inefficacia piuttosto che di nullità, in quanto nel linguaggio del legislatore le due qualifiche sarebbero usate indiscriminatamente³⁸). Questa dottrina, ricostruendo la fattispecie della clausola vessatoria in termini di inefficacia e non di nullità, ne ha agevolmente tratto l'operatività

³⁶ *Ivi*, 488, ove si adduce l'esempio della clausola di interessi ultralegali non pattuita per iscritto, che comporta (ai sensi dell'art. 1284, co. 3 c.c.) l'applicazione del tasso legale di interessi.

³⁷ *Ivi*, 489. In uno scritto successivo (G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 376 ss.), l'A. non esprime preferenza tra la qualificazione del vizio in termini di inefficacia o di nullità, in quanto «entrambe le costruzioni sono, a nostro avviso, logicamente corrette e compatibili con il dato normativo» (p. 376).

Lo stesso A. mette in guardia però dal trarre dall'una o dall'altra tesi corollari applicativi inadeguati alla fattispecie: a prescindere che la clausola vessatoria non specificamente approvata sia nulla o inefficace, il vizio sarebbe nondimeno eccepibile dal predisponente e rilevabile d'ufficio (p. 377). Inoltre, l'eliminazione della clausola vessatoria non dovrebbe portare alla caducazione dell'intero contratto, in quanto essa verrebbe sostituita dalla corrispondente norma di diritto dispositivo; *rectius*, la norma dispositiva ritornerebbe automaticamente a trovare applicazione nella fattispecie per effetto della rimozione della clausola che vi aveva derogato (p. 378).

³⁸ G. B. FERRI, *Nullità parziale...*, cit., 14-16. L'A. osserva che vi sono sicuramente casi in cui il legislatore prevede che un atto «non ha effetto» per indicarne indirettamente la nullità. In particolare, viene addotto l'esempio del contratto simulato, che secondo la lettera dell'art. 1414 co. 1 c.c. «non ha effetto tra le parti», ma, secondo la dottrina allora prevalente (ad es. G. STOLFI, *Simulazione e fisco*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 2 ss.), è indubitabilmente affetto da nullità assoluta.

Tuttavia, vi sono anche casi in cui la qualificazione legale in termini di inefficacia non discende invariabilmente dalla nullità dell'atto: si fa riferimento alla revoca della proposta irrevocabile (che, ai sensi dell'art. 1329 co. 1 c.c., «è senza effetto») e alla revoca della promessa al pubblico (la quale non può avere effetto, in forza dell'art. 1990 co. 2 c.c., se l'azione prevista nella promessa si è già verificata o se l'azione è già stata compiuta). In questi casi, secondo l'A., i negozi non sono nulli in quanto non mancano di elementi essenziali; piuttosto, sono meramente inefficaci in quanto l'autore dell'atto è, in virtù di una condizione soggettiva esterna al regolamento negoziale, privo del potere di porre in essere la revoca.

Alla luce della dimostrata assenza di corrispondenza biunivoca tra nullità e inefficacia nel lessico del legislatore, l'A. ritiene che la supposta irrilevanza del dato letterale dell'art. 1341 co. 2 c.c. avrebbe dovuto essere argomentata in modo più approfondito.

del diritto dispositivo in luogo della clausola inefficace, senza bisogno di ipotizzare la possibilità di un'integrazione dispositiva del contratto affetto da nullità parziale³⁹, concetto che appare alquanto contraddittorio⁴⁰.

2 Le opinioni dottrinali circa l'ammissibilità di un controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto

Come si è visto, la disciplina del codice civile offre all'aderente un modello di tutela meramente *formale*: da un lato, si assicura che non siano efficaci nei suoi confronti le condizioni che non ha potuto conoscere anche osservando la dovuta diligenza (art. 1341 co. 1 c.c.); dall'altro, si richiede che egli sottoscriva separatamente le clausole per lui particolarmente onerose (art. 1341 co. 2 c.c.).

Questo tipo di tutela è coerente con lo schema ideale che era ancora dominante nella cultura giuridica degli anni '40: ossia, la contrattazione tra pari di ispirazione liberale. Il fenomeno – ancora relativamente nuovo – della contrattazione seriale era visto come latore di potenziali distorsioni nella formazione di un consenso integrale e ponderato da parte dell'aderente. Si riteneva perciò che il compito del diritto fosse di assicurare la regolare formazione del consenso, tenuto conto delle particolarità della fattispecie, evitando che l'aderente fosse vincolato a condizioni che non poteva conoscere e, nel caso delle clausole vessatorie, richiedendo il più pervasivo requisito della specifica approvazione scritta.

Non si riteneva invece necessario impedire all'aderente di vincolarsi a un contratto sostanzialmente iniquo, a patto che egli fosse pienamente consapevole di ciò che

³⁹ G. B. FERRI, *Nullità parziale...*, cit., 17: l'A. sottolinea che non si è in presenza di un'ipotesi di «ortopedia», come nel caso di sostituzione della clausola nulla con le norme imperative; piuttosto, i principi generali espressi dalle norme dispositive, cui i contraenti avevano derogato senza però ottemperare alle dovute formalità, «entrano [nel regolamento contrattuale] in conseguenza del mancato esercizio, da parte dei contraenti, del potere di derogare ad essi».

⁴⁰ *Ivi*, 19: «in questo senso nullità e derogabilità sono chiaramente categorie concettuali tra loro incompatibili».

stava sottoscrivendo; anzi, un controllo sostanziale sarebbe stato ritenuto espressione di un paternalismo antilibertario, poiché sono le parti a essere i migliori giudici dei propri interessi⁴¹. Ciò che gli artt. 1341 e 1342 c.c. mirano a risolvere è, in ultima analisi, un problema di corretta formazione del contratto, come testimoniato anche dalla collocazione topografica delle norme nella sezione del c.c. dedicata all'accordo delle parti⁴².

La dottrina ha tuttavia presto denunciato l'inadeguatezza della disciplina codicistica ad assicurare una tutela effettiva all'aderente⁴³. Da un lato, si è evidenziato che la subordinazione dell'efficacia delle condizioni generali di contratto al solo requisito della conoscibilità di esse, lungi dal rappresentare una garanzia ulteriore per l'aderente, costituisce in realtà per quest'ultimo una deroga *in peius* rispetto alla disciplina generale; ciò in quanto l'aderente può ritrovarsi vincolato a clausole contrattuali di cui in concreto non era venuto a conoscenza – essendo stato negligente nell'indagine

⁴¹ V. A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 74. L'A. osserva che il legislatore ha inteso permettere solo un «controllo c.d. indiretto» sul contenuto delle condizioni generali, che passa attraverso la garanzia del consenso; ossia, le norme sono ispirate alla logica per la quale, se la parte debole consente (tacitamente o espressamente) alle clausole, significa che esse non sono inique. L'attitudine culturale a considerare le condizioni generali di contratto eque per il fatto stesso che la parte non predisponente ha deciso di aderirvi è segnalata dallo stesso A. anche in ID., *Il controllo giudiziale...*, cit., 197.

⁴² Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Introduzione*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 3; il quale, osservando che la dottrina che si era fino a quel momento occupata della disciplina delle condizioni generali di contratto aveva principalmente ragionato sulla compatibilità di questo particolare modello di formazione con il tradizionale paradigma dell'accordo come risultato della collaborazione di entrambe le parti, ritiene che ciò sia coerente con la *ratio* della norme in esame: «la vigente disciplina legislativa (artt. 1341 e 1342) [...] attraverso particolari congegni inerenti alla formazione del singolo contratto intende garantire la “consapevole” adesione della controparte al predisposto assetto negoziale, trascurando o forse anche ritenendo in tale struttura assorbito il problema “sostanziale” della tutela dell'interesse dell'aderente all'applicazione di un “giusto” regolamento».

Similmente A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo...*, cit., 66-67, rileva che la dottrina aveva dedicato attenzione esclusivamente al profilo della sistemazione dogmatica della contrattazione per adesione nelle categorie generali del contratto, in quanto, una volta risolto tale problema, «è potuto apparire che qualsiasi problema attinente alla “giustizia sostanziale” (del contenuto) dell'atto venisse per così dire coperto e assorbito dall'adesione, apprezzata in forma “tipica”, della parte economicamente più debole».

⁴³ C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 9; G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 329.

sull'esistenza di condizioni generali di contratto –, mentre, in base ai principi generali, il contraente è tenuto solamente a ciò su cui è caduto effettivamente il suo consenso⁴⁴.

La specifica approvazione per iscritto, poi, è ritenuta un adempimento del tutto inidoneo ad assicurare un'effettiva tutela del contraente debole. Nella prassi infatti la seconda sottoscrizione viene apposta contestualmente alla prima, senza particolari riflessioni ulteriori (l'aderente infatti normalmente non è incline a dedicarsi alla lettura di lunghi e complessi testi contrattuali, di cui peraltro ben difficilmente comprenderebbe pienamente il significato e le implicazioni se non dotato di una specifica preparazione tecnico-giuridica)⁴⁵.

Se anche poi l'aderente avesse tempo, modo e attitudine a leggere e comprendere compiutamente le clausole vessatorie, l'attenzione richiamata su di esse dalla necessità della specifica sottoscrizione non gli arrecherebbe un significativo vantaggio. In assenza di un'effettiva possibilità di influenzare il contenuto del contratto,

⁴⁴ V. in questo senso ad es. A. GENOVESE, *Condizioni generali...*, cit., 804; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, 2. Cfr. G. PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 104, il quale osserva che l'art. 1341 co. 1 c.c. non deroga solamente alla regola di formazione del consenso contrattuale di cui all'art. 1326 c.c., ma anche alla disciplina dell'errore. Infatti, poiché non sussiste un onere di diligenza a carico del predisponente nell'interpretare l'ordine dell'aderente, non si applicherà lo standard previsto, in tema di riconoscibilità dell'errore, dall'art. 1431 c.c. Per queste ragioni l'A. conclude che l'art. 1341 co. 1 c.c. «non tutela affatto il contraente debole».

Vi è però anche chi non vede in questa ipotesi una deroga alle ordinarie regole di formazione del consenso. A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto...*, cit., 17, nt. 9, osserva che il caso dell'art. 1341 co. 1 c.c. non è l'unico in cui il c.c. richiede la sola conoscibilità per ritenere formatosi il consenso contrattuale, in quanto un meccanismo simile è previsto mediante la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.

Più articolata la posizione di M. COSTANTINO *Regole di gioco...*, cit., 89, il quale ritiene che l'art. 1341 co. 1 c.c. non sia un'ipotesi speciale rispetto alla disciplina generale della formazione, in quanto ogni dichiarazione contrattuale è resa «in un contesto di circostanze concrete che sono prese in considerazione soltanto come termine oggettivo di riferimento delle regole di formazione del contratto». La regola dell'art. 1341 co. 1 c.c. non rappresenta allora altro che l'adattamento delle regole generali al particolare contesto della contrattazione seriale di massa e delle *quick-hand transactions*.

⁴⁵ G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo...*, cit., 22, descrive efficacemente il rito della seconda sottoscrizione come una «vuota cerimonia».

all'aderente non giova affatto essere pienamente consapevole della vessatorietà delle clausole che sottoscrive: egli è posto infatti di fronte all'alternativa tra il "prendere o lasciare"⁴⁶.

La contrattazione standardizzata, cui deve senz'altro riconoscersi imprescindibile valore nell'economia post-industriale (in quanto contribuisce a consentire un'adeguata prevedibilità della programmazione aziendale), porta però con sé il rischio di abusi da parte dell'imprenditore/predisponente: egli, pur non essendo dotato di un vero e proprio potere normativo, è innegabilmente munito di un potere di fatto, in forza del quale è in grado di conformare nel senso a sé più favorevole la generalità dei rapporti negoziali di cui viene a far parte, senza che la controparte, a causa delle ragioni che si sono ricordate, abbia reali possibilità di apportare una perequazione del testo contrattuale⁴⁷. Si è pertanto ritenuto che fosse necessario rinvenire nell'ordinamento norme o

⁴⁶ C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile...*, cit., 10, il quale osserva che non residua neppure questa (pur minima) possibilità di scelta qualora sussista una situazione di monopolio o di spontanea uniformazione delle condizioni generali di contratto tra le imprese che operano nello stesso settore economico. V. anche P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 111: «una cosa è, infatti, la garanzia della partecipazione consapevole alla formazione e conclusione del contratto; altra cosa è, in concreto, la garanzia di un equo assetto degli interessi reciproci e della proporzionalità dei sacrifici».

In senso analogo, v. anche G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 381; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 131 ss.

⁴⁷ In questi termini C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)...*, cit., 398. In tale sede, l'A. prende anche posizione rispetto alle critiche che erano state mosse alle ipotesi di controllo sostanziale sui contratti standard prospettate dalla dottrina; in particolare, si era manifestato scetticismo rispetto alla possibilità che la giurisprudenza, allora molto fedele al principio dell'intangibilità della volontà contrattuale, iniziasse a sindacare senza troppe remore le condizioni generali sulla base di clausole generali come equità e buona fede – come era invece auspicato dalla dottrina. Rispetto a tale obiezione l'A. ritiene che proprio un intervento normativo che dia esplicitamente al giudice il potere di operare un controllo sostanziale sui contratti per adesione sia lo strumento adatto a superare le resistenze culturali della giurisprudenza.

Un'altra opinione critica ricorrente era quella secondo cui gli operatori giuridici non sarebbero stati in grado di «farsi portatori di una politica del diritto omogenea ed efficiente», in quanto un modello di controllo giudiziale diffuso avrebbe finito per comportare la disparità di trattamento tra imprese che avevano adottato condizioni generali di contenuto analogo. Ad avviso dell'A., che pure riconosce la fondatezza di tali timori, simili considerazioni di analisi economica di costi e benefici non possono essere ritenute talmente rilevanti da far ignorare le contrapposte esigenze di giustizia contrattuale: «se una parte predispone il contenuto del contratto traendone un ingiustificato vantaggio a danno degli

principi che fondassero la possibilità di un controllo *sostanziale* sulle condizioni generali di contratto.

Gli sforzi ricostruttivi della dottrina che si è occupata di questo problema hanno preso direzioni eterogenee.

2.1 *Valorizzazione del requisito della conoscibilità nel senso di intellegibilità*

Nell'ottica di interpretare il requisito di efficacia delle condizioni generali di contratto previsto dall'art. 1341 co. 1 c.c. (ossia, la loro conoscibilità usando l'ordinaria diligenza) in un senso più effettivamente tutelante dell'aderente, si è suggerito di intenderlo non già nel senso di una mera possibilità di cognizione sensoriale del testo, ma piuttosto come reale comprensibilità del testo anche per una controparte non professionale⁴⁸.

Interpretata in questo senso, la norma in esame realizza una tutela *indiretta* dell'aderente, «delimitando la rilevanza del potere di predisposizione sul piano delle modalità di esercizio»⁴⁹.

aderenti, l'abuso va represso a prescindere dall'impatto economico che possa avere in generale tale repressione» (p. 400).

⁴⁸ In dottrina è frequente l'affermazione secondo cui sul predisponente non grava semplicemente l'onere di rendere materialmente conoscibili le condizioni generali di contratto, ma anche di redigerle in un linguaggio intellegibile da un consumatore o utente di media cultura. V. ad es. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale...*, cit., 260-261; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata...*, cit., 503; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori...*, cit., 488.

C. M. BIANCA, *Diritto civile...*, cit., 348 e G. DE NOVA, *Le condizioni generali...*, cit., 374, pur condividendo la tesi per la quale le condizioni generali debbano essere intellegibili per poter essere considerate conoscibili, precisano che non deve però esagerarsi e ritenere non conoscibili clausole non assolutamente incomprensibili, ma meramente ambigue. In tal caso infatti opererà la regola dell'*interpretatio contra stipulatorem* di cui all'art. 1370 c.c.

⁴⁹ M. MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto...*, cit., 150. L'A. osserva anche che l'interpretazione della conoscibilità nel senso di intellegibilità ha anche il pregio di unificare il significato della norma dell'art. 1341 co. 1 c.c., che andrebbe altrimenti interpretata diversamente a seconda che si sia di fronte a condizioni generali di contratto riprodotte, richiamate o del tutto esterne alla proposta contrattuale (p. 140). Inoltre, l'A. critica, sulla base di questa conclusione, l'indirizzo giurisprudenziale per il quale non sarebbe sottoposto all'art. 1341 c.c. il contratto redatto per atto pubblico: il fatto che le leggi notarili impongano al notaio di leggere il contenuto dell'atto alle parti e di chiedere loro se esso

2.2 *Ipotesi di parametri per il controllo sostanziale delle condizioni generali di contratto*

Per quanto riguarda invece la possibilità di una tutela *diretta* dell'aderente, gli studiosi hanno proposto diverse ricostruzioni in base alle quali il nostro ordinamento permetterebbe un controllo di contenuto sui contratti standard.

Così, si è fatto riferimento al criterio della meritevolezza di tutela per negare efficacia alle condizioni generali di contratto che non rispondano ad alcun interesse apprezzabile del predisponente e siano unicamente mirate ad aggravare ingiustificatamente la posizione dell'aderente⁵⁰.

In una diversa prospettiva, si è sostenuto che i contratti standard possono entrare in tensione con principi discendenti dall'ordine pubblico, inteso quale espressione dei principi ordinanti del nostro sistema giuridico. Secondo questa impostazione, poiché l'art. 41 co. 2 Cost. identifica l'utilità sociale quale limite della libertà di iniziativa economica privata (fondamento costituzionale della libertà contrattuale espliata in rapporti commerciali⁵¹), sarebbe sindacabile il contratto che violi i principi di

corrisponda alle loro volontà non implica infatti che ci sia stata una trattativa effettiva, né che l'aderente abbia compreso il significato delle clausole che sottoscrive (pp. 148-149).

Si osservi che l'indirizzo dottrinale in esame ha di fatto prefigurato il requisito della trasparenza nella redazione dei contratti con i consumatori, di cui sono ora espressione l'obbligo di redigere il contratto «in modo chiaro e comprensibile» (art. 35 co. 1 c. cons.) e la possibilità di sottoporre al giudizio di vessatorietà ex art. 33 c. cons. le clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo, che normalmente vi sono sottratte, qualora queste siano oscure (art. 34 co. 2 c. cons.). In tema di trasparenza nei contratti con i consumatori si v. M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, 265 ss.; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, 270-273.

⁵⁰ In questo senso P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento...*, cit., 25: sarebbe immeritevole in quanto «espressione di un capriccio o mezzo per raggiungere risultati meramente ostruzionistici e vessatori senza effettivo e legittimo beneficio per la parte che l'ha predisposta», ad es., la clausola di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in forza della quale non si attribuisca competenza al Foro della sede dell'impresa o a lei facilmente accessibile, ma uno che si sa essere particolarmente gravoso da adire per la controparte.

⁵¹ V. A DI MAJO, *Il controllo giudiziale...*, 200, il quale evidenzia che, se è vero che non sempre la libertà contrattuale è funzionale all'esercizio della libertà di iniziativa economica, viceversa risulta

ordine pubblico economico, tra cui in particolare l'assetto concorrenziale del mercato⁵². Non vi è però unanimità di vedute circa la possibilità di riscontrare una violazione dell'ordine pubblico nella deroga sistematica al diritto dispositivo mediante la predisposizione di condizioni generali di contratto⁵³.

Ancora, si è suggerito di identificare il parametro di valutazione per un controllo sostanziale dei contratti per adesione nel principio di buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.); specificamente, la deviazione generalizzata dalla normativa

difficile immaginare un'iniziativa economica che non si svolga (anche) attraverso la stipulazione di contratti.

⁵² G. B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo...*, cit. L'A. premette che l'ordine pubblico opera come limite non già delle situazioni giuridiche soggettive, ma piuttosto come limite all'attività privata: esso impone cioè che essa si svolga nel rispetto dei valori fondamentali dell'ordinamento (p. 50).

Il fenomeno delle condizioni generali di contratto si inserisce all'interno dell'attività di impresa: rilevano pertanto i limiti imposti dall'ordine pubblico all'attività d'impresa e alla libera concorrenza. Tali limiti possono essere soggettivi (a tutela della libertà dell'individuo) od oggettivi (a tutela dell'equilibrio del mercato). Mentre il c.c., secondo l'opinione prevalente, recepisce solamente quelli soggettivi, l'art. 41 co. 2 Cost. impone il rispetto anche del limite oggettivo: esso non proibisce infatti solo l'esercizio dell'iniziativa economica privata che rechi «danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», ma anche il suo svolgimento «in contrasto con l'utilità sociale» (p. 57). Perciò l'iniziativa economica dovrà svolgersi in modo da non ledere l'equilibrio del mercato. Il limite oggettivo, peraltro, contribuisce mediatamente anche al rispetto del limite soggettivo: infatti un mercato equilibrato è un mercato nel quale sono rispettate le libertà individuali degli imprenditori concorrenti e dei consumatori (p. 60).

L'A. tratta più diffusamente il tema dell'ordine pubblico come limite all'autonomia contrattuale in G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, *passim*.

⁵³ G. B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo...*, 63-64, pur ritenendo che l'ordine pubblico, secondo una lettura costituzionalmente orientata, imponga limiti sia soggettivi che oggettivi all'iniziativa economica privata (v. *supra*, nt. 52), non ravvede nella deroga generalizzata al diritto dispositivo (operata mediante l'adozione di condizioni generali di contratto) una violazione di tali limiti. Ciò in quanto le norme dispositive sarebbero espressione di una tecnica di organizzazione di interessi secondo un criterio di normalità che, proprio perché recepito nelle norme dispositive, non potrebbe cozzare con l'ordine pubblico.

Secondo P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole...*, cit., 126, la deroga sistematica al diritto dispositivo potrebbe invece rappresentare una violazione dell'ordine pubblico economico, in quanto esso è «indirizzato alla protezione di interessi collettivi, ma non generali»; ciò però solo nel caso in cui le condizioni generali siano adottati da un'impresa in posizione di monopolio, di diritto o di fatto, o da più imprenditori partecipi di un'intesa anticoncorrenziale.

codicistica in senso sfavorevole all'aderente è stata considerata una condotta censurabile in quanto contraria a correttezza⁵⁴.

Poiché però la dottrina tradizionale era restia a riconoscere valore integrativo al precetto di buona fede, che si riteneva avere unicamente funzione valutativa⁵⁵, si dubitava che attraverso il principio di correttezza potesse negarsi efficacia ad un'obbligazione regolarmente sorta (essendo tutt'al più consentito sindacarne le modalità di

⁵⁴ Diversi autori sostengono questa tesi, seppure con diversità di accenti. Per A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo...*, cit., 74, la norma di diritto dispositivo è la «regola giusta del caso medio»; si può presumere che la deroga a essa sia equa qualora si sia svolto l'ordinario procedimento bilaterale di formazione del consenso, ma sorgono maggiori dubbi se il contratto si è formato con l'adesione di un contraente alle condizioni generali dell'altro: in questo caso infatti non si ha più una deroga occasionale, ma una deroga generalizzata e uniforme. Il giudizio di buona fede può allora intervenire per determinare se la modifica del diritto dispositivo sia esigibile o no dall'aderente, anche sulla base dell'«intensità equitativa» della norma derogata; le regole di diritto dispositivo possono anzi rappresentare «un terreno di “concretizzazione” proficuo e prezioso per la clausola generale di buona fede o correttezza» (p. 78).

Secondo S. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 81, il fenomeno dei contratti standard non può essere analizzato solo dal punto di vista della tutela del contraente debole, ma anche considerando il loro impatto sulla complessiva organizzazione aziendale, in modo da cogliere meglio la funzione svolta dalle singole clausole contenute nelle condizioni generali. Questa «disaggregazione» dell'istituto della complessa realtà delle condizioni generali di contratto, secondo l'A. troppo spesso trattata impropriamente come una fattispecie unitaria, permetterebbe di chiarificare maggiormente i termini del giudizio di buona fede, attraverso il quale la clausola può essere valutata rispetto alla natura dell'operazione economica e ai suoi costi sociali, contemperando l'interesse individuale dell'imprenditore a quelli collettivi della massa di consumatori o utenti che compongono il mercato cui l'imprenditore si rivolge (pp. 88-89).

Di contrario avviso è invece G. PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede...*, cit., 108, per il quale la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto ha caratteri di tale specialità rispetto alle regole comuni sulla formazione del contratto che è precluso all'interprete di frustrare la scelta del legislatore di sottoporle a un controllo solo formale, ipotizzando un potere del giudice di sindacarne il contenuto sulla base del principio di buona fede: «sia la *ratio*, sia la specialità della disciplina delle condizioni generali sono incompatibili con l'idea che la buona fede costituisca un limite in questa materia».

⁵⁵ V. per tutti U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1966, 27-28, il quale osserva che il c.c. contrappone nettamente in due norme successive (artt. 1374 e 1375 c.c.) i profili dell'*integrazione* e dell'*esecuzione* del contratto; soltanto rispetto al secondo è menzionata la buona fede, mentre le sole fonti di integrazione previste sono la legge, gli usi e l'equità.

Celebre è la tesi contraria di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. integr. 2004), secondo il quale la buona fede costituisce una fonte di integrazione del contratto in quanto principio generale previsto dalla legge.

esercizio). Una parte della dottrina ha fatto perciò riferimento al principio di equità (cui l'art. 1374 c.c. attribuisce testualmente funzione integrativa del contratto) per ipotizzare, sulla scorta della giurisprudenza tedesca, un potere di sostituzione del giudice delle clausole inique contenute in condizioni generali di contratto con le norme dispositive, ritenute espressione di un equo temperamento degli interessi in gioco⁵⁶.

Il fermento culturale tra gli studiosi ha portato anche alla redazione di un progetto di riforma della disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto, presentato ad un convegno del 1981⁵⁷. Tra le più rilevanti innovazioni proposte, merita menzione la nullità delle clausole sostanzialmente inique, anche se specificamente approvate per iscritto⁵⁸ e la previsione di un'azione inibitoria volta a proibire al

⁵⁶ A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale...*, cit., 236-239. L'A. risponde all'obiezione per cui l'equità non opera mai in direzione antitetica all'autonomia delle parti affermando che in questo caso essa si pone piuttosto in contrasto col «potere normativo di impresa» (p. 237, corsivo nell'originale), che non è tutelato dall'art. 1322 c.c.

Quanto al fondamento normativo di tale potere sostitutivo del giudice, l'A. riscontra l'assenza nel nostro ordinamento di una norma analoga al § 315 del BGB che, in casi in cui una parte conferisca all'altra il potere di determinare unilateralmente il contenuto del contratto, permette al giudice di intervenire per sostituire l'eventuale determinazione iniqua e che è stata ritenuta dalla giurisprudenza tedesca applicabile, per identità di *ratio*, anche al fenomeno della predisposizione unilaterale del contenuto del contratto. L'A. ritiene tuttavia che il fondamento normativo del potere sostitutivo potrebbe essere desunto dall'art. 1349 c.c.: se il giudice può sostituire la determinazione iniqua dell'arbitratore, potrà a maggior ragione sindacare l'iniquo esercizio del potere normativo dell'imprenditore. Un ulteriore addentellato normativo viene poi individuato nell'art. 1183 co. 2 c.c., che permette al giudice di sostituirsi alla parte che ha omesso di fissare un termine equo rispetto agli interessi dell'altra.

A fronte di clausole inique in contratti standard, il giudice potrà allora sostituirle con disposizioni "eque": secondo l'A. il giudice potrà, in prima approssimazione, fare riferimento al diritto dispositivo (in quanto ispirato, appunto, a un criterio equitativo), con la precisazione che potrà discostarsene quando esso non risulti adeguato ad apportare una perequazione sostanziale nel caso di specie e fare riferimento invece a principi e valori costituzionali e a standard sociali.

⁵⁷ Il testo della riforma proposta è riportato nel contributo di M. COSTANZA, *Riforma della disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 538 ss.. In argomento, vedi anche M. J. BONELL, *A proposito di una recente proposta di riforma del diritto delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 461ss.; S. TONDO, *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto (in margine al Convegno di Fiuggi 5-6 giugno 1981)*, in *Foro it.*, 1981, V, 282 ss.

⁵⁸ «Art. 1341/2. Nullità delle clausole abusive. – Sono nulle, anche se approvate specificamente per iscritto, le clausole che alterano l'equilibrio del contratto senza giustificarsi obiettivamente nell'economia dell'affare e, in generale, le clausole non conformi alla correttezza anche professionale o all'equità» (così riportato in M. COSTANZA, *Riforma della disciplina...*, cit., 538). S. TONDO, *Su un progetto di riforma...*, cit., 285, osserva che questa norma introdurrebbe, in aggiunta ai due stadi di

predisponente l'inclusione di clausole abusive nelle sue condizioni generali di contratto, simile a quella ora disciplinata all'art. 37 c. cons.⁵⁹ Un altro elemento di interesse è una prima differenziazione di disciplina a seconda dello *status* soggettivo dell'aderente (di consumatore o professionista): per quanto l'ambito di applicazione della normativa sia generale, una clausola in particolare (quella di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria) è dichiarata nulla a prescindere dalla sua giustificazione nell'economia dell'affare, a meno che «il contratto sia stipulato dall'aderente nell'esercizio della sua attività professionale»⁶⁰. L'iniziativa non si è però tradotta in alcuna modifica legislativa.

controllo già previsti all'art. 1341 c.c., «un terzo livello di trattamento giuridico», caratterizzato da elevata aleatorietà vista la vaghezza dei parametri richiamati (economia dell'affare, correttezza, professionalità, equità).

Il co. 2 elencava (a titolo esplicitamente esemplificativo) una serie di clausole «reputate nulle, salvo che risultino giustificate obiettivamente nell'economia dell'affare»: oltre al richiamo di quelle previste all'art. 1341 co. 2 c.c., erano previste all'articolo ipotesi poi ricomprese nell'elenco delle clausole che si presumono vessatorie ai sensi dell'art. 33 co. 2 c. cons.: ad es. la clausola che esclude o limita rimedi contro l'inadempimento del predisponente (art. 1341/2, co. 2, n. 2) del Progetto e art. 33, co. 2, lett. b) c. cons.) o la clausola che conferisce al predisponente uno *ius variandi* del contenuto del contratto (art. 1341/2, co. 2., n. 3) del Progetto e art. 33, co. 2, lett. m) c. cons.).

⁵⁹ «Art. 1341/4. *Azione di inibitoria*. – Il giudice può inibire al predisponente di includere nelle condizioni generali di contratto le clausole di cui sia accertata la nullità in applicazione degli art. 1341/2 e 1341/3 o per contrarietà ad altre norme imperative o all'ordine pubblico.

L'azione di inibitoria può essere esercitata dalla Camera di commercio o dalle associazioni di lavoratori o di imprenditori maggiormente rappresentative, nonché da altre associazioni che per le finalità statutarie e per il numero di iscritti siano reputate dal giudice sufficientemente rappresentative.

Le questioni di legittimazione attiva devono essere sollevate non oltre la prima udienza di trattazione a pena di decadenza.

Giudice competente per materia è il tribunale.

La sentenza che, a seguito dell'azione di inibitoria, accerta la nullità della clausola contestata, inibisce al predisponente l'uso della clausola stessa o di altra clausola sostanzialmente identica in tutto il territorio nazionale. La clausola ulteriormente inserita nelle condizioni generali di contratto in violazione della inibitoria si considera come non apposta.

La domanda di inibitoria accolta con sentenza passata in giudicato non può essere riproposta da altri legittimati dinanzi allo stesso o ad altri tribunali.

Il rigetto della domanda non ne preclude la proponibilità da parte di altri legittimati né preclude l'accertamento della nullità della clausola da parte del giudice adito dal singolo aderente» (così riportato in M. COSTANZA, *Riforma della disciplina...*, cit., 539).

⁶⁰ Così l'art. 1341/3 («*Deroghe alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria*»), riportato in M. COSTANZA, *Riforma alla disciplina...*, cit., 539.

Muove critiche a questa disposizione M. J. BONELL, *A proposito di una recente...*, cit., 463 s., che osserva che il testo proposto mutua la formulazione dall'art. 1341 co. 2 c.c., senza cogliere

3 Il confronto con i modelli stranieri: in particolare, la dottrina dell'*unconscionability* nel diritto statunitense

La riflessione sulla possibilità di introdurre un controllo di contenuto sui contratti standard ha spesso tratto spunti da esperienze giuridiche straniere, le quali, a differenza della legislazione italiana, si sono spesso concentrate sul profilo della repressione degli abusi del predisponente, piuttosto che su quello dei presupposti di efficacia delle condizioni generali nei confronti dell'aderente⁶¹.

Di particolare interesse è il confronto con il diritto nordamericano, ove la giurisprudenza ha elaborato, al fine di sottoporre al vaglio del giudice le clausole abusive contenute in contratti standard, la dottrina dell'*unconscionability*⁶².

l'occasione per sciogliere il perdurante dubbio interpretativo sul testo codicistico, rispetto al quale è controverso se si riferisca alle sole deroghe alla competenza territoriale o anche a quelle alla giurisdizione.

Inoltre, l'A. solleva anche obiezioni nel merito, rilevando che una proibizione assoluta alla facoltà di derogare alla competenza giurisdizionale del giudice si pone in contrasto con l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (ora art. 25 Reg. UE n. 1215/2012, c.d. Regolamento "Bruxelles I bis"), ai sensi del quale una simile deroga è perfettamente valida, se stipulata per iscritto. Una soluzione più coerente sarebbe stata circoscrivere l'ambito di applicazione del divieto ai soli rapporti interni, sul modello del § 38 della *Zivilprozessordnung* tedesca.

⁶¹ V. ad es. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto. II) Diritto comparato...*, cit., 1 ss., ove si evidenzia che gli ordinamenti stranieri hanno tentato di contrastare gli abusi della contrattazione standardizzata con una varietà di approcci: non sempre si è scelta la via del controllo giudiziale, optando talvolta per un controllo amministrativo affidato a un'autorità pubblica incaricata di sottoporre a revisione le condizioni generali adottate dalle imprese e, nel caso si riscontri la vessatorietà delle clausole in esse contenute, anche dichiararne l'invalidità (si adducono in particolare gli esempi del *Director General of Fair Trading Office* nel Regno Unito e del *Consumer Ombudsman* in Svezia).

Per un'analisi più dettagliata delle soluzioni adottate in diversi Paesi esteri, v. i saggi raccolti in AA. VV., *Le condizioni generali...*, cit.

⁶² In argomento, v., *ex multis*: T. D. RAKOFF, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, in *Harvard Law Review*, 1963, 1173 ss.; A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause*, in *University of Pennsylvania. Law Review*, 1967, 485 ss.; W. D. SLAWSON, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, in *Harvard Law Review*, 1971, 529 ss.; R. A. EPSTEIN, *Unconscionability: a Critical Reappraisal*, in *Journal of Law & Economics*, 1975, 293 ss.; M. A. EISENBERG, *The Bargain Principle and its Limits*, in *Harvard Law Review*, 1982, 741 ss.; E. L. BROWN, *The Uncertainty of U.C.C. Section 2-302: Why Unconscionability Has Become a*

La nozione di “*unconscionability*” non è definita dalla norma dell’*Uniform Commercial Code* ad essa dedicata⁶³, che si limita a disporre che, se la Corte ritiene che un contratto o una sua clausola siano «*unconscionable*», può rigettare la domanda di adempimento del contratto⁶⁴. Secondo una tra le prime e più influenti decisioni in materia⁶⁵, il concetto si comporrebbe di due elementi: «*an absence of meaningful*

Relic, in *Commercial Law Journal*, 2000, 287 ss.; M. N. BROWNE – L. BIKSACKY, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, in *Michigan State Law Review*, 2013, 211 ss.

Per un’analisi della applicazione della dottrina dell’*unconscionability* nell’ordinamento canadese, cfr. F. DELFINI, *The control of contract power and standard terms in civil and common law jurisdictions: an Italian scholar’s perspective on Canada*, in corso di pubblicazione.

⁶³ § 2- 302 UCC: «*Unconscionable contract or Clause*

- (1) *If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.*
- (2) *When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.*

La norma in esame è contenuta nella sezione dell’UCC che governa i contratti di compravendita di beni, ma la nozione di «*unconscionability*» è stata applicata dalle Corti americane anche ad altri tipi di contratti (come riportato da E. A. FARNSWORTH, *Contracts*⁴, New York, 2004, 298) ed è recepita anche dalla § 208 del *Restatement (Second) of Contracts*: «*If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result*».

⁶⁴ Secondo il commento ufficiale all’UCC, per verificare se una clausola sia “*unconscionable*” occorre accertare se essa sia così «*one-sided*» da essere irragionevole nelle circostanze esistenti al momento del contratto. Come notato dalla dottrina, però, tale illustrazione non contribuisce considerevolmente a rendere meno vago il concetto: l’impossibilità di dare una definizione precisa di «*unconscionability*» è, secondo E. A. FARNSWORTH, *Contracts...*, cit., 299-300, «*a source of both strength and weakness*».

⁶⁵ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). Il caso riguardava la vendita di alcuni beni di utilizzo domestico a una donna (Williams) beneficiaria di un sussidio di disoccupazione; poiché i beni erano di valore molto superiore al sussidio mensile ricevuto dalla donna, le vendite erano finanziate dalla stessa Walker-Thomas Furniture Company con contratti di credito al consumo. I contratti prevedevano una clausola (c.d. *dragnet clause*) in base alla quale la società, in caso di inadempimento di una delle rate dei diversi mutui contratti, avrebbe potuto riprendere possesso non solo del bene acquistato grazie al finanziamento non tempestivamente rimborsato, ma anche di tutti gli altri beni precedentemente venduti a credito a Williams.

choice on the part of one of the parties» e «contract terms which are unreasonably favorable to the other party»⁶⁶.

Nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale successiva, si è generalmente tenuta ferma questa “bipartizione”, definendo come «*procedural unconscionability*» l’assenza di una scelta significativa per l’aderente e come «*substantive unconscionability*» l’eccessivo squilibrio delle clausole in favore del predisponente⁶⁷. Mentre la *substantive unconscionability* postula un giudizio sull’effettivo contenuto squilibrato del contratto, la *procedural unconscionability* discende dal modo in cui è stato concluso il contratto, abusando di un’asimmetria di potere contrattuale per imporre all’altra parte clausole vessatorie di cui quest’ultima non era pienamente cosciente o di cui non aveva compreso la portata⁶⁸.

In ogni caso, solo di rado le Corti hanno accertato l’*unconscionability* di una clausola senza una qualche combinazione di entrambe le componenti (*procedural e substantive*): in particolare, il mero fatto che un contratto sia interamente predisposto da una parte non è stato ritenuto sufficiente a far riscontrare l’*unconscionability*⁶⁹.

Lo sviluppo della *unconscionability doctrine* nel diritto americano è significativo, perché testimonia che, malgrado le riserve di una parte della dottrina⁷⁰, l’esigenza

⁶⁶ *Ivi*, 449.

⁶⁷ L’origine di questi termini viene fatta risalire a A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code...*, cit., 487.

⁶⁸ M. N. BROWNE – L. BIKSACKY, *Unconscionability...*, cit., 222. La *procedural unconscionability* è stata anche efficacemente descritta come «*bargaining naughtiness*» (E. L. BROWN, *The Uncertainty...*, cit., 297).

⁶⁹ Cfr. *Carpenter v. Suffolk Franklin Sav. Bank*, 346 N.E.2d 892, 900 (Mass. 1976): «*No doubt the contracts between the [mortgagors] and the bank were “adhesion” contracts, but we are not prepared to hold that they were unconscionable in the aspects here in issue... Customers who adhere to standardized contractual terms ordinarily understand that they are assenting to the terms not read or not understood, subject to such limitation as the law may impose.*».

⁷⁰ Cfr. M. A. CHIRELSTEIN, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*⁷, St. Paul, 2013, 97-99, il quale osserva, con riferimento al caso *Walker-Thomas* (v. *supra*, nt. 65), che la *dragnet clause*, pur avendo, se considerata in astratto, un contenuto gravemente squilibrato a favore del venditore, aveva certamente avuto l’effetto di abbassare il costo del finanziamento per la sig. Williams (maggiore è il valore della garanzia reale su cui può rifarsi il creditore, minore è il tasso d’interesse da questi richiesto per il finanziamento). La dottrina dell’*unconscionability* ha allora l’effetto (rispetto a casi

di un controllo sostanziale sui contratti standard è avvertita anche negli ordinamenti di *common law*: tradizione giuridica che, com'è noto, è particolarmente fedele al principio della *sanctity of contract* e dell'intangibilità del contenuto del contratto da parte del giudice.

