

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

CORRETTEZZA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Abstract: The essay examines the problem of the nullity of the contract when an undertaking abuses its dominant position by imposing excessive and unfair prices.

SOMMARIO: 1. Abuso di posizione dominante e sovrapprezzo anticompetitivo. – 2. Correttezza e nullità di protezione. – 3. Correzione giudiziale del prezzo e costi aziendali.

1. — *Abuso di posizione dominante e sovrapprezzo anticompetitivo.*

Nell'ambito delle condotte imprenditoriali illecite, particolare rilievo assumono i c.d. abusi di prezzo, tutte le volte in cui l'impresa detenga un potere di mercato che le assicuri la dominanza di quest'ultimo⁽¹⁾. In questa ipotesi, il rimedio tipico allo squilibrio prettamente economico nel rapporto tra impresa e consumatore (B2c) è offerto dalla normativa antitrust, italiana ed europea, che prevede il risarcimento del danno per violazione del divieto di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [artt. 3, lett. a), e 33 l. n. 287/1990; art. 102, lett. a), Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE]⁽²⁾. Del resto, secondo l'orientamento giurisprudenziale

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. Comunicazione della Commissione europea 2009/C45/02 sull'applicazione dell'art. 102 TFUE (già art. 82 Trattato CE). Posto che la posizione dominante è definita «una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori» (par. 10, che richiama Corte giust. n. 27/76, punto 65, e n. 85/76, punto 38), la Commissione ritiene che, in linea generale quote di mercato a partire dal 40% possono essere indicative della sussistenza di una posizione dominante (par. 14).

⁽²⁾ Uno dei primi studi in materia, anteriormente alla legislazione antitrust italiana, è

ormai consolidato, risalente ad un celebre intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, la normativa antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, vale a dire non tutela solo gli interessi delle imprese in rapporto di concorrenza⁽³⁾; essa è, piuttosto, «la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»⁽⁴⁾.

Tuttavia, la questione dei prezzi iniqui viene di regola alla ribalta anche nel caso di abuso di posizione dominante collettiva⁽⁵⁾, quando cioè vi sia un cartello tra imprese che impongono il sovrapprezzo anticompetitivo⁽⁶⁾ nei contratti stipulati con i consumatori; qui la tesi del solo risarcimento, quale rimedio a favore della parte debole, incontra sempre maggiori perplessità, discettandosi da lungo tempo della nullità dei contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza⁽⁷⁾. A seguito di un recente arresto giurispru-

quello di V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi «non equi»*, Milano, 1989, *passim*. Sull'abuso di prezzo quale abuso di sfruttamento, v., *ex plurimis*, A. FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, I, Bologna, 1993, p. 309 ss.; ID., *L'abuso di posizione dominante*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in *Tratt. dir. priv. Unione Europea Ajani-Benacchio*, VII, Torino, 2006, p. 177 ss.; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, p. 230 ss.; C. BENTIVOGLI, S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 2005, p. 167 ss.

⁽³⁾ Come invece aveva ritenuto Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121.

⁽⁴⁾ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, c. 1014, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (*ivi*, c. 1015 ss.), e di E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore* (*ivi*, c. 1018 ss.).

⁽⁵⁾ Cfr. M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 555 ss.; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 2ª ed., Torino, 2019, p. 198 ss.

⁽⁶⁾ Per sovrapprezzo si intende «la differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza»: art. 2, lett. r) del d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, attuazione della direttiva 2014/104 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

⁽⁷⁾ Cfr., ad esempio, E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorren-*

denziale in materia⁽⁸⁾, anche il dibattito dottrinale si è riaperto, e non sono mancate voci nettamente favorevoli all'estensione del rimedio demolitorio anche all'ipotesi del contratto che realizza un abuso di posizione dominante individuale⁽⁹⁾.

In particolare, sotto il duplice profilo del rispetto del principio di effettività della tutela del consumatore e della sua capacità dissuasiva nei confronti della condotta imprenditoriale⁽¹⁰⁾, la nullità sembra rivelarsi rimedio più efficace del mero

za, Napoli, 2008, p. 91 ss.; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, p. 183 ss.; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 237 ss.

⁽⁸⁾ Si tratta di Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 237, secondo cui: «Con riguardo a contratti di fideiussione in cui figurino clausole che riproducono il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, deve ritenersi che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle norme bancarie uniformi (NBU) trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali predisposte dalla banca e rese in attuazione di intese illecite ai sensi dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba valutarsi dal giudice alla stregua degli artt. 1418 ss. c.c. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite». Su questa sentenza, v. spec. M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a valle. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 378 ss.; M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, *ivi*, p. 415 ss.

⁽⁹⁾ In senso favorevole, v. spec. F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 406 ss.; *contra*, v. invece, E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, *ivi*, p. 397 ss. Ma v. già Corte giust., 30 gennaio 1974, in *Racc.*, 1974, p. I-51, secondo cui il fatto che l'art. 86 Trattato CEE (ora 102 TFUE) nulla disponga in merito alla invalidità del contratto tramite il quale si realizza l'abuso, non esclude che il contratto possa essere dichiarato nullo in base alle singole discipline degli ordinamenti nazionali. In argomento, v. M. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, spec. pp. 33 ss., 51 ss. e 93 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE; in argomento, v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 366 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.

Questa esigenza è ora espressamente prevista per i contratti dei consumatori dal nuovo art. 8-ter della direttiva 93/13 CEE, introdotto a seguito della direttiva 2019/2161 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, per una migliore applicazione

risarcimento del danno da sovrapprezzo, specialmente nell'ipotesi di contratti ad offerta monopolistica, ove l'oblato non ha alcuna possibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato di riferimento (geografico e merceologico). Si pensi, ad esempio, al caso della vendita di farmaci "salvavita", insostituibili per le fasce più fragili della popolazione (anziani e bambini), ed alla rilevanza di un abuso di prezzo in ordine alla tutela del diritto fondamentale alla salute dei consumatori [art. 32 Cost. e art. 2, lett. a), c.cons.]⁽¹¹⁾. Si tratta innanzitutto di stigmatizzare, al riguardo, il disvalore di una condotta contraria ai principi di ordine pubblico connessi al corretto funzionamento in senso concorrenziale del mercato, ove l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41 Cost.)⁽¹²⁾.

e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, secondo cui: «Gli Stati membri determinano le norme in materia di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive». In argomento, v. I. SPEZIALE, *La direttiva 2019/2161 UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 441 ss.

