

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 28 maggio 2014, n. 11904; Pres. Salvago, Est. Di Amato, P.M. Golia (concl. conf.); Soc. Fondiaria Sai (Avv. Prosperetti, Frignani) c. Perrini (Avv. D'Ippolito). *Conferma App. Lecce 16 giugno 2007.*

Concorrenza (disciplina della) — Intesa restrittiva — Danno al consumatore — Onere della prova — Liquidazione equitativa — Fattispecie (L. 10 ottobre 1990 n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, art. 2, 33).

Laddove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia sanzionato un'impresa (nella specie, assicuratrice) per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione per il risarcimento del danno assolve l'onere probatorio a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio (cui va riconosciuta elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori, con conseguente presunzione di danno per la generalità dei consumatori, in cui è ricompreso il danno subito dal singolo) e del contratto con l'impresa (nella specie, polizza assicurativa), mentre compete a quest'ultima dimostrare l'interruzione del nesso causale tra illecito antitrust e danno patito tanto dalla generalità dei consumatori, quanto dal singolo; accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa a alla relativa liquidazione (nella specie, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato). (1)

Svolgimento del processo. — Con provvedimento n. 8546 del 28 luglio 2000 (*Foro it.*, Rep. 2000, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 191), impugnato senza successo innanzi al giudice amministrativo (sent. 6139/01 del Tar Lazio e 2199/02 del Consiglio di Stato, *id.*, 2002, III, 482), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi Agcm) sanzionava un largo numero di società assicuratrici, fra le quali la Sai s.p.a., per avere posto in essere, «nella forma di una pratica concordata, consistente nello scambio sistematico d'informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti», un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, tale da comportare un notevole incremento dei premi considerato che, nel periodo interessato dal comportamento illecito (anni 1994-2000), la media dei premi praticati in Italia era cresciuta del sessantatre per cento rispetto alla media europea.

Sulla base di tale provvedimento Nicola Perrini conveniva in giudizio la Sai s.p.a., innanzi al Giudice di pace di Fasano, esponendo di avere stipulato con la convenuta un contratto di assicurazione della r.c.a., corrispondendo il relativo premio nel periodo dal 1995 al 2000; per tale ragione chiedeva, ai sensi dell'art. 33 l. 287/90, la condanna della Sai al risarcimento del danno cagionatogli con la violazione delle norme a tutela della concorrenza, come accertata dall'Agcm. Il giudice di pace, con sentenza del 3 marzo 2005, dichiarava la propria incompetenza e la competenza della Corte d'appello di Lecce. Quest'ultima, innanzi alla quale il giudizio era riassunto, con sentenza del 16 giugno 2007, accoglieva la domanda e condannava la convenuta al risarcimento dei danni liquidati equitativamente in euro 104, oltre rivalutazione ed interessi. In particolare, per quanto ancora interessa, la corte d'appello osservava che: 1) il consumatore, che veda ingiustamente eluso attraverso un'intesa vietata il suo diritto di scelta tra prodotti in concorrenza, dispone delle azioni di nullità e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 l. 287/90; 2) il consumatore, nel caso di prodotti assicurativi, assolve l'onere della prova a suo carico con la produzione dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale e con la produzione della polizza, dovendosi individuare il danno nel maggior premio pagato; l'assicuratore, d'altro canto è ammesso a provare che la sequenza causale tra intesa vietata ed aumento dei premi risulta interrotta da uno o più fatti diversi che da soli sono idonei a procurare il danno; 3) nella specie lo scambio sistematico di informazioni aveva consentito alle imprese di assicurazione, secondo quanto accertato dall'Agcm, di uniformare le loro condotte commerciali e di determinare premi più elevati di quelli che si sarebbero registrati in un mercato concorrenziale; 4) la compagnia di assicurazione si era limitata ad allegare le molteplici cause (truffe, incremento della sinistrosità, lievitazione dei risarcimenti per micropermanenti, imposte, ecc.) che, a suo dire, avevano influito sull'aumento dei premi, ma non aveva documentato attraverso quale *iter* era

pervenuta agli incrementi tariffari ed in quale misura ciascun fattore aveva inciso sul rialzo del costo delle polizze ed era incorsa nelle preclusioni istruttorie di cui agli art. 183 e 184 c.p.c.; 5) il danno poteva essere liquidato, in via equitativa e prudenziale, nella misura del quindici per cento dei premi pagati e perciò nella somma di euro 104, sulla quale erano dovuti rivalutazione ed interessi.