4 L'avvento della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori

La direttiva 13/1993/CEE, recepita dapprima dal c.c. al nuovo Capo XIV-bis del Titolo II del Libro IV e poi trasposta nella Parte III, Titolo I del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), ha conferito al giudice il potere di esercitare quel controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto che la dottrina aveva tanto auspicato⁷¹.

analoghi futuri) di garantire che i finanziamenti non conterranno *dragnet clauses*, ma vi compenseranno con più alti tassi di interesse. Il giudice finisce allora per sostituirsi alla libertà di scelta del cliente tra clausola vessatoria e più alto costo del credito.

Lo stesso A. osserva però che, considerando l'impossibilità pratica per il consumatore medio di esercitare tale scelta (specialmente in un contratto predisposto che non lascia spazio alla trattativa individuale), la valutazione del giudice si sostituisce in realtà non a quella del cliente, ma a quella fatta per quest'ultimo dal venditore (il quale aveva evidentemente ritenuto che i finanziamenti sarebbero stati ritenuti più attraenti dai clienti se il tasso fosse stato minore, pur in presenza di *dragnet clauses*). Pertanto la dottrina dell'*unconscionability* non rappresenta tanto un'ingerenza indebita nell'autonomia privata dei consumatori, ma piuttosto «*a device by which the choice function is allocated to a court, rather than to the other contracting party, where the circumstances show that the consumer cannot choose for herself*» (p. 99),

⁷¹ Sul recepimento della direttiva in Italia, v.: R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 542 ss.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 46; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie, art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 156; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, 1 ss.; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 515 ss.; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403 ss.; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, I, 565 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova...*, cit., 37 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 45 ss.; R. ALESSI, *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale* a cura di R. Alessi, Palermo, 1999, 30 ss.; F. D.

Un'analisi compiuta della disciplina introdotta dalla Direttiva e degli effetti dirompenti da essa prodotti sul sistema del nostro diritto dei contratti esula dall'ambito di indagine del presente studio. Ciò che qui interessa è che, almeno per quanto riguarda i rapporti tra professionisti e consumatori, la normativa codifica uno dei limiti che, secondo una parte della dottrina⁷², dovrebbero opporsi all'esercizio incontrollato dell'autonomia privata nella predisposizione delle condizioni generali: ossia, il principio di buona fede.

L'art. 33 c. cons. dispone infatti che «si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Com'è noto, l'uso della parola “malgrado”, che potrebbe far pensare a un riferimento alla buona fede soggettiva del professionista (ignoranza del significativo squilibrio del contratto), è dovuto a una maldestra traduzione del legislatore italiano: un confronto con le versioni nelle principali altre lingue⁷³ dimostra che la trasposizione corretta sarebbe “in contrasto con il requisito della buona fede”⁷⁴, chiarificando che il limite identificato dalla norma consiste nella buona fede oggettiva.

BUSNELLI, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis-1469-sexies*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999, 41 ss.; G. CHINÉ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, I, 2006, 662 ss.

⁷² V. *supra*, § 2.2 e spec. nt. 54.

⁷³ V. versione inglese («*contrary to the requirement of good faith*»), tedesca («*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*») e francese («*en dépit de l'exigence de bonne foi*»).

⁷⁴ Questo è il linguaggio che è stato utilizzato quando, nel 2015, si è proceduto alla correzione della traduzione italiana della direttiva (*Rettifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in G.U.U.E., 4 giugno 2015, L 137, 13), senza peraltro modificare la corrispettiva normativa interna. In argomento, si v. E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541 ss.

La scelta lessicale del legislatore italiano è stata spesso oggetto di critiche in dottrina, a volte particolarmente caustiche (v. ad es. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova...*, cit., 29, ove il testo viene definito «ridicolo nella sua insensatezza come forse nessuno mai nella storia dei testi legislativi generati dal nostro Parlamento, quasi frutto mal concepito di nobile famiglia decaduta»). Non manca però chi ritiene che la contrarietà a buona fede oggettiva sia già insita nel significativo squilibrio di diritti e obblighi, e che il nostro legislatore abbia voluto ulteriormente specificare l'irrelevanza della

La novella ha reso, sotto il profilo della tutela dell'aderente, sostanzialmente obsoleti gli artt. 1341 e 1342 c.c., anche perché la vessatorietà è presidiata dall'efficace rimedio della nullità di protezione, caratterizzata dalla legittimazione relativa esclusiva in capo al consumatore e dalla parzialità necessaria (art. 36 c. cons.)⁷⁵. Ciò spiega perché il dibattito sulla configurabilità di un controllo sostanziale dei contratti standard abbia perso negli ultimi anni molto del suo abbrivio.

Si potrebbe pensare che, alla luce della scelta normativa di limitare il controllo di contenuto ai contratti tra consumatori e professionisti, debba escludersi la possibilità di esercitarlo quando i contraenti sono di pari *status* (entrambi professionisti o entrambi consumatori). A ben vedere, tuttavia, la Direttiva 13/1993/CEE ha trasfuso in legge solo il controllo sulla base dei principi di buona fede e di equità; ma non bisogna dimenticare che un filone interpretativo autorevole fondava la possibilità dello scrutinio sui contratti standard richiamandosi ai valori facenti parte dell'ordine pubblico economico⁷⁶: si metteva in luce cioè il rischio che una standardizzazione dell'offerta "normativa" (ossia l'uniformazione delle condizioni generali adottate dalle imprese operanti nello stesso settore) si riverberasse negativamente sull'assetto concorrenziale del mercato.

Ora, la volontà del legislatore di limitare il controllo equitativo o *ex fide bona* ai soli contratti dei consumatori (che tendono a indirizzare le loro scelte di consumo

buona fede soggettiva del professionista (A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori...*, cit., 250-255). Cfr. però F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 550 ss., ove si sottolinea che il giudizio di buona fede e di significativo squilibrio non possono coincidere, attenendo il primo alle modalità di azione del professionista e il secondo al rapporto di proporzione nella distribuzione di diritti e obblighi divisata dal contratto.

⁷⁵ Tali caratteristiche, essenziali ad assicurare che la nullità non operi nella pratica in senso contrario alla *ratio legis*, ritorcendosi in un pregiudizio per il consumatore, erano state solo ipotizzate dalla dottrina per quanto riguarda la disciplina codicistica delle condizioni generali: cfr. *supra*, § 1.3 e spec. nt. 37.

⁷⁶ Cfr. *supra*, nt. 52 e 53.

in base al prezzo e alle qualità esteriori del bene⁷⁷, ma non sono generalmente in grado di avvedersi della vantaggiosità delle condizioni generali di un'impresa rispetto a quella di un'altra⁷⁸) appare giustificata: in un mercato concorrenziale, gli operatori economici professionali (i quali, a differenza dei consumatori hanno gli strumenti, le competenze e gli incentivi economici a informarsi adeguatamente sulle diverse clausole contrattuali adottate dalle imprese da cui acquistano beni o servizi) tenderanno spontaneamente a punire le imprese che predispongono condizioni generali eccessivamente squilibrate, scegliendo di contrattare con quelle che propongono un'offerta normativa più vantaggiosa.

Tale meccanismo di “selezione naturale”, tuttavia, non può operare quando il gioco della concorrenza è alterato da posizioni di monopolio o di oligopolio: in tali situazioni anche l'aderente professionale, pur essendo perfettamente cosciente dello squilibrio del modulo, non ha altra scelta che sottoscriverlo, se ha necessità di accedere al bene o al servizio. Un controllo sulle condizioni generali dell'impresa in posizione dominante potrebbe allora giustificarsi non solo in base ai principi di ordine pubblico economico, ma anche per il tramite delle espresse disposizioni della legislazione anti-monopolistica⁷⁹. La verifica di tale ipotesi costituirà l'oggetto del prosieguo della trattazione.

⁷⁷ Non a caso infatti l'art. 34 co. 2 c. cons. esclude dal giudizio di vessatorietà la «determinazione dell'oggetto del contratto» e l'«adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», a patto che il professionista abbia rispettato il principio di trasparenza.

⁷⁸ Cfr. R. A. POSNER, *Economic analysis of law*⁹, Aspen, 2014, 125, ove si osserva che la concorrenza non è in grado di garantire che i consumatori scelgano di rivolgersi all'impresa che adotta condizioni generali equilibrate a discapito di quella i cui contratti standard sono costellati di clausole vessatorie, in quanto «*the benefits of the “good” form to the consumer are too slight to overcome the information cost of making those benefits an effective selling point*»).

⁷⁹ Cfr.:

- art. 101, para. 1, lett. a) TFUE («Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente [...] *altre condizioni di transazione*»);

Va precisato però che i due parametri di controllo cui si è fatto riferimento, ossia buona fede ed equità da un lato e ordine pubblico dall'altro (che possono essere rispettivamente associati, se pur con qualche forzatura, ai due valori richiamati in apertura della giustizia distributiva e dell'efficienza allocativa), non devono essere considerati tra sé autonomi e non comunicanti, ma interdipendenti e funzionali l'uno all'altro⁸⁰.

È noto infatti che la tutela dei consumatori si giustifica, nell'ordinamento europeo, in funzione della tutela della concorrenza⁸¹ (approccio *bottom-up*); così come, di converso, l'*enforcement* della legislazione antitrust porta a benefici non solo

-
- art. 102, para. 1 e 2, lett. a) TFUE («È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere, in particolare: a) nell'imporre direttamente o indirettamente [...] *altre condizioni di transazione non eque*»);
 - art. 2, co. 2, lett. a) l. 287/1990 («Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente [...] *altre condizioni contrattuali*»);
 - art. 3, co. 1, lett. a) l. 287/1990 («È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente [...] *altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*») (corsivi aggiunti).

⁸⁰ Cfr. G.B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo...*, cit., 59: «La distinzione tra limiti soggettivi e limiti oggettivi alla libertà di concorrenza è infatti soltanto relativa. In un sistema fondato sulla iniziativa economica privata gli stessi interventi a tutela del mercato si risolvono pur sempre in interventi a tutela di coloro che operano nel mercato, produttori o consumatori che siano. In questo senso il principio dell'utilità sociale rappresenta un limite all'iniziativa economica privata, posto a tutela della libertà di iniziativa economica stessa; ciò al fine di impedire che l'uso di tale libertà finisca per tradursi in una negazione della libertà altrui e per contraddire a quei valori fondamentali su cui poggia il sistema economico prescelto».

⁸¹ V. Considerando n. 7, Direttiva 13/1993/CEE: «considerando che in questo modo i venditori di beni e i prestatori di servizi saranno facilitati nelle loro attività commerciali sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico e che sarà stimolata la concorrenza, contribuendo così a maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori».

per gli imprenditori concorrenti, ma anche i consumatori e gli utenti finali (approccio *top-down*)⁸².

⁸² È noto infatti che, pur nella diversità di prospettive, il *consumer welfare* ha sempre giocato un ruolo decisivo nel sistema del diritto e della politica antitrust; in proposito, si rinvia all'analisi svolta *infra*, cap. II (spec. §§ 2 e 3).

CAPITOLO II

DIRITTO DELLA CONCORRENZA E RIMEDI CIVILISTICI

SOMMARIO: 1. Le giustificazioni economiche di una disciplina giuridica della concorrenza – 1.1. L’ideale della concorrenza perfetta come miglior sistema possibile per il raggiungimento dell’efficienza allocativa, produttiva e dinamica – 1.2. Le critiche al modello di mercato perfettamente concorrenziale – 2. Le diverse correnti di pensiero alternatesi nell’interpretazione del diritto antitrust americano – 2.1. La concezione strutturalista (la scuola di Harvard) – 2.2. L’approccio puramente economico al diritto antitrust (la scuola di Chicago) – 3. L’evoluzione del diritto della concorrenza dell’Unione europea – 3.1. La Scuola di Friburgo: Costituzione economica, *Ordnungspolitik* e concorrenza sui meriti – 3.2. La nascita del diritto europeo della concorrenza e l’influsso dell’ordoliberalismo – 3.3. La “modernizzazione” del diritto antitrust europeo: «*a more economic approach*» – 4. Le posizioni della dottrina sulla sorte del contratto a valle di intesa anticoncorrenziale o posto in essere mediante abuso di posizione dominante – 4.1. Nullità (derivata o diretta) del contratto a valle – 4.2. Altri rimedi contrattuali demolitori o manutentivi – 4.3. Le tesi a favore dell’ammissibilità della sola tutela risarcitoria – 4.4. L’avvento della Direttiva danni antitrust (rinvio)

1 Le giustificazioni economiche di una disciplina giuridica della concorrenza

Al fine di verificare la fondatezza dell’ipotesi formulata – ossia che un controllo delle condizioni generali di contratto sia ammissibile, nei rapporti B2B, attraverso il prisma del diritto antitrust – è necessario dare conto, sia pure in termini essenziali, dei diversi approcci che l’ordinamento può adottare al fine di tutelare l’assetto

concorrenziale del mercato e delle impostazioni ideologiche sottese alle soluzioni normative accolte nei principali sistemi giuridici¹.

Occorre prendere le mosse da una considerazione, ricorrente ma non scontata: tra libertà di concorrenza e autonomia privata intercorre un rapporto, per certi versi, paradossale. È spesso osservato, infatti, che la tutela della concorrenza è finalizzata a consentire il libero esercizio dell'autonomia negoziale, senza che questa sia ostacolata da comportamenti anticoncorrenziali degli altri partecipanti del mercato; ma, proprio per permettere tale libertà, il diritto impone limiti alle possibilità di esplicazione

¹ Sul diritto della concorrenza nell'ordinamento italiano e comunitario (e poi eurounitario), v., in generale: L. AMOROSO, *Concorrenza*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 993 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*³, Milano, 1960; F. DENOZZA, *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988; R. ALESSI – G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato: commento alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991; AA. VV., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol. 1 (Artt. 1-7)*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993; R. ALESSI, *Concorrenza. I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. giur.*, VII, 1994, 1 ss.; G. NAPOLETANO, *Diritto della concorrenza*, Roma, 1996; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998; V. AMENDOLA – P. L. PARCU, *L'antitrust italiano: le sfide della tutela della concorrenza*, Torino, 2003; G. FLORIDIA – V. G. CATELLI, *Diritto antitrust: le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Assago, 2003; G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005; E. A. RAFFAELLI – J. F. BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*², Milano, 2006; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Volume VI. Interferenze* a cura di V. Roppo, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 635 ss.; ID., *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007; G. MONTI, *EC Competition Law*, New York, 2007; G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008; V. MANGINI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009; P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali*, III, Milano, 2010, 191 ss.; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Milano, 2011; A. FRIGNANI – S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, LXIV, Padova, 2012; B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under Article 101 TFEU*, Alphen aan den Rijn, 2012; F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law*⁸, Oxford – New York, 2015; G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*², Milano, 2018; A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018; G. CASSANO – A. CATRICALÀ – R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018.

Sul diritto antitrust americano si v., per tutti: R. A. POSNER, *Antitrust Law*², Chicago – Londra, 2001; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*⁵, St. Paul, 2016; ID., *Antitrust*⁶, St. Paul, 2016.

dell'autonomia privata stessa (la quale, se lasciata a se stessa, tenderebbe a creare cartelli e accordi collusivi per massimizzare i margini di profitto dell'impresa²).

Poiché l'autonomia privata è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento civile, la regolamentazione giuridica della concorrenza può essere ammessa solo assumendo che essa apporti al sistema un beneficio tale da giustificare la compressione di quella libertà.

1.1 *L'ideale della concorrenza perfetta come miglior sistema possibile per il raggiungimento dell'efficienza allocativa, produttiva e dinamica*

Il principale argomento a sostegno della necessità del diritto antitrust trova fondamento in elementari nozioni di economia politica. Com'è noto, secondo i modelli

² Il concetto è efficacemente espresso da E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 13: «La necessità che si limiti l'esercizio della libertà (di concorrenza) del singolo, a garanzia della libertà altrui, si amplifica infatti proporzionalmente al formarsi di situazioni di vera e propria dominanza, al formarsi cioè di forme di potere privato di tipo monopolistico, in grado non più solo di comprimere la libertà di questo o quel concorrente, bensì di attendere all'assetto libero-concorrenziale dell'intero mercato». Sul tema, si v. in generale N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, *passim*.

Cfr. anche M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 206, ove si sottolinea che gli ordinamenti ottocenteschi erano riluttanti a reprimere le associazioni tra imprenditori (talvolta chiamate "consorzi" o "sindacati") nei quali venivano concordati prezzi e ripartite aree di approvvigionamento, in quanto la cultura liberista allora dominante riteneva che l'economia di mercato fosse fondata sulla libertà dell'individuo; sicché si era restii a credere che il buon funzionamento di tale economia richiedesse proprio una compressione della libertà contrattuale.

Per questo motivo, si diffuse in molti Paesi europei (tra cui l'Italia) un orientamento giurisprudenziale che riconosceva la validità degli accordi di cartello quale legittima esplicazione della libertà contrattuale dei privati, senza ravvisarvi alcuna violazione dei principi di ordine pubblico: è spesso riportata, in particolare, una risalente sentenza del *Reichsgericht* (sent. 4 febbraio 1897, *Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband*, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Band 38, 1897, 155) che, riconoscendo la validità di un accordo anticoncorrenziale tra produttori di legname, diede «l'avvio a un processo di massiccia cartellizzazione dell'economia tedesca» (così V. MELI, *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust...*, cit., 49).

Tutt'al più si istituirono modelli di controllo amministrativo sui cartelli per vigilare contro eventuali abusi (si v. per il nostro ordinamento gli artt. 2618-2620 c.c., che costituiscono la Sezione intitolata «Dei controlli dell'autorità governativa» sulle associazioni e sulle società consortili per il coordinamento della produzione e degli scambi; tali norme, come rileva M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 208, rimasero peraltro inapplicate a causa dell'abolizione del regime corporativo fascista).

dell'economia neoclassica il mercato di concorrenza perfetta³ raggiunge un equilibrio tra le curve di domanda e offerta al punto di massima efficienza allocativa, ossia l'ottimo paretiano⁴.

³ Le caratteristiche fondamentali del mercato perfettamente concorrenziale sono riassunte in H. HOVENKAMP, *Antitrust...*, cit., 59, e consistono in:

- a) perfetta omogeneità dell'offerta di prodotto da parte di tutti i venditori, sicché per i consumatori è indifferente, a parità di prezzo, acquistare dall'uno o dall'altro;
- b) indeterminato numero di piccoli venditori, ciascuno di dimensioni così ridotte che le sue decisioni di incrementare o ridurre la produzione, o persino di ritirarsi dal mercato, non hanno effetti rilevanti sulle decisioni degli altri venditori;
- c) perfetta conoscenza dei partecipanti del mercato del prezzo, della produzione e di ogni altra informazione rilevante.

Spesso si aggiunge poi che, per la realizzazione di tali condizioni, sia necessario che non vi sia nel mercato alcuna barriera all'entrata (ossia ostacoli di fatto o di diritto che impediscano a nuove imprese di entrare liberamente nel mercato), né, corrispettivamente, alcuna barriera all'uscita (così R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 8). Per un'esemplificazione di possibili barriere all'entrata in un mercato si può consultare Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE* [ora art. 102 TFUE, n.d.r.] *al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in G.U.U.E., 24 febbraio 2009, C 45, § 17: «Può trattarsi di barriere giuridiche, come le tariffe o le quote, o di vantaggi specificamente goduti dall'impresa dominante, come le economie di scala e di diversificazione, l'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali, tecnologie importanti o una rete di distribuzione e di vendita ben consolidata. Si può trattare anche di costi e altri impedimenti, derivanti ad esempio da effetti di rete, cui devono far fronte i clienti nel passaggio a un nuovo fornitore. Anche lo stesso comportamento dell'impresa dominante può creare barriere all'ingresso sul mercato, ad esempio qualora essa abbia effettuato investimenti significativi che i nuovi operatori o i concorrenti dovrebbero eguagliare o abbia stipulato con i propri clienti contratti a lungo termine che hanno effetti di preclusione».

⁴ Si ha una situazione di ottimo paretiano quando non è possibile rendere migliore la situazione di qualcuno senza contemporaneamente rendere peggiore quella di qualcun altro. Ciò rappresenta l'efficienza allocativa in quanto ogni risorsa presente sul mercato è attribuita al soggetto che le riconosce il maggiore valore, massimizzando così il valore complessivo del sistema.

Poiché diversi consumatori hanno diverse preferenze, ciascuno di essi avrà un diverso prezzo che sarà disposto a pagare per acquistare il prodotto (c.d. prezzo di riserva). A bassi livelli di produzione, solo i consumatori con alti prezzi di riserva acquisteranno e i produttori otterranno alti profitti; ciò, in un mercato perfettamente concorrenziale, spingerà le imprese a produrre di più (nonché indurrà altre imprese ad entrare nel mercato) e il prezzo dovrà essere abbassato per vendere tutto l'*output* (assumendo che sia impossibile la "discriminazione perfetta", ossia la vendita a ciascun consumatore al prezzo che egli sarebbe disposto a pagare). Per i consumatori con i più alti prezzi di riserva si crea così il "surplus del consumatore", consistente nella differenza tra quanto sarebbero stati disposti a pagare e il prezzo di mercato.

La produzione continuerà ad aumentare e il prezzo a calare fin quando il prezzo sarà uguale al costo marginale (ossia il costo necessario a produrre l'ultima unità di prodotto) dell'impresa con i più alti costi di produzione: la produzione non aumenterà ulteriormente perché nessuna impresa potrebbe vendere un'unità di prodotto a un prezzo più basso senza subire una perdita (si precisa che, in termini economici, il termine "costo" comprende non solo i costi di produzione in senso stretto, ma anche un

In un mercato monopolistico, invece, la produzione si attesterà a un livello inferiore (e il prezzo a un livello superiore) rispetto a quello di un mercato concorrenziale⁵. Ciò ha due conseguenze: in primo luogo, i consumatori disposti ad acquistare al prezzo più alto avranno un minore “surplus del consumatore”⁶ (tale esito è in realtà indifferente dal punto di vista dell’efficienza allocativa, in quanto comporta semplicemente un trasferimento di ricchezza dai consumatori al monopolista, ma la ricchezza complessiva del sistema non muta); in secondo luogo, i consumatori che avrebbero acquistato a un prezzo inferiore del prezzo monopolistico, ma superiore o pari al prezzo competitivo, non acquisteranno affatto. Ciò comporta una perdita netta per il sistema, in quanto i consumatori perdono il surplus di cui avrebbero goduto nel mercato concorrenziale, ma il monopolista non ne ha alcun guadagno corrispettivo, non potendo egli ottenere profitti su vendite che non ha fatto⁷.

marginale di profitto sufficiente a mantenere investimenti nell’industria; così H. HOVENKAMP, *Antitrust...*, cit., 60). A tale livello di produzione e di prezzo le curve di domanda e di offerta si intersecano ed è massimizzato il surplus complessivo dei consumatori: ogni unità è allocata a chi le attribuisce il maggior valore. Infatti, se la produzione fosse inferiore, non acquisterebbero il bene alcuni consumatori che valutano il bene più dei costi necessari all’impresa per produrlo (più, come si è detto, un margine di profitto sufficiente a continuare ad investire e operare nel mercato); se fosse superiore, le nuove unità verrebbero acquistate da consumatori che le valutano meno dei costi necessari a produrle.

Di tali nozioni è dato conto, in termini meno tecnicistici di quelli che caratterizzano i manuali di economia politica, anche nella sezione introduttiva di alcuni volumi dedicati al diritto antitrust: v. ad es. R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 4 ss.

⁵ Specificamente, il monopolista che miri a massimizzare il proprio profitto continuerà a produrre fino a quando i suoi ricavi marginali (ossia i ricavi ottenuti con l’ultima unità di prodotto) siano pari ai costi marginali. Se producesse ulteriormente oltre tale ammontare, i costi addizionali crescerebbero più rapidamente dei ricavi addizionali e il livello complessivo di profitto del monopolista sarebbe inferiore (così H. HOVENKAMP, *Antitrust...*, cit., 65-66; R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 6 ss.).

⁶ V. *supra*, nt. 4.

⁷ H. HOVENKAMP, *Antitrust...*, cit., 67, ove tale perdita netta viene definita la «*deadweight loss*» o più generalmente il «*social cost*» del monopolio. Espone il concetto anche C. OSTI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 20 ss., il quale evidenzia che non è pacifico che il diritto antitrust debba prevenire solamente la perdita netta di ricchezza complessiva e non anche il trasferimento di ricchezza dai consumatori all’impresa che esercita il potere di mercato; da tale diversità di vedute discendono anche divergenze nell’applicazione delle regole a fronte di situazioni in cui il surplus del consumatore è aumentato a discapito di una perdita complessiva di ricchezza del sistema, o viceversa.

Oltre ad assicurare l'efficienza allocativa, la concorrenza perfetta avrebbe anche effetti benefici rispetto ad altre declinazioni del concetto di efficienza: in particolare, l'efficienza produttiva (ossia la realizzazione della massima quantità di *output* con la minima quantità di *input*)⁸ e l'efficienza dinamica (ossia la tendenza delle imprese in competizione a sviluppare prodotti e servizi innovativi per conquistare nuove quote di mercato)⁹.

Potrebbe allora sembrare che lo scopo del diritto della concorrenza sia di garantire la realizzazione e il mantenimento del mercato di concorrenza perfetta, contrastando ogni pratica anticoncorrenziale che potrebbe assicurare a un'impresa non solo una posizione di monopolio vera e propria, ma anche il mero conseguimento di un potere di mercato sufficiente a influenzare le decisioni dei suoi concorrenti. Stando ai modelli sopra ricordati, la concorrenza perfetta persegue infatti nel miglior modo possibile il "benessere del consumatore", che costituisce, secondo una definizione alquanto comune, la finalità cui tende il diritto antitrust¹⁰.

⁸ R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 5-6, ove si osserva che la concorrenza perfetta condurrebbe al raggiungimento dell'efficienza produttiva a causa dell'impossibilità per la singola impresa di vendere ad un prezzo superiore al costo marginale (cfr. *supra*, nt. 4); pertanto, l'operatore che intenda ottenere un maggior profitto non può alzare il prezzo, ma solo ridurre i costi. Nel lungo periodo il mercato perfettamente concorrenziale spingerà allora le imprese a sviluppare le tecniche produttive più efficienti che permettano di produrre lo stesso *output* al minor costo possibile.

⁹ Sui concetti di efficienza allocativa, produttiva e dinamica, v. P. BUCCIROSSI – A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in A. FRIGNANI – S. BARIATTI, *Disciplina della concorrenza...*, cit., 10-11.

¹⁰ V. ad es. R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 1: «*As a general proposition competition law consists of rules that are intended to protect the process of competition in order to maximise consumer welfare*». In senso analogo, C. OSTI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 21. Cfr. anche A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Clausole "unfair"...*, cit., 22: «[...] quello che si assume essere l'obiettivo comunemente riconosciuto, almeno a livello declamatorio, per l'antitrust sotto ogni cielo, ovvero la promozione del benessere dei consumatori».

Per un'approfondita analisi del concetto di *consumer welfare* nell'ottica del diritto antitrust si v. B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 48 ss.

1.2 *Le critiche al modello del mercato perfettamente concorrenziale*

A tale conclusione si oppongono diverse obiezioni. La prima e più ovvia è che la concorrenza perfetta è un modello ideale che è di improbabile – se non addirittura utopistica – attuazione nel mondo reale¹¹.

Vi sono però anche autori che, a prescindere dalla sua concreta realizzabilità, non ritengono socialmente desiderabile che il mercato si conformi a un modello di concorrenza perfetta; ciò in quanto l'innovazione è perseguibile efficientemente solo da imprese che abbiano raggiunto considerevoli dimensioni conquistando ampie quote di mercato, mentre le piccole imprese omogenee che formano il mercato di concorrenza perfetta non avrebbero i mezzi per investire nella ricerca necessaria al conseguimento del progresso tecnologico¹².

Si è poi sostenuto che, contrariamente alla tesi dei neoclassici, l'efficienza produttiva non è affatto massimizzata nell'ambito della concorrenza perfetta: lo sviluppo delle tecniche produttive che garantiscono il minor costo per unità prodotta presuppone spesso economie di scala fuori dalla portata di piccole imprese disseminate¹³.

¹¹ R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 8, ove si osserva che molti dei connotati del modello di mercato perfettamente concorrenziale (cfr. *supra*, nt. 3) sono di ben difficile realizzazione pratica. È improbabile che in un mercato ci sia perfetta omogeneità dell'offerta da parte di tutti i produttori: le imprese tenderanno a differenziare leggermente i loro prodotti e a porre in essere qualche forma di fidelizzazione dei clienti, sicché un lieve incremento nel prezzo non comporterà necessariamente un crollo verticale della domanda. Inoltre, raramente i consumatori hanno perfetta informazione sulle condizioni del mercato e non reagiranno immediatamente alle variazioni di offerta. Infine, come ricordato in precedenza (*supra*, nt. 3), molti mercati hanno barriere all'entrata o all'uscita che rendono difficoltoso l'istantaneo ricambio delle imprese che vi operano.

¹² È questa la nota tesi di J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), trad. it., Milano, 2001. L'economista austriaco riteneva che la prospettiva dei profitti monopolistici fosse il principale fattore di motivazione a innovare per le imprese; qualora poi tale posizione di monopolio fosse stata raggiunta, essa sarebbe stata in breve tempo scalzata da nuovi partecipanti del mercato, sicché il potere pubblico non avrebbe dovuto adottare misure di contrasto al conseguimento di tali monopoli a breve termine. L'interesse pubblico alla costante innovazione dell'offerta di beni e servizi sul mercato sarebbe pertanto servito al meglio da questo continuo avvicinarsi di posizioni dominanti, definito dall'economista una "perenne burrasca di distruzione creativa".

¹³ F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 27 ss., il quale osserva che, poiché il mercato di concorrenza perfetta richiede che le imprese abbiano certe caratteristiche (dimensioni ridotte) e si astengano da determinati comportamenti (collusione), qualora l'efficienza produttiva richieda quelle caratteristiche o

Sono state così sviluppate diverse teorie su quale possa essere il modello di concorrenza più funzionale al perseguimento dell'utilità sociale (che il diritto della concorrenza debba quindi tendere a realizzare), come la tesi della "concorrenza monopolistica" o "concorrenza imperfetta"¹⁴, la teoria della "*workable competition*"¹⁵ o quella dei "mercati contendibili"¹⁶.

quei comportamenti si materializza «la possibilità che l'obiettivo dell'efficienza allocativa entri in collisione con l'obiettivo dell'efficienza produttiva» (p. 28).

L'A. poi dà conto delle teorie per cui il mancato raggiungimento dell'efficienza produttiva nei mercati perfettamente concorrenziali non dipende solo dal fenomeno delle economie di scala, ma anche e soprattutto dall'esistenza di costi di transazione, ossia tutti i costi che le parti devono sostenere per poter raggiungere un accordo e che possono essere classificati in costi di ricerca, costi di negoziazione e costi di esecuzione (così R. COOTER – U. MATTEI – P. G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*², Bologna, 2011, 98 ss.). I costi di transazione sono originati dai due fenomeni della "razionalità limitata" (con ciò intendendosi la difficoltà per gli operatori di risolvere problemi e gestire informazioni) e dell'"opportunismo" (ossia la tendenza del singolo a perseguire il suo esclusivo interesse, senza curarsi dell'eventuale detrimento arrecato al sistema nel suo complesso). A fronte di tali fenomeni, la contrattazione decentrata non è in grado di condurre spontaneamente al raggiungimento dell'efficienza produttiva, che potrebbe invece essere conseguita (secondo i fautori di questa impostazione) con forme di cooperazione tra gli operatori economici che permettano di neutralizzare l'effetto di tali costi transattivi.

Evidenziano la possibilità dell'esistenza di un *trade-off* tra efficienza allocativa ed efficienza produttiva, facendo anche riferimento al caso del monopolio naturale, anche P. BUCCIROSSI – A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive...*, cit., 11.

¹⁴ E. H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1933; J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, Londra, 1933. Come riportato da M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 223-224, la rilevanza di queste opere sta soprattutto nel simbolico «superamento della dicotomia "concorrenza/monopolio"» e nella presa d'atto della tendenza degli operatori economici a differenziare, anche solo leggermente, la propria offerta rispetto ai concorrenti.

¹⁵ La teoria si deve a J. M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, in *American Economic Review*, 1940, 241 ss. Essa appare essere «una versione attenuata ed elastica del concetto di concorrenza perfetta» (M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 224), in quanto, preso atto dell'irrealizzabilità pratica della concorrenza perfetta, ritiene comunque auspicabile che il diritto miri a favorire l'instaurazione del sistema più concorrenziale che sia concretamente praticabile. Come sintetizzato da F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in G. CASSANO – A. CATRICALÀ – R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato...*, cit., 66 ss., Clark ritiene che anche mercati ove operano un numero limitato di produttori potrebbero assicurare risultati soddisfacenti dal punto di vista del benessere complessivo, a patto che i concorrenti non colludano tra loro e che nuovi operatori abbiano la possibilità di competere distribuendo prodotti analoghi a quelli sul mercato.

In argomento v. anche S. H. SOSNICK, *A Critique of Concepts of Workable Competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1958, 380 ss.

¹⁶ V. ad es. W. BAUMOL – J. C. PANZAR – R. D. WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1988; E. E. BAILEY, *Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1981, 178 ss. Secondo i sostenitori di questa teoria, perché il mercato conduca ad esiti efficienti non è necessario che esso sia perfettamente concorrenziale,

Sebbene non sia possibile, in questa sede, analizzare dettagliatamente queste teorie, sembra opportuno dare conto, sia pure in termini essenziali, dei principali orientamenti culturali che hanno influenzato lo sviluppo e l'applicazione del diritto della concorrenza nell'ordinamento statunitense (che, con l'emanazione dello *Sherman Act* del 1890, è stata la prima tra le nazioni industrializzate a dotarsi di una legislazione antitrust¹⁷) e nell'ordinamento europeo (la cui disciplina della concorrenza è stata per lungo tempo l'unica applicabile in Italia e di cui la stessa l. 287/1990 è largamente tributaria¹⁸).

ma piuttosto che sia perfettamente contendibile: ossia che l'entrata e l'uscita dal mercato siano il più possibile prive di costi per le imprese. La presenza di oligopoli o addirittura di monopoli non deve allora essere vista per forza con sfavore dalle Autorità antitrust, che devono limitarsi ad assicurare l'assenza di barriere economiche all'entrata e all'uscita: se sussistono queste condizioni, eventuali scelte produttive inefficienti prese dagli operatori già sul mercato spingeranno nuove imprese ad entrarvi per conseguire l'occasione di profitto generatasi. La teoria mirava soprattutto a dimostrare l'opportunità della *deregulation* delle industrie americane, la quale, rimuovendo le barriere amministrative all'entrata nei mercati, li avrebbe resi appunto contendibili.

¹⁷ M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 209, pur riconoscendo l'importanza decisiva dello *Sherman Act* nello sviluppo delle moderne legislazioni antitrust, stigmatizza la tendenza ad attribuire a questa legge la creazione di un istituto giuridico completamente nuovo (tendenza che l'A. riconduce alla «perdita di memoria storica»). Infatti i divieti di abusi monopolistici erano già stati elaborati nella *common law* ed erano presenti in numerose legislazioni dell'Europa medievale e moderna. In senso analogo, v. F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust...*, cit., 3, ove si fa riferimento a precetti antimonopolistici risalenti addirittura al diritto romano (come la *lex Iulia de annonae* del 18 a.C., che proibiva l'accumulazione di scorte alimentari allo scopo di incrementare artificialmente i prezzi, e un Editto di Diocleziano del 301 d.C., che puniva con la pena di morte chi approfittasse delle carestie per elevare i prezzi dei beni di consumo).

¹⁸ Cfr. R. ALESSI, *Concorrenza. I) Libertà...*, cit., 2 ss., ove si osserva che la l. 287/1990 ha «chiaramente una matrice comunitaria»: anche la sua rapida approvazione dopo il fallimento di molti progetti simili nei decenni precedenti dipende probabilmente dall'esigenza di rispettare la scadenza fissata dall'Atto Unico Europeo del 1986, il quale prevedeva che il mercato interno dovesse essere realizzato entro il 1992. Ciò spiega anche perché, nell'intenzione del legislatore, la legge si applichi solamente alle fattispecie che non ricadono nell'ambito di applicazione dei Trattati europei (criterio della c.d. «barriera unica» o «*one-stop principle*»). L'aspirazione della l. 287/1990 a inserirsi nell'ambito di un sistema europeo di repressione delle pratiche restrittive della concorrenza emerge poi dal disposto dell'art. 1 co. l. 287/1990, ai sensi del quale «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Anche F. GHEZZI – G. OLIVIERI, *Diritto antitrust...*, cit., 24, sottolineano che «salve alcune variazioni di stile ed alcuni interventi minori, le norme sostanziali italiane sono state fondamentalmente trasposte da quelle comunitarie».

In entrambi i sistemi giuridici, infatti, gli accordi o le pratiche anticoncorrenziali sono raramente vietate di per sé, dovendosi sempre accertare in concreto se sussistano i presupposti per l'applicazione delle sanzioni antitrust. È noto che, sebbene lo *Sherman Act* sembri proibire in termini perentori il *restraint of trade* e la *monopolization*¹⁹, la giurisprudenza americana ha presto elaborato la c.d. *rule of reason*, ossia la necessità di usare un criterio di ragionevolezza nella valutazione delle fattispecie sospette, così da verificare se esse non siano in realtà fonte di guadagni di efficienza per il sistema²⁰. Parimenti, il diritto antitrust europeo, pur vietando le intese restrittive della

¹⁹ *The Sherman Antitrust Act* (1890)

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty – «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony [...]».

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty – «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony [...]».

²⁰ Dopo alcune incertezze della giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore dello *Sherman Act*, la *rule of reason* fu affermata come il generale *standard of review* dei casi antitrust nella celebre decisione *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), nella quale la Corte Suprema stabilì che lo *Sherman Act* non proibisce ogni restrizione al commercio, ma solo quelle che portano a un'irragionevole contrazione degli scambi commerciali tra Stati o con Paesi stranieri. La *rule of reason* è stata poi confermata all'unanimità dalla Corte Suprema nel caso *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), ove la Corte ha affermato: «*The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition*».

Resta inteso che alcune pratiche, considerate particolarmente pericolose per l'assetto concorrenziale del mercato (come ad es. accordi orizzontali di fissazione dei prezzi), possono essere considerate proibite a prescindere, senza che sia necessario che il giudice ponga in essere il test di ragionevolezza: è questa la c.d. *per se rule*, di cui una nota definizione fu data in *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958): «*agreements or practices which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use*».

La *rule of reason* è stata spesso criticata per l'incertezza applicativa e l'eccessiva discrezionalità rimessa all'autorità giurisdizionale che essa comporta: v. ad es. R. A. POSNER, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *University of Chicago Law Review*, 1977, 1 ss.; P. C. CARSTENSEN, *The Content of the Hollow Core of Antitrust: The Chicago Board of Trade Case and the Meaning of the "Rule of Reason" in Restraint of Trade Analysis*, in *Research in Law and Economics*, 1992, 1 ss.; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*², New York, 1993, 44; T. C. ARTHUR, *A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for*

concorrenza, prevede l'inapplicabilità del divieto agli accordi alle pratiche «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico» (art. 101, para. 3 TFUE)²¹; si ritiene inoltre che la prova di effetti positivi per il mercato nel complesso impedisca di qualificare come “abuso” ai sensi dell’art. 102 TFUE una pratica posta in essere da un’impresa in posizione dominante²².

