

DIRITTO CIVILE

VII e VIII settimana - II parte



TRACCE

I Tema: Il candidato, dopo aver esaminato nelle sue linee generali la cessione del contratto, illustri la disciplina relativa alla successione dei contratti nel caso di affitto e/o cessione d'azienda dandone concreta esemplificazione.

2. Traccia. Il candidato premetta brevi cenni sul contratto di leasing e sul suo inquadramento tecnico giuridico, esamini nello specifico la tutela giudiziaria accordata all'utilizzatore nel contratto di leasing finanziario.

3. Traccia: La responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di cose e di spedizione.

4. Traccia: La tutela del contraente più debole nel diritto della concorrenza con particolare riguardo agli accordi di franchising

5. Traccia: Le azioni di risarcimento del danno per violazioni Antitrust

I compito (o tema) : la successione del contratto di appalto nel caso di fallimento dell'imprenditore.

II compito (o tema): Il contratto di trasporto. Natura giuridica e disciplina. Trasporto gratuito e trasporto di cortesia. Differenze.

III Compitino (o tema) : Differenze fra contratto a favore di terzi, mandato e rappresentanza

Sommario Generale: 1. Il contratto di locazione; 2. Caso. Contratto di locazione non registrato (p.9). 3. L'affitto d'azienda (p. 16). 4. Il leasing (p.29) 5. Il leasing finanziario (p. 33) 6. Le azioni esperibili a tutela dell'utilizzatore (p. 37). 7. L'appalto privato (p.43). 8. Il subappalto (p.61). 9. Il contratto di trasporto (p.63). 10. Il Mandato (p.71). 11. Il Contratto di spedizione (p. 99) 12. Il contratto di franchising (p.118).13. Le violazioni Antitrust (p.139). 14. Le operazioni di concentrazione e il mercato rilevante

(p. 140). 15. L'accertamento delle violazioni (p.143). 16. Azioni risarcitorie ed illecito antitrust (p.159). 17. L'efficacia delle decisioni dell'Autorità nei giudizi follow on (p. 164). 18 Il danno Antitrust.

1. Il contratto di locazione in generale

La locazione (o affitto) è un contratto con il quale una parte si obbliga a far godere a un'altra una cosa, per un determinato periodo di tempo, a fronte di un corrispettivo, ovvero una somma di denaro. Se si tratta di cosa mobile (es. un'auto) si parlerà di nolo o noleggio, nel caso di cosa immobile (es. un'abitazione) si parlerà di locazione-conduzione. La locazione si distingue, inoltre, dal contratto di affitto, un particolare contratto attraverso il quale viene dato in godimento un bene esclusivamente a carattere produttivo, come un'azienda o un fondo da coltivare, ovvero un bene che presuppone l'esercizio di una attività da parte di chi lo riceve in uso.

Il contratto di locazione (o contratto di affitto) è il contratto con il quale un soggetto, detto locatore, si impegna a garantire il godimento di un bene a favore di un altro soggetto, detto locatario o conduttore, qualora il bene concesso in uso consista in una abitazione o altro bene immobile, il quale a sua volta è tenuto a versare periodicamente un determinato corrispettivo, detto canone, nonché a restituire nei tempi prestabiliti la cosa ricevuta in uso, avendo cura di restituirla nel medesimo stato in cui gli fu consegnata.

La natura e la forma del contratto di locazione

La locazione è un contratto di natura consensuale, ovvero per la sua conclusione, formalmente, è sufficiente il semplice scambio reciproco della manifestazione di consenso delle parti in ordine alla cessione in godimento di un bene mobile o immobile che sia. L'effettiva consegna del bene oggetto del contratto non è mai un elemento essenziale per il perfezionamento del contratto, che, quindi, già per il fatto dell'espressione del reciproco consenso delle parti è da intendersi valido; la consegna del bene è l'obbligazione principale che il locatore deve adempiere.

Il contratto di locazione ha forma libera, vale a dire che il codice civile che ne disciplina le regole e il contenuto, non richiede una forma contrattuale tipica e specifica. Le parti potrebbero anche accordarsi oralmente, o addirittura, come nel caso di locazione di beni mobili (es. un'auto), l'accordo si può dedurre anche dai cd. fatti concludenti, facendo cioè riferimento al particolare comportamento tenuto dalle parti.

Il contenuto e la durata del contratto di locazione [Torna su](#)

Non tutti i contratti di locazione immobiliare presentano il medesimo contenuto, poiché dipende dalla tipologia di contratto che le parti intendono di comune accordo porre in essere, in considerazione delle necessità sottostanti, della durata o del corrispettivo, elementi questi, dunque, che potranno variare da contratto a contratto.

La legge prevede, comunque, i principi cui il locatore ed il conduttore devono attenersi nella predisposizione del contratto, individuando modelli tipici tra cui le parti potranno scegliere in base alle proprie esigenze.

Si parlerà, dunque, di:

- contratti di locazione a canone libero;
- contratti di locazione a canone assistito;
- contratti di locazione ad uso transitorio;
- contratti di locazione a favore degli studenti universitari.

Nonostante le differenti tipologie di contratto, possono essere individuati, in generale, nel contratto di locazione determinati elementi tipici, ovvero:

- l'indicazione delle parti, il locatore ed il conduttore, con tutti i loro dati anagrafici;
- l'indicazione del bene dato in locazione, individuato anche catastalmente;
- un'apposita clausola con la quale il conduttore dichiara di aver ricevuto le informazioni e la documentazione, comprensiva dell'attestato, in ordine all'attestazione di prestazione energetica. In caso di mancata dichiarazione circa l'APE, locatore e conduttore sono soggetti al pagamento, in solido e in parti uguali, di una sanzione amministrativa (pagamento di una somma di denaro); il pagamento della sanzione amministrativa non esenta dall'obbligo di presentare la dichiarazione o la copia dell'APE entro 45 giorni.
- l'importo del canone di locazione annuale, con il riferimento alle modalità di pagamento mensile (il pagamento può avvenire anche in contanti ma solo entro i limiti massimi fissati per legge, si consiglia comunque l'utilizzo di mezzi di pagamento tracciabili);
- l'importo del deposito cauzionale, se previsto, la cd. caparra, ovvero quella somma che il conduttore consegnerà al locatore a garanzia di eventuali danni o in caso di mancato pagamento di canoni, la cd. morosità, somma che dovrà essergli restituita con gli interessi al termine della locazione;
- la durata del contratto;
- il riferimento alla suddivisione tra locatore e conduttore delle spese di ordinaria o straordinaria manutenzione o di piccola manutenzione e degli oneri accessori;

- i termini e la modalità per far valere la disdetta del contratto, ovvero l'atto con il quale una parte intende comunicare all'altra la propria volontà di non proseguire e/o non rinnovare il rapporto locativo in essere.

Quanto alla durata della locazione avente per oggetto immobili urbani per uso abitazione, la legge prevede che non possa essere inferiore a quattro anni. Se le parti hanno individuato una durata inferiore o hanno convenuto una locazione senza determinazione di tempo la durata si intende convenuta per quattro anni. Tale disposizione non si applica quando si tratti di locazioni stipulate per soddisfare esigenze abitative di natura transitoria, in base alle quali, ad esempio, il contratto potrà essere stipulato anche solo per la durata di un anno.

Quali sono gli obblighi del locatore

Il locatore deve:

- consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione: alla consegna la cosa locata deve risultare priva di vizi o difetti che sin dall'inizio ne limitino o non ne consentano del tutto l'uso pattuito; il locatore dovrà, quindi, prima di consegnare la cosa effettuare tutti i necessari accertamenti per verificare che sia in un buono stato, poiché la mancata verifica è motivo di colpa;
- mantenere la cosa locata in condizioni da servire all'uso convenuto: il locatore deve provvedere sempre, sino alla fine della locazione, alle necessarie riparazioni, di sua pertinenza, ovvero le opere di manutenzione straordinaria ed ordinaria, volte a garantire al conduttore un reale godimento del bene (come ad esempio nel caso della sostituzione della caldaia rotta affinché non vengano a mancare mai nell'abitazione il riscaldamento e o l'acqua calda); le opere di piccola manutenzione sono invece di competenza del conduttore;
- garantire al conduttore il pacifico godimento del bene durante la locazione: il locatore ha il dovere di provvedere a tutelare il conduttore dalle azioni di chi non si limiti ad una semplice ed immotivata opera di disturbo, ma pretenda di avere un diritto sulla cosa locata;
- provvedere alla registrazione del contratto nel termine di 30 giorni, dandone documentata comunicazione, nei successivi 60 giorni, al conduttore e all'amministratore del condominio (qualora l'immobile sia all'interno di un condominio), anche ai fini dell'ottemperanza agli obblighi di tenuta dell'anagrafe condominiale.

Quali sono gli obblighi e i diritti del conduttore? Torna su

Il conduttore deve:

- prendere la cosa in consegna e osservare la diligenza del buon padre di famiglia nel servirsene per l'uso determinato nel contratto o per l'uso che può altrimenti presumersi dalle circostanze: con l'attenzione e la cura tipiche dell'uomo medio, può utilizzare la cosa secondo l'uso cui è destinata e non può quindi effettuare innovazioni che ne mutino la destinazione o la natura, dovendo esercitare il suo diritto entro l'ambito delle singole e specifiche facoltà che risultano dal contratto o che comunque si desumono dalle circostanze esistenti al momento della stipula dell'accordo;
- corrispondere nei termini convenuti il corrispettivo: nella misura e con le modalità pattuite in contratto, il locatore deve pagare ogni mese puntualmente il canone di locazione al locatore, senza effettuare autoriduzioni o sospensioni di pagamento decise in via autonoma;
- restituire la cosa locata nello stato in cui l'ha ricevuta, in conformità della descrizione che ne sia stata fatta dalle parti, salvo il deterioramento o il consumo risultante dall'uso della cosa in conformità del contratto: alla scadenza della locazione il conduttore deve liberare l'immobile dalle proprie cose e restituire le chiavi al proprietario, permettendogli quindi di riprendere possesso del proprio bene, avendo cura di aver lasciato la casa nelle stesse condizioni e con gli stessi arredi (se presa in locazione ammobiliata) in cui l'aveva trovata, salvo il normale deterioramento che il bene possa avere avuto per il solo passaggio del tempo. Ad esempio, se l'immobile dato in locazione gli era stato dato imbiancato dal proprietario, dovrà farlo rimbiancare prima di andare via.

Il conduttore, può:

- in presenza di qualsiasi pattuizione diretta ad attribuire al locatore un canone superiore a quello contrattualmente stabilito, richiedere all'autorità giudiziaria, con azione proponibile entro 6 mesi dalla riconsegna dell'immobile locato, la restituzione di quelle somme versate che non erano dovute e che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto dalla legge per quella tipologia di contratto;
- qualora il locatore non abbia provveduto alla registrazione del contratto nel termine di 30 giorni, richiedere, con azione proponibile dinanzi all'autorità giudiziaria, che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto dalla legge per tale tipo di contratti.