La Fondiaria Sai s.p.a. (già Sai s.p.a.) propone ricorso per cassazione, deducendo due motivi illustrati anche con memoria. Nicola Perrini resiste con controricorso.

Motivi della decisione. — Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 180 c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche dettate dal d.l. 35/05) ed il vizio di motivazione, lamentando che la corte d'appello, che decideva la causa in unico grado, non aveva svolto tutte le previste fasi procedurali, omettendo in particolare, in sede di udienza di prima comparizione, di fissare «a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito» non rilevabili d'ufficio. Del tutto contraddittoriamente, pertanto, la corte d'appello aveva affermato che la convenuta era incorsa nelle preclusioni di cui agli art. 183 e 184 c.p.c. ed aveva inammissibilmente formulato le sue richieste istruttorie soltanto con la comparsa conclusionale.

Il motivo è infondato. Nell'ordinamento processuale opera il principio (esplicitato negli art. 400 e 406 c.p.c.) per cui si osservano le forme proprie dei procedimenti innanzi al giudice adito, se non è diversamente stabilito (Cass. 7 febbraio 2001, n. 1731, *id.*, 2001, I, 1881; 14 gennaio 2003, n. 365, *id.*, Rep. 2003, voce *Appello civile*, n. 146). Nei giudizi attribuiti alla competenza funzionale in unico grado della corte d'appello si applicano, pertanto, le disposizioni dettate dall'art. 350 c.p.c., mentre le norme dettate per il procedimento di primo grado si applicano soltanto se non incompatibili. In particolare, per quanto riguarda la trattazione della causa, l'art. 350 c.p.c. prevede soltanto la prima udienza di trattazione e non la scansione in udienza di prima comparizione e udienza di trattazione introdotta per il giudizio di primo grado innanzi al tribunale dal d.l. 432/95. Tale scansione è evidentemente incompatibile con il giudizio di appello il cui ambito è segnato dalla sentenza di primo grado e dai motivi di appello. Ne consegue che, anche quando la corte d'appello giudica in unico grado, la predetta scansione, che non corrisponde ad esigenze imprescindibili della definizione del *thema decidendum* e della posizione delle parti, come dimostra la sua successiva eliminazione ad opera del d.l. 35/05, risulta comunque inapplicabile. Del resto la scelta del legislatore di affidare la cognizione alla corte d'appello in unico grado è normalmente caratterizzata dalla presenza di una precedente attività accertativa, sia essa operata dalla pubblica amministrazione (così nel caso di opposizione alla stima, prevista dall'art. 20 l. 865/71 e dall'art. 54 d.p.r. 32/01), dagli arbitri (come nel caso dell'impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 828 c.p.c.) o da giudici di altri ordinamenti (come nel caso della delibazione delle sentenze ecclesiastiche, ai sensi degli art. 796 e 797 c.p.c., rimasti in vita, anche dopo l'abrogazione ad opera della l. 218/95, nei limiti del richiamo da parte della l. 121/85). Tale precedente attività, con conseguente circoscrizione del *thema decidendum*, concorre, insieme al fine di favorire la sollecita definizione delle controversie (Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, *id.*, 2005, I, 1014), a giustificare la scelta del legislatore di affidare la cognizione in unico grado alla corte d'appello, con la conseguente applicabilità del rito innanzi ad essa previsto. Quanto detto è vero, almeno in via di fatto, anche per le azioni previste dal 2° comma dell'art. 33 l. 287/90. Infatti, sebbene tali azioni non siano dirette all'impugnazione dei provvedimenti del garante della concorrenza e del mercato (tale impugnazione è riservata alla competenza del Tar Lazio) e sebbene il provvedimento del garante non sia configurato come un presupposto dell'azione, nei fatti le azioni ex art. 33 cit., certamente quando proposte dai consumatori ma per lo più anche quando proposte da un'impresa concorrente, presuppongono fisiologicamente un tale provvedimento in quanto la complessità dell'accertamento delle condotte anticoncorrenziali esclude di fatto che esse possano essere dedotte e provate dal singolo consumatore o concorrente.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 2729 c.c. ed il vizio di motivazione, lamentando che la corte territoriale dopo avere presunto che l'intesa restrittiva della concorrenza aveva determinato un aumento generalizzato del premio di tutte le polizze, aveva anche presunto l'esistenza di un danno in capo al singolo assicurato, avvalendosi così di un'inammissibile presunzione di secondo grado, senza considerare che l'aumento poteva in concreto non essersi verificato. In ogni caso, la presunzione che faceva discendere il generalizzato aumento dei premi dall'intesa anticoncorrenziale, realizzata attraverso lo scambio di informazioni, non era grave, precisa e concordante poiché