⁽¹¹⁾ V. il caso Aspen (provvedimento AGCM n. 26185 - A 480, del 29 settembre 2016, in *Bollettino* n. 36/2016), ove l'Autorità ha accertato che il comportamento complessivamente adottato da alcune società farmaceutiche dello stesso gruppo integra un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE, consistente nell'imposizione di prezzi iniqui per la commercializzazione in Italia di quattro specialità terapeutiche per la cura di malattie del sangue, realizzata tramite un esercizio distorto e strumentale del diritto alla negoziazione dei prezzi con l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA). Le società sono quindi state condannate in solido al pagamento di una sanzione di Euro 5.225.317 e diffidate a porre in essere ogni adempimento volto alla definizione di prezzi non iniqui con riferimento alle medesime quattro specialità medicinali. Cfr. M. COLANGELO, *Farmaci, prezzi iniqui, concorrenza: il caso Aspen*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2016, p. 539 ss.; G. COMANDÈ, A. PARZIALE, *Rimedi civilistici per la scarsità di farmaci immessi in commercio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 1423 ss.

Il provvedimento è stato confermato dal Tar Lazio, Roma, 26 luglio 2017, n. 8945, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 66 ss., e, successivamente, dal Cons. Stato, 13 marzo 2020, n. 1832, in *leggiditalia.it*. Nella specie, l'aumento ingiustificato dei prezzi, a fronte di una rigorosa analisi dei costi aziendali, era stato tra il 300% ed il 1500%.

⁽¹²⁾ Questo indissolubile connubio tra interesse del consumatore e interesse pubblico è testimoniato dalla tutela amministrativa contro gli illeciti antitrust (ma anche contro le clausole vessatorie: art. 37-*bis* c.cons.), che però si rivela da sola inadeguata a garantire una

Da ciò deriva la necessità di scoraggiare il reiterarsi di abusi di prezzo che impediscono anche ad altri potenziali consumatori di ottenere il prodotto o il servizio di cui hanno bisogno; in tal senso, l'intervento giudiziale si innesta nel quadro di una tutela civile che non può più realizzare l'interesse privato al riequilibrio del rapporto senza tenere conto anche dell'interesse pubblico che è stato lesa. Ritenere valido il contratto (*rectius*, la clausola) attraverso cui si realizza un abuso di prezzo significa avallare, in linea di principio, una visione dell'ordinamento che tollera condotte contrarie alla sua struttura economico-giuridica. Pertanto, la tutela del consumatore è anche una tutela civile del mercato concorrenziale. In questa prospettiva, la via da percorrere, come si vedrà, è quella della declaratoria di nullità parziale della clausola di sovrapprezzo, con eterointegrazione giudiziale della conseguente lacuna contrattuale; e ciò sulla base di parametri legati all'analisi dei costi aziendali, che orientano la determinazione di un ragionevole margine di profitto dell'imprenditore. Può dirsi, allora, che il riequilibrio economico (e normativo)⁽¹³⁾ del contratto passa necessariamente attraverso l'applicazione del

effettiva protezione del consumatore, lasciando sovente irrisolto il problema della ridefinizione del prezzo. Per tornare all'esempio citato, ove la società farmaceutica – già sanzionata dall'AGCM sulla base dell'art. 15, comma 1, l. 287/1990 – risulti inadempiente all'ordine di porre in essere ogni adempimento volto alla definizione di prezzi non iniqui con riferimento ai farmaci venduti (cfr. AGCM, provvedimento n. 26432 A 480B del 1° marzo 2017, in *Bollettino* n. 10 del 20 marzo 2017), l'inottemperanza alla diffida può condurre, *ex art.* 15, comma 2, l. 287/1990, ad una ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria (sempre entro i limiti del dieci per cento del fatturato), oppure, al più (in caso di reiterata inottemperanza), alla sospensione dell'attività di impresa fino a trenta giorni. Sul *quantum* delle misure sanzionatorie pecuniarie, cfr. S. DE NITTO, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia antitrust*, in *Dir. pubb.*, 2020, p. 181 ss., spec. p. 227 ss.

⁽¹³⁾ È stato efficacemente osservato, al riguardo, che «è perfino troppo ovvio rilevare che diritti e obblighi contrattuali (*recessi, ius variandi*, esoneri da responsabilità, ecc.) hanno un costo e possono avere un prezzo: sicché i confini fra squilibrio normativo e squilibrio economico sono evanescenti, e uno squilibrio che si presenta *prima facie* come normativo può in definitiva tradursi in uno squilibrio dei valori economici scambiati»: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, 2ª ed., Torino, 2005, pp. 39-40. Le interferenze tra equilibrio normativo ed economico sono evidenti anche in base all'art. 34, 1° comma, c.cons., atteso che il giudice, per accertare la vessatorietà di una clausola, deve tener conto anche dello squilibrio economico che eventualmente emerga dalle altre clausole relative al corrispettivo. Tale soluzione del problema del coordinamento tra il 1°

rimedio demolitorio, che mira a ristabilire la parità sostanziale tra le parti, nel rispetto dei principi costituzionali (artt. 2 e 3, 2° comma, Cost.).

Dinanzi a queste considerazioni di fondo, peraltro, perdono rilievo e passano in secondo piano altre riflessioni di ordine tecnico, che pure militerebbero a sfavore dell'azione meramente risarcitoria; quest'ultima, infatti, anche se *follow on*, iniziata cioè dopo un provvedimento di condanna da parte dell'autorità amministrativa, espone l'attore alle difficoltà (e ai costi) della prova, con particolare riferimento al nesso di causalità, atteso che il carattere vincolante per il giudice civile degli accertamenti compiuti dall'AGCM riguarda solo la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale (art. 7, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁴⁾. D'altro canto, se è pur vero che l'esistenza del danno (il quale si manifesta, solitamente, in un aumento dei prezzi: cfr. 47° considerando della direttiva 2014/104 UE) cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello⁽¹⁵⁾ si presume, è tuttavia fatta salva la prova contraria dell'autore della

ed il 2° comma dell'art. 34 c.cons. è prospettata da E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, pp. 69-70, il quale argomenta dal tenore del diciannovesimo considerando premesso alla direttiva n. 93/13 CEE del Consiglio sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, già attuata con l'inserimento nel codice civile degli artt. 1469-*bis-sexies*, successivamente trasferiti nel codice del consumo (artt. 33 ss. d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Secondo tale considerando, «la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; nella valutazione del carattere abusivo di altra clausole, si può comunque tenere conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo». Nello stesso senso, v. già S. MONTICELLI, *Commento all'art. 1469 ter c.c.*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, 3ª ed., Padova, 2001, pp. 561-562, secondo il quale: «Proprio a tale proposito soccorre l'opportunità di considerare l'intero contenuto della negoziazione ai fini del ricorrere o meno al requisito di buona fede, requisito che non può essere valutato se non tenendo conto anche del prezzo del bene o dei servizi offerti».