Cosa si intende per opere di manutenzione straordinaria e ordinaria

- Le opere di manutenzione straordinaria sono quelle opere prevedibili su un lungo termine di uso della cosa e si qualificano per un notevole costo, ad esempio il rifacimento del manto di copertura del lastrico solare, la sostituzione della caldaia, il rinnovamento dell'ascensore.
- Le opere di manutenzione ordinaria sono, invece, quelle che fanno riferimento a lavori che vanno solitamente effettuati con cadenze prestabilite e sono interventi normali da effettuare sull'immobile, ad esempio la riverniciatura di porte o finestre, la sostituzione di singole tegole.
- Queste due categorie di opere sono, come detto, a carico del locatore.

Cosa si intende per opere di piccola manutenzione

Le opere di piccola manutenzione sono tutte quelle opere connesse all'uso stesso della cosa, non dipendenti dalla sua vetustà, che si caratterizzano per essere anche di lieve entità di costi e che si rendono necessarie durante il normale uso dell'immobile, come ad esempio la sostituzione di un vetro che si rompe, la riparazione di un pezzo di intonaco.

Questa tipologia di opere è a carico del conduttore.

Cosa si intende per oneri accessori?

Per oneri accessori si intendono generalmente le spese condominiali concernenti la manutenzione ordinaria dell'immobile di cui faccia parte anche l'abitazione locata ad uso abitativo, o, comunque, tutte le spese che comunemente fanno riferimento alla gestione ordinaria del condominio (vedi la scheda sulla ripartizione delle spese).

La legge individua alcuni oneri posti a carico del conduttore (come ad es. la spesa per il servizio di pulizia o per il funzionamento e l'ordinaria manutenzione dell'ascensore, delle utenze) ma l'elenco non è esaustivo, anche perché l'individuazione di tutte le eventuali spese afferenti alla gestione ordinaria di un condominio può essere particolarmente ampia e variabile.

Per ovviare all'incertezza il legislatore ha inteso elaborare delle tabelle di ripartizione degli oneri accessori che tuttavia mantengono un valore schematico, dal momento che la realtà può sempre implicare una casistica più differenziata di quella preventivata.

Sublocazione, cessione nel contratto, successione nel contratto

Il conduttore, salvo che non sia stato pattuito diversamente al momento della conclusione del contratto, ha facoltà di sublocare e cioè mettere temporaneamente la cosa locatagli nella disponibilità di un altro soggetto. Non può però sublocare totalmente l'immobile; infatti, salvo, patto contrario, ha facoltà di sublocarlo solo parzialmente, previa comunicazione al locatore con lettera raccomandata che indichi la persona del subconduttore, la durata del contratto e i vani sublocati. In questo caso non viene ad instaurarsi alcun rapporto diretto tra locatore e sub conduttore.

Il conduttore non può, invece, cedere il contratto a terzi senza il consenso del locatore; in tale caso la trasmissione della cosa locata è da intendersi in via definitiva e non più solo temporanea e quindi il conduttore originario è sostituito nel contratto da un altro soggetto che prenderà il suo posto, le sue funzioni e risponderà degli stessi obblighi previsti dalla legge e dal contratto nel quale subentra.

Si verifica poi la possibilità che un soggetto legato al conduttore possa subentrare nella sua posizione contrattuale qualora quest'ultimo sia venuto a mancare o siano intervenute vicende modificative del suo stato matrimoniale o di convivenza; in tal caso si parla di successione nel contratto.

In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, o il convivente more uxorio (colui o colei che vive insieme al conduttore come se fossero sposati), gli eredi e i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi.

In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di divorzio, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato a quest'ultimo attribuito dal giudice.

In caso di separazione consensuale, di nullità del matrimonio o di separazione di fatto, al conduttore succede l'altro coniuge, o il convivente more uxorio, se tra i due si sia così convenuto.

Il diritto per il convivente more uxorio di rimanere nell'immobile locato può essere riconosciuto solo se questi vi permane con la prole naturale nata dall'unione con il conduttore.

Morosità incolpevole

In relazione al pagamento del canone da parte del conduttore, la legge prevede i cosiddetti casi di morosità incolpevole ovvero situazioni di sopravvenuta impossibilità a provvedere al pagamento del canone locativo a ragione della perdita o consistente riduzione della capacità reddituale del nucleo familiare. In tali casi il conduttore ha diritto a ricevere dei contributi dal Comune.

Sono considerati casi di morosità incolpevole:

1. perdita del lavoro per licenziamento;
2. accordi aziendali o sindacali con consistente riduzione dell'orario di lavoro;
3. cassa integrazione ordinaria o straordinaria che limiti notevolmente la capacità reddituale;
4. mancato rinnovo di contratti a termine o di lavoro atipici;
5. cessazioni di attività libero-professionali o di imprese registrate, derivanti da cause di forza maggiore o da perdita di avviamento in misura consistente;
6. malattia grave, infortunio o decesso di un componente del nucleo familiare che abbia comportato o la consistente riduzione del reddito complessivo del nucleo medesimo o la necessità dell'impiego di parte notevole del reddito per fronteggiare rilevanti spese mediche e assistenziali.

Si accede ai contributi previa istanza al Comune di residenza. Sono necessarie le seguenti condizioni:

- un reddito I.S.E. non superiore ad euro 35.000,00 o un reddito derivante da regolare attività lavorativa con un valore I.S.E.E. non superiore ad euro 26.000,00;
- il conduttore è destinatario di un atto di intimazione di sfratto per morosità, con citazione per la convalida;
- il conduttore è titolare di un contratto di locazione di unità immobiliare ad uso abitativo regolarmente registrato (sono esclusi gli immobili appartenenti alle categorie catastali A1, A8 e A9) e risiede nell'alloggio oggetto della procedura di rilascio da almeno un anno;
- il conduttore ha cittadinanza italiana, di un paese dell'UE, ovvero, nei casi di cittadini non appartenenti all'UE, possiede un regolare titolo di soggiorno.

Il Comune verifica inoltre che il richiedente, ovvero un componente del nucleo familiare, non sia titolare di diritto di proprietà, usufrutto, uso o abitazione nella provincia di residenza di altro immobile fruibile ed adeguato alle esigenze del proprio nucleo familiare. Costituisce criterio preferenziale per la concessione del contributo la presenza all'interno del nucleo familiare di almeno un componente che sia: ultrasettantenne, ovvero minore, ovvero con invalidità accertata per almeno il 74%, ovvero in carico ai servizi sociali o alle competenti aziende sanitarie locali per l'attuazione di un progetto assistenziale individuale. L'importo massimo del contributo concedibile non può superare Euro 8.000.

Il Comune concede i contributi con priorità a:

- inquilini, nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di rilascio esecutivo per morosità incolpevole, che sottoscrivano con il proprietario dell'alloggio un nuovo contratto a canone concordato;

- inquilini la cui ridotta capacità economica non consenta il versamento di un deposito cauzionale per stipulare un nuovo contratto di locazione. In tal caso il comune prevede le modalità per assicurare che il contributo sia versato contestualmente alla consegna dell'immobile;
- inquilini che dimostrino la disponibilità del proprietario di a consentire il differimento dell'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile.

Nullità del contratto di locazione non registrato. Nota a Cass. Sez. Un., Civ. 9 ottobre 2017 n. 23601

2. Caso. Contratto di locazione non registrato

di Christian Romeo e Fiammetta Giuliani

Svolgimento della vicenda processuale

Con atto notificato in data 13 febbraio 2009, la signora M.D.A.E. intima alla M. S.r.l. lo sfratto per morosità in relazione a due immobili concessi in locazione ad uso commerciale con contratto sottoscritto in data 20 ottobre 2008 e registrato in data 4 novembre 2008. L'attrice lamentava il mancato pagamento del canone pari a Euro 5.500 risultante da un atto integrativo del contratto di locazione registrato in data 22 gennaio 2009, avendo ricevuto dal conduttore la minor somma di Euro 1200. Il contratto di locazione prevedeva un accordo integrativo in cui sarebbero stati indicati come dovuti due diversi canoni maggiorati rispetto a quello di Euro 1200. Il primo, pari a Euro 5500, avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso in cui una o entrambe le parti avessero proceduto alla registrazione dell'atto integrativo (adempimento assolto in data 22 gennaio 2009). Il secondo, di Euro 3500, sarebbe stato corrisposto dal conduttore in caso di omessa registrazione del medesimo accordo. Dal momento che l'accordo integrativo, contenente il maggior canone di Euro 5500, era stato registrato, la signora M.D.A.E. chiedeva alla società la differenza tra l'importo versato, pari a Euro 1200, e quello effettivamente dovuto, pari a Euro 5500.

In primo grado il Tribunale di Catanzaro dichiarava illegittimo l'accordo integrativo nella parte in cui prevedeva un aumento automatico del canone, maggiorato fino a Euro 5500, fissando, quindi, l'importo mensile dovuto a Euro 1200.

In secondo grado la Corte d'Appello di Catanzaro riquilificava la clausola contrattuale contenente il maggior canone mensile, non in termini di aumento automatico del canone, ma quale determinazione reale ed effettiva del canone di locazione e condannava, quindi, la società al pagamento delle differenze dovute tra il canone corrisposto e quello dovuto, pari a Euro 5500. Dopo aver escluso l'applicazione

dell'art. 13 comma 1 della L. 431/1998 alla fattispecie in esame, dal momento che il giudizio non verteva su un contratto di locazione ad uso abitativo, la Corte osservava che i due patti contenenti i diversi canoni non avrebbero potuto considerarsi che come un unico atto.

La M. S.r.l. proponeva ricorso per Cassazione. Per quel che qui interessa, la società deduceva la nullità delle pattuizioni di cui all'accordo integrativo alla luce dei principi di diritto affermati dalla sentenza n. 18213 del 17 settembre 2015 Cass. SS.UU. (riguardante fattispecie analoga, seppur relativa ad una locazione ad uso abitativo). In quella sede, infatti, era stata sancita la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, al di là e a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto.

La contro ricorrente, oltre ad evidenziare la correttezza dell'interpretazione operata dalla Corte d'Appello in relazione all'accordo integrativo, sottolineava come la L. n. 311 del 2004, art. 1 comma 346 permetta il ravvedimento dei contraenti che non abbiano registrato il contratto tempestivamente. Si sarebbe dovuta ammettere, quindi, la registrazione tardiva del contratto di locazione e tale sanatoria avrebbe dovuto avere efficacia ex tunc. Inoltre, sarebbe apparso errato il riferimento alle Sezioni Unite della Corte in tema di locazione abitativa. In quest'ultimo caso, infatti, la nullità del maggior canone non previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto è sanzionato con la nullità ai sensi dell'art. 13 L. n. 431 del 1998; norma, quest'ultima, riferibile solamente alle fattispecie di locazione ad uso abitativo e non applicabile al caso in esame.

Con ordinanza n. 16604 del 5 agosto 2016, sono stati trasmessi gli atti al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite. La questione posta all'attenzione della Corte consiste nel verificare se, nei contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione anche del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione debba farsi applicazione del principio affermato dalle Sezioni Unite (Cass. S.U., 17 settembre 2015, n. 18213) con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo in forza del quale l'esclusione di qualsivoglia efficacia sanante della registrazione tardiva vorrebbe impedire la possibilità per la parte, che in questo modo adduca apertamente la propria qualità di evasore fiscale, di invocare tutela giurisdizionale.

Locazione e obbligo di registrazione: i riferimenti normativi

La Cassazione, con la sentenza in esame, in prima istanza prende in esame il rapporto tra norme tributarie e norme civilistiche domandandosi se si possa considerare invalido il contratto che ponga in essere l'inadempimento di un obbligo tributario.