l'accertamento dell'Agcm, da un lato, si era basato su un'analisi a campione ed aveva rilevato, oltre allo scambio di informazioni, soltanto medie di mercato e cioè dati statistici non aventi valenza di fatto storico e, dall'altro, non aveva tenuto conto dei molteplici fattori che avevano concretamente inciso sui premi di polizza, come del resto riconosciuto dall'Agcm con il provvedimento n. 11891 del 2003, con cui era stata deliberata la chiusura dell'indagine conoscitiva sul settore.

Il motivo è infondato. Si deve premettere che all'esame del motivo deve restare estraneo il tema, ampiamente ed approfonditamente prospettato dalla difesa della ricorrente nella memoria ex art. 378 c.p.c., dell'ambito della prova concessa all'impresa per dimostrare che gli aumenti di prezzo sono stati determinati da fattori indipendenti dalla condotta anticoncorrenziale sanzionata dal garante. Nelle specie, infatti, il rigetto del primo motivo esclude che la questione possa avere uno sviluppo nel processo e ne determina l'assorbimento. Ne consegue che questa corte deve occuparsi soltanto del tema della prova offerta dal consumatore.

Al riguardo, secondo la giurisprudenza espressa da questa corte (Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.; 2 febbraio 2007, n. 2305, *id.*, 2007, I, 1097; 20 giugno 2011, n. 13486, *id.*, 2011, I, 2674; 9 maggio 2012, n. 7039, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 126; 22 maggio 2013, n. 12551, *id.*, Mass., 406) proprio in relazione all'intesa *de qua*, l'assicurato che proponga azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. 287/90, nei confronti dell'impresa di assicurazione sanzionata dall'autorità garante per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, assolve l'onere della prova a suo carico allegando la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria). Sulla base di tali elementi si può, infatti, fondare la presunzione dell'indebito aumento del premio causato dal comportamento collusivo. Il problema del rapporto tra l'intesa illecita ed i contratti a valle va risolto, secondo la citata giurisprudenza, nel senso dell'inscindibilità di questi ultimi rispetto alla volontà anticoncorrenziale residente a monte, la quale trova il suo momento di realizzazione appunto nella necessitata ed inconsapevole adesione del consumatore finale, cioè di colui che, acquistando il prodotto, chiude la catena che inizia con la produzione del bene. In altri termini, «il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante» (Cass. 12551/13, cit.). Il che consente di affermare che il giudice, attraverso presunzioni probabilistiche, può desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato. Ne consegue che, in tale situazione, provata l'intesa anticoncorrenziale e provata la stipula di una polizza, il nesso di causalità giuridica può essere escluso soltanto se l'assicuratore prova la sopravvenienza di fatti idonei di per sé soli a determinare l'aumento dei premi.

A tale orientamento deve essere data continuità. Il problema della prova del danno subito dal singolo consumatore, per effetto di un'intesa anticoncorrenziale accertata dal garante della concorrenza e del mercato, richiede la soluzione delle seguenti connesse questioni: a) il rapporto tra le decisioni del garante e quelle della corte d'appello; b) la prova del nesso causale tra l'intesa anticoncorrenziale accertata dal garante ed il danno patito dal consumatore; c) la prova di quest'ultimo danno.

Nel nostro ordinamento il meccanismo di attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura duplice, pubblica e privata. Infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato opera su un piano pubblicistico, essendo ad essa istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di «autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza» (art. 10, 4° comma, l. 287/90), ed agisce anche d'ufficio, nell'interesse pubblico ed in posizione di indipendenza, per dare attuazione alle norme che vietano intese ed abusi di posizione dominante (art. 2, 3, 4 l. 287/90). L'autorità ha, tra l'altro, poteri di accertamento degli illeciti antitrust e poteri sanzionatori di natura amministrativa che svolgono una funzione deterrente. In sede civile, invece, operano i giudici ordinari i quali, su domanda di singoli interessati (concorrenti o consumatori), garantiscono la tutela delle posizioni giuridiche soggettive che siano state lese da condotte d'impresa in violazione delle norme antitrust, nazionali e comunitarie. La posizione giuridica del consumatore, oggetto di tutela, è rappresentata dal «diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta» (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.). La corte d'appello può, tra l'altro, condannare gli autori di un'infrazione antitrust a risarcire i danni causati.