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 ss.; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 476 ss.

⁽¹⁵⁾ La norma non tratta però espressamente dell'abuso di posizione dominante (individuale).

violazione (art. 14, 2° comma, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁶⁾. Una particolare criticità legata all'utilizzo esclusivo dell'azione di risarcimento del danno antitrust ai fini del riequilibrio economico del rapporto deriva poi dal fatto che l'abuso di prezzo può colpire non solo gli acquirenti diretti, ma anche quelli indiretti; in questa ipotesi i primi di regola trasferiscono il sovrapprezzo ai secondi tramite la pratica del *passing-on*. Orbene, se è vero che l'acquirente indiretto è legittimato a chiedere un risarcimento all'impresa che abbia abusato della propria posizione dominante, in ordine al pregiudizio derivante dal sovrapprezzo trasferitogli da soggetti posti a livelli intermedi nella filiera di mercato (c.d. *passing on* offensivo), egli deve però dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi (art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 3/2017). Anche in questo caso, esiste, a favore dell'acquirente indiretto, soltanto una presunzione *iuris tantum* di trasferimento del prezzo⁽¹⁷⁾. Viceversa, la stessa impresa convenuta in giudizio

⁽¹⁶⁾ In argomento, v. L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza nell'Unione europea*, Torino, 2019, spec. p. 237 ss.; F. TORIELLO, *Regolazione del mercato e private enforcement. I rimedi risarcitori*, Milano, 2018, p. 155 ss.; V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 119 ss.; E. CAMILLERI, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, *ivi*, p. 143 ss.; F. SACCARO, *Onus probandi e poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice nel contesto di una private antitrust litigation*, in *Dir. ind.*, 2018, p. 205 ss.; G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 441 ss.; A. NERVI, *Directive 2014/104 EU on Antitrust Damages Action. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *It. Law Journ.*, 2016, p. 131 ss.; G. ALPA, *Illecito e danno antitrust*, Torino, 2016, p. 8 ss.; ID., *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1227 ss.; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d. lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017. Sulla questione della prova anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017, v. Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, p. 846 ss., con nota di P.C. RUGGIERI, *La Corte di Cassazione e la «prova privilegiata» della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*, *ivi*, p. 460 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 12, comma 2, d.lgs. n. 3/2017, secondo cui il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che: a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano.

può respingere le pretese risarcitorie dell'acquirente diretto, provando (anche attraverso la richiesta all'attore o a terzi di esibizione di prove) l'avvenuta traslazione a valle del pregiudizio economico derivante dall'illecito antitrust (c.d. *passing on* difensivo: art. 11, d.lgs. n. 3/2017)⁽¹⁸⁾.

Rimane il fatto che, a nostro avviso, l'abuso di prezzo si traduce in una condotta contraria alla regola di correttezza nella formazione del contratto *ex art.* 1337 c.c., la cui violazione può determinare la nullità (relativa e parziale) del contratto⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. F. MEZZANOTTE, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 215 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 523 ss.; M.W. MONTEROSSO, *La traslazione del danno nell'illecito antitrust: il paradosso della tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 695 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 3^a ed., Bologna, 2019, p. 466 ss. Sul punto, v. Trib. Milano, 27 giugno 2018, in *Corr. giur.*, 2020, p. 401 ss. (con nota di A. FABBÌ, *Prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano del d. lgs. n. 3/2017 sul private enforcement in materia antitrust*), secondo cui: «È ammissibile la nomina di un consulente tecnico d'ufficio per l'accertamento della fondatezza della eccezione di traslazione del prezzo, previa sollecitazione delle parti in ordine alla formulazione del quesito peritale ed alla segnalazione di soggetti potenzialmente idonei ad assumerne l'incarico».

I limiti dell'azione risarcitoria sono evidenziati da M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti a valle. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., p. 393, il quale però conduce il confronto con l'azione di restituzione parziale del prezzo conseguente alla nullità del contratto, osservando che «in compenso, il rimedio risarcitorio consente di commisurare meglio la portata effettiva del rimedio all'effettivo pregiudizio della parte lesa, nel caso concreto. In più c'è, inoltre, a favore del terzo contraente leso, la possibilità di avvalersi della solidarietà *ex art.* 2055 cod. civ. nei confronti di tutti gli autori del cartello». Viceversa, F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, cit., p. 410 ss., osserva che la tesi del solo risarcimento si espone ad una serie di incongruenze tra le quali quella riguardante i contratti di durata ancora in corso con prestazioni corrispettive ancora da eseguire; in tal caso, l'A. si chiede: «La validità del contratto implicherà l'obbligo di adempierlo? Il contraente vittima del cartello, o dell'abuso, avrà quindi l'obbligo di adempiere, di provocarsi in tal modo il danno programmato nel contratto, e poi, di tanto in tanto, potrà esercitare l'azione per il risarcimento del danno che è stato costretto a provocarsi?».

⁽¹⁹⁾ Ciò vale anche nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192/1998, che conduce alla nullità parziale del patto (3° comma). Quest'ultima norma, anzi, pur se applicabile in linea di principio ai rapporti tra imprese, sarebbe suscettibile, secondo un'autorevole opinione, di applicazione analogica nel caso di contratti tra impresa e consumatore, tutte le volte in cui sia ravvisabile, in capo a costui, una situazione di

In questa prospettiva, attraverso la correttezza il diritto contrattuale assolve anche ad una *funzione regolatoria* del mercato⁽²⁰⁾, tutte le volte in cui il giudice fa uso del suo potere correttivo in funzione equitativa, dando luogo alla eterointegrazione del contratto.