Come si vede, i parametri in base ai quali i comportamenti anticoncorrenziali non possono ritenersi vietati sono connotati da una certa indeterminatezza²³: ciò spiega perché la loro applicazione è stata storicamente condizionata dalla temperie culturale in cui si trovavano a operare gli interpreti. L’esame dei diversi orientamenti di pensiero che hanno animato il dibattito dottrinale sulla corretta esegesi delle regole antitrust è perciò particolarmente rilevante anche per l’impostazione della problematica oggetto del presente lavoro, ossia la delimitazione del divieto di imposizione di condizioni contrattuali sfruttando il proprio potere di mercato.

the Federal Courts, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 337 ss.; J. J. FLYNN, *The Role of Rules in Antitrust Analysis*, in *Utah Law Review*, 2006, 605 ss.; M. E. STUCKE, *Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?*, in *U.C. Davis Law Review*, 2009, 1375 ss.; E. D. CAVANAGH, *The Rule of Reason Re-Examined*, in *The Business Lawyer*, 2012, 435 ss.

²¹ Evidenzia la simmetria funzionale tra la *rule of reason* nel diritto antitrust statunitense e il regime delle esenzioni e delle autorizzazioni in deroga nel diritto della concorrenza italiano ed europeo R. ALESSI, *Concorrenza. I) Libertà...*, cit., 7.

²² V. ad es. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 272: «l’applicazione della norma di divieto non dipende dall’accertamento di caratteristiche formali del comportamento dell’impresa dominante, ma da una valutazione di riprovevolezza del comportamento stesso, da svolgere con gli stessi criteri che presiedono all’applicazione del divieto delle intese anticoncorrenziali».

²³ M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 220, descrive le norme sulla concorrenza come «testi “a maglie larghe”», osservando che tale tecnica redazionale è dovuta al fatto che, se i divieti fossero formulati in modo eccessivamente circoscritto, sarebbe agevole per le imprese eluderne l’ambito applicativo.

2 Le diverse correnti di pensiero alternatesi nell'interpretazione del diritto antitrust americano

Come accennato, la disciplina antitrust introdotta negli Stati Uniti con l'emanazione dello *Sherman Act* (cui si sono poi aggiunti il *Clayton Act* e il *Federal Trade Commission Act*, entrambi del 1914) ha avuto una grande influenza sullo sviluppo delle legislazioni antimonopolistiche successive, ivi comprese anche quella europea e italiana. È opportuno perciò dare conto delle principali scuole di pensiero che hanno trovato maggiore consenso tra la dottrina e la giurisprudenza nordamericana in materia.

2.1 *La concezione strutturalista (la scuola di Harvard)*

La teoria strutturalista, elaborata negli anni '30 da due economisti dell'Università di Harvard (E. S. Mason e J. S. Bain²⁴), propone un modello standard di analisi dei mercati al fine di orientare l'*enforcement* delle norme antitrust.

Essa trae origine dalla composizione di un contrasto tra gli economisti circa i criteri di valutazione della sostenibilità concorrenziale di un mercato: secondo alcuni occorre esaminare la *struttura* del mercato; secondo altri, la sua *performance*, ossia il suo rendimento economico²⁵. La scuola strutturalista afferma invece che l'analisi

²⁴ Cfr. E. S. MASON, *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States*, in *Harvard Law Review*, 1949, 1265 ss.; J. S. BAIN, *Barriers to New Competition: Their Characteristics and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge (Massachusetts), 1956.

²⁵ Come riportato da F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza...*, cit., 68-69, negli anni successivi all'elaborazione della teoria della "*workable competition*" di Clark (v. *supra*, nt. 15) alcuni studiosi sostennero il c.d. approccio "strutturale", secondo il quale la concorrenzialità del mercato sarebbe inestricabilmente legata alle sue caratteristiche appunto strutturali, come l'elevata differenziazione del prodotto o la presenza di rilevanti barriere all'entrata. Corollario di questa teoria è il favore verso un intervento pubblico nel sistema economico, in quanto unico strumento in grado di alterare la fisionomia del mercato.

A questa visione si sono contrapposti coloro che ritenevano troppo statico il modello strutturale, preferendo valutare il rendimento (*performance*) del mercato, ossia il divario tra gli obiettivi perseguiti dagli operatori economici e quelli effettivamente conseguiti nel mercato.

antitrust deve tenere conto non solo di struttura e *performance* in pari misura, ma anche delle condotte degli operatori economici (il modello viene infatti spesso indicato con la sigla SCP: *Structure, Conduct, Performance*). In particolare, ogni mercato ha determinate condizioni di base, che ne determinano la struttura; essa, insieme ai comportamenti dei partecipanti del mercato, contribuisce a influenzare i risultati di efficienza raggiunti dal mercato²⁶.

Pertanto, un intervento esterno su condizioni di base, struttura, o comportamenti può tradursi di riflesso in diversi rendimenti di *performance* del mercato. Ciò spiega perché i sostenitori di questa teoria ritengono che il metodo più efficace per migliorare la *performance* del mercato consista in una politica interventista, volta a rettificare gli elementi di ostacolo alla concorrenzialità riscontrati nella struttura del

²⁶ M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 225, nt. 130, elenca i dati rilevanti di ciascuno dei quattro “momenti” del mercato:

1. Condizioni di base:
 - a. Caratteri della domanda (elasticità, tasso di crescita)
 - b. Caratteri del prodotto (sostituibilità, durata)
 - c. Tecnologia
 - d. Fattori storici ed ambientali
 - e. Grado di sindacalizzazione
2. Struttura:
 - a. Numero di venditori e compratori
 - b. Dimensione dei venditori
 - c. Differenziazione dei prodotti
 - d. Diversificazione delle imprese
 - e. Integrazione verticale
 - f. Barriere all'entrata
 - g. Struttura dei costi di produzione
3. Condotta:
 - a. Politica dei prezzi
 - b. Politica di promozione delle vendite
 - c. Strategie produttive
 - d. Politica dell'innovazione
 - e. Politica degli investimenti
4. *Performance*:
 - a. Efficienza allocativa
 - b. Piena occupazione
 - c. Progresso tecnico
 - d. Qualità del prodotto
 - e. Equa distribuzione del reddito

mercato (ad es. mediante la rimozione delle barriere all'entrata). La correzione delle criticità strutturali del mercato si riverbererà spontaneamente su una minore collusione tra le imprese e quindi in migliori rendimenti di mercato²⁷.

Il modello pragmatico ed empiristico della concezione strutturalista ebbe notevole influenza sull'applicazione del diritto antitrust in America tra la metà degli anni '30 e la metà degli anni '70 del '900, che fu caratterizzata da un'aggressiva repressione delle concentrazioni tra imprese, anche quando queste avrebbero potuto condurre a guadagni di efficienza (sotto forma ad es. di riduzione dei costi). Per questo motivo, questo periodo è talvolta definito come «*the trust-busting era*»²⁸.

²⁷ Questo aspetto è evidenziato da F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza...*, cit., 70-71.

²⁸ Così B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 81. L'A. osserva (pp. 85-92) che la teoria strutturalista ebbe principalmente tre effetti sugli orientamenti applicativi delle Autorità e delle Corti statunitensi.

In primo luogo, gli accertamenti antitrust furono caratterizzati da un forte formalismo e da un metodo presuntivo nell'esame empirico dei comportamenti delle imprese: coerentemente con la concezione deterministica propria della scuola strutturalista (per la quale una certa struttura del mercato porterà tendenzialmente a certe condotte delle imprese), le pratiche che comportavano una conformazione della struttura del mercato in una direzione diversa da quella ritenuta ottimale venivano censurate senza curarsi dei loro reali o potenziali effetti sulla concorrenza.

In secondo luogo, si tese a semplificare l'onere della prova gravante sugli attori che asserivano la violazione dei divieti antimonopolistici da parte delle imprese, ad es. istituendo divieti "*per se*" di certe pratiche (come gli accordi di "*tying*", mediante i quali certi prodotti sono messi in commercio in abbinamento con altri, sicché il consumatore che è interessato ad acquistarne uno è obbligato ad acquistarli entrambi) e presumendo l'illiceità di fusioni che portassero al controllo di una quota di mercato superiore a una certa soglia.

In terzo luogo, l'applicazione del diritto della concorrenza fu influenzata da considerazioni di carattere non solo economico, ma anche politico e sociale: in particolare, la convinzione che fosse in ogni caso necessario proteggere le piccole e medie imprese dal rischio di essere sopraffatte dalle aziende di grandi dimensioni.

Cfr. però M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 226-227, che mette in guardia contro la tentazione di contrapporre semplicisticamente una concezione "politica" del metodo "harvardiano" a una concezione "economica", in quanto anche la teoria strutturalista applica un metodo di analisi economica: semplicemente, si tratta di un metodo "tipologico" che descrive in termini non definiti in eccessivo dettaglio un modello di mercato ideale, a cui paragona poi le fattispecie concrete; il modello economico "ortodosso" invece sottopone le fattispecie a un'analisi più "scientifica", confrontandoli con modelli matematici ed econometrici, ma sconta così il rischio di un'eccessiva astrazione dal reale. Per questo motivo l'A. conclude che «non è detto dunque che il primo metodo sia da considerare empirico e superato».

2.2 *L'approccio puramente economico al diritto antitrust (la scuola di Chicago)*

A partire dalla metà degli anni '70, l'impostazione strutturalista della scuola di Harvard ha ceduto il passo alla scuola neoliberalista di Chicago, la quale ha riscosso grande successo tra gli interpreti fino agli anni 2000²⁹.

Questo orientamento si è posto in netta contrapposizione con la teoria strutturalista, criticata per l'eccessivo eclettismo nei fini perseguiti, da cui è derivata una politica antitrust incoerente e non adeguata ad assicurare la massimizzazione del benessere collettivo. Secondo gli esponenti della scuola di Chicago, il diritto antitrust deve mirare alla realizzazione di un unico scopo, ossia il conseguimento dell'efficienza allocativa³⁰. Ciò risulterebbe peraltro dall'analisi dei lavori preparatori dello *Sherman Act* e di altre normative antimonopolistiche, dai quali emergerebbe che l'intento del Congresso nell'emanare queste leggi era solamente di perseguire un accrescimento dell'efficienza del sistema economico, senza considerazione per altri valori sociali o politici³¹.

²⁹ Fra le opere più significative riconducibili a questa corrente si possono menzionare: R. A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago – Londra, 1976; ID., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 925 ss.; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York, 1978; F. H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1 ss.

Tra le prime analisi critiche della Scuola di Chicago nella dottrina italiana, si v. F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 5 ss.

³⁰ F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 23; B. V. ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 93; M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 227; F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza...*, cit., 72.

³¹ La tesi del *consumer welfare* (nel senso di massima ricchezza complessiva del sistema: v. *infra*, nt. 33) come unico obiettivo di *policy* della legislazione antitrust è riconducibile soprattutto a R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*²..., cit., 50-71; ID., *The Role of Courts in Applying Economics*, in *Antitrust Law Journal*, 1985, 24.

Molte successive analisi della storia legislativa dello *Sherman Act* confutano la tesi per la quale considerazioni diverse da quelle efficientistiche non ebbero peso nell'approvazione dell'atto da parte del Congresso: per una sintesi delle principali critiche, v. B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 97-98.

In base agli assiomi dell'analisi economica del diritto, si sostiene che in molti casi l'*enforcement* antitrust, lungi dall'essere necessario, produce al contrario effetti distorsivi che conducono a risultati inefficienti. Come enunciato nel c.d. teorema di Coase³², la negoziazione privata (in presenza di costi transattivi nulli o trascurabili) garantisce in ogni caso l'allocazione efficiente delle risorse. Ciò su cui influisce la conformazione legale di diritti e obblighi non è quindi l'efficienza allocativa, ma la giustizia distributiva (ossia, come è distribuito tra le parti il surplus di ricchezza generato dall'allocazione efficiente): essa però non deve essere assicurata dalle norme antitrust (che si devono appunto occupare solamente di massimizzare il *total welfare*³³), ma tutt'al più da altri rami del diritto (come ad es. il diritto tributario)³⁴.

³² R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1 ss. Il "teorema" può essere formulato in questi termini: «quando i costi transattivi sono zero, la negoziazione privata conduce ad un efficiente uso delle risorse, indipendentemente dalla conformazione dei diritti posta in essere dall'ordinamento giuridico» (R. COOTER – U. MATTEI – P. G. MONATERI – R. PARDOLESI – T. ULEN, *Il mercato...*, cit., 95). Si intende cioè che, se per due soggetti l'adempimento di un obbligo ha un costo differente (ad es., 50 e 75), l'efficienza richiede che esso sia sopportato dal soggetto per cui l'obbligo è meno costoso, in modo da minimizzare la perdita complessiva del sistema. Tuttavia, l'eventuale allocazione legale dell'obbligo a carico del soggetto che sopporta il costo di 75 non genererà un risultato inefficiente se la cooperazione privata è possibile (non è cioè ostruita da costi transattivi troppo alti; v. *supra*, nt. 13). I due soggetti si accorderanno perché il dovere venga adempiuto da colui per il quale il costo è 50; l'altro gli pagherà una somma compresa tra 50 e 75. La perdita complessiva del sistema sarà allora uguale a quella che si sarebbe avuta qualora il diritto avesse previsto da subito un'allocazione efficiente (anche se muterà la distribuzione della perdita tra i due soggetti).

³³ È comunemente osservato (v. ad es. F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza...*, cit., 73) che la concezione di "benessere dei consumatori" ("*consumer welfare*") fatta propria dagli esponenti della scuola di Chicago coincide (in modo alquanto controintuitivo) con il "benessere complessivo" ("*total*" o "*social welfare*").

Per un'analisi del concetto di "*total welfare standard*" come obiettivo delle politiche antitrust si v. B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 45 ss., ove si osserva che esso corrisponde al criterio di efficienza di Kaldor-Hicks. Com'è noto, esso è ritenuto un adattamento in chiave più realistica del concetto di ottimo paretiano (v. *supra*, nt. 4), in quanto non considera incrementi di efficienza solo i casi in cui la posizione di qualcuno è migliorata senza che quella di qualcun altro sia peggiorata (essendo che il funzionamento dei meccanismi concorrenziali presuppone che vi siano "vincitori e vinti"), ma anche i casi in cui la posizione di qualcuno è migliorata più di quanto quella di qualcun altro sia peggiorata.

³⁴ La convinzione che il diritto della concorrenza non si debba occupare di questioni concernenti l'equa distribuzione delle risorse tra i consociati è efficacemente espressa da R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*²..., cit., 90-91: «*Antitrust thus has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used [...] Antitrust litigation is not a process for deciding who should be rich or poor, nor can it decide how much*

Applicando questi principi all'analisi dei comportamenti delle imprese sul mercato, si afferma che molte delle pratiche tradizionalmente represses dall'antitrust (ad es. i prezzi predatori) dovrebbero essere lasciate all'autoregolazione del mercato: esse infatti non portano alla massimizzazione dei profitti e di conseguenza comporteranno la perdita di quote di mercato per l'impresa che le pone in essere. Più in generale, si ritiene che il potere di mercato del monopolista sia destinato a durare a breve, in quanto gli alti profitti del monopolista indurranno nuovi concorrenti a entrare nel mercato³⁵.

In coerenza con il teorema di Coase, si evidenzia che, in assenza di costi transattivi, la contrattazione decentrata porterà spontaneamente all'efficienza allocativa; ma anche quando questi costi transattivi sono presenti, è opportuno permettere alle imprese di organizzarsi spontaneamente nelle forme di cooperazione e collaborazione che ritengono più opportune. La selezione tra le intese che, portando al superamento dei costi transattivi, conducono a risultati di accrescimento del *total welfare* e quelle che invece conducono a risultati inefficienti sarà operata autonomamente dal mercato, «con decisione molto più rapida e sicura di quella che potrebbe prendere un organo amministrativo o giurisdizionale»³⁶.

Ne consegue che, ad avviso dei sostenitori di questo orientamento, l'ambito di applicazione dei divieti antitrust dovrebbe essere circoscritto ai casi delle pratiche più clamorosamente anticoncorrenziali (come gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi), ma non dovrebbe estendersi a numerose altre fattispecie che pure erano state

wealth should be expected to reduce pollution or undertake to mitigate the anguish of the cross-country skier at the desecration wrought by snowmobiles. It can only increase collective wealth by requiring that any lawful product, whether skis or snowmobiles, be produced and sold under conditions most favorable to consumers».

³⁵ F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 33-34; B. V. ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 94-95.

³⁶ F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 32. In senso analogo, v. B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 99: «*When in doubt, one should let the market take care of itself, because errors are self-correcting while erroneous condemnations are not*».

in passato considerate illecite³⁷. Ad avviso di uno degli esponenti di spicco della scuola, il *public enforcement* dovrebbe consistere in «*little other than prosecuting plain vanilla cartels and mergers to monopoly*»³⁸.

Grazie alla concomitanza di una serie di fattori favorevoli³⁹, le idee riconducibili alla scuola di Chicago influenzarono profondamente l'applicazione del diritto antitrust da parte degli interpreti. A partire da un famoso caso, in cui venne stabilito che (contrariamente a quanto fino ad allora affermato) le restrizioni verticali della concorrenza non legate al prezzo non erano soggette a una "*per se condemnation*", ma dovevano essere valutate caso per caso in base alla *rule of reason*⁴⁰, la Corte Suprema diede molta più enfasi a considerazioni di efficienza nell'esame di casi antitrust. Parimenti, le autorità amministrative abbandonarono l'approccio formalistico del periodo strutturalista e iniziarono ad affermare la necessità di compiere sempre un'analisi degli effetti sulla concorrenza prodotti dalla fattispecie nel caso concreto⁴¹.

³⁷ Come ricordato da M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 229, la scuola di Chicago guardava tendenzialmente con favore non solo agli accordi e alle concentrazioni verticali (tra imprese poste a stadi diversi della catena di approvvigionamento), ma anche a quelle conglomerali (tra imprese operanti in mercati differenti) e, sia pure con maggiore cautela, anche orizzontali.

B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 94, osserva che per la corrente di pensiero in esame dovevano considerarsi tendenzialmente irrilevanti dal punto di vista del diritto antitrust anche i *tying agreements* e i prezzi predatori, in quanto pratiche non redditizie e quindi inefficienti (e come tali destinate a essere punite dai mercati). L'inclusione dei *tying agreements* tra le condotte non illecite è particolarmente rilevante, in quanto la giurisprudenza americana del periodo precedente, influenzata dal pensiero strutturalista, aveva addirittura previsto per essi un divieto *per se* (v. *supra*, nt. 28).

³⁸ F. H. EASTERBROOK, *Workable Antitrust Policy*, in *Michigan Law Review*, 1986, 1696 ss., 1701.

³⁹ B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 100-102, menziona: la nomina alla Corte Suprema e alle altre Corti federali, da parte dell'amministrazione di Ronald Reagan, di giudici di estrazione culturale neoliberale, tra cui esponenti di spicco della scuola di Chicago come Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner; l'istituzione in seno alle Autorità pubbliche incaricate del *public enforcement* del diritto antitrust (la *Federal Trade Commission* e l'*Antitrust Division* del *Department of Justice*) di uffici espressamente dedicati all'analisi economica delle fattispecie sospette, che condusse a una maggiore influenza degli economisti nelle scelte delle *agencies*; il rallentamento dell'economia americana, per il rilancio della quale si ritenne essere necessario (tra le altre cose) un cambio di mentalità nell'applicazione del diritto della concorrenza.

⁴⁰ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)

⁴¹ Ad es. (come riportato da B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 103), le linee guida del *Department of Justice*, che in precedenza fissavano soglie di quote di mercato al di sopra delle quali

Dagli inizi degli anni '90, una parte della dottrina ha iniziato a contestare le conclusioni elaborate dalla scuola di Chicago, di cui si critica l'eccessivo affidamento su modelli matematici astratti che presuppongono la sempre perfetta razionalità delle scelte degli operatori economici. Secondo questi critici, l'analisi economica, nella misura in cui cerca di prevedere comportamenti umani, rimane pur sempre una scienza sociale, la quale non può pretendere di applicare lo stesso rigido schema "causa-effetto" proprio delle "scienze dure". Gli *enforcers* antitrust dovrebbero perciò avvalersi di strumenti come l'analisi economica comportamentale e la teoria dei giochi, che cerchino di rappresentare in modo più realistico la reazione a determinate condotte dei mercati, tenendo conto del loro carattere intrinsecamente dinamico (in contrapposizione con i modelli "statici" basati sull'equilibrio di mercato utilizzati dai "*Chicagoans*")⁴².

Anche se queste evoluzioni sono certamente degne di nota, va osservato che l'approccio puramente economico sostenuto dalla scuola di Chicago è ancora largamente dominante nella giurisprudenza americana⁴³; inoltre, come si vedrà in seguito, esso ha avuto una grande influenza sui recenti mutamenti negli indirizzi applicativi della Commissione europea.

si presumeva che le fusioni fossero illegali, furono modificate per tenere conto delle effettive circostanze nelle quali l'operazione era avvenuta

⁴² Tra gli esponenti di questa corrente di pensiero, v. ad es. M. S. JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina Law Journal*, 1995, 219 ss.; L. MAKOWSKI – J. M. OSTROY, *Perfect Competition and the Creativity of the Market*, in *Journal of Economics Literature*, 2011, 479 ss.; e i saggi raccolti in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DEN BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham, 2002.

⁴³ B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 117.

3 L'evoluzione del diritto della concorrenza dell'Unione europea

Avendo esaminato, pur per sommi capi, gli orientamenti culturali che si sono avvicinati nell'interpretazione del diritto antitrust americano, è ora opportuno volgere lo sguardo allo sviluppo del diritto europeo della concorrenza.

3.1 *La Scuola di Friburgo: Costituzione economica, Ordnungspolitik e concorrenza sui meriti*

Come accennato, la cultura giuridica europea non ha inizialmente adottato un atteggiamento di repressione punitiva dei comportamenti anticoncorrenziali: tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo si tendeva infatti a riconoscere la liceità degli accordi di cartello come legittima manifestazione dell'autonomia privata, riservando tutt'al più all'autorità pubblica la possibilità di porre in essere un controllo amministrativo in via successiva⁴⁴.

In seguito alla fine della seconda guerra mondiale, una cresciuta consapevolezza del pericolo che la collusione tra imprese comportava per il corretto funzionamento del mercato portò diverse nazioni europee a dotarsi di una legislazione di tutela della concorrenza⁴⁵. In particolare, un influsso decisivo allo sviluppo del diritto antitrust europeo fu dato dal c.d. ordoliberalismo, una corrente di pensiero originata in seno alla Scuola di Friburgo, che contribuì in modo rilevante all'elaborazione ed

⁴⁴ V. *supra*, nt. 2.

⁴⁵ M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 214, annovera, tra i fattori che contribuirono al superamento della diffidenza degli ordinamenti giuridici continentali verso una regolamentazione normativa della concorrenza, l'egemonia culturale ed economica degli Stati Uniti d'America sull'Europa post-bellica e il convincimento che la struttura "cartellizzata" dell'economia tedesca contribuì significativamente a sostenere la politica di guerra della Germania nazista. D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, 25 ss., 31, fa riferimento anche a specifiche pressioni politiche degli Stati Uniti sulla Germania per liberalizzare la sua economia. In senso analogo, B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 129.

emanazione della legge tedesca sulla concorrenza del 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* o *GWB*).

La Scuola di Friburgo condivide l'idea liberale per la quale la concorrenza costituisce lo strumento necessario per favorire il perseguimento dell'efficienza e la crescita del sistema economico. Tuttavia, a differenza dei teorici della "mano invisibile", ritiene che il mercato, lasciato a se stesso, tenda a consolidare le posizioni preesistenti di potere economico privato. Se gli economisti liberali sostenevano che la libertà economica individuale doveva essere protetta dal potere governativo, gli ordoliberali erano convinti che essa dovesse essere salvaguardata anche dalle istituzioni economiche dotate di maggiore potere di mercato⁴⁶.

In particolare, secondo la dottrina ordolibérale le caratteristiche strutturali di un sistema economico non sono frutto del caso o di fattori meramente socio-culturali, ma sono il diretto risultato delle scelte di fondo compiute dalla Costituzione economica (*Wirtschaftsverfassung*) di uno Stato⁴⁷.

Il corretto funzionamento del mercato non è però garantito dalla mera presenza di un'adeguata Costituzione economica: un ruolo fondamentale è svolto dalle regole giuridiche con cui viene regolata l'attività economica, attraverso quella che gli ordoliberali definiscono "*Ordnungspolitik*" (termine che può essere tradotto, con qualche

⁴⁶ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*..., cit., 36-37, il quale mette in luce l'influenza sul pensiero ordolibérale della disastrosa esperienza della Repubblica di Weimar, nell'ambito della quale i poteri economici privati furono in grado di destabilizzare le più importanti istituzioni politiche e sociali.

⁴⁷ Gli autori del "Manifesto Ordolibérale" definiscono la "Costituzione economica" come la decisione politica generale riguardo i modi in cui deve essere strutturata la vita economica della nazione (F. BÖHM – W. EUCKEN – H. GROßMANN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, in A. PEACOCK – H. WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, New York, 1989, 24).

D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*..., cit., 44-45, osserva che il concetto di "Costituzione economica" ha rappresentato il mezzo con cui gli ordoliberali hanno integrato dottrine economiche e giuridiche nel loro pensiero, prendendo nettamente le distanze dalla concezione, propria del liberalismo classico, per la quale l'economia dovrebbe essere analizzata indipendentemente dal contesto giuridico e politico.

forzatura, come “politica ordinamentale”, nel senso di adozione di un modello di ordinamento giuridico dell’economia)⁴⁸. L’*Ordnungspolitik* è una forma di “regolamentazione indiretta” attraverso cui lo Stato non dirige l’economia, ma disciplina normativamente le condizioni strutturali del suo svolgimento. L’eventuale intervento statale non deve essere diretto a partecipare attivamente agli scambi economici, ma a far rispettare le regole che non vincolano solo l’operato dei privati, ma anche quello dell’ente pubblico stesso⁴⁹.

Il compito dell’autorità pubblica non è allora quello di intervenire direttamente nell’economia, ma di assicurare che le condizioni nelle quali si compete siano le stesse per tutti i partecipanti, *in primis* contrastando le condotte distorsive della concorrenza. La concorrenza non è infatti un fenomeno che sorge spontaneamente dalle interazioni degli operatori economici, richiedendo un’azione statale di regolamento dei confini entro i quali l’autonomia privata può liberamente esplicarsi⁵⁰.

La politica ordoliberalista della concorrenza si caratterizza per alcuni aspetti salienti. In primo luogo, viene affermata la necessità di introdurre una proibizione dei monopoli, sulla base della convinzione che ogni concentrazione eccessiva di potere

⁴⁸ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy...*, cit., 45, definisce il termine “*Ordnungspolitik*” come «*the untranslatable soul of Ordoliberalism*», in quanto l’inglese “*order*” (così come l’italiano “ordine”) sembra richiamare una regolamentazione fine a se stessa, mentre il tedesco “*Ordnung*” indica piuttosto una disciplina giuridica volta a strutturare le condizioni di base in cui agiscono gli operatori economici, in contrapposizione a un modello di intervento diretto dello Stato nell’economia. La dottrina ordoliberalista si proponeva infatti di individuare la “terza via” economico-giuridica tra l’Occidente capitalista e il mondo sovietico socialista (*ivi*, 35-36).

⁴⁹ *Ivi*, 48, ove si evidenzia che la scuola ordoliberalista era caratterizzata da una profonda diffidenza nei confronti dell’intervento discrezionale dell’esecutivo nell’economia e, correlativamente, una fiducia nella capacità del potere legislativo di emanare norme eque e in quella del potere giudiziario di applicarle imparzialmente. L’insistenza sulla necessità di una regolamentazione giuridica dell’attività economica era proprio motivata dalla intenzione di ridurre al minimo i margini di discrezionalità concessi all’esecutivo.

⁵⁰ M. LIBERTINI, *Concorrenza...*, cit., 216; B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 130; G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489 ss., 491, ove si evidenzia che l’impostazione ordoliberalista rappresenta anche la matrice ideologica del diritto europeo dei contratti.

economico privato fosse intrinsecamente pericolosa per il corretto svolgimento del gioco della concorrenza⁵¹.

In secondo luogo, si promuove l'applicazione dello standard "come-se" (*Als-Ob*) nella valutazione dei comportamenti delle imprese dotate di potere di mercato: le condotte possono essere considerate lecite solo se si può ragionevolmente presumere che esse non sarebbero state diverse qualora l'impresa fosse stata sottoposta alla pressione di un mercato realmente concorrenziale⁵².

In terzo luogo, si identifica, come obiettivo cui la disciplina antitrust deve tendere, il perseguimento della "concorrenza sui meriti" (*Leistungswettbewerb*) e il contrasto della "concorrenza degli impedimenti" (*Behinderungswettbewerb*)⁵³. Si ritiene cioè che gli effetti benefici della competizione tra imprese si realizzano quando esse sono costrette a confrontarsi sulla qualità della loro offerta produttiva, in modo che prevalga quella più innovativa, dinamica ed efficiente. A questa modalità "benigna" di acquisizione di nuove quote di mercato si contrappone la conquista di una posizione dominante tramite pratiche scorrette volte a escludere gli altri concorrenti dal mercato (come boicottaggi, prezzi predatori, etc...). Queste condotte possono permettere che la gara concorrenziale sia vinta da un'impresa la cui offerta è qualitativamente inferiore e devono pertanto essere represses.

Infine, si auspica l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente incaricata di applicare le norme di diritto della concorrenza, indagare su asserite violazioni

⁵¹ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy...*, cit., 51 s., ove si evidenzia che l'importanza dello smantellamento dei monopoli era particolarmente sentita dagli autori ordoliberali in quanto essi avevano assistito all'enorme influenza assunta dai cartelli sull'economia e sulla politica tedesca durante il periodo di Weimar.

⁵² *Ivi*, 52 s.; l'A. sottolinea che il carattere apparentemente oggettivo dello standard "come-se" portava gli esponenti della scuola di Friburgo a ritenere che esso non avrebbe comportato un pericolo di interventismo statale arbitrario, in quanto non avrebbe dovuto lasciare spazio per scelte discrezionali dell'autorità pubblica.

⁵³ La distinzione tra *Leistungswettbewerb* e *Behinderungswettbewerb* è comunemente fatta risalire a H. C. NIPPERDEY, *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, in *Kartell-Rundschau*, 1930, 128 ss. ed è stata ripresa e approfondita dalla scuola ordoliberale.

e sanzionare i trasgressori⁵⁴. L'indipendenza dell'organo dall'esecutivo era vista come un'indispensabile garanzia dell'imparzialità della sua azione, in quanto l'esperienza della Repubblica di Weimar aveva mostrato la vulnerabilità del potere politico nei confronti dell'influenza dei grandi gruppi industriali⁵⁵.

3.2 *La nascita del diritto europeo della concorrenza e l'influsso dell'ordoliberalismo*

L'influenza del pensiero ordoliberale sullo sviluppo del diritto comunitario della concorrenza è generalmente riconosciuta. La dottrina più recente contesta infatti la tralatizia opinione, secondo la quale i redattori dei Trattati di Roma si sarebbero limitati a importare il diritto antitrust dall'esperienza giuridica statunitense⁵⁶; si mette in luce infatti che, pur avendo certamente tratto da essa ispirazione, i legislatori europei hanno istituito un modello originale di tutela giuridica della concorrenza, sia rispetto agli obiettivi (in quanto il contrasto alle pratiche restrittive della concorrenza era visto anche come mezzo per la realizzazione del mercato unico europeo)⁵⁷, sia rispetto al

⁵⁴ Ad avviso di Eucken, uno dei pensatori più influenti della scuola ordoliberale, l'istituendo "ufficio monopoli" sarebbe stato altrettanto indispensabile quanto la Corte suprema (W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, 307).

⁵⁵ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy...*, cit., 55. Al fine di costituire un'autorità dotata della forza necessaria a opporsi ai grandi poteri economici privati, si raccomandava che le venissero conferiti ampi poteri investigativi e sanzionatori e che le venissero garantite le risorse finanziarie necessarie per un'azione celere ed incisiva e per attrarre personale altamente qualificato, dotato di accertate competenze specialistiche.

⁵⁶ La radicale differenza tra i due modelli di disciplina della concorrenza è efficacemente espressa da N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School, and the Early Years of European Competition Policy*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 747 ss., 769: «The gap between the European system and U.S. antitrust law could hardly have been wider [...] Post-1914 competition law in the U.S. had somehow overcome the ambiguity of the Sherman Act by clearly embracing an ex-ante, judicially-enforced, conduct-based, prohibition approach. No European country followed the U.S. approach [...] They all embraced some form of an ex-post, administratively enforced, performance-based, abuse approach».

⁵⁷ V. D. J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97 ss., 101-103 e 111, ove si evidenzia che il diritto europeo della concorrenza, al contrario di quello americano, ha da subito contrastato con decisione le c.d. intese verticali (ossia quelle stipulate tra imprese poste a diversi livelli della catena produttiva), in quanto la

contenuto della prescrizioni normative, che traggono ispirazione dalle tesi ordoliberali⁵⁸.

Il Trattato di Roma del 1957 (istitutivo della Comunità economica europea o CEE), infatti, non proibisce solo le intese restrittive della concorrenza (art. 85), ma anche l'abuso di posizione dominante (art. 86). Mentre il primo divieto trova un corrispettivo nella legislazione antitrust americana⁵⁹, il secondo costituisce un *proprium* del diritto europeo nella concorrenza⁶⁰. Come spesso osservato, la proibizione dell'abuso di posizione dominante dimostra chiaramente la matrice ordoliberal delle

ripartizione dei mercati nazionali tra le imprese rappresenta uno degli ostacoli più immediati alla integrazione del mercato comunitario.

Sull'integrazione dei mercati come obiettivo delle regole europee di concorrenza, v. anche P. BUCCIROSSI – A. FRIGNANI, *Nozioni introduttive...*, cit., 28-29.

⁵⁸ V. N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights...*, cit., 775, ove si osserva che la disciplina della concorrenza mediante la previsione di principi generali, in grado di conformare indirettamente l'ordinamento giuridico degli Stati membri, è coerente con l'enfasi data dai pensatori ordoliberali all'importanza della "Costituzione economica" nella regolazione giuridica del mercato.

In senso difforme, v. A. WIGGER, *Debunking the Myth of the Ordoliberal Influence on Post-war European Integration*, in J. HIEN – C. JOERGES, *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, 2017, 161 ss., ove si sostiene che il ruolo dell'ordoliberalismo nella formazione e nella successiva applicazione del diritto antitrust europeo è stato molto più marginale di quanto comunemente affermato.

⁵⁹ Ci si riferisce alla *Section 1* dello *Sherman Act* del 1890 (v. *supra*, nt. 19).

Va peraltro osservato che, sebbene la previsione per cui un'intesa restrittiva della concorrenza possa essere esentata, a certe condizioni dall'applicazione del divieto sia talvolta accostata alla *rule of reason* del diritto antitrust americano (v. ad es. *supra*, nt. 21), quest'ultimo non presenta una regola che imponga standard restrittivi della discrezionalità dell'autorità di vigilanza di concedere esenzioni, la quale deve invece essere considerata un elemento peculiare del diritto europeo della concorrenza (così N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights...*, cit., 777).

Sotto un altro profilo, G. MONTI, *EC Competition Law...*, cit., 28-29, sottolinea che l'influenza ordoliberal sull'art. 85 TCEE (odierno art. 101 TFUE) emerge anche dal fatto stesso che si ammettano intese restrittive della concorrenza, a patto che apportino apprezzabili benefici al mercato nel complesso; in una prospettiva neoclassica, invece, ogni intesa restrittiva della libertà economica individuale dovrebbe essere senz'altro bandita.

⁶⁰ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy...*, cit., 73; si evidenzia che l'influenza ordoliberal sul diritto europeo della concorrenza emerge anche dal fatto che il primo Commissario per la concorrenza della Commissione europea fu un tedesco (Hans von der Groeben) e dalla tradizione di affidare la guida della Direzione generale della Concorrenza a un tedesco.

In un'altra opera, l'A. mostra come, ai tempi dei negoziati che portarono alla stipulazione del Trattato di Parigi del 1951 (istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio), la posizione tedesca sul diritto della concorrenza fosse già profondamente influenzata dalle idee ordoliberali: D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 271-273.

regole europee di concorrenza: non si impedisce infatti all'impresa di conquistare un rilevante potere di mercato vincendo il gioco della concorrenza, ma, una volta che tale potere è stato conseguito, le si impone di continuare a competere con gli altri operatori sulla base dei meriti della propria offerta, come se stesse ancora operando in un mercato pienamente concorrenziale (coerentemente con il canone *Als-Ob* propugnato dagli ordoliberali)⁶¹. La giurisprudenza della Corte di Giustizia appoggiò a sua volta questa interpretazione, affermando il noto principio per cui l'impresa in posizione di dominanza sarebbe sottoposta a una "speciale responsabilità" di evitare distorsioni della concorrenza nel mercato in cui opera⁶².

Anche nella prassi applicativa sviluppatasi nei decenni successivi prevalse l'impostazione della scuola di Friburgo: fu riconosciuto pieno valore vincolante (e non meramente programmatico come auspicato da alcuni Paesi) alle regole di concorrenza dei Trattati; si ammise la loro importanza centrale nel processo di integrazione europea; e, con l'emanazione del Regolamento 17/1962/CEE, si accentrò il potere di *enforcement* delle norme antitrust nella Commissione e in particolare nella Direzione generale della concorrenza, cui fu garantita ampia autonomia decisionale e operativa⁶³.

⁶¹ V. ad es. A. PERA, *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127 ss., 146-148; N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights...*, cit., 776-777; L. L. GORMSEN, *Article 82 EC: Where Are We Coming From and Where Are We Going To?*, in *The Competition Law Review*, 2005, 5 ss., 10; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 269.

⁶² V. per tutti CGCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, C-322/81, EU:C:1983:313, § 57: «La constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune».

Cfr. anche Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82...*, cit., § 1: «non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e tale impresa dominante ha il diritto di competere sulla base dei propri meriti. L'impresa in questione ha tuttavia la responsabilità speciale di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune».

⁶³ N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights...*, cit., 785-787.

3.3 La “modernizzazione” del diritto antitrust europeo: «a more economic approach»

Il sistema centralizzato di autorizzazione delle intese “sospette” previsto nel Regolamento 17/1962/CEE (in base al quale ogni intesa potenzialmente restrittiva della concorrenza doveva essere notificata alla Commissione, che concedeva le esenzioni caso per caso o, tutt'al più, emanava regolamenti di esenzione in blocco) si rivelò, con il passare degli anni, inadeguato a garantire l'applicazione del diritto della concorrenza su tutto il territorio europeo. A cavallo del nuovo millennio la Commissione promosse una serie di consultazioni in merito all'opportunità e ai contenuti di una riforma del settore, che culminarono nell'emanazione del Regolamento 1/2003/CE, spesso definito addirittura “rivoluzionario”⁶⁴.

Le due principali novità introdotte dal Regolamento sono, da una parte, l'abbandono del sistema delle notificazioni in favore di un regime di esenzioni *ex lege*, tale per cui gli accordi e le pratiche che rispettano i requisiti di cui all'art. 101 para. 3 TFUE sono di per sé leciti, senza bisogno di un apposito provvedimento della Commissione (art. 1, para. 2); dall'altra, il decentramento dell'*enforcement* del diritto antitrust europeo, con il conferimento alle autorità nazionali di concorrenza (coordinate attraverso il c.d. *European Competition Network*) del potere di applicare direttamente le norme eurounitarie nel territorio di loro competenza (art. 3, para. 1). La Commissione conserva un potere di controllo successivo sul loro operato ma, non essendo più onerata dal compito di processare un elevatissimo numero di notifiche, può concentrarsi sull'istruzione dei casi di maggiore impatto sul mercato europeo nel complesso⁶⁵.

⁶⁴ Così ad es. C. D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, 537 ss.; C. LEMAIRE – J. GSTALTER, *The Silent Revolution Beyond Regulation 1/2003*, in *Global Competition Policy*, ottobre 2008, 2, 2 ss. (ove si parla di «Copernican revolution»).

⁶⁵ Così M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 145.