La distinzione tra tutela pubblica (public enforcement) e tutela privata (private enforcement) si fonda sulla diversità dei presupposti della tutela pubblica «che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale» (Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713, *id.*, 2007, III, 89). Nel nostro ordinamento, pertanto, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti (ad es. in Germania e nel Regno Unito), l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'autorità, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, ed il provvedimento assunto dal garante non è vincolante per il giudice ordinario neppure nel caso, come quello in esame, in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo. Ciò non solo perché il privato consumatore è normalmente estraneo al giudizio amministrativo, ma anche perché il giudicato amministrativo si forma soltanto sulla legittimità dell'atto assunto dall'autorità garante. Il controllo del giudice amministrativo — anche quando si sostanzia in una verifica dei fatti volta ad accertare che il processo valutativo seguito dall'autorità e la ricostruzione da essa operata siano immuni da travisamenti e vizi logici, ed a valutare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *id.*, 2006, III, 512) — non comporta mai una traslazione di poteri dall'autorità al giudice (Cass., sez. un., 17 marzo 2008, n. 7063, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 103). Inoltre, il giudicato amministrativo non concerne il rapporto tra l'impresa sanzionata ed il singolo consumatore. D'altro canto, le due tutele sono tra loro complementari, come in ambito comunitario non ha mancato di sottolineare il regolamento Ce 1/2003 (nel 'considerando' n. 7), affermando che le giurisdizioni nazionali «svolgono un ruolo complementare» rispetto a quello delle autorità antitrust nazionali e della stessa commissione». La sinergia delle due tutele, infatti, accresce l'efficacia complessiva della normativa antitrust. Inoltre, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità. In tale prospettiva assume rilievo anche l'evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità. Al riguardo giova anche ricordare che, sia pure con esclusivo riferimento all'azione di classe, il 6° comma dell'art. 140 *bis* cod. consumo (d.leg. 206/05) prevede che il tribunale, nella fase di valutazione di ammissibilità della domanda, «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo». Tutti tali elementi, non potendosi ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione di risarcimento dei danni si risolva in una mera affermazione di principio, convergono verso la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del garante abbia un'elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta anticoncorrenziale quanto con riferimento all'idoneità a procurare un danno ai consumatori. In proposito, la giurisprudenza di questa corte ha parlato di «prova privilegiata», connettendo tuttavia all'espressione non sempre un univoco significato; mentre, infatti, in un caso (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, *id.*, 2010, I, 1901) si afferma che le parti hanno comunque la possibilità di offrire prove a sostegno dell'accertamento del garante o ad esso contrarie, in altre pronunzie (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, cit.; 9 maggio 2012, n. 7039, cit.) si afferma che all'impresa sanzionata non è consentito «nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede». Il tema, tuttavia, come preannunciato, esula dalle questioni che assumono rilievo ai fini della decisione del caso in esame; in questa sede, infatti, la questione deve essere esaminata soltanto nella prospettiva dell'idoneità della prova offerta dal consumatore. In questa prospettiva, pur dovendosi condividere l'assunto della ricorrente dell'inesistenza nel nostro ordinamento della categoria della prova privilegiata, distinta da quella della prova legale, non si può discutere l'elevata attitudine probatoria dell'accertamento compiuto dall'autorità cui, come si è detto, è istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di «autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza».