Se, quindi, il divieto di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi iniqui (artt. 3, l. 287/1990 e 102 TFUE), è uno dei presidi più importanti dell'ordine giuridico e dei valori del mercato⁽²¹⁾, è necessario, ora,

dipendenza o necessità economica: M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, p. 249. In altri termini, l'abuso di dipendenza economica costituirebbe la breccia attraverso cui la regola di correttezza si traduce in principio generale di giustizia contrattuale nei casi di squilibrio di posizioni soprattutto *economiche* tra le parti: In tal senso, v. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.; e v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 870 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss., spec. p. 560 ss. Contro un'assimilazione della *ratio* della disciplina consumeristica e di quella dell'abuso di dipendenza economica ai fini del riequilibrio delle posizioni contrattuali v. invece R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, p. 88 ss. Nel senso della contrarietà alla regola di correttezza dell'abuso *de qua*, v. Cass., 21 gennaio 2020, n. 1184, in *leggiditalia.it*, secondo cui: «In tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui».

⁽²⁰⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.

⁽²¹⁾ I valori del mercato sono essenzialmente *valori di libertà*: libertà di impresa e di competizione tra imprenditori per la massimizzazione del profitto, nel rispetto delle nor-

ripercorrere le tappe di un itinerario concettuale che evidenzia le suddette ragioni della opzione a favore della nullità di protezione quale rimedio per tutelare il contraente debole.

2. — *Correttezza e nullità di protezione.*

La norma sull'abuso di posizione dominante, essendo un'applicazione della regola generale di correttezza⁽²²⁾, partecipa della natura ambivalente

me regolatrici della concorrenza e del meta-valore della dignità umana; libertà e consapevolezza della scelta negoziale di ciascuna delle parti del contratto affinché l'operazione economica conclusa realizzi pienamente un assetto di interessi patrimoniali equilibrato, secondo la convenienza economica di entrambe. Sotto questo profilo, i valori del mercato concorrenziale nel diritto dei contratti sono riassumibili nei principi costituzionali di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e di parità sostanziale delle parti (art. 3, 2° comma, Cost.), che trovano attuazione nel rispetto della regola di correttezza nella formazione e nell'esecuzione del contratto *ex* artt. 1337 e 1375 c.c. e nella disciplina della concorrenza, al fine di tutelare la libertà negoziale dei privati e l'equità dello scambio. Anche l'economia aziendale mostra di recepire questi principi di libertà; infatti, secondo i criteri di valutazione del bilancio sociale introdotti dai principi contabili internazionali riconosciuti dall'Unione europea, emanati dall'*International Accounting Standard Board* (IASB), il *fair value* o valore equo o di mercato è il corrispettivo al quale un bene potrebbe essere scambiato in una transazione (*i.e.* in un contratto) fra parti *consapevoli e indipendenti*: M. CARATOZZOLO, *Principi contabili internazionali (dir. comm. e trib.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 925 ss.; ID., *Il «valore equo» nella disciplina alternativa della valutazione dei conferimenti in natura*, in *Società*, 2009, p. 1201 ss.

⁽²²⁾ Più in generale, la stessa nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza, costituendone un'applicazione generalizzata. Appare, al riguardo, confermata la felice intuizione di Ugo Natoli, il quale aveva rinvenuto nel criterio della buona fede il metro per la valutazione di ogni comportamento di un soggetto che si ripercuote comunque nella sfera giuridica di un altro soggetto: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss., spec. p. 26.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, p. 157. In tal senso, la regola di correttezza presiede all'esercizio di tutti i diritti patrimoniali, costituendo il parametro di un giudizio, quello di buona fede, che è necessariamente posteriore alla condotta dell'agente, la quale costituisce l'oggetto del processo valutativo. Cfr. anche F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, p. 177

di questa clausola generale, derivante dall'essere, al tempo stesso, regola di condotta delle parti e regola di validità: la sua violazione può, pertanto, dar luogo a rimedi sia di tipo risarcitorio che demolitorio.

Sotto questo profilo, il sistema rimediale posto a presidio della buona fede nella formazione (ma anche nell'esecuzione) del contratto può dirsi flessibile, poiché conformato al caso concreto, proprio come il contenuto della regola di cui mira a garantire l'osservanza. Ciò discende innanzitutto dalla necessità di rendere effettiva la tutela della parte debole del rapporto, in attuazione dei principi costituzionali di solidarietà e di eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3 Cost.). Inoltre, l'ambivalenza della buona fede oggettiva e la flessibilità dei rimedi ad essa connessi sono espressione dell'esigenza – tipica di un sistema economico di mercato fondato sulla libera concorrenza (v. art. 41 Cost.) – di garantire l'equità degli scambi e l'efficienza delle contrattazioni⁽²³⁾. L'economia dello scambio, è, infatti, basata innanzitutto sulla libertà e sulla consapevolezza della scelta negoziale, che postulano un'informazione corretta delle parti sulla convenienza dell'affare e sui termini dell'accordo.

Questa flessibilità rimediale può dirsi una conquista dogmatica abbastanza recente, atteso che non molto tempo fa era radicata l'opinione secondo cui nell'ambito del diritto dei contratti vigesse, invece, un netto principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità⁽²⁴⁾. L'apporto all'opposta concezione della inesistenza di detto principio trae origine

ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 (già in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.) p. 53, secondo cui «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)». In argomento, v. M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2018, p. 1 ss.

⁽²³⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ. Galgano*, LVII, Padova, 2010, p. 53 ss.

⁽²⁴⁾ Per questa opinione, v., per tutti, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.; ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996. La tesi risale a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 118.

da un'attenta rilettura dell'art. 1337 c.c., ove la correttezza della condotta delle parti nella fase formativa del contratto acquista uno spessore del tutto nuovo, contribuendo a delineare il profilo causale dell'attribuzione patrimoniale⁽²⁵⁾.

Il giudizio di buona fede sull'attività giuridicamente rilevante svolta dalle parti nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.) o nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) ha un rilievo causale diretto, perché è destinato ad incidere sulla configurazione oppure sull'attuazione degli interessi di cui esse sono portatrici⁽²⁶⁾.

In questa prospettiva, la buona fede *in contrabendo* è innanzitutto una regola comportamentale, rivolta alle parti, che permette al giudice di ricostruire la causa concreta del contratto. Infatti, è per mezzo dell'interpretazione del contratto (anche) alla luce della condotta precontrattuale (art. 1366 c.c.) che si determinano i reali interessi sui quali si fonda l'accordo⁽²⁷⁾. Deriva che la verifica dell'osservanza della regola di correttezza consente di assicurare a ciascun contraente la prerogativa – costituzionalmente garantita – di determinare liberamente la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito⁽²⁸⁾. Del resto,

⁽²⁵⁾ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 96 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 67.