La Corte, distinguendo i contratti di locazione ad uso abitativo da quelli ad uso commerciale, tratta, in primo luogo, degli effetti del tardivo adempimento dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione, e poi, della tardiva registrazione del solo patto volto a occultare un canone maggiore nei casi in cui il contratto contenente il canone simulato sia stato previamente registrato.

Il quadro normativo di riferimento è talvolta disarmonico.

Viene in rilievo, innanzitutto, il D.P.R. n. 131/1986 (T.U. sull'applicazione dell'imposta di registro), che impone la registrazione dei contratti di locazione immobiliare, scritti e verbali, indipendentemente dall'ammontare del canone. Ai sensi dell'art. 17 del medesimo D.P.R. la registrazione deve essere effettuata entro trenta giorni dalla data dell'atto o dalla sua esecuzione in caso di contratto verbale. È ammessa, altresì, ai sensi dell'art. 76, comma 5 la possibilità di registrazione tardiva anche in caso di decadenza dell'azione di riscossione.

Quanto alle imposte sui redditi, con specifico riferimento ai contratti di locazione immobiliare, il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 41-ter stabilisce che in caso di omessa registrazione del contratto di locazione d'immobili, si presume l'esistenza del rapporto di locazione anche per i quattro periodi d'imposta antecedenti quello nel corso del quale è accertato il rapporto stesso.

L'art. 10, comma 4 dello Statuto dei diritti del contribuente prevede che le violazioni di disposizione di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto, esplicitando, così, il principio di non interferenza tra regole di diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica. Coerentemente, anche l'art. 10-bis del d.lgs. n. 128 del 5 agosto 2015 stabilisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di "sostanza economica" e finalizzati, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, a realizzare essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Dall'art. 20 del D.P.R. n. 131 del 1986 si desume il principio dell'autonomia dell'interpretazione fiscale del contratto rispetto alla sua interpretazione civilistica.

Si comprende, dunque, come sembrerebbe vigente nel nostro ordinamento il principio di non interferenza tra norma civilistica e norma tributaria: un inadempimento di un

obbligo tributario non sarebbe, quindi, in grado di incidere sulla validità o meno del rapporto giuridico.

In questo contesto, caratterizzato dall'assenza di disposizioni che sanciscono la nullità del rapporto giuridico elusivo di una norma tributaria si è posta, tuttavia, la questione se fosse configurabile una nullità virtuale del contratto di locazione per frode alla legge o per violazione di una norma imperativa, in caso di violazione di un obbligo tributario. La risposta della giurisprudenza maggioritaria è stata di negare valenza imperativa alla norma tributaria e riaffermare il principio di non interferenza tra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti. (tra le altre, Cass. Sez. 5, n. 11351 del 3 settembre 2001, n. 12128 del 28 settembre 2001, n. 5582 del 18 aprile 2002).

Tuttavia non sono mancati interventi legislativi che, da un lato, hanno previsto nullità testuali a tutela di obblighi tributati, dall'altro, hanno specificato gli effetti sul piano civilistico della mancata registrazione.

La prima novità è costituita dalla L. 9 dicembre 1998 n. 431, art. 13, comma 1 che, con riferimento ai contratti di locazione destinati ad uso abitativo, dispone la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione di immobili urbani superiore a quello risultante dal contratto di locazione registrato. Il legislatore, a distanza di poco tempo, è nuovamente intervenuto, con la L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1 comma 6, prevedendo la nullità di tutti i contratti di locazione qualora, ricorrendone i presupposti, non siano registrati.

Cass. S.U., 17 settembre 2015, n. 18213 e i contratti di locazione a uso abitativo

La Corte costituzionale, stante il sempre più riconosciuto principio di non interferenza tra la norma tributaria e quella civilistica, è stata più volte investita della questione di legittimità costituzionale delle ultime novità normative, volte, infatti, a riconoscere una rilevanza civilistica al difetto di registrazione.

In un primo momento, con riferimento alla riforma del 1998, la Corte (con ord. 242 del 2004) ha giustificato la nullità, prevista in caso di maggiorazione del canone di locazione, in virtù dell'esistenza di un principio di invariabilità soltanto in corso di rapporto del canone originariamente pattuito. In questo modo, quindi, si sarebbe sanzionato con la nullità solamente il patto occulto venuto in essere in corso di rapporto; diversamente, invece, sarebbe previsto in caso di patto occulto contestuale alla stipula del contratto di locazione, al quale, quindi, sarebbe riconosciuta piena validità. Soluzione, questa, che, oltre a sollevare numerosi problemi, elude la questione dei rapporti fra norme fiscali e civilistiche.

Allo stesso modo, la Corte Costituzionale si è più volte espressa con riguardo all'art. 1, comma 346, della L. n. 311 del 2004. In una prima pronuncia (ordinanza n. 420 del 2007) si afferma un importante principio secondo cui l'articolo sopra richiamato non introdurrebbe ostacoli al ricorso alla tutela giurisprudenziale, ma eleverebbe la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determinerebbe la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c. In altre due occasioni, la stessa Corte (Corte cost. ord. n. 389 del 19 novembre 2008 e n. 110 del 9 aprile 2009) ha rigettato la questione di legittimità non avendo, il remittente, adeguatamente individuato i motivi dell'ipotizzata irragionevolezza intrinseca della norma.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 18213 del 2015 hanno modificato radicalmente l'orientamento maggioritario secondo cui la nullità ex art. 13 comma 1 della L. 431/1998 deriverebbe da un presunto e mai dimostrato principio di immodificabilità del canone di locazione abitativa soltanto in corso di rapporto, ed escludendo quindi la stessa sanzione in caso di patto contestuale alla stipula del contratto. In questa occasione, con riferimento ad una locazione ad uso abitativo, viene sancita la "nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, al di là e a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto".

Il nuovo orientamento giurisprudenziale che sanziona con la nullità ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello previsto dal contratto, a prescindere dal momento in cui tale modifica si realizza, sembrerebbe volto non tanto a evitare una modifica del canone di locazione in corso di rapporto, quanto a scongiurare il rischio del fenomeno simulatorio sia in fase genetica del rapporto che in fase funzionale.

La Corte precisa inoltre che un tale accordo è nullo a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto: in altri termini si esclude l'efficacia sanante di un'eventuale registrazione tardiva. Infatti l'art. 13 della L. 431/1998 sanziona con la nullità non tanto la mancata registrazione dell'atto, quanto la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro. La registrazione tardiva, in quanto vicenda extranegoziale, risulterebbe inidonea a influire sulla validità dell'atto.

In questo modo la Corte chiarisce che la nullità prevista dall'art. 13 L. 431/1998 sanziona unicamente il patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre mantiene valido il contratto registrato e dovuto il canone apparente. In definitiva, quindi, l'atto contenente il maggior canone risulterebbe nullo per contrarietà a norma di legge (art. 13, comma 1, espressamente volto a impedire la sostituzione del canone apparente con quello reale convenuto con il patto occulto). Ma non solo. La Corte, infatti, riconosce nel caso di specie anche un'ipotesi di nullità virtuale: la causa concreta del negozio, infatti, sarebbe illecita,

essendo, questa, caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale e quindi insuscettibile di sanatoria.

Quindi, con riferimento ai contratti di locazione a uso abitativo si può concludere affermando che, se da un lato, la mancata registrazione dell'intero contratto, contenente il prezzo reale convenuto dalle parti fin dall'origine, comporta la nullità del rapporto ai sensi dell'art. 1 comma 346 della L. 311/2004, dall'altro, così come prevede la normativa tributaria, è possibile una registrazione tardiva (il cosiddetto ravvedimento operoso). Diversamente, invece, accade in caso di mancata registrazione del patto occulto contenente un maggior prezzo del canone previsto dal contratto già registrato. In questa ipotesi, infatti, la nullità della maggiorazione è giustificata, non solo dalla espressa previsione di una nullità testuale disposta ai sensi dell'art. 13 della L. 492/1998, ma anche, così come espresso dalla Corte Cassazione, dalla riconosciuta illiceità della causa concreta dell'operazione caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale. La sostituzione del prezzo stabilito nel contratto registrato con un canone maggiore connota la causa concreta del rapporto giuridico volta ad un chiaro e illecito vantaggio tributario e, quindi, insuscettibile di sanatoria anche con l'adempimento tardivo della registrazione.

Nella motivazione della sentenza del 2015, la Corte, inoltre, richiama l'attenzione sulla possibile introduzione nel nostro ordinamento, in materia di locazioni, del principio di interferenza tra norme tributarie e norme civilistiche. In particolare, prende posizione riguardo alla sanzione di nullità, prevista in caso di omessa registrazione, ai sensi della L. n. 311 del 2004.

E' convincimento del collegio che la nullità disposta in caso di omessa registrazione sia da intendere in termini di nullità sopravvenuta del contratto di locazione per mancanza di un requisito extraformale di validità.

In questo senso, dunque, si allontana da quelle elaborazioni dottrinali che, interpretando in senso del tutto atecnico il termine scelto dal legislatore, tenderebbero a limitare la portata della invalidità della norma. In questo senso, infatti, nessun dubbio deriverebbe dalla chiara lettera della disposizione normativa, risultando forzata ogni interpretazione che si discosti da essa e che ritenga il riferimento a tale invalidità un errore del legislatore.

In secondo luogo, la Corte ritiene che la norma, disponendo la sanzione in caso di omessa registrazione del contratto di locazione in termini di nullità – sanzione già prevista dalla L. n. 431 del 1998 con riferimento alle locazioni a uso abitativo – ne abbia ampliato l'ambito applicativo anche con riferimento alle locazioni a uso commerciale.

Si richiama, inoltre il dictum della Corte costituzionale del 2007 a mente del quale l'art. 1 comma 346, disponendo la nullità in caso di omessa registrazione dei contratti di locazione, avrebbe elevato la norma tributaria al rango di norma imperativa, la cui violazione determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c. La Corte di Cassazione sottolinea come il generico richiamo, operato dal giudice delle leggi, all'art. 1418 c.c. senza, quindi, un riferimento preciso ad alcun comma di tale articolo verrebbe in rilievo al fine di considerare la norma tributaria sull'obbligo di registrazione quale norma imperativa; come conseguenza si avrebbe la nullità dei contratti di locazione non registrati a prescindere dalla previsione di una nullità testuale. In questo modo, infatti, la Corte Costituzionale non ha ristretto la portata della norma al solo comma 3, e quindi alla nullità testuale, ma ne ha evidenziato la rilevanza anche ai fini del comma 1, nullità virtuale, elevando così la norma tributaria a norma imperativa.

Contratto di locazione ad uso non abitativo: i problemi interpretativi

Anche con riferimento ai contratti di locazione ad uso non abitativo, la Corte di Cassazione opera una distinzione. Si pone, innanzitutto, la questione della possibile sanatoria a seguito di una registrazione tardiva dell'intero contratto di locazione che contenga l'indicazione del canone reale, come voluto dalle parti fin dall'origine.