Da quanto detto e dal fatto che la condotta anticoncorrenziale trova il suo momento di realizzazione nell'adesione del consumatore finale al contratto predisposto dall'impresa sanzionata consegue che il provvedimento del garante consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un danno ai consumatori, ma anche, in via presuntiva, che tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori. Invero, la fattispecie di intesa orizzontale antitrust, che trova la sua ragione primaria nella volontà delle imprese partecipanti di ricavare maggiori profitti, non può essere sganciata dalla serie dei contratti di massa che le imprese partecipanti alla stessa vanno successivamente a stipulare con i consumatori e che della stessa intesa rappresentano il naturale complemento. Infatti, è attraverso la pluralità dei contratti a valle che l'illecito anticoncorrenziale viene portato realmente a compimento e realizza il fine ultimo delle imprese responsabili: lucrare un profitto maggiore rispetto a quello che si sarebbe ottenuto in assenza di comportamenti restrittivi della concorrenza. Al riguardo, poi, non è possibile distinguere tra danno arrecato alla generalità dei consumatori e danno arrecato al singolo consumatore (conf. Cass. 22 maggio 2013, n. 12551, cit.), assumendo che il passaggio dell'accertamento dall'uno all'altro avvenga con una violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*. Invero, per sua natura, l'illecito anticoncorrenziale polverizza il danno tra tutti i consumatori sicché è artificioso ritenere che la posizione del singolo vada distinta, sul piano presuntivo, dalla posizione dell'insieme dei consumatori. In questa situazione, pertanto, il consumatore assolve l'onere della prova a suo carico con la produzione del provvedimento dell'Agcm e del contratto da lui stipulato. Sull'impresa sanzionata grava, anche alla stregua del principio di vicinanza della prova — principio riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio (*ex plurimis*, Cass. 17 aprile 2012, n. 6008, *id.*, Rep. 2012, voce *Agenzia*, n. 14; 25 luglio 2008, n. 20484, *id.*, Rep. 2008, voce *Prova civile in genere*, n. 18) — l'onere di vincere la presunzione, dimostrando che l'ammontare del premio non sia stato determinato anche dalla condotta anticoncorrenziale, ma soltanto da fattori ad essa estranei. Infatti, il contratto è predisposto dall'impresa ed il consumatore ha solo la possibilità di aderirvi o meno, con conseguente totale estraneità alla determinazione del prezzo, affidata soltanto all'impresa, la quale, quindi, è l'unica ad avere piena conoscenza degli elementi che hanno concorso alla detta determinazione.

Quanto, infine, all'ammontare del danno subito dal consumatore, si deve rilevare l'eccezionale difficoltà per il danneggiato di darne precisa dimostrazione, sia per la complessità dei fattori che concorrono nella determinazione dei premi sia perché, come già detto, soltanto l'impresa conosce esattamente la relativa incidenza dell'intesa anticoncorrenziale. Ne consegue che il danno, come ritenuto nella specie dalla sentenza impugnata, ben può essere determinato equitativamente in una percentuale del premio, quando il garante ha accertato, sulla base di un campione ritenuto significativo, che la media dei premi praticati in Italia era cresciuta del sessantatre per cento rispetto alla media europea.

In conclusione, nel caso in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato abbia sanzionato un'impresa di assicurazione per un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione di risarcimento dei danni ex art. 33, 2° comma, l. 287/90 assolve l'onere della prova a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio e con la produzione della sua polizza. Infatti, il provvedimento del garante, cui deve riconoscersi elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori, consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia effettivamente scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dai singoli assicurati, mentre è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza, offrire prova contraria a dimostrazione dell'interruzione del nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno patito tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo. Accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato.

(1) In termini sostanzialmente conformi (salvi i risvolti argomentativi di cui si dirà tra un momento), Cass. 22 maggio 2013, n. 12551, *Foro it.*, Mass., 406, e 9 maggio 2012, n. 7039, *id.*, Rep. 2012, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 126, entrambe ampiamente richiamate in motivazione, insieme a Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *id.*, 2011, I, 2674, con diffusa nota di richiami di C.D. Piro e commento sapido di

A. Palmieri, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, che si colloca sulla medesima traiettoria. *Contra*, a testimonianza di un filone in passato più cospicuo ma non ancora del tutto dismesso, Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, *id.*, 2013, I, 163, con nota di A. Palmieri. Viene invece lasciata fuori quadro, per le preclusioni in cui era incorsa la convenuta innanzi alla corte d'appello — all'epoca competente a conoscere della controversia —, la questione relativa ai profili su cui deve appuntarsi la prova, a carico dell'impresa coinvolta nel cartello, dell'insussistenza del nesso di causalità tra detta intesa e il danno lamentato: profili che, per Cass. 4 marzo 2013, n. 5327, *ibid.*, 1519, non devono riguardare aspetti presi in esame dal provvedimento dell'Agcm, bensì situazioni o comportamenti attinenti alla singola impresa, al singolo assicurato o alla singola polizza (indicazione che, specie per quanto attiene all'obbligo di far cadere gli argomenti «bruciati» in precedenza per far spazio a «prove fresche», suscita le indignate reazioni di A. Frignani, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in gue rra con sé stessa*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 429, e i dubbi di compatibilità con la Carta repubblicana di L. Vasques, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione lo consente?*, *ibid.*, 449).