⁽²⁶⁾ Il legame indissolubile esistente tra interessi delle parti e profilo causale dell'atto è stato particolarmente evidenziato, a proposito delle donazioni motivate, da A. PALAZZO, *Le donazioni*, artt. 769-809, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.

⁽²⁷⁾ In tal senso, le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Suprema corte sono numerose: Cfr., *ex multis*, Cass., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Contratti*, 2012, p. 393, con nota di F. SANGERMANO, *La funzione economico-individuale del contratto e il danno non patrimoniale da inadempimento*, *ivi*, p. 769; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. it.*, 2010, p. 248; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*

⁽²⁸⁾ Cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, p. 84 ss.

nella nozione di accordo ed in quella di causa (concreta) del contratto è già insita l'idea fondamentale dell'equilibrio degli interessi economici delle parti, che trovano componimento proprio perché da esse condivisi, e assurgono al rango di diritti soggettivi solo in quanto siano ritenuti leciti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (cfr. artt. 1322 e 1343 c.c.). Pertanto, il contratto equo è anche un contratto efficiente, perché realizza la migliore allocazione delle risorse patrimoniali dei contraenti, garantendo la massima soddisfazione dei bisogni di entrambi.

L'assunto secondo cui la violazione di regole di comportamento può condurre all'invalidità del contratto o di singole clausole, oltre che risultare dal codice civile (ad es., annullabilità per dolo o violenza, rescissione per lesione), è ormai ampiamente confermato soprattutto dalla congerie di norme della legislazione speciale che introducono la sanzione della nullità assoluta o il rimedio della c.d. nullità relativa di protezione⁽²⁹⁾ (dal codice del consumo, alla legge bancaria e sull'intermediazione finanziaria e a quella sull'abuso di dipendenza economica, solo per citare alcuni esempi)⁽³⁰⁾.

Il fatto è, però, che l'opinione (ancora) prevalente, soprattutto in giurisprudenza, considera le suddette nullità "speciali" quali nullità *testuali* ricadenti nella previsione del terzo comma dell'art. 1418 c.c., e non, invece, quali nullità "virtuali", ai sensi del primo comma del citato articolo⁽³¹⁾. Tuttavia,

⁽²⁹⁾ Per la distinzione tra nullità-rimedio e nullità-sanzione, v. A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 356.

⁽³⁰⁾ Si considerino ad esempio, gli 67-*quater*, 67-*septiesdecies*, d.lgs. n. 206/2005, l'art. 9, l. n. 192/1998, l'art. 7, d.lgs. n. 231/2002, gli artt. 117, 6° comma, 125-*bis*, 6° comma e 127, 2° comma, d.lgs. n. 385/1993, l'art. 2, d.lgs. n. 122/2005, gli artt. 23, commi 2° e 3°, 24, 2° comma, 30, 7° comma, 100-*bis*, 3° comma, d.lgs. n. 58/1998.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*.

Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 50 ss. e 238 ss., il quale, ritenendo che le norme sulle nullità di protezione siano speciali e non, invece, eccezionali (cfr. art. 14 preleggi), ne suggerisce l'applicazione in via analogica tutte le volte in cui ci si trovi innanzi a «uno squilibrio, non eventuale ma strutturale, tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale». In senso contrario, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 121 ss., secondo cui le nullità di protezione sarebbero solo testuali. Sul rapporto tra nullità e teoria della fattispecie, v. S. MONTICELLI, *Contratto*

che una norma speciale debba per ciò stesso ritenersi eccezionale e, quindi, non suscettibile di applicazione analogica, è affermazione smentita dalla fondamentale considerazione che la qualificazione di essa come regolare o eccezionale «non è un giudizio assoluto», ma dipende dall'interpretazione dell'intero sistema, alla luce dei valori – di rango costituzionale – da esso emergenti⁽³²⁾.

Orbene, proprio la nullità di protezione per violazione della buona fede *in contrabando* sembra essere divenuto oggi un vero e proprio principio generale, la cui applicazione giudiziale nel caso concreto, tuttavia, deve essere sempre sottoposta al vaglio interpretativo condotto alla luce dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, secondo il metodo della valutazione comparativa e del bilanciamento degli interessi in gioco⁽³³⁾.

Le Sezioni unite della Suprema Corte hanno confermato questa concezione, ribadendo la rilevabilità d'ufficio della nullità in parola, sulla base del rilievo dello scopo «indiscutibile» della nullità relativa, «volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa», espresso dai valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale (art. 41 Cost.) e dell'uguaglianza «quanto meno formale» tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)⁽³⁴⁾.

nullo e fattispecie giuridica, Padova, 1995, *passim*. Cfr. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 185 e ss.

⁽³²⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, I, p. 253 s.

⁽³³⁾ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., pp. 80 ss. e 114 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

In argomento, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 70 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 322 ss.; A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, cit., p. 128 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 119 ss., spec. pp. 142-143.

⁽³⁴⁾ V. la motivazione di Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss., (con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Contratti*, 2015, p. 113 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*), al punto 3.12.1:

Questo approdo giurisprudenziale, unitamente all'applicazione dei già ricordati canoni ermeneutici fondamentali, costituiscono solide argomentazioni per confutare la tesi secondo cui affidare al giudice, attraverso la valutazione del comportamento corretto o meno delle parti, la statuizione circa la validità di un contratto significa, in buona sostanza, contravvenire alla necessaria formalizzazione – garanzia di certezza del diritto – delle condizioni alle quali un atto di autonomia privata può ritenersi vincolante per il suo autore⁽³⁵⁾.

«Si è detto “indiscutibile” lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, *ex d.lgs. n. 231 del 2002*), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, cod. consumo; quella prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata». Si tratta, peraltro, di una conferma di quanto già statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, a proposito della direttiva sui contratti del consumatore: Corte giust., 27 giugno 2000, n. 240, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1173. D'altro canto, il suddetto riconoscimento della tutela di interessi (anche) pubblici attraverso il rimedio della nullità di protezione è in linea con l'art. 37-*bis* del codice del consumo, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può intervenire per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. In argomento, cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 7 ss.

⁽³⁵⁾ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 43.