La normativa tributaria sembra offrire una risposta affermativa, ammettendo, così come per i contratti di locazione ad uso abitativo, la registrazione tardiva e riconoscendo ad essa una efficacia sanante ex tunc. Può pertanto concludersi che il contratto di locazione ad uso non abitativo contenente ab origine la previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto (e quindi in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004 art. 1 comma 346, ma sanabile in caso di sua tardiva registrazione, come consentito dalle norme tributarie. Il contratto non registrato in toto, infatti, è sconosciuto all'Erario dal punto di vista fiscale e nullo dal punto di vista civilistico in virtù di una testuale previsione normativa che sanziona l'invalidità al comportamento illecito consistente nell'inadempimento di un obbligo tributario. Sanata l'invalidità attraverso una registrazione tardiva, quello che rileva è l'oggettiva tardività dell'assolvimento dell'obbligo tributario; non si tratta, quindi, di un vizio genetico del rapporto, ma dell'inadempimento di un obbligo in relazione al quale può ricavarsi dal sistema la possibilità di un adempimento tardivo.

Diverso è il caso di un accordo simulatorio cui consegua la registrazione tardiva non dell'intero contratto ma del solo patto dissimulato volto ad occultare un canone maggiore.

Con riferimento ai contratti di locazione ad uso commerciale manca, infatti, una norma che, così come l'art. 13 della L. 1998 in materia di contratti di locazione ad uso abitativo, sanzioni con la nullità testuale ogni maggiorazione del canone di locazione. Quindi, sembrerebbe non essere prevista, in relazione alle locazioni non abitative, alcuna nullità dell'accordo di maggiorazione occulto del canone. Nonostante tale mancanza, è pacifico come un simile accordo riveli una chiara funzione di elusione fiscale e come, quindi, la sua causa concreta, intesa quale sintesi degli interessi che l'accordo è inteso a realizzare, sia a questa volta. La fattispecie della simulazione relativa del canone locatizio risulta, in questo modo, affetta da un vizio genetico attinente alla causa concreta del rapporto volta a eludere la norma tributaria sull'obbligo di registrazione. È l'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente che riconosce, tuttavia, a tale norma tributaria rango di norma imperativa e che, quindi, considera nulle quelle convenzioni negoziali che, oltre a violare in parte l'obbligo di registrazione, siano caratterizzate da una causa illecita per contrarietà a norma imperativa.

Si tratta, quindi, di una nullità virtuale e, quindi, insanabile ex art. 1423 c.c.. La possibilità di considerare il vizio della mancata registrazione un'ipotesi di nullità virtuale si deve al fatto che, così come evidenziato dalla Corte Costituzionale nel 2007, l'art. 1 comma 346 della L. 311/2004 faccia riferimento all'art. 1418 c.c. senza un richiamo specifico al comma 3 (nullità testuale), evidenziandone in questo modo in questo modo la rilevanza anche ai fini del comma 1 (nullità virtuale).

Si comprende dunque che, sia per i contratti di locazione ad uso abitativo che per quelli ad uso commerciale, la nullità in caso di omessa registrazione dell'accordo contenente il maggior canone deriva non dal mancato adempimento tributario (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare. Non si tratta, quindi, di mero inadempimento successivo alla stipula del rapporto ma di un vizio genetico, attinente alla causa concreta del negozio, e quindi nullo ai sensi dell'art. 1423 c.c.

La soluzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 23601 dispongono la nullità del patto contenente la maggiorazione del canone di locazione sia per violazione parziale dell'obbligo di registrazione, obbligo che dal 2004 ha assunto rango di norma imperativa, sia per illiceità della causa concreta del negozio, in quanto volta all'elusione fiscale. Si evidenzia la chiara finalità di elusione fiscale. Le parti, infatti, registrando in un momento successivo il reale ed effettivo canone mensile del contratto di locazione avrebbero ottenuto importanti sgravi fiscali. Il conduttore avrebbe così pagato un canone di gran lunga inferiore e il locatore avrebbe

pagato meno tasse. La nullità insanabile disposta in queste ipotesi vuole scongiurare il rischio di una sempre maggior diffusione di dette fattispecie di elusione fiscale. La Corte, tuttavia, non dispone la nullità dell'intero negozio, ma, così come previsto dall'art. 13 della legge del 1998 in materia di locazione ad uso abitativo, prevede la nullità limitata al solo patto occulto, mantenendo così in vita l'originale contratto di locazione. Si afferma, infatti, che tale nullità vitiatur sed non vitiat; con la conseguenza che il solo patto di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

3. Affitto d'azienda

di Vincenzo Conforti e Raffaele Caccavo

Per effetto della stipulazione del contratto di affitto d'azienda, il concedente - proprietario del bene - attribuisce l'intera gestione dell'azienda di cui è proprietario ad un soggetto terzo - affittuario - il quale, in conseguenza di ciò, si obbliga a "gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte" (artt. 2561 - 2562 c.c.).

1. Introduzione

Negli ultimi anni il contratto di affitto d'azienda si è rivelato uno strumento particolarmente utilizzato. Accanto allo scopo classico di consentire al concedente di ricavare un corrispettivo per l'esercizio della sua impresa da parte di terzi soggetti, l'affitto di azienda permette anche il conseguimento di ulteriori fini (gestione di una crisi, passaggio generazionale, affitto infragruppo, ecc.) senza il necessario e definitivo trasferimento del complesso aziendale. Tuttavia, a fronte di un impiego sempre crescente di tale istituto, le (poche) norme dettate dal legislatore, tanto civilistiche quanto fiscali, non sempre riescono a far fronte ai problemi sollevati dalla prassi operativa costringendo, non di rado, l'interprete ad una gravosa attività ermeneutica.

2. Principi civilistici

2.1. Premessa

L'ampia diffusione negli ultimi anni dell'affitto d'azienda è collegata al carattere 'non invasivo' dell'istituto che consente, in molti casi, il perseguimento di aspettative di carattere extrafiscale, evitando di ricorrere alle tradizionali 'operazioni straordinarie'.

Infatti, con l'affitto d'azienda, il concedente trasforma la struttura rischio-rendimento connaturata all'azienda con l'aspettativa, da un lato, di assicurarsi un rendimento periodico dell'investimento formalmente predeterminato e quindi certo, nella misura

del canone, e, dall'altro, di mantenere nel tempo il valore economico del complesso aziendale dato in gestione. Per converso, l'affittuario assume, invece, la responsabilità dell'esercizio di un'attività economica senza dover effettuare un investimento iniziale (BERTOLASO, BRESSAN). Malgrado gli interventi normativi sul fronte fiscale che ne hanno reso più gravosa l'utilizzazione, comunque l'affitto d'azienda mantiene tutt'oggi intatta la sua 'attrazione', grazie soprattutto alla duttilità ed alla idoneità a svolgere svariate funzioni e a costituire lo strumento negoziale più adeguato in relazione ad un vasto numero di situazioni economiche (TASSINARI).

Ci si riferisce, in particolare, alla norma antielusiva introdotta con l'art. 35, co. 10 quater, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (di cui si parlerà innanzi) finalizzata ad impedire la diffusione di comportamenti elusivi basati sul sistematico ricorso al contratto di affitto d'azienda, anziché a quello di locazione immobiliare, al solo fine di evitare il prelievo fiscale collegato alla disciplina delle imposte indirette gravanti sulle locazioni di fabbricati strumentali.

2.2. Inquadramento

Il contratto di affitto d'azienda è disciplinato dall'art. 2561 c.c. il quale, pur regolando l'usufrutto di azienda, si applica anche all'ipotesi di affitto in conseguenza del richiamo ad esso effettuato dall'art. 2562 c.c.

Ai sensi di tale norma, quindi, l'affittuario - al fine di garantire la conservazione dell'efficienza del 'sistema' aziendale - subentra nella pienezza dei rapporti facenti capo al concedente ed acquisisce prerogative di godimento e di disposizione sostanzialmente equivalenti a quelle del proprietario giacché estese non solo sulle dotazioni di scorte (c.d. capitale circolante) ma anche sugli impianti aziendali (c.d. capitale fisso. V. FERRARI, AULETTA, CIAN-TRABUCCHI).

Oggetto del contratto di affitto è una azienda, considerata come il complesso unitario di tutti i beni mobili e immobili, materiali e immateriali concessi in godimento, in quanto organizzati unitariamente per la produzione di beni e servizi (In tal senso, Cass. Civ., sentenza 7 novembre 1983, n. 6572). Tra l'altro, perché si abbia affitto d'azienda non necessariamente occorrono tutti gli elementi che normalmente la costituiscono, ben potendo alcuni di essi - specie quelli immateriali, quale l'avviamento - mancare oppure non essere funzionanti al momento del sorgere del contratto purché il loro difetto non comprometta l'unità economica del complesso affittato e la sua potenzialità produttiva (QUATTROCCHIO).

Vedi Cass. Civ., sentenza 7 ottobre 1975, n. 3178. Come ha meglio chiarito la Suprema Corte in pronunce successive, la ricorrenza di un contratto di affitto d'azienda postula

(solo) la potenziale attitudine di tale complesso a realizzare la finalità economica cui è destinato, e non anche, quindi, l'esistenza di una concreta produzione in atto, né la qualità di imprenditore del concedente (Cass. Civ., sentenza 28 novembre 1981, n. 6361. In senso conforme: Cass. Civ., sentenza 6 aprile 1983, n. 2420; Cass. Civ., sentenza 9 marzo 1984, n. 1640; Cass. Civ., sentenza 17 dicembre 1984, n. 6617). In dottrina: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, pag. 1322.

2.3. Le norme applicabili. I confini tra affitto d'azienda e locazione di immobile

All'affitto d'azienda si applicano gli artt. 2112 (mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda), 2557 (divieto di concorrenza) e 2558 c.c. (successione nei contratti). Non sono, invece, applicabili gli artt. 2559 (crediti relativi all'azienda ceduta) e 2560 c.c. (debiti relativi all'azienda ceduta), salvo diversa pattuizione (COTTINO).

Al contratto 'de quo' sono applicabili anche numerose norme della disciplina generale dell'affitto. Il riferimento è agli artt. 1616-1627 c.c. (con la sola esclusione degli artt. 1621 e 1625 c.c. V. CIAN – TRABUCCHI). Si afferma che il coordinamento tra la disciplina dell'art. 2561 c.c. e la disciplina generale dell'affitto deve avvenire sulla base dei seguenti principi: le disposizioni degli artt. 2562-2561 c.c., in quanto norme speciali riguardanti l'affitto d'azienda, prevalgono in caso di contrasto sulla disciplina generale, salvo che si tratti di disposizioni specificamente legate alle caratteristiche dell'usufrutto d'azienda ed incompatibili con quelle del suo affitto; nel qual caso si deve ricorrere ai principi generali in materia di affitto (CIAN – TRABUCCHI, LATELLA. Negli stessi termini anche Cass. Civ., sentenza 28 gennaio 2002, n. 993).

In base a quanto disposto dall'art. 2555 c.c., l'azienda può essere composta sia di soli beni mobili, sia di beni mobili ed immobili. Nel caso in cui l'azienda concessa in affitto si componga anche di immobili, per stabilire se le parti abbiano voluto stipulare un contratto di locazione d'immobile oppure d'affitto d'azienda, il giudice deve procedere ad una duplice indagine, interpretando, da un lato, la comune intenzione delle parti contraenti, prescindendo dalle espressioni dalle stesse usate per qualificare il rapporto, e, dall'altro, avendo riguardo all'obiettiva consistenza dei beni dedotti in contratto (Cass. Civ., sentenza 28 novembre 1981, n. 6361. Conformi: Cass. Civ., sentenza 7 novembre 1983, n. 6572; Cass. Civ., sentenza 15 ottobre 2002, n. 14647).