* * *

Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore.

I. – Mentre a livello europeo sembra prendere consistenza, dopo una gestazione pressoché epocale, il disegno di approdare a una direttiva sull'azione di danni antitrust (v. proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio su talune regole relative alle azioni di risarcimento del danno secondo il diritto nazionale per violazioni delle regole di concorrenza degli Stati membri e dell'Ue, il cui «final draft» è stato approvato dal parlamento europeo il 21 marzo 2014 e poi adottato il 17 aprile successivo, con rinvio al consiglio dei ministri per l'*imprimatur* definitivo), la traiettoria domestica si va faticosamente affinando.

II. – L'odierna pronuncia s'ingegna di razionalizzare il quadro, scosso qua e là da «sussurri e grida». Muove, così, dall'articolazione di «public» e «private enforcement» per rivendicare l'autonomia del secondo rispetto al primo, persino quando il verdetto dell'Agcm abbia riscosso il pieno avallo del giudice amministrativo (tesi d'indubbia dignità sistematica, che deve, però, misurarsi, da un lato, con l'art. 16 del regolamento 1/2003 e il meccanismo, ivi previsto, di prevalenza delle decisioni comunitarie, e, dall'altro, con la crescente spinta europea a disporre la vincolatività della decisione dell'autorità di concorrenza di uno Stato membro per i giudici «domestici» chiamati a decidere sull'azione di danni e, in ogni caso, il valore di «*prima facie evidence*» per i giudici di altri ordinamenti: v. art. 9 della proposta di direttiva cit.). Salvo, poi, valorizzare il mantra della complementarietà (sul quale v., riassuntivamente — e sia pure con riguardo al diritto europeo —, R. Chieppa, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'Autorità antitrust*, <www.giustiziacivile.com>, 3 marzo 2014; F. Ghezzi-G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, 27 ss.; nonché, in prospettiva più allargata, M. Marquis, *Perchance to Dream: Well Integrated Public and Private Antitrust Enforcement in the European Union*, in *Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies* a cura di Ph. Lowe e M. Marquis, Oxford/Portland, 2014; A. Benacchio, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* a cura di L.F. Pace, Napoli, 2013, 16, e R. Pardolesi, *Private Enforcement of Antitrust Law*, in *Handbook on the Economics of European Union law*, ed. Th. Eger and H.-B. Schaefer, Cheltenham e a., 2012, 289) e sottolineare l'asimmetria informativa che condiziona il consumatore a fronte dell'impresa coinvolta nel cartello, la sola ad avere il polso della situazione e a poterne valutare le implicazioni. Di qui l'elevata attitudine probatoria riconosciuta ai provvedimenti del garante della concorrenza, che, a partire da Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, *Foro it.*, 2010, I, 1901, diventano, per il giudice dell'azione di danni, «prova privilegiata» della sussistenza del comportamento accertato (formulazione contro cui si scaglia Frignani, *La difesa disarmata*, cit., 441, anche in qualità di patrono di parte nella controversia cui si riferisce la pronunzia in epigrafe, riscuotendo il compunto — ma, nei fatti, irrilevante — assenso del collegio

giudicante, là dove ammette l'inesistenza della categoria della prova privilegiata in quanto distinta da quella di prova legale).

III. – Su questa base, la sentenza affronta il secondo nodo problematico, relativo alla prova del nesso causale fra intesa anticoncorrenziale accertata dall'Agcm e danno patito dal consumatore. La soluzione risulta — ma si tratta soltanto di un'impressione alimentata dalla maggiore analiticità della trama argomentativa — persino più «tranchant» di quanto l'indirizzo prevalente, che pure la pronunzia intende corroborare, autorizzerebbe a preventivare. Il provvedimento dell'autorità, si dice, consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un pregiudizio ai consumatori (e, sin qui, *prosit*), ma anche, «in via presuntiva», la circostanza che «tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori». A complicare il quadro provvede, poi, la precisazione dell'impossibilità/artificiosità della distinzione tra «danno arrecato alla generalità dei consumatori e danno arrecato al singolo consumatore»: sul piano presuntivo, la posizione di quest'ultimo rifluisce nell'insieme, dal che si desume che, senza incorrere nella *praesumptio de praesumpto* denunciata dai detrattori di questo orientamento, la vittima del cartello può limitarsi a produrre, a mo' di prova, il contratto attuativo con cui si è dispiegata nei suoi confronti l'intesa illecita.