In concomitanza con queste modifiche sostanziali e procedurali, la Commissione iniziò ad adottare un approccio più economico all'applicazione delle regole di concorrenza. A seguito di tre sentenze del Tribunale di primo grado del 2002, che nell'arco di cinque mesi annullarono tre decisioni della Commissione di blocco di una fusione⁶⁶, l'allora Commissario per la concorrenza Mario Monti annunciò che da quel momento la Commissione avrebbe fatto maggiore uso dell'analisi economica nei casi di concorrenza per migliorare la qualità delle decisioni e adempiere all'alto onere della prova che il Tribunale aveva dimostrato di applicare⁶⁷.

Negli anni successivi, fu riformato il sistema di controllo delle concentrazioni con l'emanazione del Regolamento 139/2004/CE e i nuovi Regolamenti di esenzioni in blocco adottarono un approccio meno formalistico che in passato, sottolineando l'importanza dell'esame degli effettivi benefici apportati dalle intese e del confronto con i costi sociali che esse comportano⁶⁸. Anche le linee guida emanate in questo periodo affermano che lo scopo del diritto antitrust è esclusivamente la promozione dell'efficienza economica e del benessere del consumatore, mentre in passato l'azione antimonopolistica era stata diretta anche a obiettivi quali l'integrazione del mercato,

⁶⁶ Trib. di primo grado, 6 giugno 2002, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-342/99, EU:T:2002:146; Trib. di primo grado, 22 ottobre 2002, *Schneider Electric SA c. Commissione delle Comunità europee*, T-310/01, EU:T:2002:254; Trib. di primo grado, 25 ottobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commissione delle Comunità europee*, T-5/02, EU:T:2002:264.

⁶⁷ Come riportato da B. VAN ROMPUY, *Economic efficiency...*, cit., 187, Monti aveva già reso chiaro al momento della sua nomina (nel 1999) che, in quanto economista, avrebbe mirato a innalzare il livello dell'analisi economica impiegata dalla Commissione nelle sue decisioni; le tre decisioni del Tribunale di primo grado del 2002 rappresentarono però il «*turning point*».

⁶⁸ V. ad es. Regolamento 772/2004/CE della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, Considerando n. 4: «è opportuno abbandonare l'impostazione basata sull'elenco delle clausole esentate e definire invece le categorie di accordi che sono esentati fino ad un determinato livello di potere di mercato [...] Questa scelta è coerente con un'impostazione di tipo economico, intesa a valutare le ripercussioni degli accordi sul mercato rilevante».

la protezione della libertà economica individuale e la tutela delle piccole e medie imprese⁶⁹.

Tuttavia, sarebbe errato ritenere che siano state interamente abbandonate le idee ordoliberali di protezione della struttura del mercato concorrenziale, anche quando essa entri in tensione con l'obiettivo di assicurare il massimo benessere immediato ai consumatori. In primo luogo, va tenuto presente che, ai sensi dell'art. 101 para. 3, lett. b), TFUE, un accordo restrittivo della concorrenza non può essere ritenuto lecito se elimina la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti interessati: nelle sue linee guida, la Commissione evidenzia che, se anche un tale accordo apportasse ai consumatori benefici a breve termine, questi sarebbero superati dagli svantaggi a lungo termine causati dall'eliminazione della concorrenza⁷⁰.

In secondo luogo, nonostante il Tribunale di primo grado avesse recepito, in una pronuncia del 2006, il principio per cui il *consumer welfare* è l'obiettivo ultimo delle norme europee sulla concorrenza, la Corte di Giustizia, in sede di impugnazione, ha rigettato tale principio, affermando (in continuità con il suo indirizzo precedente) che accordi che hanno per oggetto la restrizione della concorrenza devono essere considerati di per sé illeciti. Non è necessario indagare se essi abbiano effettivamente

⁶⁹ V. ad es. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U.U.E., 14 gennaio 2011, C 11, § 269: «Le norme sulla proprietà intellettuale e le norme sulla concorrenza hanno gli stessi obiettivi, cioè promuovere l'innovazione e migliorare il benessere dei consumatori».

Per un'analisi del mutamento di paradigma nel diritto antitrust europeo del periodo in esame, v. A. C. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford, 2016.

⁷⁰ Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del TCE* [ora art. 101 TFUE, para. 3], in G.U.C.E., 27 aprile 2004, C 101, § 105: «In definitiva, la protezione della rivalità e del processo concorrenziale viene considerata prioritaria rispetto agli incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza che potrebbero derivare da accordi restrittivi. L'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 riconosce il fatto che la rivalità tra imprese è un elemento motore fondamentale dell'efficienza economica, inclusi gli incrementi di efficienza dinamica sotto forma di innovazione. In altre parole, l'obiettivo ultimo dell'articolo 81 è proteggere il processo concorrenziale. Quando la concorrenza viene eliminata, il processo concorrenziale viene meno e gli incrementi di efficienza a breve termine sono superati dalle perdite a lungo termine che derivano fra l'altro dalle spese sostenute dall'operatore che domina il mercato per mantenere la sua posizione (ricerca di una rendita), da una cattiva allocazione delle risorse, da una riduzione dell'innovazione e da prezzi più alti».

comportato pregiudizi per i consumatori, in quanto la tutela degli interessi di questi ultimi è indirettamente garantita dalla protezione del processo competitivo⁷¹.

In conclusione, si può affermare che, nell'attuale diritto europeo della concorrenza, l'analisi delle intese e dei comportamenti anticoncorrenziali deve essere certamente condotta sotto una prospettiva economica, esaminando nel caso concreto i reali effetti pregiudizievoli per i consumatori e confrontandoli con i benefici che scaturiscono dall'intesa o dalla pratica; tale giudizio di contemperamento incontra però un limite, ossia l'esigenza di garantire comunque la sopravvivenza del processo competitivo, anche quando la sua eliminazione avrebbe effetti benefici per i consumatori nel breve periodo⁷².

4 Le posizioni della dottrina sulla sorte del contratto a valle di intesa anti-concorrenziale o posto in essere mediante abuso di posizione dominante

Così inquadrata la giustificazione della disciplina della concorrenza e i suoi fondamenti culturali, è opportuno esaminare più nel dettaglio l'aspetto di tale settore

⁷¹ CGCE, 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610. Il caso riguardava un accordo restrittivo del commercio parallelo di medicinali: questo tipo di accordi era sempre stato considerato avente ad "oggetto" la restrizione della concorrenza, ma il Tribunale ritenne che fosse ammessa la prova che esso avesse comportato benefici per i consumatori e fosse perciò lecito. La Corte di Giustizia affermò al contrario che l'art. 81 non è destinato a tutelare solamente gli interessi dei consumatori, ma anche la struttura concorrenziale del mercato e che pertanto «subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il Tribunale è incorso in un errore di diritto» (§ 64).

⁷² Una conclusione simile è raggiunta da F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 153-155: l'A. critica la tesi efficientistica sostenuta dalla scuola di Chicago, in quanto essa muove dall'irrealistico presupposto per cui le preferenze degli agenti siano *a priori* perfettamente conoscibili e misurabili. Ad avviso dell'A., invece la concorrenza è proprio «lo strumento con cui il sistema scopre l'orientamento e l'intensità di preferenze non altrimenti conoscibili e misurabili; scopre l'esistenza di potenzialità e risorse sconosciute e continuamente adegua le sue strutture alle variazioni delle prime e delle seconde». Il processo concorrenziale, adempiendo a questa essenziale funzione di scoperta delle preferenze degli agenti, deve pertanto comunque essere tutelato, anche quando un accentramento monopolistico, permettendo di far fronte a costi transattivi che rallentano la contrattazione decentrata, sembrerebbe condurre a livelli più elevati di efficienza allocativa.

del diritto che più interessa per la presente analisi: ossia, una volta che sia posto in essere un accordo anticoncorrenziale o un abuso di posizione dominante, quale sia la sorte, sul piano civilistico, dei contratti conclusi a valle non solo con consumatori, ma anche con imprese su altri piani della catena distributiva o con professionisti che si rivolgono all'impresa per acquistare beni e servizi necessari all'esercizio della loro impresa.

Per “contratti a valle” si intendono i negozi, conclusi dalle imprese che hanno posto in essere atti vietate dal diritto antitrust, il cui contenuto è conformato da tale condotta illecita: ad esempio, a fronte di un'intesa avente ad oggetto la fissazione dei prezzi di un prodotto, sono contratti a valle tutte le compravendite di quel prodotto al prezzo deciso dal cartello⁷³.

⁷³ Sul tema dei contratti a valle di illeciti anticoncorrenziali, v., tra le opere di carattere monografico: C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001; A. MIRONI, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003; M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, Napoli, 2009; L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012; M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012.

Tra i contributi più puntuali, v.: N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 420 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, 2004, 1165 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 444 ss.; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 1093 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, *ivi*, 2005, 237 ss.); L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2005, 949 ss.; A. BERTOLOTI, *Ancora su norme antitrust e contratti «a valle»*, in *Giur. it.*, 2000, 1876 ss.; 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*, in *Corr. giur.*, 2005, 337 ss.; A. GUICCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449 ss.; M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 411 ss.; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 175 ss.; M. R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 347 ss.; EAD., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust...*, cit., 190 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67 ss. e ora in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi...*, cit., 221 ss.; B. LIBONATI, *Responsabilità*

Va preliminarmente precisato che, come osserva la dottrina più attenta, si devono dissociare dalla categoria dei contratti a valle quegli accordi, conclusi tra le imprese partecipanti al cartello, ancillari all'intesa illecita, di cui specificano ad esempio le modalità di attuazione. La dottrina tedesca parla in proposito di *Ausführungsverträge*, in contrapposizione con i *Folgeverträge* (ossia i contratti a valle nell'accezione poc' anzi indicata). Solo i primi e non i secondi parteciperebbero direttamente dell'invalidità comminata dalla legge alle intese anticoncorrenziali⁷⁴.

Il problema dei contratti a valle si è posto all'attenzione della dottrina civilistica italiana in seguito all'accertamento, da parte delle autorità competenti, di intese anticompetitive tra imprenditori, i cui effetti si riverberavano in contratti conclusi con i consumatori a prezzi o condizioni contrattuali deteriori rispetto a quelle che si sarebbero avute in un mercato concorrenziale.

In particolare, nel 1994 la Banca d'Italia ha accertato, conformemente a un parere reso dall'AGCM, che le Norme Bancarie Uniformi adottate dall'ABI integravano un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 co. 2 l. 287/1990 (in quanto frutto di deliberazione di un'associazione di imprese)⁷⁵; nel 2000, l'AGCM ha dichiarato che esisteva un cartello tra le principali società di assicurazione, volto a influenzare le condizioni a

extracontrattuale per violazione di norme antitrust, in *Danno e resp.*, 2005, 506 ss.; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 498 ss.

⁷⁴ E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 85, ove anche riferimenti alla dottrina tedesca sulla differenza tra *Ausführungsverträge* e *Folgeverträge*. La distinzione, peraltro, è talvolta contestata in dottrina: v. ad es. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust...*, cit., 1169, ove essa viene tacciata di arbitrarietà in quanto «ciascuno dei contratti della catena che si diparte dall'intesa anticoncorrenziale è attuativo della stessa».

⁷⁵ Banca d'Italia, provvedimento 13 dicembre 1994, n. 12, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yxggtvav>. In argomento, si v.: L. C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie...*, cit.; N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti...*, cit.; A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari...*, cit.

cui venivano offerte al pubblico le polizze per l'assicurazione della Responsabilità Civile Autoveicoli (c.d. RCA)⁷⁶.

Quest'ultimo provvedimento ha generato una notevole quantità di azioni giudiziali da parte degli assicurati, volte a recuperare il surplus del monopolista conseguito dalle imprese assicuratrici tramite l'intesa illecita, alternativamente a titolo di ripetizione dell'indebito (conseguente alla nullità del contratto) o di risarcimento del danno. Sul punto si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Cassazione, le quali però si sono soffermate sulla questione della spettanza della legittimazione ad agire ex art. 33 co. 2 l. 287/1990 (che fa riferimento alle azioni di nullità, di risarcimento del danno e cautelari) ai consumatori: la Corte ha stabilito che tale legittimazione sussiste – in quanto «la legge antitrust non è legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato» –, ma non ha specificato quale debba essere il rimedio esperibile contro il contratto a valle dell'intesa anticoncorrenziale⁷⁷.

Da ultimo, il tema è tornato di attualità a seguito di una recente sentenza della Cassazione, riguardante la validità dei contratti di fideiussione stipulati sulla base di formulari di condizioni generali di contratto ABI, contenenti clausole considerate lesive della concorrenza da un provvedimento di Banca d'Italia del 2005⁷⁸. La Corte ha stabilito che la nullità di tali fideiussioni non può essere esclusa per il solo fatto che esse siano anteriori al provvedimento della Banca d'Italia, purché siano successive

⁷⁶ AGCM, provvedimento 28 luglio 2000, n. 8546, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yy9eraw8>.

⁷⁷ Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, 495 ss., con note di B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale...*, cit., e di B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione...*, cit.; in *Riv. dir. priv.*, 2005, 907 ss., con nota di S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*.

Tra i commenti alla sentenza, v. anche: C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust...*, cit.; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore...*, cit.; L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno...*, cit.

⁷⁸ Banca d'Italia, provvedimento 2 maggio 2005, n. 55, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y5kfmngxn>. Il provvedimento è stato reso sulla base di un parere reso dall'AGCM (provvedimento AGCM n. 14521 del 20 aprile 2005, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y2r6vw7s>).

all'entrata in vigore della l. 287/1990. L'invalidità dell'intesa non discende infatti dal provvedimento che la accerta, ma dalla stessa legge sulla concorrenza⁷⁹.

Queste controversie hanno suscitato un acceso dibattito tra gli interpreti circa i rimedi applicabili, soprattutto in considerazione del fatto che tale questione non è affatto chiarita dalle norme antitrust. Gli artt. 101, para. 2 TFUE e 2, co. 3 l. 287/1990 sanciscono la nullità delle intese restrittive della concorrenza, ma non stabiliscono esplicitamente che la nullità affligga anche il contratto a valle; gli artt. 102 TFUE e 3 l. 287/1990, poi, si limitano a prevedere il divieto di abuso di posizione dominante, senza specificare la sorte dei negozi messi in atto tramite tale abuso. Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea non dà indicazioni in merito, affermando che l'eventuale estensione dell'invalidità dell'intesa ai contratti successivi è regolata dagli ordinamenti nazionali⁸⁰.

Nel silenzio della legge, le prospettazioni della dottrina sono allora state molto varie. Esse saranno esaminate nel prosieguo, ma ci si limiterà in questa sede all'esposizione delle diverse opinioni, per rendere conto sinteticamente dello stato dell'arte,

⁷⁹ Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Giur. comm.*, 2019, II, 571 ss., con nota di S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*; in *Corr. giur.*, 2018, 1063 ss., con nota di R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 517 ss., con nota di G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*. Commenta la sentenza anche B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 21 ss.

La Cassazione è tornata recentemente sulla questione per precisare che la nullità non può essere esclusa per il fatto che il provvedimento di Banca d'Italia, che ha accertato l'intesa illecita, non contiene diffide o sanzioni, né per il fatto che non sia provato che l'ABI, contravvenendo a quanto prescritto da Banca d'Italia, avesse ugualmente diffuso il testo delle condizioni generali di contratto di cui era stata affermata l'anticoncorrenzialità (Cass., 22 maggio 2019, n. 13846).

⁸⁰ In tal senso, v. CGCE, 14 dicembre 1983, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA c. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, C-319/82, EU:C:1983:374, § 12: «la nullità assoluta di cui all'art. 85, n. 2 del Trattato riguarda solo le clausole contrattuali incompatibili con l'art. 85, n. 1. Le ripercussioni di detta nullità su tutti gli altri elementi dell'accordo, sugli eventuali ordini e consegne effettuati in forza dell'accordo stesso, e sulle obbligazioni di pagamento che ne derivano, non dipendono dal diritto comunitario. Dette ripercussioni vanno stabilite dal giudice nazionale, a norma del diritto del suo paese».

riservando le considerazioni in merito alla tesi cui si ritiene di aderire all'analisi che sarà svolta nel terzo capitolo.

4.1 *Nullità (derivata o diretta) del contratto a valle*

Una parte degli interpreti è orientata a ritenere che il contratto a valle di una condotta anticoncorrenziale debba essere considerato nullo. Vi è però divergenza di vedute circa la causa della nullità.

Secondo un primo indirizzo, il contratto a valle sarebbe affetto da nullità strutturale ex art. 1418 co. 2 c.c., per illiceità dell'oggetto o della causa. Alcuni sostengono infatti che il contratto frutto di un'intesa lesiva della concorrenza avrebbe un oggetto contrario alle norme imperative contenute nella legislazione antitrust, o comunque al principio di ordine pubblico economico per il quale deve essere preservato l'assetto concorrenziale del mercato (sul presupposto che l'oggetto non sia illecito solamente quando le prestazioni sono esse stesse contrarie a norma imperativa, ordine pubblico o buon costume, ma anche quando siano strumentali al conseguimento di un risultato illecito)⁸¹.

⁸¹ V. ad es. C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso...*, cit., 469 ss., il quale muove da una critica alla tesi per cui i consumatori lesi dall'intesa anticoncorrenziale avrebbero diritto, a titolo di responsabilità extracontrattuale, al risarcimento del danno corrispondente al sovrapprezzo pagato: secondo l'A. infatti difetterebbe una posizione giuridica protetta in capo ai consumatori finali, la cui lesione possa integrare il requisito dell'ingiustizia del danno (l'antigiuridicità della condotta non comporta infatti di per sé l'ingiustizia del danno). Ad avviso dell'A., il rimedio per il consumatore consiste allora nella domanda di nullità del contratto a valle, che riproducendo il prezzo sovracompetitivo fissato a monte ha a sua volta un oggetto parzialmente illecito perché contrario a norma imperativa; in forza della dichiarazione di nullità potrà poi essere chiesta la ripetizione del surplus di prezzo pagato rispetto a quello concorrenziale (p. 473).

La tesi è riproposta in ID., *Responsabilità civile antitrust...*, cit., 1165 ss. (ove l'A. risponde anche alle critiche mosse da M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili* (2004)..., cit.; quest'ultimo replica a sua volta in ID., *Ancora sui rimedi civili* (2005)..., cit.

Sostengono l'illiceità dell'oggetto dei contratti a valle, sia pure con diversità di impianto argomentativo, anche A. BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust...*, cit., 1877; I. PAGNI, *La tutela civile antitrust...*, cit., 340.

Secondo altri, sarebbe invece la causa ad essere illecita, essendo il negozio funzionalizzato allo scopo di realizzare gli indebiti profitti che i cartellisti miravano a ottenere quando hanno concluso l'accordo a monte: si tratterebbe perciò di una "nullità derivata", locuzione che sembra evocare la figura del collegamento negoziale⁸².

Un diverso orientamento riscontra invece nella fattispecie in esame un'ipotesi di nullità virtuale, ex art. 1418 co. 1 c.c. Il contratto a valle stesso (e non il suo oggetto o la sua causa) si porrebbe cioè in diretto contrasto con le norme imperative della legge sulla concorrenza e dei Trattati europei, che proibiscono la stessa stipulazione di contratti "contaminati" da un'intesa anticoncorrenziale o da un abuso di posizione dominante⁸³.

Tra gli autori favorevoli alla tesi della nullità, è degna di nota la posizione di chi, sulla scorta della considerazione per cui il divieto di abuso di posizione dominante porta con sé – nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea – il criterio dell'*Als Ob Wettbewerbspreis* (in forza del quale è abusivo il prezzo

⁸² In questo senso v. N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari...*, cit., 420; L. C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, 428 ss.; L. DI VIA, *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato di diritto privato europeo. Vol 3: L'attività e il contratto*², a cura di N. Lipari, Padova, 2003, 663-664; e, seppur in toni dubitativi, V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 707, In giurisprudenza, la tesi era stata sostenuta da Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449, con nota di A. GUICCIONE, *Intese vietate e contratti...*, cit..

⁸³ La tesi della nullità virtuale è sostenuta, tra gli altri, da M. SCHININÀ, *La nullità delle intese...*, cit., 439, la quale identifica nell'allora vigente art. 81 TCE una «norma volta a vietare il risultato anticoncorrenziale, piuttosto che l'atto isolatamente considerato», sicché il fondamento della nullità del negozio a valle sarebbe proprio in tale norma. In senso analogo, v. C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza...*, cit., 205.

Più articolata la posizione di M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa...*, cit., 168 ss.: l'A., valorizzando il dettato normativo per cui sono nulle le intese che hanno "per oggetto o per effetto" la restrizione della concorrenza, identifica nei negozi attuativi a valle proprio un effetto del patto di cartello. Essi sono perciò affetti dalla stessa nullità virtuale che colpisce l'intesa, in quanto «antidoveroso non è soltanto il concordare un cartello, ma pure la conseguenza derivante da esso: la conseguenza sta nella effettiva restrizione della competizione e si compie attraverso la serie aperta dei negozi omogenei conclusi dagli utenti» (p. 171). Inoltre, identificando nei contratti a valle non un momento negoziale autonomo, ma una porzione della fattispecie "intesa" vietata dalla legge, l'A. ritiene peraltro applicabile ad essi anche la nullità testuale di cui agli artt. 101, para. 2 TFUE e 2, co. 3 l. 287/1990 (p. 188).

superiore a quello che sarebbe stato praticato in un mercato concorrenziale)⁸⁴, ritiene ammissibile la sostituzione d'imperio di tale "giusto prezzo" (identificabile ad es. mediante il confronto con mercati di riferimento comparabili) a quello stabilito nel contratto, applicando l'art. 1339 c.c.⁸⁵

4.2 *Altri rimedi contrattuali demolitori o manutentivi*

Sebbene la maggior parte degli autori che non aderiscono alla tesi della nullità ritengano che il rimedio esperibile dalle parti danneggiate dalla condotta anticoncorrenziale sia il risarcimento del danno, vi sono alcune voci dottrinali minoritarie che sostengono l'applicabilità di altri rimedi previsti nella parte generale del diritto dei contratti.

Ad avviso di un'autrice, il contraente che acquista alle condizioni fissate nel cartello o tramite abuso di posizione dominante incorre in un vizio del consenso: egli infatti, per quanto volesse comunque il contratto, non lo avrebbe concluso in quei termini ed è costretto a prestare il suo consenso dalla mancanza di alternative ragionevoli sul mercato. Sarebbe allora applicabile il rimedio dell'annullabilità del contratto, nella misura in cui sia desumibile dalle norme in materia di errore, violenza e dolo un principio generale passibile di estensione anche al di fuori dei casi tipicamente disciplinati dalla legge⁸⁶.

⁸⁴ Ma v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 305, il quale sostiene l'inadeguatezza del criterio "come-se", in quanto esso richiede di confrontare la situazione concreta con una situazione ideale (statica) di equilibrio di mercato, mentre – secondo l'impostazione cui aderisce l'A. – il diritto della concorrenza ha il compito di tutelare soprattutto l'efficienza dinamica dei mercati.

⁸⁵ In questo senso, M. R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude...*, cit.; EAD., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 181 ss.; EAD., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa...*, cit., 190 ss.

⁸⁶ M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità...*, cit., 187 ss. L'A. ritiene che nella fattispecie in esame sussista una situazione di disparità di potere contrattuale tra le parti, tale per cui il rimedio della nullità non sarebbe adeguato a tutelare adeguatamente la parte debole se non previ "aggiustamenti" di disciplina operati in sede ermeneutica (parzialità necessaria, legittimazione relativa...). Tali inconvenienti non si presentano ricorrendo al rimedio dell'annullabilità, preferito per le situazioni

Un altro studioso ritiene invece che lo squilibrio apportato al contratto dalla condotta distorsiva della concorrenza sia idoneo a giustificare, con applicazione analogica dell'art. 1448 c.c., un'azione volta alla rimozione o alla riconduzione ad equità del contratto viziato. Dalle norme che disciplinano il rimedio rescissorio si evincebbe infatti – contrariamente all'opinione classica per cui la disciplina codicistica dei contratti è tendenzialmente insensibile alle istanze di equilibrio e giustizia dello scambio – un principio generale di impugnabilità del contratto connotato da grave squilibrio economico da parte del contraente indotto a concluderlo da irresistibili pressioni psicologiche⁸⁷.

di squilibrio tra le parti anche dalle fonti persuasive internazionali come i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali e i Principi di diritto europeo dei contratti. L'abuso anticoncorrenziale, incidendo sulla libera determinazione del consenso, causerà pertanto l'annullabilità del contratto, non perché è integrata una delle ipotesi legali (l'A. riconosce infatti la non riconducibilità dell'ipotesi del contratto tra cliente e monopolista alla violenza o al dolo), ma applicando l'«annullabilità (per vizio del consenso) come sistema» (p. 194). Pur non arrivando a configurare l'istituto dell'«annullabilità virtuale», l'A. ritiene infatti che «vi sia una materia, per così dire, riservata al rimedio dell'annullabilità» (p. 196), ossia appunto quella dei vizi del consenso.

⁸⁷ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria...* (2018), cit., 288 ss. In particolare, secondo l'A. non si opporrebbe a tale conclusione l'obiezione per cui la norma che prevede la rescissione per lesione ha carattere eccezionale, sì da non poter generalizzare l'applicazione del rimedio. Infatti l'interpretazione estensiva della norma praticata dalla giurisprudenza (che identifica lo stato di bisogno non solo in uno stato di completa prostrazione economica, ma anche in una situazione difficoltà finanziaria temporanea) giustificerebbe la sua applicazione analogica in situazioni caratterizzate da oggettiva compressione della libertà di scelta del contraente, quale è appunto l'alterazione della struttura concorrenziale del mercato (p. 289). Inoltre, non osterebbe alla configurabilità dell'azione volta alla diretta riconduzione ad equità del contratto la circostanza che l'art. 1450 c.c. contempla la modificazione giudiziale del contratto solo come eccezione concessa al convenuto in rescissione. Infatti la *ratio* della disposizione sarebbe non già la tutela del contraente che ha posto in essere l'approfittamento, ma della vittima dell'abuso, il cui interesse è meglio servito dalla conservazione del contratto “corretto” piuttosto che dalla sua integrale caducazione. Ne consegue che sarebbe perfettamente coerente con il sistema accordargli la legittimazione ad esperire direttamente l'azione manutentiva; in ogni caso, poi, la possibilità di proporre tale domanda potrebbe essere fatta discendere dall'azione generale di arricchimento ingiustificato di cui all'art. 2041 c.c. (p. 293).

L'A. ripropone la tesi in ID., *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi...*, cit., 57 ss., ove prende anche posizione sulle critiche mosse *medio tempore* alla ricostruzione da lui supportata (p. 107, nt. 72).

4.3 *Le tesi a favore dell'ammissibilità della sola tutela risarcitoria*

Diversi autori ritengono che l'illiceità della condotta anticoncorrenziale non possa comportare l'invalidità del contratto a valle: il contraente pregiudicato potrà allora rivalersi nei confronti dell'impresa soltanto attraverso il rimedio del risarcimento del danno subito per effetto dell'alterazione del mercato. Anche tra chi aderisce a tale ricostruzione non si riscontra però unanimità di vedute, poiché le opinioni degli interpreti divergono soprattutto sul titolo della responsabilità imputabile all'impresa che ha posto in essere l'atto distorsivo della concorrenza.

Un primo orientamento è incline a rilevare nel caso in esame un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito ex art. 2043 c.c. Muovendo da un'interpretazione del concetto di "danno ingiusto" come una clausola generale – in forza della quale il danno-evento cui fa riferimento l'art. 2043 c.c. è integrato da ogni atto lesivo di una posizione soggettiva giuridicamente protetta che sia fonte di pregiudizio patrimonialmente apprezzabile –, si condiziona la risarcibilità del danno a una valutazione comparativa degli interessi in gioco: il risarcimento non è dovuto qualora la posizione del danneggiante sia suscettibile di una valutazione peggiore di quella del danneggiato.

Tale non sarebbe il caso dell'illecito anticoncorrenziale, ove il chiaro disvalore di cui è normativamente connotata la condotta dell'impresa (come testimoniato dalla previsione, in aggiunta alle tutele civili, di sanzioni amministrative) permetterebbe di ravvisare un danno ingiusto subito dal consumatore, rappresentato dal delta tra le condizioni contrattuali imposte dal monopolista e quelle che si sarebbero avute in un mercato concorrenziale⁸⁸.

⁸⁸ In tal senso soprattutto M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust* (2004)... cit., 937 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust* (2005)... cit., 237-241. L'A. precisa che le norme a tutela della concorrenza, nella misura in cui sono dirette a massimizzare il benessere del consumatore, sono idonee a fondare situazioni soggettive giuridicamente protette in capo ai consumatori e agli utenti finali, dei quali deve quindi riconoscersi la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno subito (con ciò ponendosi in contrapposizione con chi invece ritiene che la legislazione antitrust si rivolge esclusivamente alla protezione delle imprese

Altra dottrina non ritiene di poter ravvisare nella fattispecie i presupposti della responsabilità extracontrattuale: in particolare, difetterebbe il requisito del nesso di causalità materiale tra l'azione del danneggiante e il fatto illecito⁸⁹. La tutela risarcitoria sarebbe comunque concessa al contraente finale, ma a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., in adesione alla nota teoria dei c.d. vizi incompleti⁹⁰.

concorrenti operanti sul mercato alterato dalla condotta distorsiva: in tal senso v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust...*, cit., 1165).

Per l'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno da parte dei contraenti a valle v. anche F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust...*, cit., *passim* e spec. p. 179 ss., ove si evidenzia la «carica plurioffensiva» della condotta anticoncorrenziale, idonea a ledere non solo l'interesse dei *competitors*, ma anche quello dei consumatori finali. Quanto allo statuto della tutela risarcitoria, l'A. propone soluzioni originali in tema di criterio di imputazione soggettiva, suggerendo l'applicazione della presunzione di colpa prevista dall'art. 2600 co. 3 in tema di risarcimento del danno da atti di concorrenza sleale (p. 204), e di quantificazione del danno, per la quale l'A. invoca l'esperibilità della reversione degli utili prevista dall'art. 125, co. 3, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale) per il caso di violazione di un diritto di proprietà industriale (p. 207).

In senso parzialmente difforme, v. B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale...*, cit., 504-503, il quale condivide la tesi della configurabilità di una tutela di tipo aquiliano, ma identifica il danno-evento nella lesione della libertà negoziale del consumatore. A favore della teoria della responsabilità extracontrattuale v. anche A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema...*, cit., 78 ss.; P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 738 ss.; B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione...*, cit., 506 ss.

⁸⁹ Così E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 207-215, ove si osserva che la stipulazione del contratto a valle non è affatto conseguenza immediata e diretta della conclusione dell'intesa di cartello, in quanto è frutto dell'intervento della libertà negoziale dei contraenti. Non sarebbe possibile pervenire con ragionevole certezza alla conclusione che, in assenza dell'intesa a monte, il contratto a valle sarebbe stato stipulato a condizioni differenti. La sussistenza del nesso di causalità potrebbe poi essere esclusa anche in forza della teoria dello scopo della norma violata (su cui v. per tutti M. BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss.), in quanto le norme antitrust sarebbero finalizzate a proibire le condotte direttamente distorsive della concorrenza, non i negozi conclusi a valli in loro attuazione.

⁹⁰ L'elaborazione della teoria si deve a M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995. La tesi, inizialmente minoritaria, è ora recepita anche nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Foro it.*, 2106, I, 1703 ss. con nota di P. PARDOLESI, *Responsabilità precontrattuale oltre la culpa in contrahendo: riflessioni comparative*: «La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa formazione del contratto stesso».

Secondo questa tesi, l'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale non è circoscritto alla sola ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative, ma si estende al caso del contratto inquinato da condotta contraria a buona fede che, pur non assurgendo a uno dei vizi del consenso tipici previsti nel codice civile e quindi non potendo comportare l'invalidità del patto, abbia inciso sulla volontà dell'altra parte in modo tale da determinarla a concludere il negozio a condizioni per sé svantaggiose.

A sostegno di tale conclusione, si adduce la regola sul dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c., che testimonierebbe come il sistema ammetta la compatibilità tra contratto valido e responsabilità precontrattuale. Nel caso dei contratti a valle, sarebbe possibile ravvisare il comportamento di mala fede nella stessa distorsione dell'assetto concorrenziale del mercato tramite la partecipazione alla conclusione dell'intesa illecita: la condotta anticompetitiva, alterando la fisiologica formazione della volontà della controparte, integrerebbe gli estremi del "raggiro" di cui all'art. 1440 c.c. e obbligherebbe perciò il cartellista al risarcimento del danno⁹¹.

⁹¹ Così E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 444 ss. L'A. ritiene che debbano essere distinti i casi dell'intesa restrittiva della concorrenza e dell'abuso di posizione dominante: in particolare, quest'ultimo assume, nell'ambito del diritto "secondo" antitrust, la stessa posizione eccezionale che il dolo incidente ha nel sistema del diritto "primo" privato generale: come il dolo genera in via ordinaria l'invalidità del contratto e in via eccezionale il risarcimento del danno, così la condotta anticoncorrenziale "standard" (ossia l'intesa) è valutata dalla legge in termini di invalidità, mentre l'abuso di posizione dominante avrà rilevanza esclusivamente in termini risarcitori; in tal senso è letto anche il binomio azioni di nullità/azioni di risarcimento di cui all'art. 33 co. 2 l. 287/1990 (pp. 456-458).

Rispetto ai contratti a valle di intese sarà invece appunto configurabile una responsabilità precontrattuale ex art. 1440 c.c. da contratto valido ma svantaggioso: il raggiro infatti non deve necessariamente essere direttamente messo in atto nei confronti del contraente pregiudicato, ma può consistere anche nella dolosa predisposizione (anche con la collaborazione di terzi complici o ignari) delle condizioni propedeutiche all'alterazione della volontà della vittima del raggiro (pp. 464-465). Un simile rimedio non sarebbe invece configurabile per il caso di abuso di posizione dominante, ove l'impresa, limitandosi ad avvalersi a suo vantaggio di una situazione preesistente di mercato alterato, non porrebbe in atto un "raggiro" vero e proprio (p. 462).

A differenza delle ordinarie ipotesi di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile non dovrebbe però essere limitato al c.d. interesse negativo: la natura eccezionale dell'ipotesi di cui all'art. 1440 c.c. (che presuppone la conclusione di un contratto valido) giustificerebbe infatti un diverso criterio di quantificazione del danno, volto a porre il contraente raggirato nella situazione in cui si sarebbe trovato se le condizioni di mercato non fossero state alterate (pp. 472-473).

4.4 *L'avvento della Direttiva danni antitrust (rinvio)*

Le riflessioni sulla sorte del contratto a valle sono fiorite in un quadro normativo diverso da quello contemporaneo: in tempi recenti il diritto della concorrenza italiano ha subito infatti profonde modifiche per effetto dell'influsso del diritto eurounitario. Infatti, dopo che la Corte di Giustizia aveva riconosciuto – nelle note pronunce *Courage*⁹² e *Manfredi*⁹³ – la risarcibilità del danno subito da concorrenti e consumatori per effetto di condotte distorsive della concorrenza, il legislatore europeo ha introdotto nel 2014 la Direttiva 104/2014/UE, la quale ha introdotto una disciplina organica delle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della

Sostiene una posizione parzialmente analoga L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito...*, cit., 60-63, la quale non sembra però propendere per l'applicazione diretta dell'art. 1440 c.c. alla fattispecie, ma piuttosto invocare tale norma per dimostrare la cittadinanza nel nostro ordinamento del «binomio risarcimento/validità del contratto»: se esso è ammissibile per la violazione di una clausola generale come quella di buona fede e correttezza, *a fortiori* dovrebbe esserlo se è una regola specifica a essere infranta nella fase precontrattuale, come avviene appunto nel caso dei contratti a valle di illeciti anticoncorrenziali.

⁹² CGCE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, in *Foro it.*, 2002, IV, 71 ss., con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal... si lagni e chieda i danni"*, E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, G. ROSSI, "Take Courage"! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*; in *Corr. giur.*, 2002, 456 ss., con nota di G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*; in *Europa e dir. priv.*, 2002, 791 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*. In tale sentenza, la Corte ha stabilito che a un'impresa che ha partecipato a un'intesa anticoncorrenziale non è precluso il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti per effetto di tale intesa (§ 36).

⁹³ CGCE, 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, cause riunite C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 634 ss., con nota di S. MONTEMAGGI, *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*; in *Concorrenza e mercato*, 2005, 291 ss., con nota di P. IANNUCELLI, *La Saga RC Auto rimane (per ora) una questione tutta italiana*; in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, 305 ss., con nota di O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*. In questo arresto la Corte ha stabilito che «chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE» (§ 61), in quanto, in caso contrario, l'effetto utile del divieto stabilito da tale norma sarebbe pregiudicato.

concorrenza dell'Unione europea e degli Stati membri. La Direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Dell'impatto di tale novella sul diritto della concorrenza del nostro ordinamento si terrà conto nell'analisi che costituirà oggetto del prossimo capitolo, ove si tenterà di verificare se i recenti sviluppi del diritto antitrust siano in grado di rendere di nuovo attuale l'antico dibattito sull'ammissibilità del controllo di contenuto sulle condizioni generali di contratto⁹⁴.

⁹⁴ Su cui v. *supra*, Cap. I, spec. § 2.

CAPITOLO III

LA PREDISPOSIZIONE DI CONTRATTI STANDARD COME ILLECITO ANTITRUST

SOMMARIO: 1. La differenza (apparente?) di disciplina tra condizioni generali di contratto imposte tramite intesa e tramite abuso di posizione dominante – 2. La fissazione di condizioni generali di contratto mediante intesa restrittiva della concorrenza: il problema della standardizzazione dell’offerta normativa – 2.1. Standardizzazione produttiva e standardizzazione contrattuale – 2.2. La standardizzazione dell’offerta normativa nel contesto del diritto della concorrenza eurounitario – 2.3. Il caso delle fidejussioni rilasciate sulla base di moduli standard ABI – 3. La predisposizione di condizioni generali di contratto come abuso di posizione dominante: il problema dell’abuso di sfruttamento – 3.1. Abusi di sfruttamento e abusi di esclusione – 3.2. Il caso Facebook e la sfida dei “*Big Data*” al diritto antitrust – 4. I labili confini tra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica – 5. I rimedi concessi avverso i contratti standard anticoncorrenziali – 5.1. La nullità virtuale per violazione del divieto soggettivo, imposto alle imprese dotate di potere di mercato, di stipulare contratti leciti singolarmente, ma anticoncorrenziali se riprodotti su larga scala – 5.2. Il rimedio alternativo disponibile: la necessità di distinguere, in punto di disciplina applicabile, tra prezzi e “altre condizioni contrattuali” – 5.3. Nullità parziale e riduzione teleologica – 5.4. Alcune precisazioni conclusive: (i) condizioni generali di contratto “illegali” e “illecite” – 5.5. (ii) Intese “esentate” e conseguenze sui contratti standard a valle

1 La differenza (apparente?) di disciplina tra condizioni generali di contratto imposte tramite intesa e tramite abuso di posizione dominante

Nei capitoli precedenti si è dato conto, da una parte, delle tesi favorevoli a un controllo di contenuto sulle condizioni generali di contratto e, dall’altra, delle opinioni

dottrinali riguardo i contratti a valle di illeciti anticoncorrenziali. Nelle pagine successive si cercherà di ricondurre a sintesi queste due – apparentemente slegate – questioni, per appurare se e in quali termini sia ammissibile un controllo sostanziale sui contratti standard attraverso l'applicazione della legislazione antimonopolistica.

Il punto di partenza è costituito dalle disposizioni che identificano come comportamento anticompetitivo tipizzato l'imposizione di clausole contrattuali che la controparte non avrebbe accettato in un mercato non distorto da condotte illecite (artt. 101, para. 1, lett. a), ult. parte e 102, para. 2, lett. a), ult. parte, TFUE; artt. 2, co. 2, lett. a), ult. parte e 3, co. 1, lett. a), ult. parte, l. 287/1990).