2.4. La forma

Come esplicitamente previsto dall'art. 2556 c.c., i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere solo provati per iscritto (c.d. forma ad probationem). Si ritiene che la scelta di non imporre la forma scritta per la validità del contratto sia da attribuire ad esigenze di celerità e speditezza dei rapporti commerciali. FERRARA, CORSI, COLOMBO, CASANOVA, SPADA.

In giurisprudenza: Cass. Civ., sentenza 3 aprile 1993, n. 4053; Cass. Civ., sentenza 23 agosto 1990, n. 8618.

Ciò non toglie, tuttavia, che, in ragione della natura dei singoli beni che compongono l'azienda (ad esempio beni immobili o mobili registrati), o della particolare natura del contratto da cui origina il trasferimento (ad esempio donazione), una particolare forma (scritta o pubblica, rispettivamente, nei due casi prospettati) possa esser richiesta per la validità dello stesso contratto (c.d. forma ad substantiam. V. RUGGIERO - TONDO). Il secondo comma del citato art. 2556 c.c. precisa che i contratti in esame, "in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante".

La dottrina prevalente sostiene che la forma qui stabilita può essere qualificata come ad regularitatem o 'integrativa', nel senso che alla forma scritta, richiesta ad probationem, si aggiunge quella autentica, richiesta ai fini dell'iscrizione. Ciò, di conseguenza, implica che, malgrado atto pubblico e scrittura privata autenticata non siano imposti a pena di nullità, gli stessi, comunque, costituiscono forma obbligata in funzione dell'iscrizione che è certamente adempimento obbligatorio. (PASQUALIS, CERRAI, SPADA). In giurisprudenza: Tribunale di Livorno, sentenza 9 giugno 1997, in Notariato, 1997, pag. 247.

2.5. Gli obblighi per le parti

La stipula di un contratto d'affitto d'azienda impone degli obblighi sia in capo al concedente sia in capo all'affittuario. Gli obblighi per il concedente possono essere fondamentalmente individuati nella consegna dell'azienda all'affittuario secondo le caratteristiche pattuite nel contratto d'affitto in modo che essa possa servire all'uso ed alla produzione a cui è destinata (art. 1617 c.c.) e nel divieto di concorrenza per tutta la durata dell'affitto (art. 2557, co. 4 c.c.). La consegna dell'azienda secondo le caratteristiche pattuite in modo che possa servire alla funzione a cui è destinata e il divieto di concorrenza sono obblighi inderogabili (Sul punto: GAZZONI, Op. Cit., pag. 1325). Maggiori sono i vincoli in capo all'affittuario e sono riassunti nell'art. 2561, co. 1 e 2 c.c. Ai sensi dell'art. 2561, co. 1 c.c., l'affittuario deve esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue, onde evitare il depauperamento dell'avviamento commerciale dell'azienda e, di conseguenza, un danno nei confronti del nudo proprietario. L'istituto de quo consente, dunque, all'affittuario di acquistare la qualità di imprenditore di un'azienda che non è di sua proprietà, ma che deve conservare al nudo proprietario nella sua destinazione, funzionalità, identità e capacità di richiamo della clientela. (Sul punto: BONFANTE, COTTINO.)

In base al comma 2 della medesima norma, l'affittuario, altresì, deve gestire l'azienda nella prospettiva di tutelare l'interesse del nudo proprietario a non vedere ridotta l'efficienza del complesso aziendale, in vista di un ritorno nella posizione di imprenditore. A tale scopo si ritiene che egli abbia l'obbligo non solo di ricostruire ma anche trasformare ed eventualmente alienare le scorte di materie prime e di prodotti finiti, nonché di sostituire gli impianti non più efficienti o tecnicamente superati e, in genere, tutti gli elementi aziendali la cui sostituzione è in linea con la prospettiva di conservazione dell'avviamento. Illegittimo è, di conseguenza, ogni mutamento nella composizione dell'azienda che ne pregiudichi l'avviamento o ne modifichi l'identità.

2.6. La successione nei contratti

La norma di cui all'art. 2558 c.c. - dettata in materia di cessione di azienda e ritenuta comunemente applicabile anche all'affitto di azienda - pone il principio, derogabile volontariamente, del trasferimento ex lege dei contratti aziendali a prestazioni corrispettive non ancora completamente eseguite da entrambe le parti e che non abbiano carattere personale (ARICO').

Questa disciplina si sovrappone a quella generale in materia di cessione del contratto ed a quella speciale dettata eventualmente per i singoli contratti trasferiti. In deroga alle regole generali di cui agli artt. 1406 e ss. c.c., il subingresso avviene automaticamente ed è efficace nei confronti del terzo contraente senza che questi debba accettarlo o che sia necessario dargliene comunicazione (Cass. Civ., 14 maggio 1997, n. 4242. Negli stessi termini: Cass. Civ., sentenza 8 giugno 1994, n. 5534).

2.7. La cessazione dell'affitto e differenza tra consistenze d'inventario

L'art. 2561, co. 4 c.c. riconosce all'affittuario al termine del contratto, per effetto dell'art. 2562 c.c., l'indennizzo in danaro corrispondente alla differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio ed alla fine del rapporto sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto. Per il calcolo della differenza delle consistenze di inventario deve farsi riferimento alla data di cessazione del contratto di affitto e non a quella di effettivo rilascio dell'azienda (Cass. Civ., sentenza 24 agosto 1998, n. 8364). Ai fini di detta verifica è necessario, pertanto, l'esistenza in concreto di un inventario iniziale (Cass. Civ., sentenza 28 gennaio 2002, n. 993).

Nessun compenso, invece, è dovuto all'affittuario per l'eventuale sviluppo dell'avviamento, anche se determinato dalla sua attività. Invero, l'avviamento non può farsi rientrare tra le 'consistenze' (materiali o immateriali) dell'azienda e non fruisce, perciò, dell'indennizzo ex art. 2561, co. 4 c.c. previsto solo per gli incrementi delle 'consistenze' prodotti dall'affittuario (Cass. Civ., sentenza 20 aprile 1994, n. 3775).

3. Profili fiscali

3.1. Le imposte dirette. Inquadramento: la tassazione dei canoni di affitto

Il regime di tassazione dell'affitto d'azienda è piuttosto articolato e le problematiche fiscali ad esso collegate riflettono, in gran parte, quelle riguardanti i profili contabili dell'operazione. Ai fini delle imposte dirette, occorre distinguere l'ipotesi in cui il concedente sia un soggetto che, a seguito della stipulazione del contratto di affitto, perde la qualifica imprenditoriale dall'ipotesi in cui il concedente sia un soggetto che, dopo aver concesso in affitto l'azienda, prosegue un'attività imprenditoriale (E' il caso dell'imprenditore individuale che concede in locazione l'unica azienda. A questa situazione può essere parificata quella del soggetto che, pur essendo proprietario di azienda, non ha mai posseduto lo 'status' di imprenditore, ad es. l'erede).

Nel caso di affitto dell'unica azienda dell'imprenditore individuale, i redditi da questi prodotti configurano 'redditi diversi', ex art. 67, co. 1, lett. h) del TUIR ed esulano dal regime del reddito d'impresa. Ai sensi dell'art. 71, co. 2 del TUIR, il reddito imputabile all'ex imprenditore è pari alla differenza positiva tra l'ammontare percepito nel periodo d'imposta e le eventuali spese sostenute per il mantenimento del complesso aziendale. L'imputazione del reddito deve avvenire in base al criterio di cassa e, quindi, tenendo conto dei soli canoni effettivamente percepiti nel periodo d'imposta, dedotte le spese come sopra individuate.

Nel caso in cui il concedente sia costituito in forma di società commerciale (di persone o di capitali) o sia un imprenditore persona fisica titolare di una pluralità di aziende, la qualifica di imprenditore non viene meno per effetto dell'affitto dell'azienda. Ne consegue che il canone percepito dal concedente nell'esercizio d'impresa, al pari di tutti i componenti reddituali rilevati nel corso del contratto di affitto, viene attratto nella disciplina propria del reddito d'impresa, sia ai fini delle imposte dirette che dell'Irap. Tali disposizioni trovano applicazione anche nel caso in cui l'azienda data in affitto sia l'unica posseduta dall'impresa collettiva. Infatti, ai sensi degli artt. 6, co. 3 ed 81, co. 1 del TUIR, rispetto alle società di persone e di capitali, così come agli enti commerciali residenti nel territorio dello Stato, la qualifica imprenditoriale, ai fini delle imposte sui redditi, si presume ed impedisce di configurare eventuali 'redditi diversi'.

Si segnala, tuttavia, che, secondo la Corte di Cassazione, la società che concede in affitto la sua unica azienda, dal momento in cui inizia la decorrenza del contratto di affitto, non può più beneficiare della deducibilità degli interessi passivi relativi all'attività commerciale svolta prima della concessione in affitto dell'azienda, in quanto occorre sempre e comunque un collegamento tra reddito d'impresa e componente negativo deducibile (Cass. Civ., sentenza 29 marzo 2006, n. 7292).

In relazione all'affittuario, invece, non si pongono particolari problemi. Per effetto del contratto di affitto, infatti, questi acquista la qualifica di imprenditore e, conseguentemente, i componenti reddituali negativi dallo stesso sostenuti rilevano secondo i criteri propri del reddito d'impresa; pertanto, i canoni corrisposti per l'affitto dell'azienda, in quanto costi per godimento di beni di terzi, sono deducibili dal reddito d'impresa secondo gli ordinari criteri di competenza stabiliti dall'art. 109 del TUIR.

3.2 Il trattamento dei beni ammortizzabili

La disciplina fiscale dell'ammortamento dei beni compresi nell'azienda data in affitto è configurata nell'art. 102, co. 8 (beni materiali) del TUIR, richiamato dall'art. 103, co. 4 (beni immateriali) del TUIR medesimo. Essa è direttamente collegata alla normativa civile dell'ammortamento dei beni contenuta nell'art. 2561 c.c. (così come richiamato dall'art. 2562 c.c.) in base al quale compete all'affittuario l'onere di conservare l'efficienza dell'azienda, pur potendo le parti derogare a tale principio, mantenendo in capo al locatore detto onere.

Sulla base di tale premessa, il TUIR delinea una diversa disciplina a seconda del fatto che si sia derogato o meno all'art. 2561 c.c. (BERTOLASO, BRESSAN).

3.2.1. Assenza di deroga contrattuale all'art. 2561 c.c.

Nell'ipotesi di assenza di deroga contrattuale, l'art. 102, co. 8 del TUIR prevede la deducibilità delle quote di ammortamento dei beni d'azienda data in affitto dal reddito dell'affittuario. Per effetto di ciò si determina il superamento della regola secondo cui l'ammortamento di un bene risulta subordinato al verificarsi delle due condizioni coesistenti in capo allo stesso soggetto della proprietà (o di altro diritto reale) e dell'utilizzo diretto del bene strumentale (Cass. Civ., sentenza 24 gennaio 2001, n. 997. Conforme: Cass. Civ., sentenza 15 gennaio 2007, n. 675). Invero, come da più parti è stato sostenuto (AULETTA, TEDESCHI), sarebbe ingiusto riconoscere al concedente il diritto alla continuazione degli ammortamenti per beni di cui, in conseguenza dell'affitto d'azienda, non ha più la disponibilità.