Ed è anche nell'ipotesi di abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi che, come si è visto (*supra*, § 1), la nullità relativa di protezione può rivelarsi il rimedio più adeguato e ragionevole per garantire l'effettività della tutela della parte debole del rapporto.

Orbene, sembra che la giustificazione della nullità virtuale di protezione della clausola che realizza un abuso di prezzo possa rinvenirsi proprio nell'art. 1337 c.c., da guardarsi, in un'ottica di "autonomia" della fattispecie disegnata dal legislatore del 1942, quale norma imperativa la cui violazione non è soltanto fonte di responsabilità risarcitoria, ma può anche condurre alla nullità (relativa) parziale, ai sensi degli artt. 1418, 1° comma, e 1419, 1° comma, c.c.⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 423 ss., secondo il quale alla violazione della regola di buona fede può conseguire, in base all'art. 1418, comma 1°, c.c., la nullità del contratto o, a norma dell'art. 1419, di singole sue clausole; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., pp. 389 s. e 400; S. PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 35; ID., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss. Cfr. A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss., secondo cui la nullità *de qua* non sarebbe speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale». Se non si considera la norma sull'abuso di posizione dominante (art. 3 l. 287/1990) (innanzitutto) quale regola di comportamento, il risultato della nullità della clausola deriverà direttamente dalla violazione della normativa antitrust, considerata semplicemente quale norma imperativa; in tal senso, v. Trib. Milano, 3 dicembre 2020, in *leggiditalia.it*, secondo cui: «L'imperatività della normativa antitrust – stabilita a livello comunitario dall'art. 102 TFUE e nell'ordinamento interno dall'art. 3, l. n. 287 del 1990, posto a presidio dei principi di rango costituzionale di cui agli artt. 41 e 2 della Carta – determina in caso di violazione la nullità delle clausole contrattuali illecite ex art. 1418 c.c. ovvero ex art. 1419 c.c. Ove la conservazione del contratto non possa essere assicurata, da ciò non ne potrebbe derivare la conservazione integrale del contratto ed il rigetto dell'eccezione di nullità. La clausola abusiva posta in essere da soggetto in posizione dominante viola in effetti l'ordine pubblico del mercato e la necessaria razionalità del suo assetto, violazione che connota il patto negoziale in termini di illiceità cui consegue la sua nullità (virtuale). La natura escludente dell'abuso induce infatti a ritenere l'esistenza di causa illecita, non già la mera violazione di una regola di comportamento». In questo senso, sul presupposto che la norma antitrust sia (solo) regola di validità e non (anche) di condotta, cfr. F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, cit., p. 409.

Al riguardo, non appare decisivo l'argomento secondo cui «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente al verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, giammai invece da una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede»⁽³⁷⁾.

Ciò in quanto, innanzitutto, la individuazione e la valutazione delle concrete condotte precontrattuali scorrette non è rimessa al mero arbitrio del giudice di merito, ma deriva da un'attenta ponderazione delle circostanze di fatto da parte di quest'ultimo, alla luce dei principi generali dell'ordinamento di rango costituzionale; in secondo luogo, perché la valutazione comparativa degli interessi delle parti, sottesi alla fattispecie concreta esaminata, è in ogni caso l'*ubi consistam* dell'ermeneutica giudiziale, anche quando si tratti di applicare norme che “delineano” espressamente una fattispecie di invalidità (ivi comprese le nullità “testuali” di cui al 3° comma dell'art. 1418 c.c.).

3. — *Correzione giudiziale del prezzo e costi aziendali.*

Posto che la violazione della regola di correttezza nella fase precontrattuale può dar luogo alla nullità parziale – virtuale e di protezione – del contratto successivamente concluso, è necessario ricordare che il nostro ordinamento offre la possibilità di una correzione giudiziale del contratto al fine di garantire l'equità degli scambi⁽³⁸⁾. In questo senso, può dirsi che il profilo del

⁽³⁷⁾ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contr. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 1003.

⁽³⁸⁾ Sull'argomento, v. M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss. Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 114 ss.; V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 360; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, pp. 55 ss. e 64 ss.; S. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in A. GARILLI, A. SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzio. Diritto privato*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, pp. 599 ss. e 607; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 69 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 277 ss.

contratto quale regolamento di interessi delle parti prevale sull'astratta difesa del dogma dell'intangibilità dell'atto di autonomia privata, tutte le volte in cui sia necessario ristabilire, ad opera del giudice, l'equilibrio del rapporto a favore della parte debole, "conformando" in tal modo il contratto alla sua causa concreta⁽³⁹⁾.

Deriva che l'intervento del giudice, non è indice di arbitrio, ma, all'opposto, ha come obiettivo la salvaguardia dell'interesse della parte debole del rapporto, la cui libertà negoziale risulta lesa. Nessun pericolo, quindi, per la certezza dei traffici giuridici, bensì necessità di assicurare l'attuazione nel

⁽³⁹⁾ Si pensi, ad esempio, al caso della violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio da parte del finanziatore nel credito immobiliare al consumo *ex art. 120 undecies* TUB (d.lgs. n. 385/1993, così come modificato ad opera del d.lgs. n. 72/2016, di attuazione della direttiva 2014/17 UE): qui l'intervento giudiziale perequativo, a seguito di una declaratoria di nullità parziale (di protezione) del contratto, per adeguare le rate di rimborso alla reale capacità finanziaria del consumatore, si giustificerebbe sulla base della scorrettezza della condotta imprenditoriale: cfr. T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 1486 ss.

Sulla necessità di una revisione del ruolo e della funzione tradizionalmente assegnati alla nozione di autonomia privata, innanzi alla crescente normativa a tutela dei soggetti deboli, v. L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti ombre*, 2014, p. 919 ss.; ID., *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1255. Sulla nullità conformativa, cfr. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 735 ss., spec. p. 742 (ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013); ID., *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss. Sulla causa concreta, v. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251 ss.; ID., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 410 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4^a ed., Torino, 2014, p. 237 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008. La prima elaborazione della causa quale funzione economico-individuale del contratto si deve a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Padova, 2004, p. 120 ss. E v. anche M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969 (rist. 1998), p. 207 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, VI, Roma, 1988; G. ALPA, *La causa*, in *Giur. sist. civ. comm. Biggavi, I contratti in generale*, Agg., a cura di G. Alpa e M. Bessone, III, Torino, 1999, p. 1877 ss.; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 145 ss.

diritto contrattuale dei principi costituzionali di solidarietà e, soprattutto, di eguaglianza sostanziale *ex* artt. 2 e 3 Cost.