Deve però essere preliminarmente osservato che, ad una disamina *prima facie* di queste norme, sembra essere previsto un differente *standard of review* a seconda che l'imposizione di condizioni contrattuali derivi da un'intesa restrittiva della concorrenza o da un abuso di posizione dominante. Nel primo caso, la fissazione di clausole è vietata *tout court*; nel secondo, solo qualora si traduca nella determinazione di condizioni *non eque* (TFUE) o *ingiustificatamente gravose* (l. 287/1990).

Il tema si collega a una più generale differenza di fondo che sussisterebbe tra le due fattispecie dell'intesa e dell'abuso di posizione dominante: in particolare, mentre l'intesa restrittiva della concorrenza è soggetta a esenzione dall'applicazione del divieto – *ex lege*, a seguito della “modernizzazione” del diritto antitrust eurounitario messa in atto con il Regolamento 1/2003/CE – nel caso in cui conduca a guadagni di efficienza per il sistema, il comportamento abusivo è di per sé connotato da una tale riprovevolezza da non essere mai esentabile.

La dottrina più attenta osserva però che le due figure sono in un rapporto di continuità tra loro: infatti, anche l'abuso di posizione dominante è soggetto a una valutazione sugli effetti pregiudizievoli della condotta per i consumatori e per il

mercato¹. Semplicemente, tale analisi (che dovrà essere condotta secondo gli stessi canoni che permettono di distinguere tra intese vietate e intese esentate) non avverrà – come per le intese – *ex post*, ma *ex ante*: un giudizio positivo sugli effetti concorrenziali di una condotta dell'impresa dominante precluderà la sua stessa qualificazione in termini di abuso².

¹ C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Milano, 2012, 1 ss., 5-22, evidenzia che non vi è unità di vedute, in dottrina e negli orientamenti applicativi di Commissione e Corte di Giustizia, riguardo i criteri per identificare uno sfruttamento abusivo di posizione dominante. In particolare, l'A. identifica tre principali scuole di pensiero in argomento:

- i. quella per cui è abusivo il comportamento che, in base a considerazioni di analisi economica, impedisce di massimizzare il *total welfare* o il *consumer welfare* (tale corrente si divide a sua volta in sotto-orientamenti che, nel tentativo di superare la vaga nozione di “benessere del consumatore, propone diversi criteri di individuazione dell'abuso, come i comportamenti che escludono un concorrente altrettanto efficiente o quelli che non avrebbero senso economico se non per la loro tendenza a ridurre o eliminare la competizione);
- ii. quella per cui è abusivo il comportamento che mette a repentaglio il mantenimento della struttura concorrenziale del mercato;
- iii. quella che riconduce l'abuso di posizione dominante ai concetti di slealtà professionale e di abuso del diritto.

A fronte di tale difformità di opinioni, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 306-307, ritiene allora che il criterio capace di offrire il maggior grado di certezza applicativa è quello per cui la liceità dei comportamenti dell'impresa in posizione dominante dovrebbe dipendere dagli stessi elementi che giustificano l'esenzione delle intese dall'applicazione del divieto di cui all'art. 101 TFUE, come peraltro affermato in un *Discussion Paper* della Commissione del 2005 (cfr. Direzione generale Concorrenza, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, dicembre 2005, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y2q25bad>, 5: «*if the conduct of a dominant company generates efficiencies and provided that all the other conditions of Article 81(3) are satisfied [...] such conduct should not be classified as an abuse under Article 82 of the EC Treaty*»).

² M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 270-274, il quale evidenzia anche come altre differenze strutturali tra le due fattispecie siano più apparenti che reali: il fatto che l'intesa sia riconducibile ad almeno due imprese e l'abuso a una sola è una circostanza solo tendenziale, in quanto l'art. 102 TFUE contempla anche la posizione dominante collettiva; la necessità della sussistenza di un potere di mercato in capo all'impresa non è poi un *proprium* dell'abuso di posizione dominante, in quanto trova applicazione alle intese la c.d. regola *de minimis*, per la quale sono sottratte all'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE le intese aventi un effetto insignificante sulla concorrenza, tenuto conto del potere di mercato dei partecipanti (cfr. CGCE, 9 luglio 1969, *Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, EU:C:1969:35; Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»)*, in G.U.U.E., 30 agosto 2014, C 291; in argomento v. altresì C. DESOGUS, *Intese (diritto antitrust)*, in *Enc. dir. – Annali*, IX, Milano, 2016, 476 ss., 484-485).

Ferma restando questa opportuna considerazione, sembra nondimeno che l'imposizione di condizioni generali di contratto posta in essere mediante attuazione di un'intesa restrittiva della concorrenza e quella praticata mediante abuso di posizione dominante debbano essere assoggettate a uno scrutinio antitrust almeno parzialmente differente.

Infatti, se si pensa alla fattispecie contigua della fissazione dei prezzi (elemento centrale delle disposizioni che proibiscono anche, quasi *ad abundantiam*, l'imposizione di altre condizioni contrattuali), si può notare che il cartello di *price fixing* non può che essere quasi inesorabilmente censurato, a prescindere dall'"equità" del prezzo imposto: esso, tra le altre cose, si frappone al raggiungimento dell'efficienza allocativa, impedendo alle imprese di reagire ai mutamenti di domanda con innalzamenti o abbassamenti di prezzi, e ostacola il perseguimento dell'efficienza produttiva e dinamica, rimuovendo gli incentivi all'innovazione che permetta di produrre la stessa quantità di *output* a un minor costo (e poter perciò offrire il bene a un prezzo inferiore dei *competitors*) o che consenta di migliorare la qualità del prodotto in modo tale da poter pretendere un prezzo più alto³.

Vi è però una differenza di disciplina tra le due ipotesi: mentre l'intesa restrittiva fa presumere l'illiceità della condotta, spettando alle imprese interessate l'onere di provare la sussistenza delle condizioni di esenzione di cui all'art. 101 para. 3 TFUE (v. art. 2, para. 1, secondo periodo, Regolamento 1/2003/CE), non si riscontra un analogo meccanismo presuntivo nello statuto normativo dell'abuso, in quanto non è vietato di per sé ricoprire una posizione dominante, ma solo (appunto) il suo abuso, della cui relativa prova sarà onerata l'autorità procedente. Per questo motivo l'A. conclude che «il confronto fra le due disposizioni dell'art. 101 e dell'art. 102 porta a dire che il comportamento coordinato e consapevole di due o più imprese è trattato dall'ordinamento – almeno sul piano formale – in maniera più severa di quanto avvenga per il comportamento unilaterale di un'impresa, ancorché dotata di potere di mercato» (pp. 272-273).

³ Cfr. C. DESOGUS, *Intese...*, cit., 485: «Tra le intese orizzontali normativamente disciplinate si annoverano, innanzitutto, gli accordi di fissazione dei prezzi, ovvero i cartelli. Sono queste le intese sanzionate con maggiore severità, in quanto conducono all'uniformazione dei prezzi praticati, laddove, invece, la rivalità sui prezzi costituisce lo strumento concorrenziale per eccellenza». Anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 165, si riferisce agli accordi orizzontali sui prezzi in termini di «*hard core restriction*».

Anche la Commissione annovera gli accordi di fissazione dei prezzi tra i più pregiudizievoli per il commercio tra gli Stati membri: v ad es. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore...*, cit., § 13, ove si escludono dalla "zona di sicurezza"

Se la fissazione di prezzi mediante intesa è allora uno dei casi meno problematici nel diritto antitrust, l'abuso di posizione dominante che si concretizzi nell'imposizione di prezzi eccessivi è – paradossalmente – una delle ipotesi più controverse, stante la delicatezza della valutazione circa l'”eccessività” del prezzo praticato dall'impresa dominante. Secondo le voci critiche, nell'applicare questa fattispecie l'autorità garante finirebbe per svolgere un'impropria funzione di regolazione amministrativa dei mercati, senza peraltro possedere la competenza specialistica di cui sono dotate le *Authorities* di settore.

Anche con specifico riferimento alle condizioni generali di contratto, i due illeciti antitrust sembrano sollevare, come si vedrà nei prossimi paragrafi, questioni diverse: l'intesa che abbia ad oggetto la fissazione di condizioni generali comuni tra le imprese partecipanti del mercato pone il problema della standardizzazione dell'offerta normativa; l'abusiva fissazione di condizioni generali eccessivamente gravose da parte dell'impresa in posizione dominante deve invece essere ricondotta alla più generale questione dei limiti di sindacabilità dell'abuso di sfruttamento.

2 La fissazione di condizioni generali di contratto mediante intesa restrittiva della concorrenza: il problema della standardizzazione dell'offerta normativa

Quando un'intesa restrittiva della concorrenza ha ad oggetto l'adozione di condizioni generali uniformi tra le imprese partecipanti, viene eliminata la possibilità che esse competano offrendo ai loro clienti clausole più favorevoli di quelle dei rivali. Mutuando una dicotomia propria del diritto dei consumatori⁴, può dirsi che, se la

(*safe harbour*) prevista dalla Comunicazione le intese che hanno per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno, tra i quali vengono fatti rientrare innanzitutto proprio gli accordi che hanno per oggetto la «fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi».

⁴ È noto che, poiché ai sensi dell'art. 34 co. 2 c. cons. «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del

fissazione dei prezzi consiste nella standardizzazione dell'offerta economica, l'uniformazione delle condizioni generali di contratto costituisce la standardizzazione dell'offerta normativa.

La predisposizione unilaterale di condizioni generali rappresenta già di per sé un'armonizzazione della regolamentazione contrattuale tra tutti i clienti di un'impresa; quando più imprese si accordano per applicare nei propri rapporti gli stessi formulari, tale effetto uniformante viene esponenzialmente amplificato. Queste intese sono state perciò efficacemente definite come «*standardizations of standards*»⁵.

2.1 *Standardizzazione produttiva e standardizzazione contrattuale*

Il problema della standardizzazione dell'offerta normativa è stato di rado preso in considerazione dagli interpreti; nondimeno, il diritto antitrust si è spesso occupato dell'adozione, tra produttori operanti nello stesso settore, di standard comuni relativi a certe caratteristiche dei prodotti offerti. Dalle soluzioni proposte per questo tipo di casi possono pertanto ricavarsi utili indicazioni per la corretta impostazione della questione in esame.

Tradizionalmente, si distingue tra standard di qualità e standard di interoperabilità. Con i primi, le imprese si accordano affinché vengano rispettati nella produzione determinati livelli minimi di qualità⁶. I secondi costituiscono invece regole condivise riguardanti certe caratteristiche tecniche dei prodotti, che permettono che essi possano

corrispettivo dei beni e dei servizi», si suole dire che rientrano tra le clausole vessatorie ai sensi dell'art. 33 co. 1 c. cons. solo quelle caratterizzate da squilibrio normativo, non economico: v. ad es. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori...*, cit., 265.

⁵ M. R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *William & Mary Law Review*, 2010, 327 ss., 339. Cfr. anche *ivi*, 332, ove si afferma che tali accordi di uniformazione delle condizioni generali di contratto tra imprese operanti nello stesso settore pongono in essere «*a second layer of standardization*».

⁶ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 177, ove si fa l'esempio degli standard diffusi nel settore agroalimentare (denominazione di origine protetta, marchi collettivi di qualità, etc...).

essere usati in combinazione con altri beni fabbricati da imprese diverse⁷. Entrambi i tipi di standardizzazione sono visti generalmente con favore dalla Commissione, che ne riconosce i possibili effetti pro-competitivi⁸. Tuttavia, si riconosce che essi possono anche produrre conseguenze negative per la concorrenza, riducendo o eliminando la concorrenza sui prezzi⁹, limitando lo sviluppo tecnico e l'innovazione¹⁰, o precludendo di fatto a determinate imprese l'accesso ai risultati del processo di definizione dello standard¹¹.

Allo stesso modo, la standardizzazione delle condizioni generali di contratto tra le imprese operanti nello stesso settore può produrre guadagni di efficienza, ma anche condurre a restrizioni della concorrenza e a un peggioramento della qualità dell'offerta complessiva del mercato.

⁷ *Ivi*, 178: è il caso ad es. delle porte dei PC per l'inserimento chiavi USB, o delle quantità standard di distribuzione delle bevande (come la lattina da 33 cl o la bottiglia di birra da 66 cl).

⁸ Cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101...*, cit., § 263 ss. Si dà atto del fatto che questo tipo di intese (definite «accordi di normazione») hanno non di rado effetti economici positivi, in quanto «promuovono la compenetrazione economica sul mercato interno» e «favoriscono lo sviluppo di prodotti/mercati nuovi e migliorati e di migliori condizioni d'offerta» (§ 263). In particolare, gli standard di interoperabilità riducono i costi di transazione e abbassano le barriere all'entrata nei mercati, permettendo alle imprese di competere sulla base dei meriti senza che siano favorite le sole imprese il cui prodotto è compatibile con un altro prodotto complementare di uso prevalente; gli standard di qualità favoriscono la scelta del consumatore e possono facilitare l'innovazione, permettendo alle imprese di basarsi sulle soluzioni condivise (§ 308).

Sui guadagni di efficienza prodotti dall'adozione di standard di qualità e di interoperabilità si veda anche M. R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts...*, cit., 342 ss. il quale sottolinea che gli standard di interoperabilità generano il c.d. *network effect*, ossia l'incremento di valore di un bene per il fatto che molte persone lo usano (si pensi ai telefoni o a Internet). In argomento, v. anche M. A. LEMLEY – D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, 1998, 479 ss.

⁹ Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101...*, cit., § 265, ove si sottolinea che gli incontri di definizione degli standard condivisi si prestano a diventare occasione per l'instaurazione di collaborazioni collusive.

¹⁰ *Ivi*, § 266. In particolare la scelta di una certa tecnologia come “standard”, le tecnologie alternative devono affrontare una barriera all'ingresso, rischiando l'esclusione dal mercato. Tale rischio di limitazione dell'innovazione è accentuato se determinate imprese sono escluse ingiustificatamente dal processo di definizione dello standard.

¹¹ *Ivi*, § 268. È il caso in cui, al fine di adottare uno standard, sia necessario ottenere in licenza un diritto di proprietà industriale. I diritti di proprietà industriale potenzialmente rilevanti per l'applicazione dello standard dovrebbero essere divulgati prima della definizione di quest'ultimo.

Sotto il primo profilo, l'accordo su condizioni generali comuni può comportare una significativa riduzione dei costi di transazione. Se le clausole accessorie del contratto sono uniformi tra le diverse imprese che offrono lo stesso bene o servizio, è più agevole per il consumatore confrontare gli elementi essenziali del prodotto (come il prodotto e le qualità fondamentali), senza dover faticosamente soppesare se, ad esempio, una limitazione di responsabilità particolarmente estesa giustifichi o meno il prezzo inferiore alla concorrenza¹². Inoltre, l'adozione generalizzata di identiche

¹² M. R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts...*, cit., 342. V. anche D. GILO – A. PORAT, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers and Anticompetitive Effects*, in *Michigan Law Review*, 2006, 983 ss., 987, ove si sottolinea che la standardizzazione rende più agevole per i consumatori cambiare venditore da cui acquistano, in quanto non devono incorrere nel costo di transazione di leggere e comprendere clausole contrattuali diverse. T. WILHELMSSON, *Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts*, in *European Business Law Review*, 2006, 49 ss., 56-57, sottolinea che una parziale restrizione della concorrenza, operata mediante un accordo di standardizzazione di clausole di minore importanza, può paradossalmente beneficiare i consumatori, facilitando il paragone tra le clausole principali, specie in contratti complessi come le polizze assicurative.

La standardizzazione delle clausole contrattuali è considerata positivamente anche dai redattori di una proposta di *Restatement* del diritto dei contratti dei consumatori, promossa dall'*American Law Institute*: «*The use of standardization in the production of contract terms is, like standardization in the production of goods and services, a source of potential benefits to consumers and business alike. Standardization support efficient production and distribution, resulting in lower prices and lower transaction costs, and the introduction of new forms of products and services*» (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law – Consumer Contracts, Tentative Draft*, 2019, § 2, 35). Per questo ed altri motivi (in particolare, il fatto che le ricerche empiriche dimostrano che i consumatori non leggono le condizioni generali e che comunque le corti dichiarano non azionabili le clausole eccessivamente squilibrate), il *Restatement* prevede che i consumatori siano vincolati alle condizioni generali anche se non hanno acconsentito alle specifiche clausole, ma solo all'operazione economica complessiva.

Su tale scelta normativa esprime le proprie riserve J. RUTGERS, *Business First. A Comment on the Adoption of Standard Terms under the American Restatement of the Law Consumer Contracts from a European Union Perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 130 ss., 146, il quale critica la mancata previsione nel *Restatement* del requisito della comprensibilità delle clausole, che, se anche non giova al consumatore che non si curi di leggere le condizioni generali, facilita comunque la possibilità che questi si renda conto dell'iniquità della clausola in fase di esecuzione del contratto e si attivi per far valere giudizialmente i suoi diritti. Sul progetto di *Restatement* si vedano anche i commenti di: O. BAR-GILL – O. BEN-SHAHAR – F. MAROTTA-WURGLER, *The American Law Institute's Restatement of Consumer Contracts: Reporters' Introduction*, *ivi*, 91 ss.; H. SCHLTE-NÖLKE, *Incorporation of Standard Contract Terms on Websites*, *ivi*, 103 ss.; S. GRUNDMANN, *A Modern Standard Contract Terms Law from Reasonable Assent to Enhanced Fairness Control – A View on Digital Environments and Post-Transaction Assent*, *ivi*, 148 ss.; F. GÓMEZ POMAR, *Core Versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, *ivi*, 177 ss.; A. L. SIBONY,

condizioni generali può incrementare il valore del contratto, in quanto aumenta la possibilità che esso sia soggetto a interpretazione uniforme dagli uffici giudiziari e pertanto ne aumenta la certezza e la prevedibilità nella fase esecutiva¹³.

Non deve però essere trascurato il rischio che la standardizzazione dei formulari possa avere ripercussioni negative sull'efficienza del sistema. Infatti, l'uniformazione comporta necessariamente una limitazione della facoltà di scelta dei consumatori¹⁴, ostacolando così il processo di scoperta delle preferenze di utenti e consumatori, che si può realizzare solo preservando la struttura concorrenziale del mercato¹⁵. Inoltre, il *network effect* dell'incremento di valore delle condizioni generali a motivo della loro adozione standardizzata può tradursi in una barriera all'entrata per nuove imprese che si affaccino al mercato¹⁶.

Si ritiene perciò che un'intesa avente ad oggetto l'uniformazione delle condizioni generali di contratto possa superare indenne lo scrutinio antitrust solamente se ha ad oggetto clausole ancillari e di rilievo secondario nell'operazione economica complessiva: solo se l'accordo ha ad oggetto patti di minore importanza si potrà infatti ritenere che gli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'intesa siano controbilanciati dalla riduzione dei costi di transazione nella valutazione comparativa dei prodotti offerti dalle imprese operanti sul mercato¹⁷.

European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends, *ivi*, 195 ss.

¹³ M. E. BOARDMAN, *Contra proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, in *Michigan Law Review*, 2006, 1105 ss., 1112, ove l'incremento di valore connesso al consolidamento di un'interpretazione giurisprudenziale uniforme delle condizioni generali di contratto viene descritto in termini di «*network effect*».

¹⁴ M. R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts...*, cit., 344.

¹⁵ F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., 153.

¹⁶ M. R. PATTERSON, *Standardization of Standard-Form Contracts...*, cit., 344, ove si evidenzia che i consumatori sarebbero probabilmente riluttanti ad abbandonare le imprese che utilizzano il *form* standardizzato in favore di un nuovo *competitor* munito di condizioni generali magari migliori, ma dall'applicazione incerta a causa dell'assenza di una loro interpretazione consolidata.

¹⁷ *Ivi*, 364. L'A. osserva poi (pp. 367-368) che, sebbene l'inclusione di una clausola iniqua potrebbe in astratto costringere il venditore ad abbassare il prezzo per non perdere clienti, ciò presuppone che il mercato sia fortemente competitivo e che le imprese si facciano una vigorosa concorrenza

2.2 *La standardizzazione dell'offerta normativa nel contesto del diritto della concorrenza eurounitario*

Alcune indicazioni circa la liceità di questo tipo di accordi possono poi essere tratte dall'ordinamento europeo. La Commissione prende in esame le condizioni standard, praticate dalle imprese operanti nello stesso settore, in connessione agli accordi di standardizzazione produttiva¹⁸, prendendo atto che l'utilizzo diffuso di tali condizioni in un dato comparto può far sì che esse possano «diventare di fatto allineate»¹⁹. Ciò può comportare effetti restrittivi della concorrenza, nella misura in cui sia limitata la scelta e l'innovazione del prodotto²⁰, siano influenzate le condizioni commerciali

sul prezzo. Inoltre, in caso di difformità tra i compratori, l'intesa sulle condizioni generali porterà le imprese a uniformare, nel processo di incontro tra domanda e offerta, anche il prezzo, con correlativo vantaggio e svantaggio delle classi di consumatori a seconda dei loro diversi prezzi di riserva.

In una simile prospettiva, cfr. A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari...*, cit., 164 ss., ove si sostiene l'illiceità di ogni intesa volta alla uniformazione delle «clausole salienti», ossia «corrispondenti a potenziali preferenze differenziate di fasce non marginali della domanda» (p. 165). A sostegno di tale impostazione, l'A. adduce una concezione del diritto antitrust ispirata al criterio del «*first best*», secondo cui il diritto di scelta dei consumatori sarebbe direttamente tutelato dalla legislazione antimonopolistica (in adesione alla più volte richiamata tesi sostenuta da F. DENOZZA, *Antitrust...*, cit., *passim* e spec. 153 ss.). Secondo l'A., infatti, è indubbio che leggi antitrust europea e italiana siano almeno parzialmente ispirate a logiche redistributive (come riconosciuto anche da R. PARDOLESI, *Intese restrittive della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol. 1 (Artt. 1-7)*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993, 184), sicché devono essere ritenute proibite le «intese che risultino neutrali da un punto di vista del benessere complessivo, alterando in favore delle imprese la ripartizione finale della ricchezza» (p. 169), ossia appunto quelle volte a uniformare le clausole inerenti alle qualità essenziali del bene o servizio offerto dai concorrenti.

L'A. illustra poi cinque diverse categorie di standardizzazione (standardizzazione unidimensionale; standardizzazione abusiva; standardizzazione neutrale; standardizzazione tecnica; standardizzazione tipologica), analizzando gli effetti (positivi e negativi) di ciascuna di esse rispetto all'assetto concorrenziale del mercato.

¹⁸ O «accordi di normazione», secondo la terminologia usata dalla Commissione nelle sue linee guida; v. *supra*, nt. 8.

¹⁹ Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101...*, cit., § 259.

²⁰ *Ivi*, § 270. Si osserva però che la scelta e l'innovazione sono limitate solo se le condizioni standard definiscono la «portata del prodotto finale» e che, pertanto, l'adozione di condizioni standard di vendita per i beni di consumo classici non limitano l'innovazione del prodotto, la sua qualità o la sua varietà.

del prodotto finale²¹ o se l'accesso ai moduli standard sia cruciale per entrare nel mercato²². In linea generale, la Commissione esclude però che la standardizzazione dei contratti possa riverberarsi negativamente sulla concorrenzialità del mercato, a patto che «la partecipazione all'elaborazione effettiva di condizioni standard **non** [sia] **soggetta a restrizioni** per i concorrenti sul mercato rilevante» e che «le condizioni standard definite [siano] **non vincolanti e effettivamente accessibili** a tutti» (grassetti nell'originale)²³.

Anche le autorità europee dimostrano però un maggiore timore per possibili effetti anticoncorrenziali nei casi in cui le clausole standardizzate investano elementi chiave del prodotto-contratto²⁴. È questo il caso, ad esempio, dei contratti di assicurazione, in cui le condizioni generali possono conformare notevolmente le caratteristiche del prodotto effettivamente venduto al cliente, innanzitutto tramite la definizione dei rischi coperti dalla polizza.

²¹ *Ivi*, § 271.

²² *Ivi*, § 272.

²³ *Ivi*, § 301. Vengono però identificate due eccezioni generali al principio enunciato: il caso in cui le condizioni standard «definiscono la portata del prodotto venduto al consumatore», come nel caso di contratti di assicurazione, per i quali l'uniformazione dei rischi coperti limita la libertà di scelta del consumatore (§ 303); e il settore del commercio online, nel quale, stante la difficoltà a valutare elementi come la presenza di sistemi di pagamento sicuro, la descrizione esatta dei prodotti e la flessibilità della politica dei resi, i consumatori tendono ad adottare le pratiche più diffuse, sicché le condizioni standard tendono a diventare di fatto vincolanti per le imprese che intendano accedere al mercato (§ 305).

²⁴ Come è stato acutamente osservato in dottrina, in determinati settori specializzati (in particolare, il comparto finanziario, bancario e assicurativo), il contratto si identifica pienamente con il prodotto offerto dall'impresa al cliente: «nel bancario il contratto è proprio il “bene”, non solo quello che al bene sta intorno, secondo quanto tipicamente avviene, per contro, nella produzione industriale e nella catena della distribuzione» (A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 7).

In una simile prospettiva, nella dottrina giuridica nordamericana vi è chi propone una concezione per la quale i *contracts* possono essere assimilati alle *commodities*: si v. H. T. GREELY, *Contracts as Commodities: The Influence of Secondary Purchasers on the Form of Contracts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1989, 133 ss.; A. ALLEN LEFF, *Contract as Thing*, in *American University Law Review*, 1970, 131 ss.; J. J. A. BURKE, *Contract as Commodity: A Nonfiction Approach*, in *Seton Hall Legislative Journal*, 2000, 285 ss.

Fino a qualche tempo fa, il settore delle assicurazioni era oggetto di un Regolamento di esenzione in blocco dal divieto di intese, più volte rinnovato, in base al quale venivano autorizzate *ex ante* alcune pratiche cooperative, ritenute in grado di spiegare effetti positivi sull'efficienza del mercato assicurativo (ad es. la condivisione dei dati dei sinistri in forma anonima e aggregata, a fini statistici e attuariali, e la predisposizione di condizioni generali tipo non vincolanti)²⁵. Pur non essendo più in vigore, le disposizioni dei diversi Regolamenti di esenzione succedutisi nel tempo permettono di comprendere più a fondo l'attitudine della Commissione nei confronti della standardizzazione delle condizioni generali di contratto²⁶.

Innanzitutto, la stessa emanazione dei Regolamenti di esenzione dimostra che non sia scontata la liceità degli accordi di standardizzazione di clausole contrattuali, ma che essa sia condizionale alla presenza di benefici concorrenziali ad essi connessi. Se infatti questo tipo di pratiche non fosse neppure astrattamente in tensione con i principi del diritto della concorrenza, non vi sarebbe alcuna necessità di provvedere alla loro autorizzazione²⁷.

²⁵ Nel 1991 il Consiglio dell'Unione (con il Regolamento 1534/91/CEE) autorizzò la Commissione ad esentare dal divieto di intese alcune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni; in ottemperanza a tale delega, la Commissione emanò il Regolamento di esenzione in blocco 3932/92/CEE. Una volta che questo giunse alla sua naturale scadenza, la Commissione rinnovò l'esenzione una prima volta con il Regolamento 358/2003/CE e una seconda con il Regolamento 267/2010/UE. Quest'ultimo è scaduto il 31 marzo 2017.

²⁶ Il mancato rinnovo del Regolamento 267/2010 non è stato dovuto infatti a un mutamento di prassi applicativa della Commissione, ma al maturato convincimento della non necessità del Regolamento, in quanto le linee guida pubblicate dalla Commissione (Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101...*, cit.) forniscono sufficienti indicazioni circa le pratiche permesse e vietate: «*The expiry of the IBER [Insurance Block Exemption Regulation, n.d.r.] does not mean that these forms of co-operation become unlawful under Article 101 TFEU. Rather, insurers, as all other companies doing business in the EU, will need to self-assess their co-operation in the market context to see whether it is in line with antitrust rules*» (Comunicato stampa della Commissione europea, 13 dicembre 2016, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yxnubr5d>).

²⁷ Così T. WILHELMSSON, *Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms...*, cit., 63. Cfr. anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 141-142: «un'esenzione per categoria dal contenuto molto ampio presuppone anche che il divieto, che logicamente la precede, sia di contenuto almeno corrispondente».

Per quanto riguarda l'elaborazione di c.d. "condizioni tipo", la Commissione ha dimostrato un atteggiamento di crescente cautela riguardo la loro legittimità. Nei Regolamenti 3932/1992 e 358/2003 era prevista un'ipotesi di esenzione per questo tipo di intesa, ma solo a patto che le condizioni tipo fossero diffuse menzionando esplicitamente che la loro adozione non è vincolante, che indichino esplicitamente la libertà di predisporre condizioni diverse e che siano accessibili a qualunque interessato e comunicate sulla base della semplice domanda²⁸. Nel Regolamento 267/2010, invece, tale ipotesi di esenzione non è più prevista, in considerazione del fatto che, da un lato, la standardizzazione delle condizioni generali non è una pratica propria del solo settore assicurativo, per cui non è appropriata la sua esenzione in un Regolamento per categoria; dall'altro, che essa è in grado di produrre effetti anticompetitivi, sicché è opportuna la sua valutazione caso per caso in base ai criteri previsti all'art. 101, para. 3, TFUE²⁹.

I Regolamenti contengono, inoltre, anche disposizioni relative al contenuto sostanziali delle condizioni tipo. Oltre a eccezioni dall'esenzione motivate da effetti anticoncorrenziali abbastanza ovvi³⁰, ve ne sono alcune giustificate dall'attitudine di certi tipi di clausole a ostacolare l'innovazione nello sviluppo dei prodotti assicurativi³¹.

²⁸ Art. 6, para. 1, Reg. 3932/1992 e art. 5, para. 1, Reg. 358/2003. Si noti, riguardo al primo requisito, come il blando linguaggio dell'art. 6, para. 1, lett. a), Reg. 3932/1992 («siano redatte e comunicate con la menzione esplicita della loro natura indicativa») sia stato reso ben più rigoroso nella trasfusione nell'art. 5, para. 1, lett. a), Reg. 358/2003 («siano elaborate e diffuse indicando esplicitamente che non hanno valore vincolante e che il loro uso non è raccomandato in alcun modo»).

²⁹ Cfr. Considerando n. 3, Reg. 267/2010: «anche se il regolamento (CE) n. 358/2003 prevede l'esenzione per l'elaborazione delle condizioni tipo di assicurazione e il collaudo e l'omologazione di dispositivi di sicurezza, non occorre che il presente regolamento la preveda [...] Dato che le due categorie di accordi non sono specifiche del settore assicurativo e, come è emerso dall'esame, possono suscitare riserve sotto il profilo della concorrenza, è più opportuno che siano oggetto di autovalutazione».

³⁰ V. ad es. l'esclusione dal beneficio dell'esenzione per le condizioni di assicurazione che «contengono un'indicazione del livello di premi commerciali» o che «indicano l'ammontare della copertura o la quota che il contraente deve assumere a suo carico (franchigia)» (art. 6, para. 1, lett. a) e b) Reg. 358/2003).

³¹ È il caso dell'art. 6, para. 1, lett. c) Reg. 358/2003, in base al quale sono escluse dall'esenzione le condizioni generali che «impongono una copertura globale che copre rischi ai quali un numero significativo di contraenti non è simultaneamente esposto». Come osservato nel Considerando n. 17,

Specialmente degne di nota sono poi le disposizioni che denotano attenzione non solo per i profili concorrenziali, ma anche per considerazioni equitative: in particolare, l'art. 10, para. 1, lett. b) Reg. 358/2003 prevede che la Commissione possa revocare l'esenzione se «le condizioni di assicurazione tipo [...] contengono clausole che creano, a danno del contraente, uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto»: si tratta, com'è evidente, di linguaggio mutuato dalla Direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori³².

Sarebbe inappropriato trarre da quest'ultima disposizione un principio generale, per cui sarebbe anticoncorrenziale ogni clausola standardizzata caratterizzata da eccessivo squilibrio: la possibilità che l'esenzione sia revocata non esclude infatti *a priori* che possa poi accertarsi, nel caso concreto, che l'uniformazione ha comportato benefici competitivi; in ogni caso, poi, non è da escludere che la norma si giustifichi in ragione delle particolarità del contratto di assicurazione³³ e, avendo pertanto carattere eccezionale, non sia passibile di applicazione analogica. Nondimeno, sembra di poter ricavare dai dati analizzati alcune conclusioni riguardo la compatibilità di accordi di standardizzazione delle condizioni generali di contratto con il diritto della concorrenza:

- l'uniformazione di clausole secondarie nell'operazione economica è generalmente vista con favore dalle autorità antitrust, stante la sua idoneità a

una simile copertura globale «può ostacolare l'innovazione, dato che l'abbinamento di rischi non collegati tra loro può distogliere gli assicuratori dall'offrire una copertura separata e specifica per ciascuno di essi». Come osservato da T. WILHELMSSON, *Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms...*, cit., 65, questa regola si spiega in ragione del fatto che «*the insurance contract terms in fact are the essential elements of the insurance product*», sicché una standardizzazione delle clausole salienti pregiudica l'innovazione del prodotto offerto in questo particolare settore.

³² V. art. 3, para. 1, Direttiva 13/1993/CEE: «Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se [...] determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

³³ V. T. WILHELMSSON, *Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms...*, cit., 67: «*Probably it is easier to argue that within the insurance sector one should adopt a more strict attitude against cooperation regarding standard contract terms than in other areas. The fact that the insurance terms are an essential element of the product strongly supports such a view*».

produrre guadagni di efficienza, specialmente tramite la riduzione dei costi di transazione connessi alla comparazione tra i prodotti sul mercato;

- la standardizzazione di clausole più rilevanti deve essere invece valutata con attenzione. La limitazione di scelta dei consumatori e il rallentamento dell'innovazione che da essa possono derivare obbligheranno le imprese a dimostrare benefici per il sistema sufficienti a compensare questi costi sociali;
- lo scrutinio antitrust sarà particolarmente incisivo e rigoroso quando il prodotto offerto si identifica, parzialmente o totalmente, con lo stesso contenuto del contratto. È il caso in particolare dei contratti del settore bancario, finanziario e assicurativo. In questi casi infatti risulta più probabile che la standardizzazione investa aspetti salienti dell'operazione economica, non essendoci un bene fisico rispetto al quale il contratto resti, per così dire, "sullo sfondo";
- nei casi di "contratto-prodotto", infine, l'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi da cui sono affette le clausole, pur non potendo essere considerato in sé e per sé prova incontrovertibile degli effetti lesivi per la concorrenza dell'intesa, potrà nondimeno costituire un indizio del peggioramento della qualità dell'offerta e della mancanza di traslazione agli utilizzatori di una parte degli utili derivati dai guadagni di efficienza³⁴.

³⁴ Com'è noto, l'art. 101, para. 3, TFUE richiede, ai fini dell'esenzione dal divieto di cui al para. 1, che l'intesa, oltre a migliorare la produzione o promuovere il progresso, riservi agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva. Allo stesso modo, l'art. 4, co. 1, l. 287/1990 pone tra i requisiti dell'autorizzazione in deroga la circostanza che l'intesa abbia effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori.

2.3 *Il caso delle fideiussioni rilasciate sulla base di moduli standard ABI*

Sul versante italiano, riveste particolare interesse per l'analisi della questione in esame il parere, reso dall'AGCM a Banca d'Italia, circa la lesività per la concorrenza dello schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI)³⁵.

Il procedimento era stato avviato da Banca d'Italia, all'epoca competente all'applicazione della disciplina della concorrenza nei confronti degli istituti bancari³⁶: l'Autorità di vigilanza aveva prospettato la contrarietà alle norme antitrust di alcune clausole contenute nel modulo ABI, derogatorie della disciplina codicistica del contratto di fideiussione in senso deteriore per il fideiussore³⁷.

³⁵ AGCM, provvedimento 20 aprile 2005, n. 14251 («*Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*»).

³⁶ Ai sensi dell'art. 20, co. 2, l. 287/1990, l'applicazione dei divieti di intese restrittive della concorrenza, di abuso di posizione dominante e di concentrazione restrittiva della concorrenza spettava nei confronti delle aziende e degli istituti di credito spettava alla competente autorità di vigilanza; l'art. 20, co. 3, l. 287/1990 prevedeva poi che i provvedimenti di quest'ultima fossero adottati previa richiesta di parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. I co. 2 e 3 dell'art. 20 sono stati poi abrogati dall'art. 19, co. 11, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

³⁷ In particolare, le clausole "sospette" erano:

- la «clausola di reviviscenza della fideiussione», secondo la quale «il fideiussore si impegna altresì a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo» (art. 2 dello schema contrattuale ABI, citato in AGCM, provvedimento n. 14251/2005, §10);
- la clausola secondo cui «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate» (art. 8 dello schema contrattuale ABI, citato in AGCM, provvedimento n. 14251/2005, § 10);
- la rinuncia del fideiussore ai termini previsti dall'art. 1957 c.c.: «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'articolo 1957 c.c., che si intende derogato» (art. 6 dello schema contrattuale ABI, citato in AGCM provvedimento n. 14251/2005, § 11);
- il generale obbligo di pagamento "a prima richiesta": «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio» (art. 7, co.1 dello schema contrattuale ABI, citato in AGCM, provvedimento n. 14251/2005, § 12);

L'Autorità garante della concorrenza, previa qualificazione dello schema contrattuale ABI come "deliberazione di associazione di imprese" ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 l. 287/1990, ha ritenuto che esso contenesse clausole idonee a restringere la concorrenza. In particolare, è stato ritenuto rilevante il fatto che il modulo prevedesse «una disciplina significativamente non equilibrata degli interessi delle parti contraenti»³⁸, in quanto non si limita ad avvalersi della facoltà di derogare alle norme dispositive del codice civile, ma «sceglie, fra le varie opzioni lasciate dal codice civile alle parti per esercitare la propria autonomia contrattuale, la soluzione più sfavorevole al fideiussore»³⁹.

Tale squilibrio assume «sicuro e specifico rilievo anticoncorrenziale»⁴⁰, in quanto impedisce che le imprese bancarie competano tra loro operando una differenziazione dell'offerta: il rilievo anticompetitivo della standardizzazione è acuito dal fatto che esso intervenga su «profili tutt'altro che secondari delle condizioni di accesso al credito»⁴¹.

Dai criteri adottati dall'AGCM nella censura della standardizzazione delle condizioni generali dei contratti di fideiussione, operata tramite la diffusione dello schema contrattuale ABI, può dunque trarsi una conferma di quanto sopra esposto circa la rilevanza antitrust delle intese di uniformazione delle condizioni generali di contratto: quando l'accordo investe clausole di primaria importanza nell'ambito dell'operazione economica complessiva, si riscontra tendenzialmente una restrizione della concorrenza, in quanto le imprese smettono di competere e innovare per contendersi quote di mercato.

- la clausola che esclude l'applicazione degli artt. 2 e 7, co. 1, dello schema contrattuale ABI alla garanzia prestata dal soggetto che riveste la qualifica di consumatore in favore di altro soggetto avente la medesima qualifica (art. 13 dello schema contrattuale ABI, citato in AGCM, provvedimento n. 14251/2005, § 13).

³⁸ AGCM, provvedimento n. 14251/2005, § 21.

³⁹ *Ivi*, § 22.

⁴⁰ *Ivi*, § 24.

⁴¹ *Ivi*, § 25.

La centralità di una clausola (e quindi il carattere lesivo della concorrenza della sua standardizzazione) sarà più probabile in presenza di un “contratto-prodotto”⁴², nei quali casi il peggioramento complessivo delle condizioni dell’offerta sarà desumibile anche dallo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti (ovviamente a favore del predisponente-cartellista) determinato dalle clausole uniformate.

3 La predisposizione di condizioni generali di contratto come abuso di posizione dominante: il problema dell’abuso da sfruttamento

Si deve ora esaminare il caso in cui la predisposizione di contratti standard si identifichi con l’altra principale categoria di illeciti anticoncorrenziali: ossia, l’abuso di posizione dominante.

3.1 Abusi di sfruttamento e abusi di esclusione

Si ricorda che, mentre l’illiceità dell’intesa di standardizzazione contrattuale non dipende direttamente dall’iniquità delle clausole uniformate – sebbene, come si è visto in precedenza, lo squilibrio delle clausole possa rappresentare un indizio dell’attitudine dell’intesa a peggiorare le condizioni dell’offerta –, le disposizioni che proibiscono l’abuso di posizione dominante richiedono che le condizioni contrattuali imposte siano «non eque»⁴³ (art. 102 TFUE) o «ingiustificatamente gravose»⁴⁴ (art. 3 l. 287/1990).