Senonché, ancor prima di entrare nel dettaglio tecnico-giuridico, la traiettoria accennata pecca di eccesso di semplificazione là dove sembra assumere che: *a*) i guasti della collusione, se si preferisce il pregiudizio sociale, si riducano alla perdita sofferta dai consumatori (quando è invece evidente che gli interessi incisi possono essere assai più variegati) e *b*) quel pregiudizio corrisponda alla sommatoria aritmetica del danno sofferto da ogni singolo consumatore coinvolto nella vicenda; e, comunque, deve fare i conti col rischio d'impingere nel riconoscimento, ovviamente inaccettabile, di un danno *in re ipsa* (cfr., con riguardo alle conseguenze pregiudizievoli dell'abuso di posizione dominante lamentato da un'impresa, Cass. 10 settembre 2013, n. 20695, *Foro it.*, Mass., 655, secondo cui «il danno cagionato mediante abuso di posizione dominante non è *in re ipsa*, ma, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve autonomamente provarsi secondo i principî generali in tema di responsabilità aquiliana»). Il sistema vuole, infatti, che il giudice possa stimare equitativamente il danno, sempre che sia difficile la prova della sua effettiva consistenza, solo ove sia stata previamente conseguita la prova della sua esistenza: «... la liquidazione equitativa del danno patrimoniale, ai sensi degli art. 2056 e 1226 c.c., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna attribuzione patrimoniale. Occorre pertanto che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa» (App. Torino 1° giugno 2013, *id.*, 2014, I, 1262). A rigore, di conseguenza, l'accertamento della violazione ad opera dell'Agcm non implica che un danno si sia effettivamente prodotto, pena il rischio di innescare un potenziale disallineamento col pregiudizio effettivo, con valenza involontariamente punitiva.

Per di più, l'artificiosità è, in questa materia, una carrozza di ritorno. La traiettoria tradizionale di prova del nesso causale si svolge, infatti, in chiave deterministica/individuale. In presenza di un cartello operativo, occorre allora dimostrare che il prezzo pagato dal cliente/consumatore, più elevato di quello che si sarebbe corrisposto in assenza della violazione antitrust, non può essere spiegato da fattori diversi dall'intervenuta concertazione. Il percorso è apparentemente semplice. Ma l'ottimismo di prima approssimazione è presto smentito dall'analisi dei passaggi richiesti per approdare all'apprezzamento eziologico (per un'approfondita ricognizione dei punti che saranno riassunti di seguito, cfr. H.A. Abele-G.E. Kodek-G.K. Schaefer, *Proving causation in private antitrust cases*, in *J. Competition Law & Economics*, 2011, 11). A fronte di un dato, per così dire storico, nel nostro caso il prezzo corrisposto da l consumatore, bisogna «costruire» quello controfattuale. Sì che, di conserva alla «componente sistematica media» del prezzo (in pratica, la parcellizzazione *pro capite* del «danno al mercato», su cui, v. L. Castelli, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti concorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 1049, 1052 ss.), andrebbe contestualmente definita la componente individuale ipotetica, perché solo la sommatoria delle due voci fornisce il parametro corretto su cui misurare l'aggravio del singolo nella sua reale consistenza. Senonché, la componente individuale ipotetica non può essere computata in astratto, perché l'effetto individuale, per definizione, non è sistematico e non si presta ad esser determinato in modo non arbitrario. Ciò significa che la traiettoria tradizionale si rivela, sul piano della coerenza teorica, impraticabile, prima