In fin dei conti, si tratta di una questione di interpretazione giudiziale correttiva, fondata sugli artt. 1366, 1374 e 1375 c.c.⁽⁴⁰⁾. Del resto, a ben vedere è lo stesso principio di proporzionalità nei contratti⁽⁴¹⁾, i cui addentellati normativi si trovano sparsi, prima ancora che nella legislazione speciale⁽⁴²⁾, già nella trama del codice civile⁽⁴³⁾, ad imporre l'intervento giudiziale correttivo, al fine di ristabilire l'equilibrio negoziale⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, cit., p. 189 ss. Cfr. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, 2006, p. 35 ss., spec. p. 40, il quale, dopo aver ricordato i termini del dibattito dottrinale in merito alla nozione di integrazione del contratto, rileva «un'esigenza fondamentale, consistente nel rispetto, per quanto possibile, della volontà dei contraenti e del regolamento da essi predisposto e accettato, poiché, in caso contrario, vi sarebbe con tutta probabilità *sostituzione* di quelle patteggiamenti contrarie a principi inderogabili e non già *integrazione* del contratto, che è e rimane essenzialmente atto di autonomia privata».

Sulla funzione integrativa della correttezza v. A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, p. 335 ss., spec. p. 356, ove si sottolinea la funzione della buona fede «protettiva di tutti gli interessi in giuoco e quindi dell'affidamento che le parti ripongono nella realizzazione degli effetti dell'atto di autonomia e nel corretto comportamento di ogni partecipante all'accordo». In argomento, v. G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 211 ss. Sul punto v. però le riflessioni critiche di E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247 ss. In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Rep. Foro it.*, 2006, v. *Contratto in genere*, n. 98.

⁽⁴¹⁾ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., I, p. 376 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. artt. 3, 5° comma, l. n. 192/1998, 13, 5° comma, l. n. 431/1998, 8, 2° comma, d.lgs. n. 170/2004, 62, 1° comma, d.l. n. 1/2012 (conv. in l. n. 27/2012).

⁽⁴³⁾ Si pensi, ad esempio, agli artt. 763, 1123, 2° comma, 1448, 1584, 1° comma, 1660, 1° comma, 1668, 1° comma, 1907, 2872 c.c.

⁽⁴⁴⁾ La S.C. ha escluso la nullità per mancanza di causa in un caso di evidente squilibrio economico originario tra le prestazioni di un preliminare di vendita di quote di s.r.l. Secondo i giudici di legittimità, in questa ipotesi gli unici rimedi, ove ne ricorrano i presupposti, sono quelli della rescissione *ex* artt. 1447 o 1448 c.c., oppure dell'annullabilità *ex* art. 428 c.c., qualora il contratto sia stato stipulato da persone incapaci: Cass., 4 novembre 2015, n.

In quest'ottica, utili indicazioni provengono dalla giurisprudenza europea in tema di integrazione del contratto del consumatore a séguito della declaratoria di nullità delle clausole vessatorie.

In linea di principio, la Corte di giustizia dell'Unione europea si mostra contraria ad una correzione giudiziale del contratto in via equitativa⁽⁴⁵⁾; viceversa, essa ammette che il riequilibrio del rapporto a favore del consumatore possa affidarsi unicamente ad una integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ma solo nei casi in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad "annullare" (*rectius*, dichiarare nullo) l'intero contratto, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato⁽⁴⁶⁾.

22567, in *Giur. it.*, 2016, p. 835 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 151 ss., con nota di R. PARDOLESI (e di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*, *ivi*, I, c. 2505 ss.), ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503 ss., con nota di M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*. In assenza dei presupposti per la rescissione, una diversa lettura della fattispecie potrebbe suggerire una declaratoria di nullità per violazione dell'art. 1337 c.c. e conseguente rideterminazione del prezzo in via equitativa.

⁽⁴⁵⁾ V. Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, in *Contr.*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*; Corte giust., 30 maggio 2013, n. 488, in *leggiditalia.it*; Corte giust., 21 gennaio 2015, n. 482, in *leggiditalia.it*.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso v. Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26, in *Contr.*, 2014, p. 843 ss. [con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?*, *ivi*, p. 853 ss.], secondo cui: «L'art. 6, par. 1, della direttiva n. 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»; Corte giust., 3 marzo 2020, n. 125, in *Corr. giur.*, 2020, p. 556 ss.: «L'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che

In particolare, l'argomento fondante l'orientamento avverso dei giudici di Lussemburgo, è quello secondo cui «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti»⁽⁴⁷⁾. In realtà è proprio l'interesse del consumatore ad esigere un riequilibrio del rapporto in via di eterointegrazione giudiziale, quanto meno ove si tratti di salvare l'efficacia del contratto, a séguito della caducazione di una sua clausola essenziale, tutte le volte in cui manchi una disciplina dispositiva applicabile⁽⁴⁸⁾.

l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli».

In argomento, v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 48 ss., e S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, *ivi*, p. 84 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 266 ss. Da ultimo, v. S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, p. 155 ss.

⁽⁴⁷⁾ In questi termini, v. Corte giust., 14 giugno 2012, n. 618, cit., punto 69.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 78 ss. (con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, *ivi*, p. 70 ss.), che sembra aprire ad una eterointegrazione giudiziale pur in presenza di una disciplina dispositiva: «Rispetto al singolo contratto di assicurazione claims made non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo

In tal senso, del resto, sono nettamente orientati i principi *Unidroit* e i progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti⁽⁴⁹⁾. Se poi si considera che la violazione delle norme antitrust può ritenersi “attuazione” di una pratica commerciale scorretta⁽⁵⁰⁾, un ulteriore spunto di riflessione a favore

*il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Cfr. però, in senso critico, le osservazioni di S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss., il quale è favorevole alla integrazione del contratto soltanto mediante il diritto dispositivo esistente (ed abusivamente) derogato. Contro la tendenza giurisprudenziale a servirsi della nullità parziale ex art. 1419 c.c. per realizzare interventi sul contratto animati dall'obiettivo di ridefinirne il contenuto in funzione di riequilibrio dei relativi termini, v. F. PIRAINO, *Il «cantiere» delle nullità: B2C, bancarie e selettive. Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528 ss.*

In argomento, v. G. ROSSI, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Padova, 2018.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. l'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* (*gross disparity*), secondo cui «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio»; l'art. 4:109 dei PECL, a norma del quale «il giudice può, ove il rimedio sia inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. anche l'art. 7:207 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law -Draft Common Frame of Reference* (DCFR), intitolato «*Unfair exploitation*»: (1) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.* (2) *Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.* (3) *A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.*

In dottrina, cfr. V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *Documento di lavoro dei servizi della Commissione – Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, del 25 maggio 2016, in *eur-lex.europa.eu*, § 1.4.11.

dell'ammissibilità dell'intervento giudiziale è offerto dal nuovo art. 11-*bis* della direttiva n. 29/2005 CE⁽⁵¹⁾, secondo cui «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la *riduzione del prezzo* o la risoluzione del contratto (...)».⁽⁵²⁾

Ma come avviene questo processo di integrazione nel caso di abuso di prezzo?