Si pone allora il problema di determinare, almeno in via orientativa, quando una clausola possa dirsi iniqua e possa dunque ritenersi sussistente una violazione del diritto della concorrenza da parte dell’impresa dominante. Il tema si inserisce nel più

⁴² V. *supra*, nt. 24.

⁴³ Art. 102, para. 2, lett. a), ult. parte, TFUE.

⁴⁴ Art. 3, co. 1, lett. a), ult. parte, l. 287/1990.

ampio dibattito circa l'opportunità della repressione degli "abusi di sfruttamento" (*exploitative abuses*), tradizionalmente ritenuti meno allarmanti rispetto agli "abusi di esclusione" (*exclusionary abuses*)⁴⁵. Mentre la dannosità per la concorrenza di questi ultimi è auto-evidente, dato che essi incidono direttamente sulla differenziazione dell'offerta presente sul mercato, i primi sono ritenuti più controversi⁴⁶. Vi è chi ritiene, infatti, che, se un'impresa ha conquistato una posizione dominante grazie alla qualità e all'innovatività della sua offerta, privarla dei profitti che essa può ricavare da tale predominio disincentiverebbe quella stessa "concorrenza sui meriti" che il diritto antitrust vorrebbe incoraggiare⁴⁷. Inoltre, si sostiene che, se si assicura l'assenza di barriere all'entrata nel mercato (appunto tramite l'inibizione degli abusi di esclusione), gli alti profitti goduti dall'impresa dominante nel breve periodo tenderanno ad attrarre nuovi concorrenti nel mercato, che, offrendo condizioni di vendita più vantaggiose,

⁴⁵ Cfr. R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 212-213, ove sono definiti «*exploitative abuses*» i profitti sovracompetitivi ottenuti dal monopolista sfruttando la sua posizione dominante. Costituiscono invece «*exclusionary abuses*» i comportamenti dell'impresa dominante volti a ostacolare lo sviluppo della concorrenza e l'ingresso o la permanenza di altre imprese sul mercato. Si menziona poi una possibile terza categoria, i «*single market abuses*», ossia le pratiche che portano alla frammentazione del mercato unico europeo.

Come sintetizzato da C. OSTI, *Abuso di posizione dominante...*, cit., 24, sono abusi di sfruttamento l'imposizione di prezzi e condizioni contrattuali inique e abusi di esclusione tutti gli altri.

Secondo una parte della dottrina, esisterebbe anche la categoria dei c.d. «*reprisal abuses*» o "abusi di ritorsione", ossia le condotte con cui si "punisce" un'impresa che non si conformi all'assetto imposto dall'impresa dominante (così R. O'DONOGHUE – A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006, 174 ss.). M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 308, osserva tuttavia che, sebbene il termine "abuso di ritorsione" descriva efficacemente un possibile motivo che spinge l'impresa dominante a perpetrare l'abuso, la condotta concreta sarà in ogni caso classificabile come abuso di sfruttamento o abuso di esclusione, ragione per cui l'A. preferisce mantenere ferma la tradizionale bipartizione.

⁴⁶ Come efficacemente espresso da R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 201, «*it is not controversial to say that Article 102 is controversial*».

⁴⁷ Questa concezione è affermata con particolare chiarezza nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Verizon Communication, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 405 (2004): «*the mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful: it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth*».

abbatteranno nel lungo periodo la posizione di monopolio⁴⁸. La stessa Commissione sembra riconoscere portata residuale alla repressione degli abusi di sfruttamento e, nel redigere le proprie linee guida, si è concentrata esclusivamente sugli abusi di esclusione⁴⁹.

Tuttavia, ciò non significa che si debba negare ogni rilevanza al contrasto agli abusi di sfruttamento nel contesto del diritto antitrust europeo. Com'è stato osservato, infatti, i redattori dei Trattati europei si confrontavano con monopoli conquistati non con «estro» e «maestria imprenditoriale», ma grazie al sostegno degli Stati ai c.d. «campioni nazionali»⁵⁰. Preso atto della struttura monopolistica od oligopolistica dei mercati interni dell'Unione europea e dell'impossibilità, almeno nel breve periodo, di azzerare le barriere all'entrata, si è deciso allora di introdurre proibizioni degli abusi di sfruttamento, volte non a impedire ogni profitto anche elevato che ricompensi il concorrente che ha prevalso grazie ai suoi meriti, ma a impedire che l'impresa dominante approfitti delle asimmetrie di potere negoziale connesse alla sua posizione per

⁴⁸ V. R. WHISH – D. BAILEY, *Competition Law...*, cit., 212. Cfr. anche le *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, 6 aprile 2017, *Biedrība «Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība» c. Konkurences padome*, C-177/16, EU:C:2017:286, § 3: «nella sua prassi, la Commissione è stata estremamente restia ad applicare tale disposizione [l'art. 102, para. 2, lett. a), TFUE] contro i (presunti) prezzi elevati praticati da imprese dominanti. Giustamente, a mio avviso. In particolare, semplicemente non è necessario applicare tale disposizione in un mercato libero e concorrenziale: senza barriere all'ingresso, i prezzi elevati dovrebbero normalmente attrarre nuovi operatori. Il mercato dovrebbe di conseguenza auto-correggersi».

⁴⁹ V. Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82...*, cit., § 7: «anche un comportamento tendente ad uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati, o un determinato comportamento che pregiudichi gli sforzi compiuti per realizzare un mercato interno integrato, può rappresentare una violazione dell'articolo 82. La Commissione può decidere di intervenire in relazione ad un comportamento di questo genere, in particolare quando la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno *non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo*. Onde fornire orientamenti sulle sue priorità in materia di applicazione delle norme, *in questa fase la Commissione si limita al comportamento di esclusione* e, in particolare, a determinati comportamenti specifici di esclusione che, in base alla sua esperienza, sembrano essere più comuni» (corsivi aggiunti).

⁵⁰ F. GHEZZI – M. MAGGIOLINO, *L'abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà ed E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, 211 ss., 229-230. In argomento si v. anche G. PRIEST – F. ROMANI, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 151 ss., 172.

estrarre benefici eccessivamente superiori a quelli che le spetterebbero in un mercato concorrenziale⁵¹.

In altri termini, applicando il paradigma ordoliberalo dell'*Als-Ob*⁵² i legislatori europei e nazionali hanno voluto perseguire finalità (anche) redistributive, scegliendo di «servirsi della disciplina antitrust per fini latamente regolatori»⁵³. La parziale funzione regolatoria delle autorità garanti della concorrenza, seppur invisibile agli economisti che preferirebbero che esse agissero esclusivamente quali “*trust-busters*”, è quindi un dato acquisito dell’esperienza antitrust europea⁵⁴.

Cionondimeno, l’individuazione del livello di prezzi da considerarsi “non equo” o “ingiustificatamente gravoso”, pur avendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia progressivamente individuato alcuni criteri guida⁵⁵, rimane problematica; e

⁵¹ F. GHEZZI – M. MAGGIOLINO, *L’abuso di posizione dominante...*, cit., 230: «Posto, cioè, che la presenza di una posizione dominante implica di frequente l’esistenza sia di un prezzo sovra-competitivo sia di uno squilibrio nelle relazioni di forza tra interlocutori negoziali, le norme in questione mirano a porre “un tetto” a tali disarmonie, così da costringere l’impresa in posizione dominante a comportarsi *come se* non esistesse quella distribuzione asimmetrica di ricchezza e potere che è invece tipica di ogni situazione di dominio sul mercato».

⁵² V. *supra*, Cap. II, § 3.1.

⁵³ F. GHEZZI – M. MAGGIOLINO, *L’abuso di posizione dominante...*, cit., 231. Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 309, secondo il quale la repressione degli abusi di sfruttamento non produce solo effetti redistributivi, ma può avere ricadute positive in termini di efficienza. Infatti, «lo spostamento di risorse a favore del consumatore dovrebbe essere in grado di tradursi in un incremento complessivo della domanda, idoneo a sua volta a suscitare iniziative innovative da parte delle imprese; e viceversa, la riduzione di rendite monopolistiche dovrebbe spingere l’impresa dominante ad innovare, nella ricerca di una maggiore efficienza produttiva o della conquista di nuovo e crescente consenso da parte dei consumatori».

⁵⁴ *Ivi*, 310-311, ove si sottolinea, da un lato, che non vi sono fondamentali differenze ontologiche tra l’attività dell’autorità antitrust e quella delle autorità di regolazione di settore, «ma piuttosto la differenza che intercorre fra un’attività a competenza generale e di intervento occasionale (antitrust) e quella di un’attività a competenza speciale e di intervento continuativo (regolazioni di settore)» (p. 310); dall’altro, che non corrisponde al vero la concezione per cui l’intervento delle autorità antitrust, fuori dal campo della repressione degli abusi di sfruttamento, è sorretta da criteri oggettivi e scientificamente verificabili, essendo sempre ispirata a un giudizio sintetico sulla fattispecie.

⁵⁵ Come riepilogato da A. BORGIOI – S. MARIANI, *L’abuso di posizione dominante*, in *Dir. priv.*, 1997, III, *L’abuso del diritto*, Padova, 1998, 305 ss., 331-338, le autorità europee non hanno recepito il parametro, diffuso nella dottrina tedesca, del “prezzo di concorrenza”, ma hanno adottato criteri quali la «tariffa eccezionalmente alta in relazione al valore economico della prestazione fornita» (CGCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee*, causa 26-75, EU:C:1975:150, § 16) o del «prezzo eccessivo privo di ogni ragionevole rapporto con il

lo è a maggior ragione quelle delle condizioni contrattuali “non eque” o “ingiustificatamente gravose”, in quanto esse, rispetto ai prezzi, non possono essere altrettanto agevolmente comparate con parametri numerici di riferimento.

Come è stato osservato, si deve prendere atto dell’assenza di un criterio normativo di riferimento⁵⁶. Vi è allora chi ipotizza l’estensione analogica delle ipotesi di clausole vessatorie tipizzate all’art. 33, co. 2, c. cons., con riferimento ai contratti tra professionisti e consumatori⁵⁷; la non identità di *ratio* tra le due discipline sembra tuttavia opporsi a tale conclusione⁵⁸.

Sembra allora ragionevole identificare il campo di applicazione del divieto in esame innanzitutto in due categorie di casi: le condizioni contrattuali che costituiscono una componente indiretta del prezzo⁵⁹ e quelle che limitano la libertà contrattuale della

valore economico della prestazione fornita» (CGCE, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*, causa 27/76, EU:C:1978:22, § 250), la cui sproporzione può essere «valutata obiettivamente in base al raffronto tra il prezzo di vendita del prodotto in questione e il suo costo di produzione, raffronto da cui risulterebbe l’entità del margine di profitto» (*ivi*, § 251). Gli A. notano peraltro che il criterio del raffronto con i costi di produzione non è privo di criticità, risultando ad esempio difficoltoso stabilire in concreto le voci di costo da prendere in considerazione (p. 33).

In argomento, si v. anche V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi “non equi”*, Milano, 1989; ID., *Il divieto di imporre prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano...*, cit., 376 ss.

⁵⁶ A. GALLO CARRABBA, *Le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (ex art. 3, comma 1, lett. a., l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Corr. giur.*, 2010, 811 ss., 813.

⁵⁷ *Ivi*, 814, seppur esprimendo riserve riguardo al diverso ambito di applicazione soggettivo delle due normative (in quanto il c. cons. regola i soli contratti tra professionisti e consumatori, mentre la l. antitrust è applicabile anche ai rapporti tra pari).

⁵⁸ Così M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 317: «si tratta infatti di una serie di divieti troppo puntuali, che trovano giustificazione solo in un contesto di norme di tutela accentuata della parte “debole” del contratto».

⁵⁹ *Ivi*, 316: costituiscono componente indiretta del prezzo, tra le altre, le clausole di esonero da garanzie prescritte dalla legge o di traslazione del rischio (come ad es. le clausole *if and when* e *take or pay*), a patto che il vantaggio economico dell’impresa dominante non abbia giustificazioni commerciali plausibili.

controparte fornitrice o cliente⁶⁰. Inoltre, dovrebbero essere considerate ingiustificatamente gravose le condizioni contrattuali non trasparenti⁶¹.

3.2 *Il caso Facebook e la sfida dei “Big Data” al diritto antitrust*

I recenti sviluppi tecnologici hanno posto all’attenzione degli studiosi di diritto antitrust nuove forme di potere di mercato, avverso le quali il divieto di abusare della propria posizione dominante imponendo condizioni contrattuali eccessivamente gravose potrebbe rappresentare un efficace strumento di contrasto.

Ci si riferisce alle varie forme di servizi online (come Google, Facebook, Airbnb, Youtube, Tinder, etc...) offerti gratuitamente a ogni utente dotato di una connessione internet. Naturalmente, l’assenza di un corrispettivo monetario è giustificata dalla possibilità per l’impresa di ottenere profitti alternativi attraverso l’offerta del servizio⁶²: in particolare, l’utilizzo delle piattaforme da parte degli utenti permette a queste imprese di raccogliere immense quantità di dati personali (c.d. “*Big Data*”)⁶³, le quali possono poi essere sfruttate economicamente in diversi modi⁶⁴. Di fatto, gli utenti

⁶⁰ *Ivi*, 317: tali sono ad es. clausole che prevedono una durata eccessivamente lunga del contratto o divieti ingiustificati di rivendita e trasformazione del prodotto.

⁶¹ *Ibidem*: il rilievo anticoncorrenziale di queste clausole è dovuto al fatto che scoraggiano il cliente dalla prospettiva di intentare eventuali azioni giudiziali, a motivo dei costi di transazione connessi alla necessità di interpretare clausole di ardua comprensione.

⁶² V. D. S. EVANS, *The Antitrust Economics of Free*, in *Competition Policy International*, 2011, 71 ss., 76: «*profit-maximizing firms do not provide products for free unless it helps them make money somewhere else*». Cfr. anche J. M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, 149 ss.; M. S. GAL – D. L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement*, in *Antitrust Law Journal*, 2016, 521 ss.

⁶³ V. G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017 363 ss., 363, i quali osservano che i dati raccolti dalle piattaforme digitali sono concessi volontariamente dagli utenti, tracciati attraverso i *cookies* (ossia informazioni archiviate durante la navigazione che memorizzano, ad es., ciò che l’utente ha cliccato o le sezioni del sito da lui visitate) o dedotti tramite *software* di analisi dei dati aggregati.

⁶⁴ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Do “Data Markets” Exist?*, in *Media Laws*, 2019, 2, 22 ss., 27, ove si evidenzia che sono diversi i modi in cui le “imprese digitali” ottengono ricavi economici dallo sfruttamento dei dati personali degli utenti. Alcuni servizi hanno come scopo primario la raccolta di dati degli utenti per la loro successiva, aggregazione, analisi e rivendita a terze parti. Altri, oltre a raccogliere

pagano il servizio apparentemente gratuito con la continuativa autorizzazione all'uso dei dati personali progressivamente generati tramite lo stesso utilizzo delle piattaforme, che ne consente una profilatura sempre più accurata grazie all'analisi, ad es., dei contenuti pubblicati, condivisi o "piaciuti" dall'utente⁶⁵. Si parla di "*two-sided business model*" per indicare il meccanismo tramite cui le piattaforme si rivolgono contemporaneamente agli utenti interessati ai servizi offerti e agli inserzionisti interessati all'attenzione degli utenti⁶⁶.

Proprio l'assenza, in questi mercati, di un "prezzo" in senso tradizionale rende questi casi particolarmente interessanti per la presente analisi: se il corrispettivo è costituito, come si è detto, dai dati ceduti dagli utenti, l'onerosità di tale compenso dipenderà dall'ampiezza dell'autorizzazione allo sfruttamento prevista nei Termini d'uso della piattaforma.

Ciò spiega perché, sebbene a una prima impressione la tutela del diritto di *privacy* degli utenti appaia riservata all'apposita legislazione di protezione dei dati personali (recentemente innovata dal c.d. *General Data Protection Regulation* o GDPR)⁶⁷, sia da più parti auspicato un intervento dell'autorità antitrust nei confronti

i dati, offrono agli inserzionisti pubblicitari una platea di "spettatori" a cui indirizzare i propri messaggi reclamistici, attraverso *banners* o mediante l'inserzione di *cookies*, che consentono di monitorare le preferenze degli utenti in modo da rivolgergli pubblicità "targettizzate". Infine, altri servizi svolgono principalmente un'attività diversa (ad es. intermediazione), ma ottengono dalla raccolta di dati una fonte collaterale di ricavi.

⁶⁵ *Ivi*, 29,: «*in order to take advantage of the services offered, users must be constantly connected and therefore are paying the service with their data: pay-as-you-go*».

⁶⁶ G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets...*, cit., 363, che illustrano come, da un lato, le piattaforme offrano il servizio gratuitamente al fine di attirare il maggior numero possibile di utenti; dall'altro, sono in grado di vendere lo spazio pubblicitario sul proprio sito a un prezzo tanto più elevato quanto più ampia è la massa di potenziali acquirenti a cui l'inserzione viene esposta.

In argomento, si v. anche J. C. ROCHET – J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 990 ss.; D. S. EVANS – R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business*, in *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume I*, a cura di R. D. Blair e D. D. Sokol, Oxford, 2015, 404 ss.

⁶⁷ Regolamento 679/2016/UE del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 46/1995/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

delle imprese dotate di più ampio potere di mercato: si ipotizza, in particolare, che costituisca abuso di posizione dominante la predisposizione di condizioni generali che richiedano, per l'utilizzo del servizio, un'autorizzazione allo sfruttamento dei dati personali dalla portata troppo estesa⁶⁸.

A dire il vero, la Commissione, in sede di decisione sull'approvazione di alcune fusioni tra imprese digitali, ha finora tendenzialmente affermato l'autonomia dei due plessi normativi, sostenendo che la concentrazione dei *databases* di dati personali degli utenti delle due imprese intenzionate a realizzare la fusione non è rilevante sotto il profilo della tutela della concorrenza, in quanto l'entità risultante dall'unione è comunque soggetta alle leggi europee sulla protezione dei dati personali⁶⁹. In queste decisioni, la Commissione prende atto del fatto che il livello di *privacy* garantito dal servizio sia percepito dai consumatori come elemento costitutivo della qualità dell'offerta⁷⁰, ma non ne trae alcuna conclusione⁷¹.

⁶⁸ V. ad es. W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 856 ss. Un approccio sinergico tra diritto della concorrenza, diritto dei consumatori e legislazione di protezione dei dati personali è auspicato anche in un parere preliminare del Garante europeo della protezione dei dati (*Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, marzo 2014, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y5wj4342>).

⁶⁹ V. ad es. Commissione europea, 3 ottobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, Case M.7217, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y39sp3xy>, §164: «Any privacy-related concern flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules». In senso analogo, Commissione europea, 6 dicembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, Case M.8124, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y45ypwx2>, §§ 177-179 (ove si osserva che la combinazione di dati risultante dalla fusione sarà comunque soggetta alle norme sul trattamento dei dati personali e si analizzano gli effetti sulla concorrenza dell'operazione sul presupposto che la combinazione di dati sia lecita in base a tali disposizioni).

⁷⁰ Commissione europea, *Facebook/WhatsApp...*, cit., § 87; Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn...*, cit., nt. 330.

⁷¹ G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets...*, cit., 366, i quali commentano che la Commissione non ha valutato nella propria analisi se i mercati rilevanti fossero sufficientemente concorrenziali per garantire un livello ottimale di opzioni meno invasive della *privacy*, in quanto la determinazione di tale livello ottimale e la punizione dei trasgressori spetta alle autorità regolatorie, non agli *enforcers* antitrust.

Nondimeno, in dottrina sono state sostenute alcune teorie a sostegno di un approccio integrato tra diritto della concorrenza e diritto della *privacy* nei procedimenti a carico delle imprese in possesso di “*Big Data*”⁷². In particolare, secondo alcuni il maggiore o minore rispetto per la riservatezza degli utenti rappresenta un fattore significativo nella valutazione della qualità del prodotto offerto dalle piattaforme. Poiché il *consumer welfare* dipende non solo da prezzi e quantità dei prodotti, ma anche dalla loro qualità e innovatività, ne deriva che le intese, i comportamenti unilaterali delle imprese dominanti e le concentrazioni che ostacolano la competizione su questo particolare aspetto dell’offerta devono ritenersi anticoncorrenziali⁷³.

Degna di nota è anche la posizione affermata in un *paper* emanato congiuntamente dalle autorità garanti della concorrenza francese e tedesca⁷⁴: i due organi di vigilanza affermano che le *privacy policies* possono assumere rilevanza anticoncorrenziale quando sono implementate da un’impresa in posizione dominante, sia come abuso di sfruttamento nei confronti degli utenti, sia come abuso di esclusione nei confronti dei *competitors* (se le condizioni generali dell’impresa richiedono, per l’utilizzo del servizio, l’autorizzazione allo sfruttamento di una considerevole quantità di dati personali, ciò può contribuire a rendere esponenzialmente più appetibile per gli

⁷² *Ibidem*, ove si fa riferimento, tra l’altro, alla tesi per cui il *network effect* che caratterizza il mercato digitale rafforza il potere di mercato delle piattaforme e le disincentiva a garantire alti livelli di *privacy* agli utenti; e quella per cui le fusioni tra imprese in possesso di “*Big Data*” dovrebbero essere autorizzate con particolare cautela, stante il fatto che la combinazione dei *databases* permetterà all’entità risultante dalla fusione di profilare ancora più gli utenti in modo ancora più pervasivo.

⁷³ V. ad es. M. E. STUCKE – A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimize Quality: a Look at Search Engines*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2016, 70 ss. 101, ove si adduce l’esempio del motore di ricerca *DuckDuckGo*, che tenta di ritagliarsi una propria quota di mercato facendo leva sulla maggiore garanzia della *privacy* dell’utente (lo *slogan* del motore di ricerca è «*the search engine that doesn’t track you*»). Cfr. anche A. P. GRUNES – M. E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *Antitrust Source*, 2015, 1 ss.; F. PASQUALE, *Privacy, Antitrust and Power*, in *George Mason Law Review*, 2013, 1009 ss.

⁷⁴ Autorité de la concurrence – Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 maggio 2016, reperibile all’indirizzo <https://tinyurl.com/hrec2vs>.

inserzionisti il *database* posseduto dall'impresa e rafforzare così la sua posizione dominante)⁷⁵.

Coerentemente a tale impostazione, il 6 febbraio 2019 la *Bundeskartellamt* ha accertato che Facebook, richiedendo come condizione di accesso al sito che i suoi utenti acconsentissero ad una raccolta e tracciamento molto esteso dei propri dati di navigazione, ha abusato della propria posizione dominante e ha ordinato la cessazione della condotta pregiudizievole⁷⁶.

L'aspetto più significativo della decisione della *Bundeskartellamt* è il collegamento tracciato dall'Autorità tra violazione del GDPR e illecito anticoncorrenziale: in particolare, il fatto di essere in grado di imporre condizioni contrattuali gravemente squilibrate è letto contemporaneamente come indice di potere di mercato e come suo abuso⁷⁷. L'Autorità si rifà a un precedente del *Bundesgerichtshof*, in base al quale si può riscontrare un abuso di posizione dominante nella condotta dell'impresa che imponga clausole in violazione dei §§ 307 ss. del BGB (relativi alle clausole vessatorie nei contratti standard): così come la corte ha ravvisato un nesso tra la disciplina della contrattazione standardizzata e il diritto della concorrenza, così la *Bundeskartellamt* collega quest'ultimo con le norme sulla protezione dei dati personali⁷⁸.

⁷⁵ *Ivi*, 23-24.

⁷⁶ *Bundeskartellamt*, 15 febbraio 2019, *Case Summary. Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yvewnlgc>. In particolare, l'Autorità ritiene abusive le clausole contrattuali che autorizzano non solo il tracciamento delle attività dell'utente sullo stesso sito di Facebook, ma anche sui (numerossissimi) siti di terze parti che abbiano incorporato al loro interno (c.d. "embedding") alcune funzioni tipiche di Facebook, come il tasto "mi piace", l'accesso alla sezione riservata del sito tramite il profilo Facebook o gli strumenti di misurazione analitica del traffico messi a punto dal *social network* (noti come "Facebook Analytics"). Un trattamento dei dati di tale estensione non può, ad avviso dell'Autorità, essere ritenuto necessario per l'esecuzione del contratto da parte di Facebook, ma può essere giustificato solo dalla presenza di un consenso libero, che non può essere presunto in quanto esso deve necessariamente essere prestato per poter accedere all'utilizzo della piattaforma.

⁷⁷ *Ivi*, 7: «*the Bundeskartellamt holds that, being a manifestation of market power, the terms violate the stipulation of the GDPR and are abusive within the meaning of Section 19(1) GWB*».

⁷⁸ La *Bundeskartellamt* ritiene inoltre che il proprio intervento non debba essere ritenuto un'invasione di competenze dell'Autorità garante della privacy. Infatti lo stesso GDPR afferma che esso può essere fatto valere anche in giudizi civili; inoltre, il Regolamento non preclude la possibilità di accertare

Questa linea di ragionamento non può, probabilmente, essere trasposta *tout court* fuori dal contesto tedesco: infatti, deve osservarsi che nel procedimento contro Facebook non è stato applicato l'art. 102 TFUE, ma l'art. 19(1) GWB. Esso, a differenza dei testi europeo e italiano, non parla di condizioni contrattuali “non eque” o “ingiustificatamente gravose”, ma fa riferimento a clausole diverse da quelle che sarebbero plausibilmente sorte in un mercato effettivamente concorrenziale. Il principio di diritto affermato dal *Bundesgerichtshof*, mutuato dalla *Bundeskartellamt*, si giustifica allora sulla base della ragionevole presunzione che, in un mercato conteso, il cliente non si sottoporrebbe volontariamente a condizioni così gravose. Come si è visto, tuttavia, la Corte di Giustizia non ritiene adeguato il criterio del “prezzo di concorrenza”⁷⁹, sicché appare improprio, parimenti, applicare il criterio delle “condizioni contrattuali di concorrenza”⁸⁰.

Più fondata appare invece la tesi esposta in precedenza, secondo la quale la “*privacy-friendliness*” dei servizi offerti dalle piattaforme online costituisce un elemento imprescindibile della qualità del prodotto. Conseguentemente, le clausole che, come condizioni di utilizzo del servizio, impongono all'utente di disporre troppo prodigalmente del proprio diritto alla riservatezza potrebbero essere potenzialmente anti-concorrenziali, nella misura in cui conducono a un peggioramento della qualità dell'offerta e a una riduzione del *consumer welfare*. Rimane tuttavia aperto il problema di

un abuso di posizione dominante nel processare i dati degli utenti, in quanto non afferma esplicitamente la valenza esclusiva delle sue disposizioni (ossia, che un trattamento illegale dei dati degli utenti possa essere rilevante solo ai sensi del GDPR e non anche, appunto, in conformità alla normativa di tutela della concorrenza (*ivi*, 9).

⁷⁹ V. *supra*, nt. 55.

⁸⁰ Cfr. G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets...*, cit., 367, i quali mettono in guardia contro il rischio di creare un automatismo, tale per cui ogni violazione del diritto della *privacy* da parte di un'impresa in posizione dominante costituisce *ipso iure* un abuso. Ciò porterebbe a estendere surrettiziamente l'ambito di applicazione del diritto della concorrenza, dando di fatto alle autorità garanti il potere di *enforcement* delle norme di protezione dei dati personali, con evidente eterogenesi dei fini.

valutare, nell'ambito di un'analisi *effect-based*, l'impatto della diminuzione di *privacy* sulla qualità complessiva del bene⁸¹.

4 I labili confini tra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica

Prima di passare ad esaminare le conseguenze in termini rimediali degli illeciti antitrust fin qui trattati, è opportuno soffermarsi brevemente – a ragione della sua contiguità strutturale e funzionale con l'abuso di posizione dominante – sull'istituto dell'abuso di dipendenza economica, introdotto nel nostro ordinamento nell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192⁸².

⁸¹ *Ivi*, 368, ove si evidenzia che, in primo luogo, anche quando la *privacy* è un elemento rilevante ai fini della valutazione della qualità del bene, è possibile che quest'ultima dipenda in misura relativamente maggiore da altri fattori, come la velocità e l'accuratezza del servizio. In secondo luogo, non è stato ancora dimostrato che gli utenti (anche quelli più attenti alla tutela dei propri dati personali) sarebbero disposti, ad es., a pagare per un servizio che meglio garantisca la loro riservatezza, o a sceglierne uno che, pur proteggendo meglio la loro *privacy* ed essendo parimenti gratuito, sia tuttavia meno sviluppato.

⁸² In tema di abuso di dipendenza economica si v., tra le opere di carattere monografico: F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia...*, cit.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica...*, cit.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004; P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; A. VILLELA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2008; R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009; A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

Tra i numerosi contributi più puntuali, si segnala: G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449 ss.; R. PARDOLESI – R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712 ss.; C. OSTI, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 9 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss.; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1179 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389 ss.; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 230 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 789 ss.

Ai sensi del co. 1 della suddetta norma, si intende per “dipendenza economica” la «situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi». Ai sensi del co. 2, poi, l’abuso può consistere, *inter alia*, nell’«imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie».

Pertanto, nella misura in cui la posizione dominante dell’impresa sul mercato rilevante determini la dipendenza economica della controparte, la predisposizione di contratti standard squilibrati può astrattamente ricadere nell’ambito applicativo di entrambe le norme. Anche il legislatore ha preso atto del nesso sussistente tra il divieto di abuso di dipendenza economica e il diritto della concorrenza: il co. 3-bis dell’art. 9, l. 192/1998 (aggiunto dall’art. 11, l. 5 marzo 2001, n. 57) prevede infatti che l’AGCM possa procedere a diffide e sanzioni nei confronti dell’impresa responsabile di un abuso di dipendenza economica, qualora ravvisi che tale abuso «abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato»⁸³. Peraltro, la stessa norma fa salva l’eventuale applicazione dell’art. 3 l. 287/1990, riconoscendo così la possibilità di un’interferenza tra le due discipline⁸⁴.

⁸³ Anche nell’ordinamento dell’Unione europea, il fenomeno è preso in considerazione, sia pure tangenzialmente, nell’ambito del diritto antitrust, ammettendo che gli ordinamenti nazionali possano prevedere il divieto di abuso di dipendenza economica nell’ambito della disciplina nazionale della concorrenza. L’art. 3, para. 2, ult. parte, Reg. 1/2003/CE, infatti, dispone che «il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese»; il Considerando n. 8 dello stesso Regolamento si esprime in modo ancora più esplicito, affermando che «non dovrebbe essere fatto ostacolo, ai sensi del presente regolamento, all’adozione e all’applicazione da parte degli Stati membri, nei rispettivi territori, di leggi nazionali sulla concorrenza più severe che vietano o sanzionano un comportamento unilaterale delle imprese. Tali leggi nazionali più severe possono prevedere disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti».

⁸⁴ Cfr. P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza...*, cit., 217, i quali sottolineano che la clausola di salvezza che introduce il co. 3-bis comporta che, nei casi in cui siano integrati i presupposti applicativi di entrambe le norme, l’impresa dipendente sia libera di agire in giudizio in base a quella delle due che ritenga più opportuna.

Sebbene una parte degli interpreti, prima dell'introduzione del co. 3-bis, avesse sostenuto l'estraneità strutturale e/o funzionale tra i due divieti⁸⁵, a seguito della novella non sembra più possibile escludere la loro potenziale sovrapposizione. La dottrina che più diffusamente si è occupata del tema del rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica⁸⁶ ha infatti individuato tre possibili categorie di situazioni:

- i. Casi in cui vi sia posizione dominante, ma non sussista dipendenza economica. Si tratta delle ipotesi in cui un'impresa goda di una posizione di egemonia orizzontale nei confronti delle concorrenti operanti allo stesso livello della catena di approvvigionamento, l'iniziativa delle quali è pertanto scoraggiata⁸⁷. In questi casi non può ravvisarsi una dipendenza economica, in quanto essa «è per definizione il riflesso di un potere che si manifesta nei rapporti verticali, tra imprese, clienti e fornitrici»⁸⁸.
- ii. Casi in cui vi sia piena interferenza tra posizione dominante e dipendenza economica. In particolare, ciò si verifica quando l'impresa dominante è titolare di una risorsa essenziale per operare in un correlativo mercato "a monte" o "a valle"⁸⁹.

⁸⁵ Si v. ad es. A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto...*, cit., 1181; R. PARDOLESI – R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura...*, cit., 733; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica...*, cit., 839.

⁸⁶ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543 ss., 556-560; ID., *Diritto della concorrenza...*, cit., 288-292; P. FABBIO, *L'abuso...*, cit., 461-480; ID., *Abuso di dipendenza economica*, in *I contratti nella concorrenza...*, cit., 269 ss., 313-318.

⁸⁷ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale...*, cit., 557; P. FABBIO, *L'abuso...*, cit., 466-467. Si tratta, in particolare, dei casi in cui l'impresa abbia una schiacciante superiorità finanziaria, organizzativa, tecnica o di *marketing* nei confronti dei *competitors*; e dei casi in cui l'impresa domini un mercato contiguo (sebbene questa ipotesi sia controversa in dottrina).

⁸⁸ *Ivi.*, 468.

⁸⁹ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale...*, cit., 557-558; P. FABBIO, *L'abuso...*, cit., 467. Gli A. distinguono due gruppi di ipotesi, a seconda che l'impresa dominante sia o meno attiva nel mercato a monte a valle che richiede lo sfruttamento della risorsa essenziale.

- iii. Casi in cui vi sia interferenza solo eventuale (ossia, subordinata all'accertamento discrezionale dell'AGCM circa la rilevanza della condotta per la tutela della concorrenza e del mercato) tra posizione dominante e dipendenza economica. Ciò si verifica quando esistano “*aftermarkets*” (mercati derivati) dei prodotti dell'impresa dominante, che richiedano la formazione di piccole imprese specializzate⁹⁰.
- iv. Casi in cui vi sia dipendenza economica, ma non sussista posizione dominante. È il caso in cui un'impresa più piccola abbia interamente orientato la propria organizzazione aziendale e produttiva alle necessità di un'impresa più grande, diventando così “monocliente” e quindi esposta a eventuali abusi della controparte⁹¹.

Nei casi in cui siano astrattamente applicabili sia il divieto di abuso di posizione dominante che il divieto di abuso di dipendenza economica, si profila un «concorso reale»⁹² delle azioni a disposizione della vittima dell'abuso, la quale potrà

⁹⁰ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale...*, cit., 558-559; P. FABBIO, *L'abuso...*, cit., 467-468, il quale specifica che in queste situazioni la potestà d'intervento dell'Autorità garante dovrebbe ritenersi giustificata solo in casi particolari, e specificamente «quando ad esempio si tratti di colpire pratiche generalizzate, vale a dire attuate uniformemente dalla maggior parte delle imprese attive sul mercato principale, sfruttando ciascuna il proprio potere sul mercato derivato; e/o quando si tratti di *aftermarkets* di notevole importanza economica, in assoluto e/o rispetto al mercato del prodotto principale» (p. 469).

Gli “*aftermarkets*” sono, da un lato, i mercati dei servizi di assistenza e riparazione del bene principale; dall'altro, quelli che prestano simili servizi, ma in cui l'unica titolare della domanda sia l'impresa dominante. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 290, aggiunge, tra le ipotesi di interferenza solo eventuale tra le due discipline, la situazione di potere che il produttore di un bene di grande rinomanza ha nei confronti dei distributori, i quali devono necessariamente avere tale prodotto nel proprio *stock* per poter efficacemente competere al loro livello della catena di approvvigionamento (si parla in questi casi di “dipendenza da assortimento”).

⁹¹ M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale...*, cit., 559; P. FABBIO, *L'abuso...*, cit., 468. Questi, peraltro, precisa che la rilevanza macro-concorrenziale di questa fattispecie può essere esclusa solo in linea di principio, in quanto una situazione di dipendenza economica potrebbe in ipotesi consentire all'impresa dominante di obbligare l'impresa dominante a condotte lesive della concorrenza su mercati di dimensioni considerevoli, diversi da quello in cui si situa la situazione di dipendenza; oppure a una stessa impresa potrebbero far capo più situazioni di dipendenza economica che, sommate, generano allarme per l'assetto concorrenziale del mercato (*ivi*, 476, nt. 127).

⁹² *Ivi*, 478.

scegliere a sua discrezione se agire innanzi al Tribunale ordinariamente competente, allegando una violazione dell'art. 9, l. 192/1998; o innanzi alle sezioni specializzate individuate dall'art. 4, co. 1-ter, d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168⁹³, allegando una violazione della normativa antitrust.

Deve aggiungersi che, a seguito del recepimento della Direttiva sul risarcimento dei danni da illecito antitrust, la scelta a favore dell'azione fondata sulla normativa a tutela della concorrenza potrà comportare anche le agevolazioni processuali introdotte dal d.lgs. 3/2017. Benché, come si vedrà *infra*, il rimedio risarcitorio non sia adeguato a fornire tutela nel caso oggetto del presente studio (ossia, l'imposizione di condizioni generali di contratto anticoncorrenziali), alcune disposizioni del suddetto d.lgs. (diverse da quelle che riguardano specificamente aspetti idiosincratici della tutela aquiliana⁹⁴) dovrebbero comunque potersi ritenere applicabili analogicamente, stante l'identità di *ratio*: in particolare, la possibilità di avvalersi dell'ordine di esibizione "rinforzato" di cui all'art. 3, d.lgs. 3/2017⁹⁵; la possibilità di chiedere al giudice l'ordine di esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza⁹⁶; e il valore vincolante, nel giudizio civile, della decisione dell'AGCM (o

⁹³ A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 18, co. 1, lett. b), d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (il quale ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva 104/2014/UE sul risarcimento dei danni per violazioni del diritto della concorrenza), per le controversie relative tanto alle violazioni del diritto antitrust nazionale quanto eurounitario sono inderogabilmente competenti le sole sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli (rispettivamente per gli uffici giudiziari del Nord, Centro e Sud Italia).

⁹⁴ Tali sono, ad es., l'art. 9, che prevede, a certe condizioni, una deroga al regime di responsabilità solidale dei co-danneggiati di cui all'art. 2055 c.c. per la piccola e media impresa che partecipa all'intesa anticoncorrenziale; gli artt. 10, 11 e 12, riguardanti le condizioni a cui la dimostrazione del trasferimento del sovrapprezzo dall'acquirente diretto all'acquirente indiretto possa influire sulla misura del danno risarcibile; l'art. 14, che disciplina la quantificazione del danno; e, probabilmente, l'art. 8, che prevede un termine di prescrizione quinquennale pari a quello previsto dall'art. 2947 c.c. per il risarcimento del danno derivante da fatto illecito.

⁹⁵ L'art. 6, co. 1, d.lgs. 3/2017 prevede infatti sanzioni amministrative pecuniarie da € 15.000 a € 150.000 a carico della parte che, senza giustificato motivo, rifiuti di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempia allo stesso.

⁹⁶ Art. 4, co. 1, d.lgs. 3/2017: «Il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza quando né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire tale prova». L'ordine di esibizione è subordinato a una serie di requisiti (soprattutto relativi alla

della sentenza, passata in giudicato, del giudice del ricorso contro la decisione) che abbia accertato la violazione del diritto della concorrenza⁹⁷.

5 I rimedi concessi avverso i contratti standard anticoncorrenziali

Una volta accertato, in base ai criteri esaminati nei paragrafi precedenti, che è avvenuta un'imposizione di condizioni generali di contratto tale da integrare un illecito anticoncorrenziale, si pone il problema di determinare quale rimedio sia esperibile dall'aderente vincolato dalle condizioni stesse.