L'Amministrazione finanziaria ha chiarito che l'affittuario si sostituisce al concedente nelle relative "posizioni fiscali" riferibili agli elementi patrimoniali trasferiti, con la conseguenza che i relativi valori fiscali formati in capo al concedente risultano attratti nella sfera giuridico-tributaria dell'affittuario (Risoluzione Agenzia Entrate 5 novembre 2008, n. 424/E). Pertanto, dalla data di decorrenza del contratto di affitto, fanno capo all'affittuario le spese di manutenzione dei cespiti, nonché gli stanziamenti al fondo di reintegrazione del valore degli impianti. Simmetricamente, ai fini fiscali, le quote di ammortamento, durante il periodo di esecuzione del contratto, vengono dedotte dall'affittuario e non dal concedente secondo il piano di ammortamento predisposto originariamente dal secondo.

Ai sensi dell'art. 102, co. 8 del TUIR, la deduzione delle quote di ammortamento del reddito d'impresa dell'affittuario presuppone la regolare tenuta del registro dei beni ammortizzabili (ovvero il libro degli inventari di cui all'art. 2217 c.c. o, per le imprese minori di cui all'art. 66 del TUIR, il registro degli acquisti tenuto ai fini Iva) da parte dell'affittuario, in conformità alle risultanze del registro del concedente, nonché la commisurazione delle quote di ammortamento al costo originario dei beni "quale risultante della contabilità del concedente". Nel caso in cui il concedente non abbia tenuto regolarmente il registro dei beni ammortizzabili, è consentita la deduzione delle quote di ammortamento da parte dell'affittuario fino a concorrenza del costo non ancora ammortizzato dal concedente, considerando dedotto il 50 per cento delle quote relative al periodo di ammortamento già trascorso.

Coerentemente a tali principi, qualora vi siano regimi che consentono la rivalutazione dei beni d'impresa, l'affittuario sarà legittimato ad effettuare anche la rivalutazione (Circolare Agenzia Entrate 18 giugno 2001, n. 57/E, par. 1.1.).

3.2.1.1 Il fondo ammortamento dell'affittuario

Due sono le interpretazioni offerte per l'inquadramento contabile degli ammortamenti effettuati dall'affittuario. In base ad una prima tesi 'sostanzialista', occorre fare riferimento alla reale disponibilità dell'azienda. Pertanto, poiché per effetto della stipulazione del contratto l'affittuario assume il controllo effettivo dell'impresa, tutte le attività e le passività devono essere inserite nella sua contabilità generale come beni di proprietà. Di conseguenza, anche l'ammortamento dei beni deve avvenire secondo l'ordinaria procedura di attribuzione della quota di ammortamento a fondo ammortamento (Circolare Assonime 10 maggio 2000, n. 34).

Secondo, invece, un altro orientamento 'formalista' (e che trova come suo sostenitore anche l'Erario), i beni possono essere iscritti nel bilancio solo quando si realizza anche il passaggio della proprietà, con la conseguenza che, nel caso dell'affitto d'azienda senza deroga al regime ex art. 2561 c.c., l'affittuario deve utilizzare esclusivamente i conti d'ordine. Il fondo costituito dall'affittuario come contropartita delle quote di ammortamento dedotte durante il periodo di locazione è un fondo anomalo, in quanto esso non ha natura rettificativa di valori patrimoniali iscritti nell'attivo del bilancio, bensì rappresenta gli accantonamenti effettuati dall'utilizzatore per reintegrare l'eventuale perdita di valore subita dai beni aziendali durante il periodo di affitto in conseguenza del loro deperimento e consumo che dovrà essere reintegrata a vantaggio del proprietario dell'azienda (Nota DRE Emilia Romagna, 7 ottobre 1996, n. 42029. In dottrina: ABRITTA, CACCIAPAGLIA, CARBONE, DE FUSCO, SIRIANNI).

Malgrado il dibattito sull'argomento sia tuttora aperto, costituisce prassi consolidata l'iscrizione dei beni compresi nell'azienda ceduta in affitto nei soli conti d'ordine del bilancio dell'affittuario e conseguente ammortamento con attribuzione quota a fondo accantonamento. Tale condotta, peraltro, troverebbe conferma anche alla luce dei principi contabili internazionali (Ias-Ifrs. V. PUCCI, SCAPPINI).

La tesi 'formalista' non convince pienamente sia perché, se il fondo avesse natura di accantonamento, in base ai principi generali, lo stesso non potrebbe essere portato a rettifica del valore dei beni oggetto di affitto in capo al concedente alla scadenza del contratto, sia perché l'interruzione degli ammortamenti in capo al concedente si pone in contrasto con il principio di sistematicità degli ammortamenti ex art. 2426, n. 2 c.c. Per proposte alternative si rinvia anche a SALVATORE.

3.2.1.2 Il conguaglio finale corrisposto al concedente

L'applicazione dell'art. 2561 c.c. comporta per l'affittuario, da un lato, l'obbligo di conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti, effettuando gli investimenti e le manutenzioni (anche straordinarie) necessarie al perseguimento dell'obiettivo indicato, e, dall'altro, la configurazione, alla cessazione del contratto di affitto, di una posizione creditoria (o debitoria) nei confronti del concedente, visto che i beni immessi dall'affittuario, che determinano "differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio ed al termine dell'usufrutto", devono essere ricondotti ad una valutazione "sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto" (art. 2561, co. 4 c.c.). Alla scadenza del contratto di affitto d'azienda, l'affittuario riconosce al concedente un conguaglio in danaro quantificato in funzione della differenza di valore dell'azienda all'inizio e alla fine del rapporto.

Va, peraltro, opportunamente evidenziato che in tale fase le somme accantonate nel fondo costituito dall'affittuario non si identificano necessariamente con l'ammontare del conguaglio. Infatti, come chiarito dalla stessa Amministrazione finanziaria, ai fini fiscali rilevano le possibili sopravvenienze che emergono qualora l'ammontare delle quote accantonate nel 'fondo anomalo' nel corso del rapporto contrattuale siano insufficienti a coprire il conguaglio (sopravvenienza passiva per l'affittuario), oppure l'ammontare delle quote accantonate nel 'fondo anomalo' nel corso del rapporto contrattuale superino il conguaglio da corrispondere (sopravvenienza attiva per l'affittuario. V. Nota DRE Emilia Romagna, 7 ottobre 1996, n. 42029). Tali sopravvenienze saranno rispettivamente deducibili o tassabili in capo all'affittuario e tassabili o deducibili nei confronti del concedente (LEO).

Nel caso in cui il concedente abbia perso la qualifica di imprenditore, il conguaglio in danaro percepito al termine del contratto dovrà essere considerato reddito diverso ex

art. 67, lett. h) del TUIR, in quanto connesso all'affitto o alla concessione in usufrutto di azienda, tassabile nell'anno di percezione.

3.2.1.3 La prosecuzione degli ammortamenti fiscali da parte del concedente

Al termine del contratto di affitto, il concedente, laddove decida di continuare l'attività, dovrà proseguire dagli stessi valori fiscali rilevati in capo all'affittuario (LEO. Sul versante dell'Amministrazione finanziaria: Nota DRE Emilia Romagna, 7 ottobre 1996, n. 42049; Risoluzione Agenzia Entrate, 5 aprile 2002, n. 909-16127/2002).

Si pongono problemi nell'ipotesi in cui le parti, pur non derogando all'art. 2561 c.c., prevedano che non sia dovuto alcun conguaglio finale. In tale circostanza, per l'affittuario si deve ritenere ammissibile comunque la deduzione fiscale degli ammortamenti, ai sensi dell'art. 102, co. 8 del TUIR. In occasione della riconsegna dell'azienda al concedente, però, l'assenza di conguaglio determinerà in capo all'affittuario una sopravvenienza attiva interamente tassata nel periodo di cessazione del contratto (Nota DRE Emilia Romagna, 7 ottobre 1996, n. 42049).

Il soggetto concedente, dal canto suo, dedurrà nell'esercizio di riconsegna un importo pari alla sopravvenienza attiva tassata in capo all'affittuario per effetto del mancato utilizzo del fondo di ripristino. Detto importo va qualificato come sopravvenienza passiva ai sensi dell'art. 101, co. 4, del TUIR che consente la deduzione dei costi relativi alla sopravvenuta insussistenza di attività iscritte in bilancio in precedenti esercizi, diverse da quelle di cui all'art. 87 del TUIR.

Ai sensi dell'art. 101, co. 4 del TUIR si considerano sopravvenienze passive: a) il mancato conseguimento di ricavi o altri proventi che hanno concorso a formare il reddito in precedenti esercizi; b) il sostenimento di spese, perdite od oneri a fronte di ricavi o altri proventi che hanno concorso a formare il reddito in precedenti esercizi; c) la sopravvenuta insussistenza di attività iscritte in bilancio in precedenti esercizi diverse da quelle di cui all'articolo 87, vale a dire le partecipazioni che possiedono i requisiti per l'esenzione e che possono dar luogo a plusvalenze esenti. Vi è da notare che la scelta di rendere in tutto o in parte indeducibili i componenti negativi, realizzati su partecipazioni con i requisiti per l'applicazione della participation exemption, trova la propria ratio nella costruzione di un sistema coerente tra vantaggi (esenzione in caso di realizzo di plusvalenze) e svantaggi (indeducibilità nel caso di realizzo di minusvalenze).

3.2. Presenza di deroga contrattuale all'art. 2561 c.c.

Il legislatore, con l'art. 102, co. 8, ultimo periodo, del TUIR ha anche previsto che le parti del rapporto contrattuale, in ossequio al principio di autonomia negoziale ex art.

1322 c.c., possano escludere o limitare i diritti e gli obblighi connessi all'affitto d'azienda, attraverso deroghe agli effetti automatici del contratto di affitto con l'inserimento di apposite clausole nel corpo del contratto che escludano l'applicazione dell'art. 2561, co. 2 c.c.

La configurazione di tali deroghe presuppone la non piena disponibilità del bene da parte dell'affittuario e, coerentemente, comporta il mantenimento del diritto di deduzione degli ammortamenti in capo al concedente. Infatti, il diritto di ammortamento, essendo connesso al diritto di disposizione piena del bene, richiede sempre un potere di gestione incondizionato da parte di chi lo eserciti, con la conseguenza che ogni limitazione al detto 'potere gestorio' automaticamente determina la perdita del diritto di ammortamento.

La presenza della deroga comporta che la deduzione fiscale delle quote di ammortamento dal reddito d'impresa viene operata dal concedente, a condizione, tuttavia, che questi abbia conservato la qualità di imprenditore anche dopo avere ceduto l'azienda data in affitto. In caso contrario, infatti, il concedente non genera più reddito d'impresa, con la conseguenza che l'ammortamento risulta precluso ed il deperimento dei beni facenti parte dell'azienda nel periodo di esecuzione del contratto assume rilevanza fiscale soltanto all'atto dell'eventuale successiva cessione dell'azienda stessa, in forma di minor plusvalenza tassabile.