Al riguardo, la discrezionalità del giudice è più limitata rispetto ad altre ipotesi, atteso che il suo intervento correttivo deve essere ancorato all'indagine, spesso già condotta dall'AGCM, sull'effettivo costo dei materiali e delle opere a carico dell'impresa "forte", al fine di individuare il "giusto corrispettivo" e, quindi, ristabilire l'equità del contratto.

Pertanto, nei contratti ad offerta monopolistica la proporzionalità delle condizioni contrattuali discende da un controllo amministrativo e/o giudiziale effettuato in relazione ai costi di produzione.

In altri termini, è la proporzionalità del prezzo del bene o del servizio offerto rispetto al costo di produzione ad identificare il parametro di correttezza dell'azione imprenditoriale in situazioni di mercato ove è assente un'offerta diversificata, cioè a dire una effettiva concorrenza.

Questo aggancio ai costi aziendali, diretti ed indiretti, al fine di stabilire l'equità delle condizioni contrattuali praticate alla clientela è quindi la chiave

⁽⁵¹⁾ Introdotta dall'art. 3 della direttiva n. 2161/2019 UE, cit.

⁽⁵²⁾ In un caso di abuso di prezzo da parte di una compagnia assicurativa, la Suprema Corte ha ipotizzato una «azione di riconduzione ad equità del corrispettivo» quale rimedio risarcitorio in forma specifica a fronte della responsabilità precontrattuale conseguente agli illeciti comportamenti (intese restrittive della concorrenza) che hanno inciso sulla determinazione dei premi assicurativi. Ciò in luogo di una dichiarazione di nullità delle clausole, con inserzione automatica di premi diversi, ai sensi dell'art. 1339 c.c., sul presupposto che il provvedimento dell'AGCM che accerta l'abuso di prezzo non può essere equiparato alle norme imperative in materia di prezzi: Cass., 11 agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, p. 1548, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti a valle dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*. Viceversa, per un'applicazione dell'art. 1339 c.c., con la possibilità che la clausola nulla venga sostituita da una clausola che riproduca quanto praticato su mercati in cui opera la concorrenza, v. M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit., p. 416.

di volta per stabilire se la condotta imprenditoriale si risolva in un abuso del potere di mercato⁽⁵³⁾.

Deriva che il prezzo stabilito unilateralmente dall'impresa in posizione dominante può essere ritenuto equo solamente a condizione che venga rispettato il principio di ragionevole proporzionalità di esso con i costi di produzione.

Il problema giuridico principale, al riguardo, è quello di stabilire la consistenza del margine di profitto ammissibile da parte dell'imprenditore, senza che esso si tramuti in un sovrapprofitto iniquo perché indice di un rapporto irragionevole tra il prezzo ed il costo di produzione.

Non è sostenibile, infatti, che l'imprenditore monopolista o quasi-monopolista debba, in ragione del suo potere di mercato, praticare prezzi che coincidano perfettamente con i costi di produzione, secondo lo schema dell'uguaglianza tra ricavo marginale e costo marginale, che contraddistingue il mercato perfettamente concorrenziale.

Si tratta di una questione destinata a rimanere insoluta se non attraverso il riferimento a ciò che accade di regola nei mercati concorrenziali, ma è ovvio che ciascuna impresa sostiene costi diversificati in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento e delle esigenze delle tipologie di clientela. Pertanto, il metodo del mercato di confronto (*Vergleichsmarkt*) non è più sicuro di quello della ragionevole proporzionalità delle condizioni contrattuali (prezzo) rispetto ai costi di produzione, al fine di stabilire l'equità dello scambio⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. AGCM, provvedimento n. 26185 del 29 settembre 2016, *Aspen*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. AGCM, provvedimento n. 10115 del 15 novembre 2001, *Veraldi/Alitalia*, in *Bollettino* n. 46/2001. Nel provvedimento AGCM n. 26185 – A 480, del 29 settembre 2016, cit., l'Autorità ha fatto riferimento alla soglia del 25% di eccesso dei ricavi sui costi, quale espressione di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante *sub specie* di *excessive pricing*, già individuata nel precedente europeo *Deutsche Post AG* (Commissione CE, COMP/C – 1/36.915, 25 luglio 2001. Osserva, in proposito il Tar Lazio, Roma, 26 luglio 2017, n. 8945, cit., § 7.3.2.1., che, «fermo restando le differenze sostanziali tra la posizione del monopolista legale tedesco e il caso di specie, l'Autorità non ha determinato l'eccessività dei prezzi a seguito di un mero riscontro matematico sul superamento di detta soglia ma, preso atto che un tasso significativamente più basso era stato ritenuto già sufficiente ad integrare il requi-

Quanto sopra osservato, ovviamente, non vale per le ipotesi in cui l'ini-
quità dei prezzi discende essenzialmente da comportamenti discriminatori
dell'impresa in posizione dominante, che pratica prezzi diversi per pre-
stazioni equivalenti. In questo caso, infatti, l'indagine condotta dal giudice
prescinde dalla rilevazione dei costi di produzione, incentrandosi piuttosto
sulla identità o meno dei caratteri dei beni o dei servizi offerti alla diversa
clientela⁽⁵⁵⁾.

sito della sproporzione, ha, a maggior ragione, confermato l'eccessività dei rialzi nei ricavi
notevolmente e significativamente maggiori». Cfr., *supra*, nt. 11.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Corte giust., 19 aprile 2018, n. 525, in *leggiditalia.it*.