5.1 La nullità virtuale per violazione del divieto soggettivo, imposto alle imprese dotate di potere di mercato, di stipulare contratti leciti singolarmente, ma anticoncorrenziali se riprodotti su larga scala

Sebbene non sia possibile identificare un unico modello di “clausola anticoncorrenziale” – dovendosi operare, come si è visto, valutazioni parzialmente differenti a seconda che il contratto standard sia il frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza o di un abuso di posizione dominante – la comune formulazione legislativa, nei due casi, dell'illecito tipizzato che qui interessa (la fissazione di «altre condizioni contrattuali») conduce a ritenere che la forma di tutela disponibile sia la stessa per entrambe le ipotesi.

specificità e proporzionalità della richiesta, nonché al rispetto della tutela della riservatezza degli interessati), disciplinati dagli artt. 3 e 4 del suddetto decreto. Inoltre, di alcuni tipi di prove può essere chiesta l'esibizione solo dopo la conclusione del procedimento da parte dell'autorità garante (art. 4, co. 4); mentre non può mai essere chiesta l'esibizione di dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione (art. 4, co. 5).

⁹⁷ Art. 7, co. 1, d.lgs. 3/2017: «Ai fini dell'azione di risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato».

In particolare, si ritiene di poter individuare nel caso in esame una contrarietà a norme imperative delle clausole contrattuali imposte dall'impresa che ha violato il diritto della concorrenza, ravvisandosi pertanto un'ipotesi di nullità virtuale ex art. 1418, co. 1, c.c.⁹⁸

Quando l'illecito anticoncorrenziale consiste nella predisposizione di condizioni generali di contratto lesive della concorrenza (ad es., riprendendo uno dei casi esaminati *supra*, perché peggiorino le condizioni dell'offerta sul mercato dei *social networks*, obbligando l'utente che intenda fruire del servizio a subire gravi invasioni della propria *privacy*⁹⁹), i contratti stipulati sulla base di queste ultime non hanno oggetto o causa illeciti. Il contenuto e la funzione di queste clausole, se osservato dal punto di vista atomistico del singolo contratto, non sono diretti ad alterare la concorrenza¹⁰⁰.

Si pensi al caso delle fideiussioni stipulate in base al contratto tipo redatto dall'ABI: le clausole censurate dall'AGCM ("reviviscenza" della fideiussione, rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., previsione dell'escussione a prima richiesta)

⁹⁸ Tra le opere più rilevanti in tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, v. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Milano, 2011, 798 ss.

⁹⁹ V. *supra*, § 3.2.

¹⁰⁰ Sull'impossibilità di ravvisare nel contratto a valle un'illiceità della causa si v. E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 102, il quale osserva che la finalità di alterazione della concorrenza è precedente ed esterna rispetto al contratto con il consumatore o il cliente, il quale rimane estraneo agli scopi perseguiti dall'impresa cartellista o dominante; sicché tali obiettivi dovranno dirsi confinati all'ambito di irrilevanza dei motivi individuali. In senso analogo, v. anche G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria...* (1999), cit., 83-84; A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari...*, cit., 72; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità...*, cit., 169; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa violata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, 181 ss., 184.

Anche la tesi dell'illiceità dell'oggetto è contestata, sulla base della considerazione che i prezzi e le condizioni contrattuali imposte dall'impresa autrice della violazione del diritto della concorrenza non sono di per sé illecite: piuttosto, lo è il meccanismo di determinazione del contenuto del contratto (così M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa...*, cit., 149; M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non diletta i dubbi nella vicenda rc auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747 ss., 755).

regolano semplicemente aspetti del singolo rapporto, prevedendo deroghe al diritto dispositivo in sé perfettamente legittime. L'effetto distorsivo può essere apprezzato solo allargando lo sguardo allo stato del mercato di riferimento, nel quale l'offerta normativa è standardizzata per effetto dell'intesa di cartello¹⁰¹.

Proprio ponendo l'accento sul fatto che le clausole non sono proibite in sé, ma solo nella misura in cui siano imposte dal monopolista, si coglie che il contratto a valle è nullo ex art. 1418, co. 1 (e non co. 2), c.c. Tra i casi più significativi di nullità virtuale vi è, infatti, l'ipotesi in cui il contratto non sia vietato *in assoluto*, ma sia vietato *a (o tra) certi soggetti*: esiste, cioè, una norma imperativa volta a tutelare un interesse di carattere generale a impedire che determinate categorie di persone (fisiche o giuridiche) stipulino certi tipi di negozi (i quali sono invece perfettamente ammessi per chi non rientri nel novero dei destinatari del divieto)¹⁰².

¹⁰¹ Analogamente, quando le condizioni generali sono imposte da un'impresa in posizione dominante il loro carattere anticoncorrenziale emerge dal fatto che la controparte contrattuale non può agevolmente reperire alternative ragionevoli sul mercato.

¹⁰² V. G. D'AMICO, *Nullità non testuale...*, cit., 814-817, ove si identificano due gruppi di casi riconducibili a questa ipotesi. Il primo è quello di situazioni di "conflitto di interesse", ove il divieto soggettivo è motivato proprio dall'esigenza di rimediare a tale conflitto. Si avrà nullità quando la norma che proibisce il contratto al soggetto tutela un interesse generale, mentre si avrà un altro rimedio quando essa è posta a tutela di un interesse particolare. Ciò emerge con particolare evidenza (sebbene si tratti di casi di nullità testuale) dalla disciplina dei divieti speciali di comprare di cui all'art. 1471 c.c.: quando il conflitto di interessi si profila rispetto a un amministratore di beni pubblici o a un ufficiale pubblico il contratto è nullo, mentre quando il divieto è rivolto a chi amministra beni altrui o ai mandatari il contratto è annullabile (si v. ad es. anche i casi di conflitto d'interessi e di contratto con se stesso del rappresentante, che, ai sensi degli artt. 1394 e 1395 c.c., causano l'annullabilità e non la nullità del contratto). Nei casi di conflitto d'interesse per i quali la legge non preveda espressamente il rimedio applicabile (come ad es. l'infedeltà patrimoniale degli amministratori, direttori generali e liquidatori della società, disciplinata all'art. 2634 c.c.), si dovrebbe parimenti identificare un'ipotesi di nullità virtuale se «il conflitto di interessi riguarda soggetti investiti di una pubblica funzione o esercenti un servizio di pubblica necessità» e di annullabilità se «la funzione esercitata dal destinatario del divieto si muove sul piano esclusivamente privato» (così G. VILLA, *Contratto e violazione...*, cit., 200).

Il secondo genere di "divieti soggettivi" riguarda i casi in cui un soggetto concluda un contratto inerente all'esercizio di una professione intellettuale o attività imprenditoriale, senza essere munito dell'iscrizione, richiesta dalla legge, all'albo, ruolo od elenco di quell'attività. In molti casi, la legge, pur non prevedendo espressamente la nullità, preclude al prestatore abusivo di agire per il pagamento della retribuzione (cfr. art. 2231, co. 1, c.c., per quanto riguarda le professioni intellettuali; art. 6, l. 3 febbraio 1989, n. 39, per quanto riguarda i mediatori). Anche in questo caso, potrà ravvisarsi un'ipotesi di nullità virtuale nel caso in cui il requisito legale di iscrizione all'albo, ruolo o elenco sia previsto per

Tale declinazione del concetto di nullità virtuale ben si attaglia al caso di specie: le stesse condizioni generali che, se predisposte da un'impresa priva di potere di mercato, sarebbero soggette al solo controllo formale di cui all'art. 1341 c.c. assumono rilievo anticoncorrenziale se adottate da un'impresa partecipante a un'intesa restrittiva della concorrenza¹⁰³ o da un'impresa in posizione dominante. La riprovazione dell'ordinamento nei confronti delle clausole non può cogliersi sulla base di una loro analisi astratta, ma solo dal raffronto del loro contenuto con il contesto in cui sono inserite, specialmente prendendo in considerazione la misura dell'influenza che l'impresa predisponente è in grado di esercitare sui suoi concorrenti¹⁰⁴.

Si può concludere, pertanto, che gli artt. 101, para. 1, lett. a), e 102, para. 2, lett. a), TFUE, nonché gli artt. 2, co. 2, lett. a), e 3, co. 1, lett. a), l. 287/1990, esprimano altrettante norme imperative, in base alle quali è fatto divieto a cartellisti e imprese dominanti di concludere contratti basati su condizioni generali che, in base ai parametri esaminati nei paragrafi precedenti, possano dirsi lesive della concorrenza una volta riproposte in massa in porzioni significative del mercato rilevante. Queste norme tutelano un interesse di evidente carattere generale alla competitività e all'efficienza del

tutelare un interesse generale: specificamente, l'interesse «a che determinate prestazioni (che mettono in gioco beni fondamentali come la salute, l'incolumità pubblica, la difesa in giudizio) siano eseguite da chi, per aver conseguito le relative abilitazioni e ottenuto la conseguente iscrizione negli appositi albi, si presume abbia le competenze e le capacità richieste» (G. D'AMICO, *Nullità non testuale...*, cit., 816). In applicazione di tale criterio, la giurisprudenza ha ad es. ritenuto nullo il contratto di *domestic swap* stipulato da un intermediario non in possesso dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività richiesta dalla legislazione finanziaria (cfr. Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Contr.*, 2002, 28 ss., con nota di E. GIRINO, *Contratti di swap: forma, autonomia, nullità e responsabilità*; in senso conforme, Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, 2185 ss., con nota di E. FILIGRANA, *"Swap" abusivi: profili di invalidità e di responsabilità precontrattuale*).

¹⁰³ A patto che la quota di mercato complessiva delle imprese partecipanti all'intesa sia superiore alla soglia c.d. "*de minimis*", su cui v. *supra*, nt. 2.

¹⁰⁴ Cfr. AGCM, provvedimento n. 14251/2005, § 36: «in definitiva, la valutazione concorrenziale dello schema in esame non riposa, come ripetutamente sostenuto dall'ABI, sulla constatazione della sua difformità dal regime civilistico, profilo questo irrilevante dal punto di vista *antitrust*, quanto piuttosto, va ribadito, sulla previsione uniforme da parte dell'associazione di categoria di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del fideiussore, incidendo sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria».

mercato, sicché la loro violazione legittima pienamente l'applicazione della nullità di cui all'art. 1418, co. 1, c.c.

Questa conclusione è peraltro coerente con l'ipotesi proposta in precedenza: mentre la posizione di strutturale asimmetria informativa dei consumatori nei confronti delle imprese giustifica l'ammissibilità di un controllo sostanziale sui contratti standard anche in un mercato caratterizzato da concorrenza effettiva, nei rapporti B2B l'intervento correttivo del diritto è auspicabile solo ove posizioni di potere privato impediscano al mercato di auto-selezionare le condizioni generali maggiormente idonee ad aumentare la qualità del prodotto.

Peraltro, il controllo "antitrust" sulle condizioni generali può trovare un suo ambito di rilevanza anche nei rapporti B2C: in particolare, in caso di clausole non caratterizzate da eccessivo squilibrio, ma comunque idonee a spiegare un effetto distorsivo sulla concorrenza se riprodotte su larga scala; oppure, ancora, qualora le clausole lesive della concorrenza riguardino l'oggetto del contratto e siano redatte in modo chiaro e comprensibile.

Né varrebbe ad escludere l'applicabilità della nullità per contrarietà a norme imperative il rilievo, talvolta sollevato in dottrina, per cui quelle violate dalle imprese autrici di illeciti antitrust sarebbero norme di comportamento e non norme di validità¹⁰⁵, in quanto la condotta integrante la violazione del diritto della concorrenza

¹⁰⁵ Com'è noto, è principio tralatizio che la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase di formazione del contratto (di cui sono emanazione le norme di comportamento più specifiche previste nel codice civile e nelle leggi speciali) non può comportare l'invalidità del negozio successivamente concluso, ma solo determinare la responsabilità dell'autore dell'illecito: v. ad es. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1980, 171: «la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità»; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., 9: «in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni». Ne consegue che non può aversi nullità virtuale quando la norma imperativa violata sia una "regola di comportamento", ma solo quando, vietando la stessa stipulazione del negozio (in generale o ad alcune categorie di soggetti), costituisca una "regola di validità".

(l'intesa o l'abuso di posizione dominante) si porrebbe nell'iter formativo del contratto e resterebbe esterna a esso¹⁰⁶.

Da un lato, infatti, la dottrina più attenta osserva che il fondamento della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento poggia su considerazioni *lato sensu* politiche: si vuole cioè evitare di collegare la conseguenza radicale dell'invalidità alla violazione di una regola discendente dalla concretizzazione *ex post* di una clausola generale (il dovere di comportarsi secondo buona fede oggettiva nelle trattative) da parte del giudice, in quanto ciò pregiudicherebbe la certezza e la prevedibilità dei traffici giuridici. Ne consegue che, in presenza di regole di comportamento più analiticamente specificate dalla legge, non potrebbe escludersi *a priori* la nullità virtuale¹⁰⁷.

Il principio è stato ribadito, in tema di contratti del mercato finanziario, dal *leading case* Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contr.*, 2008, 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; in *Foro it.*, 2008, I, 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 106 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle sezioni unite*. Sulla base del rilievo che gli obblighi informativi e di corretta esecuzione delle operazioni di cui sono gravati gli intermediari finanziari siano imposti, appunto, da norme di comportamento e non di validità, le Sezioni Unite hanno stabilito che «la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto di intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 c.c., comma 1».

¹⁰⁶ In questo senso, v. ad es. E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 105 e 112-113.

¹⁰⁷ Così R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, 303 ss., il quale osserva che la non assolutezza della distinzione tra norme di condotta e norme di validità emerge già dalla sistematica del codice civile, in quanto esso prevede ipotesi in cui dalla violazione di regole di comportamento (dolo,

Dall'altro, anche a voler ritenere le norme antitrust troppo indeterminate per poterle classificare come regole di validità, la ricostruzione proposta identifica in tali disposizioni non la qualificazione in termine di illiceità di un comportamento prenegoziale, ma un divieto soggettivo di mettere in atto un certo contenuto contrattuale; sicché, per i destinatari del divieto (partecipanti dell'intesa anticoncorrenziale e imprese in posizione dominante), le norme in esame mirano proprio a proibire la stessa stipulazione del contratto.

5.2 *Il rimedio alternativo disponibile: la necessità di distinguere, in punto di disciplina applicabile, tra prezzi e "altre condizioni contrattuali"*

La presenza di un contrasto tra il contratto e una norma imperativa volta a tutelare un interesse generale è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. La norma dispone infatti che il contratto contrario a norme imperative sia nullo «salvo che la legge disponga diversamente».

La portata di questo inciso è stata interpretata estensivamente in dottrina: si ritiene che la nullità non sia esclusa solamente quando la legge dispone espressamente che la violazione di determinate norme imperative non può incidere sulla validità del contratto¹⁰⁸, ma anche quando sia previsto un rimedio alternativo incompatibile con la nullità, come ad es. l'annullabilità o la rescissione¹⁰⁹. In proposito, si è sostenuto che

violenza) discendono conseguenze in punto di invalidità (nella forma dell'annullabilità) del contratto. Da ciò l'A. ricava che la distinzione tradizionale non ha fondamento propriamente dogmatico, ma, appunto, "politico", ossia l'esigenza di tutelare la certezza e la prevedibilità del diritto. Per questo motivo, egli ritiene che il vero discrimine dovrebbe essere tracciato tra regole di validità e regole di buona fede (ivi, 311).

In senso conforme, v. G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 40 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss., 43.

¹⁰⁸ Si ha un caso di questo tipo, ad es., nella disposizione dell'art. 10, co. 3, ult. parte, l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. "Statuto del contribuente"): «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto».

¹⁰⁹ Per questo motivo, ad es., non è ritenuto nullo il contratto concluso per effetto di comportamenti integranti il reato di truffa di cui all'art. 640 c.p.: il fatto tipico incriminato dalla norma penale

il campo applicativo della nullità virtuale sarebbe delimitato dal criterio del c.d. “minimo mezzo”, in base al quale non può ritenersi nullo il contratto nel caso in cui esista un altro rimedio idoneo a tutelare adeguatamente l’interesse tutelato dalla norma imperativa violata dal contratto¹¹⁰. La nullità virtuale costituisce dunque un’«*extrema ratio*, alla quale si può approdare solo se altri tipi di rimedi – astrattamente applicabili – non dovessero consentire di raggiungere, in maniera adeguata, lo scopo di tutela della norma»¹¹¹.

La norma imperativa che proibisce a cartellisti e monopolisti la standardizzazione anticoncorrenziale riguarda indistintamente prezzi e altre condizioni contrattuali. Tuttavia, la questione dell’esistenza di un rimedio effettivo alternativo alla nullità nell’ordinamento non può essere affrontata unitariamente per entrambe le violazioni, stanti le loro rilevanti differenze strutturali.

La natura monetaria dei prezzi induce a identificare il rimedio naturale contro la loro imposizione illecita nel risarcimento del danno, quantificabile nel sovrapprezzo pagato dall’acquirente diretto o indiretto a causa dell’illecito anticoncorrenziale. Già prima del recepimento della Direttiva 104/2014/UE poteva pertanto escludersi la

(l’induzione in errore tramite artifici o raggiri) coincide con il dolo-vizio del consenso di cui all’art. 1439 c.c., sicché l’unico rimedio sul piano civilistico sarà l’annullabilità del contratto. In questo senso v., *ex multis*, Cass., 31 marzo 2011, n. 7468; Cass., 27 settembre 2016, n. 18930.

¹¹⁰ Sul criterio del “minimo mezzo” v. soprattutto G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme...*, cit., 446; ID., *Il contratto e i nuovi contratti: disciplina valutaria*, in *Il sistema valutario italiano. Problemi giuridici*, a cura di G. De Nova, Milano, 1986, 104. In argomento, v. anche A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative...*, cit., 125 ss.

¹¹¹ G. D’AMICO, *Nullità non testuale...*, cit., 823, nt. 138. L’A. precisa peraltro che il criterio del “minimo mezzo” non va confuso con la clausola di riserva di cui all’art. 1418, co. 1, ult. parte, c.c.: quest’ultima infatti riguarda i casi in cui il rimedio alternativo è previsto come conseguenza della violazione della specifica norma imperativa rilevante, mentre il criterio del “minimo mezzo” si spinge oltre, precludendo l’applicabilità della nullità virtuale anche quando lo scopo della norma imperativa violata è raggiunto tramite l’esperimento di un rimedio generale, come la risoluzione per inadempimento o il risarcimento dei danni (*ivi*, 822-823, nt. 137). *Contra*, v. V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss., 543-544, il quale sostiene che anche un rimedio di diritto comune possa costituire una “diversa disposizione di legge” ai sensi dell’art. 1418, co. 1, ult. parte, c.c.

nullità virtuale, a ragione dell'esistenza del rimedio generale del risarcimento del danno¹¹² (applicando così il criterio del “minimo mezzo”).

Con l'avvento della citata Direttiva, esiste ora perfino un rimedio alternativo specificamente previsto per la violazione del divieto di imposizione anticoncorrenziale di prezzi, sicché non è neppure più necessario l'impiego del criterio estensivo del “minimo mezzo”, ricorrendo invece un'ipotesi in cui la legge “dispone diversamente” in modo “diretto”. La *ratio* dell'intervento del legislatore eurounitario può infatti rinvenirsi nell'intenzione di dare maggior “mordente” al *private enforcement* del diritto antitrust, dando una posizione di preminenza al risarcimento del danno come rimedio effettivo, certo ed efficace per tutelare tutti i soggetti, operanti sul mercato, pregiudicati da una violazione del diritto della concorrenza¹¹³.

Inoltre, la Direttiva mira anche a uniformare, in tutto il territorio dell'Unione europea, le condizioni alle quali possono essere recuperati i danni subiti per effetto degli illeciti anticoncorrenziali, per evitare distorsioni alla concorrenza nel mercato comune dovute ai differenti livelli di tutela garantiti nei diversi Stati membri¹¹⁴; fine

¹¹² Una parte della dottrina era infatti orientata a individuare il rimedio risarcitorio come unico rimedio ammissibile per i c.d. “contraenti a valle”, pur nella divergenza di opinioni sul fondamento normativo del diritto al risarcimento, identificato da alcuni nell'art. 2043 c.c. e da altri nell'art. 1337 c.c.; v. *supra*, Cap. II, § 4.3.

¹¹³ Cfr. Considerando n. 3, Direttiva 104/2014/UE: «per una piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE, ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essi previsti, è necessario che chiunque, compresi consumatori e imprese o autorità pubbliche, possa richiedere un risarcimento dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali per i danni subiti a causa di una violazione di tali disposizioni».

¹¹⁴ Cfr. Considerando n. 7, Direttiva 104/2014/UE: «Poiché i soggetti danneggiati spesso scelgono lo Stato membro in cui sono stabiliti quale foro in cui presentare la domanda di risarcimento del danno, le discrepanze fra le norme nazionali portano a condizioni disomogenee per quanto riguarda le azioni per il risarcimento del danno e possono pertanto incidere sulla concorrenza nei mercati in cui operano tali soggetti danneggiati così come le imprese autrici della violazione»; Considerando n. 8, Direttiva 104/2014/UE: «Le imprese stabilite e operanti in Stati membri diversi sono soggette a differenti norme procedurali [...] Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'Unione non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 e 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace»; Considerando n. 9, Direttiva 104/2014/UE: «è opportuno aumentare la certezza del diritto e ridurre le differenze fra gli Stati membri riguardo alle norme nazionali che regolano le azioni per il

che sarebbe pregiudicato qualora un ordinamento nazionale anteponesse al risarcimento dei danni un diverso rimedio, quale appunto la nullità.

Si consideri, inoltre, che la novella non si limita ad armonizzare le condizioni procedurali alle quali può essere esercitato il generico diritto al risarcimento del danno, ma disciplina puntualmente alcuni aspetti di dettaglio che caratterizzano specificamente questa fattispecie, come, in particolare, l'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo e l'estensione della legittimazione ad agire agli acquirenti indiretti¹¹⁵. Regolamentando con tale analiticità la tutela risarcitoria contro i prezzi anticoncorrenziali, il legislatore dimostra di intendere quest'ultima come l'unica forma per ottenere ristoro contro questo particolare illecito, dovendosi pertanto ritenersi esclusa la nullità virtuale delle clausole corrispondenti¹¹⁶.

risarcimento del danno causato da violazioni sia del diritto della concorrenza dell'Unione che del diritto della concorrenza nazionale [...] Un ravvicinamento di tali norme contribuirà a prevenire l'aumento di differenze fra le disposizioni degli Stati membri che disciplinano le azioni per il risarcimento del danno nei casi relativi alla concorrenza».

¹¹⁵ Il problema del trasferimento del sovrapprezzo (*"passing-on"*) origina dal fatto che gli acquirenti diretti dalle imprese di cartello, pur essendo danneggiati per aver dovuto ad es. pagare un prezzo sovra-competitivo, potrebbero aver ammortizzato tale danno alzando corrispondentemente i prezzi praticati ai loro clienti (gli acquirenti indiretti delle imprese partecipanti all'intesa illecita). Se gli acquirenti diretti potessero agire per il risarcimento del danno anche in caso avessero trasferito a valle il sovrapprezzo, si determinerebbe una sovra-compensazione degli stessi. La Direttiva si occupa del problema agli artt. 12, 13, 14, 15 e 16, stabilendo, innanzitutto, che il risarcimento del danno possa essere chiesto indifferente da acquirenti diretti e indiretti; prevede poi che, al fine di evitare ogni sovra-compensazione, il risarcimento del danno versato a un certo livello della catena di approvvigionamento non superi il danno da sovrapprezzo subito a tale livello e che il convenuto in un'azione di risarcimento del danno possa eccepire che l'attore ha trasferito a valle il sovrapprezzo pagato.

Sul tema, si v. F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust...*, cit., 187-198; M. W. MONTEROSSO, *La traslazione del danno da illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 695 ss.

¹¹⁶ Va peraltro osservato che, come ha messo in evidenza la dottrina più attenta (E. CAMILLERI, *Contratti a valle...*, cit., 207-215) l'ostacolo più arduo da superare per chi agisce per il risarcimento dei danni derivanti da illecito antitrust è rappresentato dalla prova della sussistenza del nesso di causalità tra condotta e danno subito (per i motivi già presi in considerazione *supra*, nt. 89). Tale problema non è risolto dalla Direttiva, che non disciplina l'accertamento del nesso di causalità e si limita ad auspicare che l'applicazione di tale requisito non renda «eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento garantito dal TFUE» (Considerando n. 11, Direttiva 104/2014/UE). Il decreto legislativo di recepimento, a sua volta, non interviene sul punto e anzi esclude che l'effetto vincolante dell'accertamento dell'autorità garante della concorrenza si estenda alla prova della sussistenza del nesso di causalità e dell'esistenza del danno (art. 7, co. 1, d.lgs. 3/2017).

Le considerazioni fin qui svolte non possono però valere per il caso di clausole contrattuali che disciplinano altri aspetti, primari o secondari, della complessiva operazione economica, (come ad es, restando ad alcune delle ipotesi esaminate in precedenza, le clausole di “reviviscenza” della fideiussione a seguito dell’annullamento del debito principale, la rinuncia ai termini previsti a favore dell’aderente dal diritto dispositivo, le politiche *privacy*, etc...¹¹⁷). In questo caso, spesso è semplicemente non praticabile una “monetarizzazione” del maggior aggravio che esse comportano per l’aderente che si deve a esse sottoporre. Il risarcimento del danno non rappresenta, allora, un rimedio alternativo adeguato alla nullità virtuale, che dovrà quindi trovare piena applicazione, anche per garantire una tutela effettiva contro queste forme non pecuniarie di prevaricazione anticoncorrenziale.

5.3 *Nullità parziale e riduzione teleologica*

Se si accetta la tesi per cui le clausole anticoncorrenziali sono affette da nullità virtuale, si incorre però in un significativo problema: l’estensione della nullità dei patti nulli all’intero contratto, che spesso andrebbe in pregiudizio della parte che ha subito l’imposizione monopolistica (la quale, se ha deliberato di concludere il contratto, aveva un’esigenza di accedere al bene o al servizio così forte da spingerla ad aderire alle condizioni inique; sicché la dichiarazione di nullità del negozio andrebbe apertamente contro i suoi interessi¹¹⁸).

¹¹⁷ Dubbio è il caso delle clausole che, pur non disciplinando direttamente il prezzo dovuto, incidono indirettamente su quest’ultimo (si pensi, ad es., a una clausola *floor* in un contratto di mutuo); probabilmente, nella misura in cui si traducono in un esborso maggiore per l’acquirente, dovrebbero essere equiparate ai prezzi, sicché avverso la loro imposizione potrebbe essere esperita la sola tutela risarcitoria.

¹¹⁸ Cfr. G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss., 552, che, con riferimento proprio ai contratti viziati da illecito anticoncorrenziale, afferma che «mettere nel nulla il rapporto può essere rimedio peggiore del male».

Se, infatti, le clausole censurate attengono ad aspetti secondari del rapporto, la sopravvivenza del contratto sarà subordinata al complicato accertamento del fatto che le parti avrebbero lo avrebbero concluso anche senza la parte colpita da nullità (art. 1419, co. 1, c.c.)¹¹⁹; se, invece, riguardano elementi essenziali dell'operazione economica, la conseguenza sarà inevitabilmente la nullità totale.

Un tale risultato confliggerebbe però con gli obiettivi di fondo dei divieti anti-trust, che mirano a eliminare le clausole anticoncorrenziali dal mercato e non certo a punire i soggetti costretti loro malgrado a fare affari con l'impresa che ha posto in atto le condotte distorsive della concorrenza.

¹¹⁹ Una volta che la sentenza Cass. 29810/2017 ha aperto la strada alla nullità delle fideiussioni concluse in base al modulo ABI dichiarato lesivo della concorrenza da Banca d'Italia nel 2005, si sono moltiplicate le domande giudiziali volte a far dichiarare tale nullità. Una parte della giurisprudenza di merito si è allora dimostrata orientata a riconoscere la parzialità della nullità, «in quanto è di tutta evidenza che la Banca lo avrebbe comunque concluso, qualsiasi garanzia essendo migliore della mancanza di garanzia» (così Trib. Rovigo, 9 settembre 2018). In senso analogo, v. Trib. Treviso, 30 luglio 2018, n. 1632: «è innegabile che il garante avrebbe concluso ugualmente il contratto senza quelle clausole che, invero, lo penalizzano rispetto a sopravvenienze sfavorevoli o a fatti imputabili alla negligenza del creditore garantito. Parimenti, nell'economia complessiva dell'affare, per la banca è oggettivamente più conveniente rinunciare ai benefici di quelle clausole, piuttosto che all'ampliamento della garanzia patrimoniale generica su cui contare in caso di insolvenza del debitore principale»; Trib. Monza, ord. 29 agosto 2019: «non è riscontrabile un interesse del garante meritevole di tutela ad ottenere la nullità totale (permettendogli di liberarsi *a posteriori* di un obbligo consapevolmente assunto all'atto del rilascio della garanzia), essendo invece la banca che avrebbe potuto ritenersi pregiudicata dall'assenza di clausole a sé più favorevoli ed essere indotta alla decisione di non accettare l'impegno fideiussorio (ipotesi che, però, non si è verificata nel caso concreto).

Secondo l'opinione prevalente, l'art. 1419, co. 1, c.c. è ispirato a logiche di buona fede contrattuale, in quanto mira ad assicurare che la parte non rimanga vincolata a un contratto radicalmente diverso (per effetto della rimozione di alcune clausole) da quello cui aveva volontariamente aderito (così V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 812). La decisione sul mantenimento del contratto parzialmente nullo deve allora essere operata secondo criteri oggettivi, rappresentando la "volontà ipotetica" di cui all'art. 1419, co. 1, c.c. una «metafora in chiave soggettiva per indicare il confronto fra l'assetto d'interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto di interessi che scaturirebbe dal contratto residuo» (*ivi*, 813).

In questi casi, la circostanza che la fideiussione sia un contratto con obblighi a capo del solo garante facilita l'indagine del giudice: difficilmente, infatti, la minore sicurezza della garanzia a seguito dell'epurazione delle clausole anticoncorrenziali comporterà uno stravolgimento dell'assetto di interessi diviso dalle parti; né potrà ravvisarsi contrarietà a buona fede nel continuare a ritenere vincolata la banca a seguito dell'emendazione del negozio, in quanto essa continua a trarne comunque solo benefici e non obblighi. Tuttavia, nella maggior parte dei casi saranno entrambe le parti a essere obbligate e lo scrutinio sulla "volontà ipotetica" risulterà considerevolmente meno agevole.

Non sembra improprio, allora, richiamare nel caso di specie la teoria della c.d. riduzione teleologica¹²⁰, ossia la non estensione della nullità alla parte del contratto da essa non direttamente colpita, «dettata dall'esigenza interpretativa e sistematica di evitare una contraddizione tra la *ratio* della comminatoria di nullità e lo statuto codicistico della stessa»¹²¹. La possibilità di ravvisare una nullità parziale in tutti i casi in cui ciò fosse richiesto dal fine protettivo della norma era stata inizialmente ipotizzata nell'ambito del dibattito sull'ammissibilità del controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto¹²²; successivamente, essa è stata riproposta dalla dottrina che ha più approfonditamente studiato il tema, la quale tende ad ammetterne la configurabilità sulla scorta delle indicazioni sistematiche desumibili dalle diverse normative di protezione man mano introdotte nel nostro ordinamento¹²³.

Nel caso della nullità in esame, il divieto è orientato, come si è detto, sia alla tutela dei soggetti obbligati a contrattare con il monopolista; sia alla preservazione dell'assetto concorrenziale del mercato (che si realizza meglio eliminando le singole clausole anticoncorrenziali, piuttosto che caducando in massa gli scambi "contaminati" dall'illecito antitrust). La riduzione teleologica della nullità sembra allora coerente con il perseguimento degli scopi cui mira la norma violata.

¹²⁰ L'espressione ha origine nella dottrina giuridica tedesca (*teleologische Reduktion*): v. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino – Heidelberg – New York, 1975, 377.

¹²¹ V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 525 ss., 556.

¹²² Così G. DE NOVA, *Nullità relativa...*, cit., 489.

¹²³ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche...*, cit., 161-171. L'A. muove da una critica alle teorie secondo cui alcuni tratti delle nullità di protezione normativamente disciplinate (come la legittimazione relativa e la parzialità necessaria) possano essere applicati analogicamente ogniqualvolta si rinvenga una finalità di protezione di una norma che prevede (o da cui si desume) una nullità. La non identità di *ratio* tra le stesse nullità di protezione "tipiche", nonché la diversità del loro statuto normativo si frappongono, infatti, a un simile utilizzo indiscriminato dell'argomento analogico.

Nondimeno, un'argomentazione di carattere (non già analogico ma) sistematico porta l'A. a individuare caratteri dogmatici comuni nelle normative di protezione: specificamente, il fatto che «sottraggono alle parti la disponibilità di un regolamento disapprovato in quanto squilibrato» (p. 169). La parzialità della nullità rappresenta allora lo strumento più congruo alla *ratio* di queste ipotesi, che, volendo rimediare a uno squilibrio, ben si prestano a uno statuto normativo della nullità che miri a riequilibrare, non a obliterare il contratto.

Maggiori problemi sorgono nel caso in cui la clausola colpita dalla nullità regoli un aspetto essenziale del rapporto, tale che la persistenza del contratto in sua assenza sarebbe giuridicamente impossibile. La dottrina ritiene però che, anche quando il patto caducato sia essenziale, il contratto possa nondimeno sopravvivere grazie alla sostituzione della clausola abusiva con il diritto dispositivo¹²⁴.

Tale tecnica integrativa troverebbe fondamento in diverse disposizioni, collocate tanto nel codice civile quanto in leggi speciali, che prevedono appunto la correzione del contratto “menomato” tramite l’applicazione delle norme dispositive in casi in cui il contratto sia frutto dell’abuso di potere contrattuale di una parte nei confronti dell’altra, costretta ad aderire a condizioni squilibrate in suo sfavore¹²⁵. L’applicazione della norma dispositiva abusivamente derogata rappresenterebbe allora un adeguato correttivo a tale imposizione illecita¹²⁶.

Una simile soluzione appare particolarmente adeguata nel caso in esame, nel quale la controparte si vede obbligata ad accettare condizioni contrattuali pregiudizievoli a causa della necessità di accedere a un certo bene o servizio e all’impossibilità di trovare un’alternativa sul mercato.

¹²⁴ *Ivi*, 261-260.

¹²⁵ *Ivi*, 261- 262. L’A. cita, tra le norme da cui è possibile desumere tale principio, l’art. 1284, co. 3, c.c., che prevede l’applicazione del tasso legale in caso di pattuizione in forma non scritta di interessi ultralegali; la simile disposizione che era prevista nel “vecchio” art. 1815, co. 2, c.c.; e l’allora vigente art. 7, co. 3, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (atto con cui è stata recepita la Direttiva 35/2000/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), che disponeva che il giudice applicasse i «termini legali» in sostituzione del patto sui termini di pagamento gravemente iniquo in danno del creditore.

¹²⁶ Cfr. G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss., 648: «mentre non c’è nessuna ragione di (e sarebbe anzi contraddittorio) assoggettare a “limiti” la possibilità accordata *alla scelta concorde di entrambi i contraenti* di derogare al diritto “dispositivo”, si capisce invece come il potere di deroga *unilaterale* accordato a (ed esercitato da) una sola delle parti (e con pretesa, ovviamente di “vincolare” anche l’altra) non possa essere “assoluto”» (corsivi nell’originale).

5.4 *Alcune precisazioni conclusive: (i) condizioni generali di contratto “illegali” e “illecite”*

Le considerazioni fin qui svolte sul generale fenomeno dei contratti standard anticoncorrenziali devono essere puntualizzate con alcune osservazioni più di dettaglio.

La prima è che la tesi proposta (ossia, che le condizioni generali di contratto imposte mediante esercizio abusivo di un potere di mercato siano affette da nullità virtuale) si intende riferita ai casi in cui le clausole in sé siano “neutre” e la cui lesività della concorrenza si apprezzi solo in considerazione della loro riproduzione su larga scala. Proprio per questo motivo non si può ravvisare una proibizione generale e astratta di stipulare queste clausole, ma piuttosto un divieto soggettivo rivolto esclusivamente alle imprese in grado di condizionare il mercato nel complesso. Il caso a cui si fa riferimento è pertanto – per intendersi – quello previsto alla lett. a) delle norme che prevedono i divieti antitrust.

Diversa è invece l’ipotesi in cui il contenuto delle condizioni generali sia in sé e per sé direttamente orientato a restringere la concorrenza. Ciò può avvenire specialmente nel caso in cui il contratto standard sia imposto dal monopolista al distributore e contenga clausole quali, ad es., un prezzo di rivendita fisso o minimo (c.d. “*resale price maintenance*”), patti di esclusiva o di segmentazione dei mercati di rivendita. In questi casi, se la clausola è oggettivamente idonea a distorcere la competizione sul mercato (e non sia controbilanciata da adeguati guadagni di efficienza) sarà nulla non per contrasto a norma imperativa, ma per illiceità dell’oggetto¹²⁷.

Questa precisazione potrebbe apparire priva di particolari ricadute pratiche nel caso in esame. Com’è noto, la principale divergenza tra il regime delle nullità previste

¹²⁷ Come osservato dalla migliore dottrina, infatti, l’oggetto non è illecito solamente quando le prestazioni contrattuali sono direttamente contrarie a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, ma anche quando «la prestazione, pur non vietata in sé, è direttamente strumentale a un risultato vietato» (così V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 326).

dai co. 1 e 2, art. 1418, c.c. è la possibilità che le prime (e non le seconde) siano messe “fuori gioco” dall’applicabilità di un rimedio alternativo adeguato (in dottrina, per sottolineare questa differenza di disciplina, si usa l’espressione “contratto illecito” in caso di illiceità dell’oggetto, della causa o del motivo comune, rilevante ai fini dell’art. 1418, co. 2, c.c.; e “contratto illegale” per riferirsi invece alla contrarietà a norme imperative del contratto nel suo complesso, rilevante ai fini dell’art. 1418, co. 1, c.c.)¹²⁸. Nel caso di specie, si è però sostenuto che tale rimedio alternativo non sussista per l’ipotesi delle “altre condizioni contrattuali” illecitamente standardizzate; sicché la conseguenza sarebbe la nullità in entrambi i casi.

Tuttavia, vi sono altre disposizioni che permettono di individuare differenze di disciplina fra le due ipotesi di nullità. Così, saranno sicuramente applicabili solamente alle clausole “direttamente restrittive” e non a quelle “in sé neutre” le norme che limitano il loro campo di applicazione ai contratti con oggetto e/o causa illeciti¹²⁹; quanto alle regole che fanno riferimento, genericamente, al “contratto illecito”, esse potranno governare anche le “clausole neutre” solo se si intenda ricompresa nella locuzione “contratto illecito” anche il contratto la cui contrarietà a norme imperative risieda in elementi diversi dall’oggetto o dalla causa¹³⁰.

¹²⁸ G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme...*, cit., 438 s.; in argomento, si v. anche G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozi illegali: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003; G. D’AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell’invalidità contrattuale*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 9 ss.

¹²⁹ È il caso, in particolare, dell’art. 2126 c.c., che, nel prevedere che la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, dispone però il ritorno alla regola generale per il caso in cui la nullità derivi dall’illiceità dell’oggetto o della causa; e dell’art. 2332 c.c., che prevede che, successivamente all’iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere dichiarata solo per illiceità dell’oggetto e non per altri casi di violazione di norme imperative.

¹³⁰ Le ipotesi principali sono: l’art. 1417 c.c., che ammette la prova senza limiti della simulazione, anche se proposta tra le parti, qualora la domanda sia diretta a far valere l’illiceità del contratto dissimulato; l’art. 1972, co. 1, c.c., che dichiara nulla la transazione relativa a un contratto illecito, anche se le parti hanno trattato della nullità (mentre, negli altri casi di transazione relativa a un titolo nullo, l’annullamento di questa può essere chiesta solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo); la conversione del contratto nullo ex art. 1424 c.c., che è ritenuta dagli interpreti non ammissibile in

5.5 (ii) Intese “esentate” e conseguenze sui contratti standard a valle

Da ultimo, è opportuno fare cenno alla particolare “elasticità” che caratterizza la nullità in esame, dovuta al fatto che, nel diritto antitrust, nessuna restrizione della concorrenza, per quanto consistente, è vietata di per sé: l’invalidità è sempre preclusa dalla presenza di guadagni d’efficienza, derivanti dalla restrizione, sufficienti a superare i costi sociali connessi alla condotta monopolistica.