ancora di verificare la relazione tra condotta ed evento di danno in un panorama plausibilmente fitto di fattori rilevanti (causalità materiale) e le conseguenze dell'evento (causalità giuridica). In effetti, di là dalle presunzioni probabilistiche fondate sul rapporto di sequenza costante tra antecedente e dato consequenziale, che si vuole portino a individuare «l'intesa illecita come condotta preparatoria rispetto alla condotta finale, costituita all'aumento di polizza» (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, *Foro it.*, 2007, I, 1097, con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*), quel che davvero si suole fare è: a) computare il danno al mercato, che potrebbe al più fornire il destro per l'applicazione di un principio di responsabilità stocastica, sicuramente estraneo alla logica del nostro ordinamento; e b) dare per scontata, sulla base di una — alquanto fideistica — approssimazione probabilistica, la sua ricaduta sul piano individuale. In particolare, se l'attore prova un peggioramento delle proprie condizioni contrattuali (nel filone r.c. auto, cui pertiene il caso sottoposto al vaglio della Cassazione, l'aumento del costo della polizza) e invoca una correlazione con il danno al mercato nel suo insieme provocato dall'intesa illecita, il nesso si dà per dimostrato, chiudendo gli occhi per non avvertire il senso di vertigine. Ma *quid iuris se*, per esempio, non è dato riscontrare un aumento, perché, mettiamo, il contratto è stato stipulato quando il cartello stava già sviluppando i suoi effetti deteriori? A tutto concedere, la prova dell'aumento, o della mancata diminuzione del premio di polizza, è «scivolosa e complessa» (Vasques, *op. cit.*): quasi un eufemismo, per confessare che ci si accontenta di molto meno di quanto sarebbe richiesto dal rispetto delle regole: appunto il risultato che l'odierna pronuncia avalla risolutamente. Basterà un «più probabile che non» a spianare ogni smagliatura?

Campeggia, sullo sfondo, la consapevolezza che è proprio il su accennato groviglio di difficoltà concettuali (comune, del resto, all'esperienza antitrust: cfr., esemplificativamente, M.A. Cartier, *A Tort-based Causation Framework for Antitrust Analysis*, 77 *Antitrust L. J.* 401 (2011)) a motivare la scelta, di cui è espressione la sentenza in epigrafe, volta a garantire l'effettività del private enforcement, evitando che le strettoie del sistema, e in particolare l'onere probatorio a carico delle vittime dell'illecito anticompetitivo, isteriliscano la loro aspirazione al ristoro del pregiudizio subito, nonché la capacità delle azioni risarcitorie di contribuire alla deterrenza di comportamenti illeciti. Non a caso, l'art. 16, 2° comma, della precitata proposta di direttiva sulle azioni risarcitorie collega all'accertamento del cartello una presunzione (relativa) di danno.

IV. – Sulla prova del *quantum*, in vista dell'«eccezionale difficoltà per il danneggiato di darne precisa dimostrazione», la sentenza opta, alquanto sbrigativamente, per l'avallo della determinazione equitativa *sub specie* di percentuale del premio di polizza, sul presupposto, beninteso, che l'autorità abbia accertato, «sulla base di un campione ritenuto significativo, che la media dei premi praticati in Italia era cresciuta del sessantatre per cento rispetto alla media europea». Una prudenziale stima del quindici per cento legittima, dunque — dopo due lustri di battaglie giudiziarie —, una liquidazione da 104 euro, più, va da sé, rivalutazione e interessi.

La linea interpretativa così abbozzata (che, per scivolare nella nebbia indistinta della valutazione di equità, non sembra incontrare il favore di G. Muscolo, *La quantificazione del danno in materia antitrust*, in *Dizionario*, cit., 338, 344 s.) si dipana in conformità al principio, non scritto (e men che mai metabolizzato a livello costituzionale) ma di valenza generale, dell'integrale riparazione del danno, quante volte la legge non dia specifica indicazione alternativa (sul tema, in termini generali, v. ora G. Grisi, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, I, 2029, nonché, più distesamente, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 167). Principio che — sia detto per inciso, ma è un inciso assai pesante —, piuttosto che registrare pacifico ossequio, si misura con una deriva d'insieme conservativa e calmieratrice, ispirata dall'intendimento di non gravare eccessivamente sull'autore dell'illecito o, in alternativa, dal sacro furore di evitare la locupletazione della vittima: quasi che l'errore di tipo II (falso positivo, ossia concedere ristoro oltre la misura del dovuto) fosse indeclinabilmente più grave di quello di tipo I (limitare il risarcimento sotto la soglia del danno subito). Vale solo la pena di aggiungere che quella deriva potrebbe essere drasticamente rafforzata dai casi, e non sono pochi, in cui la già esile distinzione fra *an* e *quantum* si rivela ambigua, quando non mistificatoria; nonché dal florilegio di proposte intese a ricostruire la liquidazione equitativa in chiave indennitaria, nel che è implicita la dismissione dell'obiettivo della full compensation (come pure il pericolo di under-deterrence).

Roberto Pardolesi

Direzione, redazione e amministrazione: Società Editrice IL FORO ITALIANO © Via Pietro Cossa 41 -
00193 Roma - Tel. 06/3222992-3242027-3213606 - e-mail: info@ilforoitaliano.it Partita IVA
00161610548