3.3 La cessione dei beni da parte dell'affittuario

La cessione dei beni rientranti nell'ambito di un contratto di affitto d'azienda presenta alcune problematiche ad oggi non ancora pienamente risolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È forse anche per questo motivo che, nella maggior parte dei casi, nel contratto di affitto viene prevista la restituzione del bene che si intende cedere o dismettere al proprietario-concedente in modo tale che sia quest'ultimo a procedere alla cessione realizzando l'eventuale plusvalenza o minusvalenza.

Infatti, nel caso in cui, invece, sia l'affittuario a procedere alla cessione del bene rientrante nell'azienda affittata non si può parlare di realizzazione di plusvalenze o minusvalenze perché il bene non è detenuto dall'affittuario a titolo di proprietà (né di altro diritto reale di godimento) ma solo in virtù di un diritto personale di godimento (Nota DRE Emilia Romagna, 5 aprile 2002, n. 909. Per l'inquadramento della categoria dei diritti personali di godimento V. GAZZONI, Op. cit., pag. 64.).

La realizzazione di componenti di reddito positivi o negativi in capo all'uno e all'altro soggetto dipenderà sempre dal valore di cessione del bene, il quale potrà essere ceduto:

- ad un corrispettivo superiore al suo costo fiscale. In tal caso, l'affittuario rileverà una sopravvenienza attiva al momento della cessione del bene ma, alla scadenza del

contratto di affitto, il suo reddito sarà influenzato da una sopravvenienza passiva di eguale valore in virtù dell'aumento del conguaglio dovuto al concedente in base al contratto. Di conseguenza, in tale ipotesi, il reddito del concedente sarà influenzato dal realizzo di una plusvalenza di importo pari alla sopravvenienza passiva rilevata dall'affittuario;

- ad un corrispettivo inferiore al suo costo fiscale. In tale ipotesi, l'affittuario realizzerà una sopravvenienza passiva la quale, secondo una parte della dottrina, dovrebbe essere rilevata solo al momento in cui verrà corrisposto il conguaglio e non anche al momento della cessione del bene. (Tale impostazione, però, si pone in aperto contrasto con l'art. 109 del TUIR il quale subordina la deducibilità della sopravvenienza passiva al principio di competenza.) In tal caso il concedente realizzerà una minusvalenza alla quale, però, farà da contraltare la realizzazione di una sopravvenienza attiva in sede di conguaglio dovuta alla reintegrazione della consistenza patrimoniale dell'azienda da parte dell'affittuario.

3.4 Le imposte indirette

In linea di principio l'affitto d'azienda configura un'operazione imponibile ai fini IVA in quanto l'art. 3, co. 2, n. 1 del d.P.R. n. 633/1972 la qualifica come prestazioni di servizi e, conseguentemente, per il noto principio di alternatività Iva/Registro, essa è soggetta ad imposta di registro in misura fissa.

Tale regime, tuttavia, è applicabile solo nel caso in cui il concedente sia una società o un imprenditore individuale che affitti un ramo d'azienda o una fra più aziende possedute.

Nel caso in cui, invece, sia l'imprenditore individuale ad affittare l'unica azienda posseduta, il contratto è escluso dall'applicazione dell'Iva, ma rimane soggetto a imposta di registro in misura proporzionale.

L'esclusione dall'applicazione dell'Iva è stata confermata dal Ministero delle finanze in ben due occasioni, dapprima con la Circolare Ministeriale 19 marzo 1985, n. 26/321285 e poi con la Circolare Ministeriale 4 novembre 1986, n. 72/14552, con le quali è stato ribadito che la concessione in affitto dell'unica azienda comporta la sospensione dalla soggettività IVA, con conseguente esonero dagli adempimenti connessi e dal diritto alla detrazione dell'imposta. Il soggetto concedente mantiene il numero di partita IVA ma è esonerato dai relativi obblighi richiesti per legge. Se al termine del contratto di affitto si avrà la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, si riutilizzerà lo stesso numero di partita IVA e gli stessi registri (PROVAGGI).

In questa seconda situazione, con riferimento all'imposta di registro:

- se il contratto prevede canoni separati per la parte immobiliare e per tutti gli altri beni che compongono l'azienda, vanno applicate, rispettivamente, le aliquote del 2 e del 3 per cento;
- se il contratto, invece, prevede un unico canone, per le componenti mobiliari ed immobiliari l'aliquota applicabile è del 3 per cento.

L'articolo 23, co. 1, del TUIR prevede che "se una disposizione ha per oggetto più beni o diritti, per i quali sono previste aliquote diverse, si applica l'aliquota più elevata, salvo che per i singoli beni o diritti siano stati pattuiti corrispettivi distinti".

3.4.1. La norma antielusiva

Merita di essere menzionato, infine, l'articolo 35, co. 10 quater, D.L. n. 223/2006 che trova applicazione nei casi in cui viene concessa in affitto un'azienda con prevalenza di fabbricati.

L'art. 35, co. 10 quater, D.L. n. 223/2006 così recita: "Le disposizioni di imposte in materia di imposte indirette previste per la locazione di fabbricati si applicano, se meno favorevoli, anche per l'affitto di aziende il cui valore complessivo sia costituito, per più del 50 per cento, dal valore normale di fabbricati, determinato ai sensi dell'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633".

Con tale intervento, il legislatore ha introdotto una norma antielusiva volta a impedire che i contribuenti occultino sotto la veste formale di affitto d'azienda operazioni che sostanzialmente rappresentano locazioni di immobili.

In particolare, la deroga al regime di tassazione dell'affitto d'azienda si avrà quando si verificano contemporaneamente due condizioni:

- il valore normale dei fabbricati, determinato secondo le regole fissate dall'articolo 14 del Dpr 633/1972, è superiore al 50% del valore complessivo dell'azienda;

I co. 3-4 del d.P.R. n. 633/72 così recitano: "3. Per valore normale dei beni e dei servizi si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni o servizi della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui è stata effettuata l'operazione o nel tempo e nel luogo più prossimi. 4. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe dell'impresa che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini della camera di commercio più vicina, alle tariffe professionali e ai listini di borsa".

- l'eventuale applicazione dell'Iva e dell'imposta di registro secondo le regole previste per le locazioni d'azienda, unitariamente considerata, consente di conseguire un risparmio d'imposta rispetto a quella prevista per le locazioni di fabbricati.

La norma, in un'ottica antielusiva, impone, quindi, il confronto tra la disciplina applicabile, ai fini delle imposte indirette, all'affitto d'azienda e quella applicabile alla locazione di fabbricati, per valutare, con riferimento al caso concreto, quale dei due sistemi di imposizione comporti una tassazione più vantaggiosa.

I principali chiarimenti in merito alla portata applicativa della norma sono stati forniti dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 12/E del 1 marzo 2007 che ha specificato che la norma trova applicazione nelle ipotesi in cui il valore dei fabbricati compresi nell'azienda costituisca la maggior parte del valore dell'azienda stessa e che, poiché la norma per la valutazione dei fabbricati richiama i criteri del valore normale come determinati dall'art. 14 del d.P.R. n. 633/72, tale criterio di valutazione per ragioni di omogeneità deve essere riferito ad entrambi gli elementi del rapporto comparativo, rappresentati dal complesso aziendale e dai fabbricati.

4. Il Leasing

Leasing deriva dall'inglese to lease che significa affittare.

Con questo termine si indica la locazione finanziaria che trae le sue origini dal sistema del common law.

È un contratto appartenente alla categoria dei "nuovi contratti" e risulta dalla combinazione degli schemi della vendita con patto di riservato dominio (ex art. 1523 c.c.) e del contratto di locazione di cui all'art. 1571 del Codice Civile.

Con il contratto di leasing, che può essere leasing finanziario o leasing operativo, un soggetto chiamato locatore o concedente, concede a un altro soggetto chiamato utilizzatore, il diritto di utilizzare un determinato bene dietro il pagamento di un canone periodico.

Alla scadenza del contratto è prevista per l'utilizzatore la facoltà di acquistare il bene stesso, previo l'esercizio dell'opzione di acquisto, comunemente chiamato riscatto, con il pagamento di un prezzo che nel linguaggio comune prende il nome di prezzo di riscatto.

Il primo canone corrisposto dall'utilizzatore è sempre più frequentemente di entità maggiore rispetto ai successivi e per questo viene chiamato maxicanone iniziale e il suo scopo è quello di ridurre i rischi di perdita del concedente in caso di insolvenza dell'utilizzatore, per questo, nel caso nel quale in un determinato momento l'utilizzatore dovesse smettere di pagare i canoni, il locatore si riapproprierebbe del bene il quale valore di mercato sommato al maxicanone e ai canoni già corrisposti si presume superiore ai costi sostenuti dal locatore.

Per l'utilizzatore il contratto di leasing rientra nell'amministrazione straordinaria ed è una forma di locazione che si può manifestare in tre modalità: leasing finanziario, leasing operativo e lease-back.

Per il locatore è molto importante valutare il rischio bene dell'operazione, considerando la congruità di prezzo del bene, le sue caratteristiche di utilizzo e di profitto produttivo, la sua recuperabilità, la sua ricollocabilità sul mercato, il suo valore in caso di rientro anticipato dovuto a insolvenza dell'utilizzatore e la sua rispondenza alle normative antinfortunistiche.

La valutazione del rischio bene è un'azione complessa e specializzata, perché si articola sulla base di moltissimi parametri, che fornisce indicazioni indispensabili per una valutazione realistica del rischio complessivo dell'operazione, anche a tutela dello stesso utilizzatore.

La valutazione di un'azienda nella scelta del leasing deve tenere conto di due ulteriori aspetti:

- 1) Il costo del bene è soggetto a Iva (anche nel caso di immobili).
- 2) Il bene rimane di proprietà della società di leasing fino al riscatto quindi non compare in bilancio tra le immobilizzazioni.

Il leasing finanziario, più frequente, è contraddistinto dall'esistenza di un rapporto trilaterale perché ci sono tre soggetti:

1. Il locatore, che svolge l'attività di intermediario finanziario, cioè è colui che acquista il bene dal fornitore e lo dà in leasing all'utilizzatore.
2. L'utilizzatore o locatario, che utilizza il bene.
3. Il fornitore, cioè colui che fornisce al locatore il bene strumentale (o l'immobile) che sarà utilizzato dall'utilizzatore.

Il bene è scelto direttamente dall'utilizzatore presso il fornitore, con il quale determina le modalità della vendita al locatore.

Al termine del contratto, l'utilizzatore potrà acquisire la piena proprietà del bene esercitando l'opzione d'acquisto.

L'utilizzatore assume tutti i rischi e le responsabilità per l'uso del bene. (La Rata di un contratto di leasing finanziario dipende dal Capitale da finanziare, cioè il costo di acquisto al netto della maxirata iniziale, dal riscatto, dal tasso del periodo, ad esempio tasso annuo diviso 12 per canoni mensili e dal numero di canoni.