Tale principio, implicito nella disciplina dell’abuso¹³¹, è invece espressamente previsto nella regolamentazione delle intese: l’art. 101, para. 3, TFUE, dichiara infatti non applicabile il divieto di cui al para. 1 alle intese che migliorino l’offerta o incorragino l’innovazione, purché riservino agli utilizzatori una congrua parte dell’utile che ne deriva.

Precedentemente alla “modernizzazione” del diritto antitrust operata con il Reg. 1/2003/CE, l’esenzione di cui al para. 3 poteva operare solo in forza di un provvedimento della Commissione, individuale o generale (i Regolamenti di c.d. “esenzione in blocco”). Quest’impostazione era stata recepita dalla legge antitrust nazionale, che all’art. 4 prevede che le intese che comportano un incremento dell’efficienza del mercato possano essere autorizzate, in deroga al divieto di intese restrittive, tramite apposito provvedimento dell’AGCM.

relazione a un contratto illecito (una soluzione simile è adottata, ma qui non interessa, per la conferma del testamento o della donazione nulla ex artt. 590 e 799 c.c.).

Per ipotesi in cui la portata applicativa di queste disposizioni è stata ristretta al contratto “illecito”, con esclusione del contratto “illegale”, v. G. VILLA, *Contratto e violazione...*, cit., 32-33. V. però G. D’AMICO, *Nullità non testuale...*, cit., 800: «in realtà, da un punto di vista teorico, non sembra che ci sia motivo per considerare “illecito” il contratto contrario a norme imperative solo quando tale contrasto attenga alla causa o all’oggetto, e non anche negli altri casi».

¹³¹ Come ricordato in precedenza, infatti, una condotta astrattamente qualificabile come abuso di posizione dominante, ma che comporta significativi benefici in termini di *consumer welfare* ed efficienza del mercato non sarà sussumibile in concreto nel divieto normativo.

All'autorizzazione dell'AGCM viene comunemente riconosciuto carattere costitutivo: viene rimosso, con efficacia *ex nunc*, un vincolo all'esercizio di un'attività privata che, in assenza dell'autorizzazione, è vietata¹³². La liceità dell'imposizione a valle delle condizioni generali sarebbe allora subordinata al rilascio del provvedimento, potendosi peraltro ipotizzare diversi modi in cui può essere concepita la validità o invalidità del contratto prima e dopo la concessione dell'autorizzazione¹³³.

Tuttavia, una tale ricostruzione, almeno per quanto riguarda il diritto della concorrenza europeo, è ora da escludere in ragione delle modifiche che hanno interessato la disciplina dell'*enforcement* eurounitario. Come ricordato in precedenza, infatti, ai sensi del Reg. 1/2003/CE gli accordi che non soddisfano le condizioni di cui all'art. 101, para. 3, TFUE, sono vietati, senza che occorra una previa decisione in tal senso (art. 1, para. 1); corrispettivamente, gli accordi che soddisfano le condizioni di cui all'art. 101, para. 3, TFUE sono leciti, senza che occorra una previa decisione in tal senso (art. 1, para. 2).

Ne consegue che, almeno quando sia applicato il diritto antitrust europeo, la nullità delle intese e dei contratti standardizzati a valle non potrà essere condizionata all'emissione del provvedimento della Commissione, che avrà tutt'al più valore dichiarativo¹³⁴. Pertanto, se alla standardizzazione dell'offerta normativa possono essere riconosciuti effetti pro-competitivi, il contratto che recepisce le condizioni generali oggetto d'intesa sarà senz'altro valido; viceversa, se è riscontrabile una lesione della

¹³² V. G. OPPO, *Costituzione e diritto privato...*, cit., 547; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità...*, cit., 97; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 ss., 448; F. DELFINI, *Il controllo ex art. 4 l. n. 287/1990 dell'Autorità antitrust sul contenuto del contratto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 175 ss., 178.

¹³³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto...*, cit., 707, che sintetizza le possibili qualificazioni della fattispecie in esame: «nullità sospesa, e poi resa operativa dal diniego di autorizzazione, o viceversa definitivamente neutralizzata dall'autorizzazione concessa? Oppure nullità operante da subito, ma suscettibile di essere «sanata» dalla successiva autorizzazione (una sorta di “validità sopravvenuta”)? Oppure semplice inefficacia, destinata a convertirsi in nullità o in validità a seconda che l'autorizzazione sia negata o concessa?».

¹³⁴ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza...*, cit., 146.

concorrenza nell'uniformazione dei contratti, non sarà necessario un pronunciamento della Commissione per dichiarare la nullità.

Sembra, peraltro, che si debba arrivare a conclusione analoga anche quando l'azione sia fondata sul solo diritto della concorrenza nazionale: benché l'art. 4, l. 287/1990 non sia stato modificato a seguito dell'introduzione del Reg. 1/2003/CE, il ruolo ancillare dell'antitrust domestico rispetto a quello europeo si oppone a una loro interpretazione radicalmente difforme. Ciò è peraltro confermato dalla stessa l. 287/1990, che all'art. 1, co. 4, dispone che «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza». Pertanto, anche la validità ai sensi del diritto antitrust italiano del contratto standardizzato dovrà essere valutata sulla base della mera conformità allo schema legale dell'art. 4, l. 287/1990, senza necessità di una previa decisione dell'AGCM¹³⁵.

¹³⁵ In tal senso, M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa...*, cit., 125. Come notato dall'A. (p. 129), ciò significa che il giudice ordinario può ben dichiarare la nullità del contratto anche in assenza di una decisione dell'AGCM che accerti la condotta lesiva della concorrenza, così come può dichiararne la validità in assenza di un provvedimento autorizzatorio dell'Autorità (c.d. azioni "stand-alone"). L'A. poi avanza critiche verso l'orientamento secondo cui, qualora l'azione civile segua l'emanazione di una decisione dell'AGCM (c.d. azioni "follow-on"), il giudice sia vincolato a tale accertamento: tale conclusione sarebbe priva di fondamento «se appena si consideri che non è possibile individuare una norma giuridica, la quale imponga al Giudice ordinario di adeguarsi alla decisione dell'Autorità» (p. 132). In relazione a tale ultimo rilievo, è opportuno precisare che nel frattempo una siffatta disposizione è stata introdotta (l'art. 7, co. 1, d.lgs. 3/2017): come già detto, si ritiene che questa norma, pur dettata in relazione alle azioni di risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza, debba nondimeno trovare applicazione, per identità di *ratio*, anche ad azioni *follow-on* di diversa natura, quale appunto l'azione di nullità.

CONCLUSIONI

Come si è visto, il fenomeno delle condizioni generali di contratto assume una notevole rilevanza nella prospettiva del diritto antitrust, ben potendo un'impresa – che partecipi a un'intesa restrittiva della concorrenza o che detenga una posizione dominante – violare i divieti previsti dalla legislazione antimonopolistica proprio attraverso la predisposizione e utilizzazione di moduli standardizzati nei propri rapporti negoziali.

Si è dapprima preso in considerazione il caso di un'intesa, pratica concordata o decisione di associazione di categoria, volta a impegnare le parti ad adottare identiche condizioni generali nei rispettivi traffici: si realizza così la standardizzazione dell'offerta normativa nel mercato di riferimento.

Una siffatta uniformazione non dovrà, tuttavia, essere considerata inesorabilmente illecita: anzi, qualora l'intesa ricada su clausole che – nell'operazione economica complessivamente considerata – abbiano natura secondaria, tale intesa dovrà ritenersi pienamente valida, in ragione dei considerevoli effetti pro-competitivi da essa prodotti. Dall'accordo deriverà infatti una significativa riduzione dei costi di transazione connessi alla comparazione delle offerte, permettendo così ai consumatori di confrontare più agevolmente i beni e i servizi delle diverse imprese e incoraggiando quest'ultime a innovare per riuscire a offrire un prodotto di maggiore qualità e conquistare così nuove quote di mercato.

Qualora però l'intesa abbia ad oggetto, invece, aspetti primari dell'affare, essa comporterà una limitazione della facoltà di scelta dei consumatori e rimuoverà gli incentivi a innovare per le imprese. Ciò si verifica, in particolare, con riferimento al c.d. "contratto-prodotto", ossia nei casi nei quali il bene o il servizio offerto dall'impresa si identifica pienamente con lo stesso contratto: si pensi ad es. a una polizza assicurativa o a un contratto di apertura di credito. In queste ipotesi, la diversa conformazione di obblighi e diritti prevista nelle condizioni generali è proprio l'elemento su cui le

imprese sono chiamate a competere per accaparrarsi nuovi clienti. Le autorità antitrust tenderanno allora a guardare con sfavore a questo tipo di accordi, che saranno pertanto vietati, a meno che le imprese interessate riescano a dimostrare guadagni di efficienza per il sistema sufficienti a controbilanciare gli effetti distorsivi descritti.

Volgendo poi lo sguardo alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, si è innanzitutto ascritta l'ipotesi delle "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose" nella macro-categoria degli "abusi di sfruttamento": i casi, cioè, in cui l'impresa non usa il proprio potere di mercato per escludere concorrenti o rafforzare ancora di più la propria posizione dominante, ma approfitta di quest'ultima per estrarre dal mercato sovrapprofitti di cui non potrebbe godere in un mercato effettivamente concorrenziale.

Si è preso atto della posizione secondaria ricoperta dagli abusi di sfruttamento nelle priorità di *enforcement* della Commissione, la quale è incline a ritenere che, se si impedisce all'impresa dominante di creare artificiose barriere all'entrata nel mercato, gli alti ricavi di cui essa beneficia nel breve periodo indurranno nuove imprese a entrare nel mercato ed erodere la posizione dominante tramite un'aggressiva concorrenza.

Nondimeno, si è riconosciuto che anche la repressione degli abusi di sfruttamento contribuisce all'accrescimento dell'efficienza del mercato, nella misura in cui costringe l'impresa, decisa a massimizzare il proprio profitto, a continuare a innovare e a scoprire nuove, più efficienti tecnologie di produzione, se mira a ottenere maggiori guadagni. Nel cercare di identificare quali clausole possano dirsi "ingiustificatamente gravose" ai sensi del diritto della concorrenza, si è però incorsi in difficoltà analoghe, se non maggiori a quelle incontrate da chi abbia tentato di definire l'evanescente concetto di "prezzo eccessivo".

Ciononostante, è stato individuato un florido campo d'indagine nel sempre più massiccio mercato dei servizi online, alimentato dagli stessi utenti nel modello *user-*

driven del “Web 2.0”. L’apparente gratuità del servizio offerto dalle piattaforme online è fonte di insidie per gli utenti, indotti ad autorizzare senza troppe riflessioni forme estremamente invasive di *tracking* (persino su siti terzi), vanificando così gli scopi protettivi delle moderne discipline di protezione dei dati personali.

Il diritto antitrust appare allora essere un appropriato strumento di contrasto all’abusività dei “*Terms & Conditions*” delle piattaforme web. Non sembra appropriato trasporre il semi-automatismo individuato dalla *Bundeskartellamt*, nel suo procedimento contro Facebook, tra violazione del diritto della privacy e illecito antitrust, in quanto tale linea argomentativa appare fortemente tributaria delle particolarità della legge tedesca sulla concorrenza. Nondimeno, appare ragionevole identificare nel livello di “*privacy-friendliness*” del servizio un elemento significativo della qualità dell’offerta. Una *privacy policy* eccessivamente aggressiva assume allora rilievo anticoncorrenziale (se adottata da un’impresa in posizione dominante) nella misura in cui conduce a una riduzione della qualità dell’offerta disponibile sul mercato.

Così delineati i confini della fattispecie “contratto standard anticoncorrenziale”, si è identificato il rimedio previsto dalla legge nella nullità per contrarietà a norma imperativa di cui all’art. 1418, co. 1, c.c. In particolare, muovendo dal rilievo per cui clausole in sé “*neutre*” assumono rilievo anticoncorrenziale nel momento in cui sono adottate da un’impresa dotata di potere di mercato sufficiente ad esercitare un’influenza considerevole sul mercato (o perché partecipante di un potente cartello o perché detentrica di una posizione dominante), si è ritenuto di poter desumere dalle norme antitrust un divieto soggettivo a porre in essere simili contratti standardizzati, divieto di cui sono destinatarie, appunto, le imprese dotate di un simile potere di mercato.

Si è poi rilevato che, sebbene tanto i prezzi quanto le altre condizioni contrattuali siano astrattamente suscettibili nel divieto soggettivo di cui si è detto, solo per i primi è possibile rinvenire nell’ordinamento un rimedio alternativo adeguato, idoneo

a soddisfare la clausola di riserva di cui all'art. 1418, co. 1, c.c. La chiara scelta del legislatore europeo in favore del rimedio del risarcimento del danno, operata con l'emanazione della Direttiva 104/2014/UE, porta a escludere l'applicabilità della nullità virtuale come reazione a illeciti "monetizzabili"; mentre, di converso, ne conferma la necessità per contrastare l'imposizione anticoncorrenziale di condizioni contrattuali standard non agevolmente traducibili in un danno pecuniario.

Infine, si è ritenuto di estendere alla fattispecie in esame i risultati raggiunti dalla dottrina che ha approfondito i rapporti tra nullità ispirate a finalità *lato sensu* protettive e parzialità della nullità: dottrina che si è orientata, da un lato, alla "riduzione teleologica" della nullità della singola clausola (pur quando essa sarebbe idonea – secondo i criteri ordinari – a estendersi all'intero contratto); dall'altro, in taluni casi, alla sostituzione della clausola essenziale caducata con la corrispondente disposizione dispositiva.

Il diritto antitrust si rivela pertanto come la base positiva più solida e appropriata per operare un controllo giudiziale di contenuto sui contratti standard conclusi in forza di uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti, ma che non assurge ad autonoma rilevanza in base a una diversa disciplina (il diritto dei consumatori). Infatti, è opportuno riservare l'intervento correttivo del diritto – che limita il naturale spiegarsi dell'autonomia privata – ai casi in cui questa, a causa della distorsione da cui è affetto il mercato di riferimento, non possa pienamente esplicarsi.

Il non automatismo dell'operatività dei divieti – proprio del diritto della concorrenza "*effect-based*" americano post-Chicago ed europeo post-"modernizzazione" – consente per l'appunto di circoscrivere l'ambito di intervento alle ipotesi in cui quest'ultimo conduca a incrementi dell'efficienza complessiva del sistema, evitando di cedere alla tentazione di un "equitativismo" del caso singolo che rischi di condurre a un depauperamento del *consumer welfare*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Dottrina

AA. VV., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol. I (Artt. 1-7)*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993

AA. VV., *Le condizioni generali di contratto (2 voll.)*, a cura di C. M. Bianca, Milano, 1979-1981

ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1179 ss.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

ALESSI R. – OLIVIERI G., *La disciplina della concorrenza e del mercato: commento alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991

ALESSI R., *Concorrenza. I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. giur.*, VII, 1994, 1 ss.

ALESSI R., *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale* a cura di R. Alessi, Palermo, 1999, 30 ss.

ALLEN LEFF A., *Contract as Thing*, in *American University Law Review*, 1970, 131 ss.

ALPA G. – BESSONE M., *Tecnica e controllo dei contratti standard*, Rimini, 1984

ALPA G. – C. RAPISARDA, *Il controllo dei contratti per adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 537 ss.

- ALPA G., *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 27 ss.
- ALPA G., *Contratti di massa (profili generali)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, 408 ss.
- ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998
- AMENDOLA V. – PARCU P. L., *L'antitrust italiano: le sfide della tutela della concorrenza*, Torino, 2003
- AMOROSO L., *Concorrenza*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 993 ss.
- ANTONUCCI A., *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 142 ss.
- ARTHUR T. C., *A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts*, in *Antitrust Law Journal*, 2000, 337 ss.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*³, Milano, 1960
- AZZARO A., *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000
- BACHELET V., *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 525 ss.
- BACHELET V., *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e altri rimedi meno adeguati)*, in corso di pubblicazione.
- BAILEY E. E., *Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy*, in *The American Economic Review*, 1981, 178 ss.
- BAIN J. S., *Barriers to New Competition: Their Characteristics and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge (Massachusetts), 1956

BAR-GILL O. – BEN-SHAHAR O. – MAROTTA-WURGLER F., *The American Law Institute's Restatement of Consumer Contracts: Reporters' Introduction*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 91 ss.

BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018.

BARCELLONA M., *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss.

BARCELLONA P., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 109 ss.

BARENGHI A., *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017

BASTIANON S., *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, Milano, 2011

BAUMOL W. – PANZAR J. C. – WILLIG R. D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1988

BERTOLOTTI A., *Ancora su norme antitrust e contratti «a valle»*, in *Giur. it.*, 2000, 1876 ss.

BESSONE M., *Condizioni generali di contratto, “potere normativo d'impresa” e problemi di democratic control*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 2028 ss.

BESSONE M., *Potere “normativo” d'impresa e contratti standard tra intervento del giudice e riforma legislativa*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 101 ss.

BIANCA C. M., *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 397 ss.

BIANCA C. M., *Condizioni generali di contratto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss.

BIANCA C. M., *Condizioni generali di contratto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 1 ss.

- BIANCA C. M., *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano, 2000, 342 ss.
- BOARDMAN M. E., *Contra proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, in *Michigan Law Review*, 2006, 1105 ss.
- BÖHM F. – EUCKEN W. – GROßMANN-DOERTH H., *The Ordo Manifesto of 1936*, in A. PEACOCK – H. WILLGERODT (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, New York, 1989
- BONELL M. J., *A proposito di una recente proposta di riforma del diritto delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 461 ss.
- BONELL M. J., *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1975
- BORK R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*², New York, 1993
- BORK R. H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York, 1978
- BORK R. H., *The Role of Courts in Applying Economics*, in *Antitrust Law Journal*, 1985
- BORRILLO B., *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 21 ss.
- BROWN E. L., *The Uncertainty of U.C.C. Section 2-302: Why Unconscionability Has Become a Relic*, in *Commercial Law Journal*, 2000, 287 ss.
- BROWNE M. N. – BIKSACKY L., *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, in *Michigan State Law Review*, 2013, 211 ss.
- BUCCIROSSI P. – FRIGNANI A., *Nozioni introduttive economiche e giuridiche*, in FRIGNANI A. – BARIATTI S. (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in

Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, LXIV, Padova, 2012

BURKE J. J. A., *Contract as Commodity: A Nonfiction Approach*, in *Seton Hall Legislative Journal*, 2000, 285 ss.

BUSNELLI F. D., in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis-1469-sexies*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999, 41 ss.

CALABRESE G., *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 517 ss.

CALVO R., *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa violata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, 181 ss.

CAMILLERI E., *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008

CANDIAN A., *Ultima tappa (per ora) nella saga delle "claims made"*, in *Foro it.*, 2018, I 3519 ss.

CAPACCIOLI E., *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, 645 ss.

CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1945

CARSTENSEN P. C., *The Content of the Hollow Core of Antitrust: The Chicago Board of Trade Case and the Meaning of the "Rule of Reason" in Restraint of Trade Analysis*, in *Research in Law and Economics*, 1992, 1 ss.

CASSANO G. – CATRICALÀ A. – CLARIZIA R. (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018

CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012

CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, I, 5 ss.

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165 ss.

CASTRONOVO C., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 444 ss.

CATALANO R., *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009

CATAUDELLA A., *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 11 ss.

CAVALLI G., *Contratti bancari su moduli e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976

CAVANAGH E. D., *The Rule of Reason Re-Examined*, in *The Business Lawyer*, 2012, 435 ss.

CHAMBERLIN E. H., *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1933

CHINÈ G., *Contratti di massa (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, 411 ss.

CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, I, 2006, 662 ss.

CHINÉ G., *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chinè, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 493 ss.

CHIRELSTEIN M. A., *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*⁷, St. Paul, 2013

CLARK J. M., *Toward a Concept of Workable Competition*, in *American Economic Review*, 1940, 241 ss.

COASE R. H., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1 ss.

COLANGELO G. – MAGGIOLINO M., *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017 363 ss.

COLANGELO G., *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corr. giur.*, 2002, 456 ss.

COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004

COOTER R. – MATTEI U. – MONATERI P. G. – PARDOLESI R. – ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*², Bologna, 2011

CORRIAS P., *Clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 147 ss.

COSTANTINO M., *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 68 ss.

COSTANZA M., *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in AA. VV., *Le condizioni generali di contratto* a cura di C.M. Bianca, Milano, 1979, 155 ss.

COSTANZA M., *Riforma della disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 538 ss.

CUCINOTTA A. – PARDOLESI R. – VAN DEN BERGH R. (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham, 2002

D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008

D'AMICO G., «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996

D'AMICO G., *Ancora sull'art. 1341, comma 2 cod. civ. con riferimento, in particolare, al pactum de foro prorogando*

D'AMICO G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss.

D'AMICO G., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Milano, 2011, 798 ss.

D'AMICO G., *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 9 ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.

D'ORSI S., *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 575 ss.

DE LUCA N., *Clausole "claims made": sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, in *Foro it.*, 2018, I, 3033 ss.

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.

DE NOVA G., *Il contratto e i nuovi contratti: disciplina valutaria*, in *Il sistema valutario italiano. Problemi giuridici*, a cura di G. De Nova, Milano, 1986, 104 ss.

DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449 ss.

DE NOVA G., *Le clausole vessatorie, art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996

DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 486 ss.

DELFINI F., *Il controllo ex art. 4 l. n. 287/1990 dell'Autorità antitrust sul contenuto del contratto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 175 ss., 178.

DELFINI F., *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "Big Picture"*, in *Giur. it.*, 2019, 30 ss.

DELFINI F., *The control of contract power and standard terms in civil and common law jurisdictions: an Italian scholar's perspective on Canada*, in corso di pubblicazione.

DELLI PRISCOLI L., *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2005, 949 ss.

DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss.

DENOZZA F., *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988

DENOZZA F., *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 5 ss.

DESOGUS C., *Intese (diritto antitrust)*, in *Enc. dir. – Annali*, IX, Milano, 2016, 476 ss.

DI LORENZO G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009

DI MAJO A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 192 ss.

DI MAJO A., *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 785 ss.

DI MAJO V. A., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 65 ss.

DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 789 ss.

DI VIA L., *L'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in *Trattato di diritto privato europeo. Vol 3: L'attività e il contratto*², a cura di N. Lipari, Padova, 2003

DOLMETTA A. A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013

DOSSETTO M., *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 1109 ss.

DOSSETTO M., *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1951

EASTERBROOK F. H., *The Limits of Antitrust*, in *Texas Law Review*, 1984, 1 ss.

EASTERBROOK F. H., *Workable Antitrust Policy*, in *Michigan Law Review*, 1986, 1696 ss.

EHLERMANN C. D., *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, 2000, 537 ss.

EISENBERG M. A., *The Bargain Principle and its Limits*, in *Harvard Law Review*, 1982, 741 ss.

EPSTEIN R. A., *Unconscionability: a Critical Reappraisal*, in *Journal of Law & Economics*, 1975, 293 ss.

EUCKEN W., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952

EVANS D. S. – SCHMALENSSEE R., *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business*, in *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume I*, a cura di R. D. Blair e D. D. Sokol, Oxford, 2015, 404 ss.

EVANS D. S., *The Antitrust Economics of Free*, in *Competition Policy International*, 2011, 71 ss.

F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in G. CASSANO – A. CATTRICALÀ – R. CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018

FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006

FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009

FARNSWORTH E. A., *Contracts*⁴, New York, 2004

FATTORI P. – TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010

FEDERICO R., *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. giur.*, 2018, 1063 ss.

FERRANTE E., *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541 ss.

FERRARO P., *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004

FERRI G. B., *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 47 ss.

FERRI G. B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 11 ss.

FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970

FILIGRANA E., “Swap” abusivi: profili di invalidità e di responsabilità precontrattuale). *Foro it.*, 2001, I, 2188 ss

FLORIDIA G. – CATELLI V. G., *Diritto antitrust: le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Assago, 2003

FLYNN J. J., *The Role of Rules in Antitrust Analysis*, in *Utah Law. Review*, 2006, 605 ss.

FRANZINA P., *Considerazioni sulla legge applicabile all’abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 230 ss.

FRIGNANI A. – BARIATTI S. (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da F. Galgano, LXIV, Padova, 2012

GAL M. S. – RUBINFELD D. L., *The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement*, in *Antitrust Law Journal*, 2016, 521 ss.

GALLI M., *Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto*, in *Studi Parmensi*, XXVII, 1980, 139 ss.

GALLO CARRABBA A., *Le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (ex art. 3, comma 1, lett. a., l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Corr. giur.*, 2010, 811 ss.

GAROFALO A. M., *L’immeritevolezza nell’assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 70 ss.

GENOVESE A., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961

GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954

GENTILI A., *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403 ss.

GERBER D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, 25 ss.

GERBER D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998

GERBER V. D. J., *The Transformation of European Community Competition Law?*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 97 ss.

GHEZZI F. – MAGGIOLINO M., *L’abuso di posizione dominante: alcune notazioni di carattere generale*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà ed E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, 211 ss.

GHEZZI F. – OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2013

GILO D. – PORAT A., *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers and Anticompetitive Effects*, in *Michigan Law Review*, 2006, 983 ss.,

GIOLINI N., *Competition Versus Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School, and the Early Years of European Competition Policy*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009, 747 ss.

GIRINO E., *Contratti di swap: forma, autonomia, nullità e responsabilità*, in *Contr.*, 2002, 26 ss.

GITTI G. – VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto: l’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

GÓMEZ POMAR F., *Core Versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in *European Review of Contract Law*, 177 ss.

GORLA G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 608 ss.

GORMSEN L. L., *Article 82 EC: Where Are We Coming From and Where Are We Going To?*, in *The Competition Law Review*, 2005, 5 ss.

GREELY H. T., *Contracts as Commodities: The Influence of Secondary Purchasers on the Form of Contracts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1989, 133 ss.

GRUNDMANN S., *A Modern Standard Contract Terms Law from Reasonable Assent to Enhanced Fairness Control – A View on Digital Environments and Post-Transaction Assent*, in *European Review of Contract Law*, 148 ss.

GRUNES A. P. – STUCKE M. E., *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *Antitrust Source*, 2015, 1 ss.

GUICCIONE A., *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449 ss.

GUIZZI G., *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust²*, Milano, 2018, 57 ss.

GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2010

GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust²*, Milano, 2018, 221 ss.

GUIZZI G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67 ss.

HOVENKAMP H., *Antitrust⁶*, St. Paul, 2016

HOVENKAMP H., *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice⁵*, St. Paul, 2016

HUBER P. – MULLIS A., *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Monaco, 2007

IANNUCELLI P., *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 738 ss.

IANNUCELLI P., *La Saga RC Auto rimane (per ora) una questione tutta italiana*, in *Concorrenza e mercato*, 2005, 291 ss.

INZITARI B., *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 498 ss.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998

JACOBS M. S., *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *North Carolina Law Journal*, 1995, 219 ss.

KERBER W., *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, 856 ss.

LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino – Heidelberg – New York, 1975

LEFF A. A., *Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause*, in *University of Pennsylvania. Law Review*, 1967, 485 ss.

LEMAIRE C. – GSTALTER J., *The Silent Revolution Beyond Regulation 1/2003*, in *Global Competition Policy*, ottobre 2008, 2, 2 ss.

LEMLEY M. A. – MCGOWAN D., *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, 1998, 479 ss.

LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme anti-trust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.

LIBERTINI M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme anti-trust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, 237 ss.

LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 ss.

LIBERTINI M., *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali*, III, 2010, 191 ss.

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014

LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 1093 ss.

LIBERTINI M., *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543 ss.

LIBONATI B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme anti-trust*, in *Danno e resp.*, 2005, 506 ss.

LIBONATI B., *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme anti-trust*, in *Danno e resp.*, 2005, 506 ss.

LIPARI N., *Condizioni generali di contratto e principio di effettività*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 37 ss.

LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971

LO SURDO C., *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 175 ss.

LONGOBUCCO F., *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009

LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345 ss.

MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.

MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Padova, 1996

MAGGIOLO M., *Servizi e attività d'investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012

MAIORCA S., *Contratti standard*, in *Noviss. Dig. it., App.*, s.d. ma Torino, 1980, 617 ss.

MAJELLO U., *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 68 ss.

MAKOWSKI L.– OSTROY J. M., *Perfect Competition and the Creativity of the Market*, in *Journal of Economics Literature*, 2011, 479 ss.

MANGINI V. – OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Torino, 2009

MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995

MARICONDA V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 228 ss.

MARSILI M., *Le condizioni generali di contratto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, 120 ss.

MASON E. S., *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States*, in *Harvard Law Review*, 1949, 1265 ss.

MAUGERI M. R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 181 ss.

MAUGERI M. R., *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008, 190 ss.

MAUGERI M. R., *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipi ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 347 ss.

MAZZAMUTO S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 45 ss.

MAZZONI C. M., *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975

MELI M., *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 187 ss.

MELI V., *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008

MELI V., *Il divieto di imporre prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol. I (Artt. 1-7)*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubetazzi, Bologna, 1993

MELI V., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.,

MESSINEO F., *Il contratto in genere. I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968

MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, in *Volume IV. Rimedi – I*, a cura di Gentili, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006

MIRONE A., *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003

MONATERI G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489 ss.

MONTEMAGGI S., *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 634 ss.

MONTEROSSO M. W., *La traslazione del danno da illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 695 ss.

MONTI G., *EC Competition Law*, New York, 2007

MONTICELLI S., *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, I, 565 ss.

MONTICELLI S., *Nullità delle claims made e conformazione della clausole nel teorema delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 155 ss.

MORELLO U., *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 334 ss.

NAPOLETANO G., *Diritto della concorrenza*, Roma, 1996

NATOLI R., *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, 303 ss.

NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1966

NEGRI M., *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda rc auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747 ss.

NEWMAN J. M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, 149 ss.

NIPPERDEY H. C., *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, in *Kartell-Rundschau*, 1930, 128 ss.

O'DONOGHUE R. – PADILLA A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2006

OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008

ONORATO M., *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012, 168 ss.

OPPO G., *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss.

ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: “contratti del consumatore” e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 515 ss.

OSTI C., *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. – Annali*, V, Milano, 2012, 1 ss.

OSTI C., *Contratto e concorrenza*, in *Volume VI. Interferenze* a cura di V. Roppo, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 635 ss.

OSTI C., *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007

OSTI C., *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 9 ss.

PAGNI I., *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*, in *Corr. giur.*, 2005, 337 ss.

PALLOTTA O., *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, 305 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., “Claims made” nel post-diritto, in *Foro it.*, 2018, I, 3512 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un “revival innovativo”*, in *Foro it.*, 2018, V, 144 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Clausole “unfair” e abuso da sfruttamento*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 9 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal... si lagni e chieda i danni”*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76 ss.

PANZA G., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 95 ss.

PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018

PARDOLESI P., *Responsabilità precontrattuale oltre la culpa in contrahendo: riflessioni comparative*, in *Foro it.*, 2106, I, 1706 ss.

PARDOLESI R. – CASO R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura industriale: scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712 ss.

PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 542 ss.

PARDOLESI R., *Intese restrittive della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Vol. 1 (Artt. 1-7)*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993

PARDOLESI, R., *Prefazione*, in COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII s.

PASQUALE F., *Privacy, Antitrust and Power*, in *George Mason Law Review*, 2013, 1009 ss.

PATTERSON M. R., *Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*, in *William & Mary Law Review*, 2010, 327 ss.

PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993

PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 1999, 295 ss.

PAVONE LA ROSA A., *Introduzione*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 3 ss.

PERA A., *Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, in *European Competition Journal*, 2008, 127 ss.

PERLINGIERI G., *Negozi illeciti e negozi illegali: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003

PERLINGIERI P., *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 22 ss.

PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389 ss.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015

POSNER R. A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago – Londra, 1976

POSNER R. A., *Antitrust Law*², Chicago – Londra, 2001

POSNER R. A., *Economic analysis of law*⁹, Aspen, 2014

POSNER R. A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 925 ss.

POSNER R. A., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *University of Chicago Law Review*, 1977, 1 ss.

PRIEST G. – ROMANI F., *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 151 ss.

PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica: profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002

PUTTI P. M., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002

RAFFAELLI E. A. – BELLIS J. F., *Diritto comunitario della concorrenza*², Milano, 2006

RAKOFF T. D., *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, in *Harvard Law Review*, 1963, 1173 ss.

REALMONTE F., *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, 90 ss.

RIZZO V., *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983

ROBINSON J., *The Economics of Imperfect Competition*, Londra, 1933

ROCHET J. C. – TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 990 ss.

RODOTÀ S., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 79 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. integr. 2004)

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967

ROPPO V., *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, 1 ss.

ROPPO V., *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975

ROPPO V., *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011

ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss.

ROSSI G., “Take Courage”! *La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, 90 ss.

RUTGERS J., *Business First. A Comment on the Adoption of Standard Terms under the American Restatement of the Law Consumer Contracts from a European Union Perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 130 ss.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto. Tomo I³*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2004

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*⁴, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 2018, 174 ss.

SALANITRO N., *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 420 ss.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 440 ss.

SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contr.*, 2008, 230 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1980

SCHININÀ M., *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 411 ss.

SCHLTE-NÖLKE H., *Incorporation of Standard Contract Terms on Websites*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 103 ss.;

SCHUMPETER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), trad. it., Milano, 2001

SCODITTI E., *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, IV, 84 ss.

SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite* in *Foro it.*, 2008, I, 790 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del “contraente debole”*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 418 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.

SCOZZAFAVA O. T., *La “natura” dei contratti standard: un problema di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 960 ss.

SIBONY A. L., *European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends*, in *European Review of Contract Law*, 195 ss.

SIMONE S., *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 907 ss.

SLAWSON W. D., *Standard Form Contracts and Democratic Control of Law-making Power*, in *Harvard Law Review*, 1971, 529 ss.

SMYRNAIOS N., *L’effet GAFAM: stratégies et logiques de l’oligopole de l’internet*, in *Communications & Languages*, 2016, 61 ss.

SOSNICK S. H., *A Critique of Concepts of Workable Competition*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1958, 380 ss.

STOLFI G., *Simulazione e fisco*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 2 ss.

STUCKE M. E. –EZRACHI A., *When Competition Fails to Optimize Quality: a Look at Search Engines*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2016, 70 ss.

STUCKE M. E., *Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law?*, in *U.C. Davis Law Review*, 2009, 1375 ss.

TOFFOLETTO A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 78 ss.

TONDO S., *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto (in margine al Convegno di Fiuggi 5-6 giugno 1981, in Foro it., 1981, V, 282 ss.*

UBERTAZZI L. C., *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust, in Dir. banca merc. fin., 1997, I, 428 ss.*

UBERTAZZI L. C., *Concorrenza e norme bancarie uniformi, Milano, 1986*

VAN ROMPUY B., *Economic efficiency: the sole concern of modern antitrust policy? Non-efficiency considerations under Article 101 TFEU, Alphen aan den Rijn, 2012*

VETTORI G. (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori, Padova, 2005*

VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle sezioni unite, in Obbl. e contr., 2008, 118 ss.*

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative, Milano, 1993*

VILLELA A., *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre, Napoli, 2008*

WAKABAYASHI D. – BENNER K. – LOHR S., *Justice Department Opens Antitrust Review of Big Tech Companies, in The New York Times (www.nytimes.com), 23 luglio 2019*

WHISH R. – BAILEY D., *Competition Law*⁸, Oxford – New York, 2015

WIGGER A., *Debunking the Myth of the Ordoliberal Influence on Post-war European Integration, in J. HIEN – C. JOERGES, Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics, Oxford, 2017, 161 ss.*

WILHELMSSON T., *Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts, in European Business Law Review, 2006, 49 ss.*

WITT A. C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford, 2016

ZENO-ZENCOVICH V., *Do “Data Markets” Exist?*, in *Media Laws*, 2019, 2, 22

SS.

Giurisprudenza

Reichsgericht, 4 febbraio 1897, *Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband*

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231(1918)

Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958)

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)

CGCE, 9 luglio 1969, *Franz Völk c. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, C-5/69, EU:C:1969:35

Cass., S.U., 11 novembre 1974, n. 3508

CGCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee*, causa 26-75, EU:C:1975:150

Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189

Cass., 10 maggio 1976, n. 1647

Carpenter v. Suffolk Franklin Sav. Bank, 346 N.E.2d 892, 900 (Mass. 1976)

Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977)

CGCE, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione delle Comunità europee*, causa 27/76, EU:C:1978:22

CGCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, C-322/81, EU:C:1983:313

CGCE, 14 dicembre 1983, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA c. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, C-319/82, EU:C:1983:374

Cass. 29 settembre 1984, n. 4832

Cass., 22 maggio 1986, n. 3407

Cass., 26 gennaio 1987, n. 713

Cass., 15 febbraio 1992, n. 1873

Cass., 15 febbraio 1995, n. 1606

Cass., 19 gennaio 2000, n. 569

Cass., 7 marzo 2001, n. 3272

Cass., 6 aprile 2001, n. 5114

CGCE, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465

Cass., 18 gennaio 2002, n. 547

Trib. di primo grado, 6 giugno 2002, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-342/99, EU:T:2002:146

Trib. di primo grado, 22 ottobre 2002, *Schneider Electric SA c. Commissione delle Comunità europee*, T-310/01, EU:T:2002:254

Trib. di primo grado, 25 ottobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commissione delle Comunità europee*, T-5/02, EU:T:2002:264

Cass., 17 luglio 2003, n. 11196

Cass., 23 settembre 2003, n. 14102

Cass., 9 febbraio 2004, n. 2429

Verizon Communication, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 405 (2004)

Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207

CGCE, 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, cause riunite C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461

Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724

Cass., 14 luglio 2009, n. 16394

CGCE, 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610.

Cass., 31 marzo 2011, n. 7468

Cass., 20 agosto 2012, n. 14570

Cass., 23 marzo 2016, n. 5762

Cass., 27 settembre 2016, n. 18930

Avvocato Generale, Conclusioni, 6 aprile 2017, *Biedrība «Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība» c. Konkurences padome*, C-177/16, EU:C:2017:286

Cass., 21 agosto 2017, n. 20205

Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810

Cass., 19 gennaio 2018, ord. n. 1465

Cass., 19 marzo 2018, n. 6753

Trib. Treviso, 30 luglio 2018, n. 1632

Trib. Rovigo, 9 settembre 2018

Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437

Cass., 22 maggio 2019, n. 13846

Trib. Monza, ord. 29 agosto 2019

Atti di autorità pubbliche

Banca d'Italia, provvedimento 13 dicembre 1994, n. 12, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yxggtvav>.

AGCM, provvedimento 28 luglio 2000, n. 8546 del, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yy9eraw8>

Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo articolo 81, paragrafo 3, del TCE* [ora art. 101 TFUE, para. 3], in G.U.C.E., 27 aprile 2004, C 101

AGCM, provvedimento 20 aprile 2005, n. 14251 («*Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*»)

Banca d'Italia, provvedimento 2 maggio 2005, n. 55, consultabile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y5kfmxgn>.

Direzione generale Concorrenza, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, dicembre 2005, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y2q25bad>

Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE* [ora art. 102 TFUE, n.d.r.] *al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in G.U.U.E., 24 febbraio 2009, C 45

Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U.U.E., 14 gennaio 2011, C 11

Garante europeo della protezione dei dati, *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, marzo 2014, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y5wj4342>.

Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»)*, in G.U.U.E., 30 agosto 2014, C 291

Commissione europea, 3 ottobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, Case M.7217, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y39sp3xy>

Autorité de la concurrence – Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 maggio 2016, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/hrec2vs>

Commissione europea, 6 dicembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, Case M.8124, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/y45ypwx2>

Bundeskartellamt, 15 febbraio 2019, *Case Summary. Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, reperibile all'indirizzo <https://tinyurl.com/yyewnlgc>

The American Law Institute, *Restatement of the Law – Consumer Contracts, Tentative Draft*, 2019