La durata minima dei contratti di leasing finanziario era così distinta per i beni aventi la seguente natura:

- Automezzi:
- la durata del contratto deve corrispondere almeno a quella prevista per l'ammortamento dell'automezzo.
- Beni mobili (esclusi gli automezzi):

la durata deve corrispondere almeno al 50% di quella prevista per l'ammortamento del bene

Beni immobili:

- la durata deve corrispondere almeno al 50% del periodo di ammortamento previsto per il bene, con un minimo di 8 anni e un massimo di 15 anni.
- Il leasing operativo (o renting), viene offerto dallo stesso costruttore del bene e consiste in un rapporto bilaterale, coincide col "noleggio".
- Il rapporto può essere trilaterale quando la proprietà si trasferisce dal fornitore alla società finanziaria nel momento della stipula e il fornitore del bene si impegna a riacquistare il bene al termine della locazione con la sottoscrizione di un patto di riacquisto.

Per questa forma di leasing operativo di solito non si hanno né trasferimenti dei rischi a carico del conduttore né previsione dell'opzione di riscatto.

La durata del contratto è più breve della vita economica del bene e inoltre all'utilizzatore è concessa la possibilità di recedere in ogni momento dal contratto, dandone preavviso all'altra parte, attraverso l'estinzione anticipata dello stesso, che spesso richiede il pagamento in un'unica soluzione, dei restanti canoni di noleggio.

Di solito nel canone sono ricompresi servizi aggiuntivi come la manutenzione, le coperture assicurative e l'assistenza.

La giurisprudenza ha individuato due tipologie di leasing, di godimento e traslativo.

Nel leasing di godimento, lo scopo del contratto è quello di finanziare l'utilizzazione di beni che, di solito, dopo un certo lasso di tempo, perdono gran parte del loro valore.

Nel leasing traslativo, lo scopo del contratto è quello di finanziare l'acquisto del bene, in genere autoveicoli o immobili.

Nel primo caso il contratto ricalca la struttura della locazione, mentre nel secondo caso si è nello schema della vendita con riserva di proprietà (o vendita a rate), dove le rate rappresentano degli acconti sul prezzo di vendita.

Una sottospecie del contratto di leasing è il “sale and lease back”, un contratto stipulato tra due parti. In questo schema di contratto il proprietario del bene, in genere un immobile, lo vende a una società di leasing che a sua volta glielo concede in godimento verso il corrispettivo di un canone.

Al termine del contratto, l'utilizzatore potrà decidere se restituire l'immobile o riacquistarlo.

Questo contratto è ritenuto valido, a meno che la società di leasing non abbia approfittato dello stato di debolezza o delle difficoltà economiche dell'utilizzatore, e si sia verificata una sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato per l'acquisto dall'acquirente/concedente (cioè la società di leasing).

In questo contratto si verifica quindi un collegamento tra un contratto di vendita di un bene a una società di leasing, che a sua volta, con un contratto di locazione finanziaria, lo concede all'alienante dietro un canone di utilizzazione.

Il lease-back è un contratto atipico (ma ormai socialmente tipizzato) di impresa, con il quale un soggetto (lessee) – imprenditore o lavoratore autonomo – proprietario di un bene mobile o immobile, strumentale all'esercizio della sua attività, aliena lo stesso a una società di leasing (chiamata lessor) la quale nello stesso momento lo concede in locazione al venditore contro il pagamento di un canone.

Alla scadenza del contratto il lessee potrà optare per la continuazione della locazione (a canoni ridotti), ovvero per l'acquisto del bene (contro il pagamento di un prezzo predeterminato), esercitando il c.d. diritto di opzione.

Da un punto di vista civilistico questo negozio è stato bistrattato sin dalla nascita, a causa della sua struttura bilaterale non è stato ricondotto al leasing ma a un contratto che ne dissimulava un altro: a volte il mutuo, altre volte la vendita con patto di riscatto, ecc.

In seguito, anche riconoscendo al lease-back la natura di leasing finanziario, lo si è qualificato come un negozio illecito per via della presunta violazione della norma imperativa, contenuta nell'art. 2744 c.c.

Quando la giurisprudenza ha escluso la configurabilità di un patto commissorio nullo ai sensi dell'art. 2744 c.c. in presenza di un trasferimento immediato della proprietà, il sale and lease-back è stato considerato estraneo al divieto.

Una volta venuta meno questa linea di demarcazione del tutto formalistica, si è acceso un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Questo dibattito, è arrivato a un punto di svolta, grazie alla storica sentenza della Cassazione n. 10805/95, alla quale si riconosce il merito di aver fatto per la prima volta chiarezza sul rapporto tra lease-back e divieto del patto commissorio.

5. Il leasing finanziario

Con l'entrata in vigore del Testo unico bancario, l'esercizio dell'attività di leasing è riservata ai cosiddetti intermediari finanziari ed alle banche. Il contratto di leasing (o locazione finanziaria), è contratto che non è ancora legislativamente regolato, nonostante la sua rilevante diffusione. Rappresenta, quindi, uno dei più significativi esempi di contratto socialmente tipico, ma giuridicamente atipico (si parla infatti in proposito di "atipicità standardizzata").

Il termine **leasing** indica quella particolare operazione contrattuale con la quale un'impresa di leasing (concedente) concede ad un operatore economico (utilizzatore) il godimento di un bene (dal concedente prodotto o acquistato), dietro corrispettivo di un canone periodico, per un periodo determinato, e con il diritto per l'utilizzatore di restituirlo alla scadenza, ovvero di acquistarlo pagando una somma determinata in contratto.

Qualora il bene venga prodotto dallo stesso concedente, il contratto è denominato leasing "operativo".

Il leasing cosiddetto "finanziario" è, per contro, caratterizzato da una più marcata funzione finanziaria, perché qui la società di leasing non è, come nel leasing operativo, un produttore o un commerciante del ramo, ma una vera e propria società finanziaria; cosicché l'operatore che ha bisogno di determinate macchine o apparecchiature, le sceglie direttamente presso il produttore; la società di leasing poi acquista tali beni dal produttore (contratto di compravendita tra azienda produttrice e azienda finanziaria) e li cede in godimento al conduttore.

Il leasing finanziario presuppone, quindi, sempre la presenza di tre soggetti: l'impresa di leasing concedente, l'utilizzatore, ed il fornitore del bene richiesto dall'utilizzatore.

All'interno, poi, della categoria del leasing finanziario la giurisprudenza più recente ha elaborato la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo: col primo si realizza sostanzialmente una funzione di finanziamento, con il secondo si tende invece al trasferimento della proprietà del bene.

La Suprema Corte, con sentenza del 26 novembre 1987 n. 8766, ha ritenuto impossibile riportare tout court il leasing nell'ambito dei contratti tipici, e ha ritenuto di applicare a tale istituto la disciplina sui contratti in generale, secondo il principio

dettato dall'art.1323 cod. civ. e, per via analogica, quella sui contratti espressamente disciplinati.

Al fine di integrare e correggere la regolamentazione ci si è interrogati su quali fossero le figure contrattuali più vicine al leasing.

Una parte della dottrina avvicina il leasing alla locazione (identificandone l'elemento causale nello scambio tra godimento e pagamento del corrispettivo sotto forma di canone). Ma proprio la finalità traslativa della proprietà, spesso presente nel contenuto del contratto, hanno convinto altra parte della dottrina ad assimilare il leasing alla vendita con riserva della proprietà, asserendo così l'applicabilità in via analogica degli artt.1523 e segg. cod. civ..

Assai controverso rimaneva comunque la possibilità di applicare al leasing l'art.1526 cod. civ. il quale dispone che se la risoluzione del contratto ha luogo per inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate rimosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno e che, se è stato convenuto che le rate restino al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze può ridurre tale indennità. L'ultimo comma estende quanto previsto nei commi precedenti al caso della cd. vendita in forma di locazione, in cui le parti convengono che, al termine del contratto di locazione, la proprietà della cosa sia acquisita dal conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti. Su quest'ultimo punto i maggiori contrasti tra dottrina e giurisprudenza: per la dottrina i canoni previsti nel contratto di leasing venivano considerati quali rate di prezzo in quanto commisurati al valore di scambio del bene. Pertanto il valore residuo era pari ad un'ultima rata di prezzo, con la conseguenza che, nel caso di risoluzione, sorgeva la stessa esigenza di tutela del contraente più debole che è alla base della previsione dell'art.1526 cod. civ..

La Suprema Corte, invece, in diverse pronunce poneva in rilievo che il contratto di leasing finanziario ha una vera e propria causa unitaria caratterizzata dalla funzione creditizia.

Il canone, pertanto, non è semplicemente il corrispettivo per l'affitto del bene prodotto, ma una vera e propria modalità pattizia per la restituzione di un finanziamento.

Più recentemente, la Corte di Cassazione, con sentenza del 1989 n. 5569, ha modificato il proprio orientamento: si è, in sostanza, affermato che la tipologia della locazione finanziaria deve essere messa in correlazione alle modalità di determinazione del canone. Il giudice di legittimità ha, quindi, distinto tra leasing finanziario di godimento, in cui il canone indica solo la controprestazione per il godimento del bene e quindi il contratto deve considerarsi ad esecuzione continuata con la conseguenza

che, in caso di risoluzione per inadempimento, i canoni riscossi saranno irripetibili e leasing finanziario traslativo che si ha quando il canone comprende anche una quota del futuro prezzo da pagare da parte del concessionario per l'acquisto del bene.

In quest'ultimo caso saranno applicabili le norme della vendita con patto di riservato dominio.

Il Testo unico bancario riserva l'attività di leasing agli intermedi finanziari e alle banche.

Occorre anche chiedersi se il T.U.B. si occupi solo del leasing finanziario o anche di quello operativo. All'art. 1, comma 2, lettera f) n. 3) il Testo unico bancario parla esclusivamente di "leasing finanziario" ed in nessuna parte viene invece nominato il leasing operativo. La ragione va ricondotta al fatto che, ai sensi dell'art.106, comma 2, del Testo unico bancario, gli intermediari finanziari possono svolgere solo (in modo esclusivo) attività finanziaria, con esclusione quindi di quella attività di produzione di beni, che nel leasing operativo viene svolto dall'impresa concedente.

Il sale and lease back (o locazione finanziaria di ritorno)

Il sale and lease back è un'operazione finanziaria con la quale un bene viene alienato dal proprietario ad un'impresa di leasing, che si impegna a concedere lo stesso bene in godimento al venditore ed a riconoscergli un diritto di riscatto, trascorso un determinato periodo di tempo.

Questa figura crea dei problemi in termini di liceità in termini di rispetto del divieto del patto commissorio (art. 2744 cod. civ.). La vicenda può essere, infatti, inquadrata come alienazione a garanzia di un finanziamento e, come tale, potrebbe anche violare l'art.2744 cod. civ..

La presenza di una finalità di finanziamento non implica, comunque, un automatico contrasto con il divieto del patto commissorio.

La giurisprudenza più recente, prendendo atto dell'utilità di tale contratto di impresa, ha tentato una distinzione tra operazioni di lease back "pure" ed operazioni di lease back "impure" in quanto in frode all'art. 2744 citato.

L'equilibrio tra le prestazioni a carico delle parti è stato assunto come indice per valutare la liceità della fattispecie in esame.

In caso contrario, aumenta infatti il rischio che la funzione di garanzia possa prevalere su quella di scambio. Per evitare che l'operazione di lease back sia attratta nell'orbita del patto commissorio è, pertanto opportuno rispettare una serie di accorgimenti.

Tra i suggerimenti enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per un lease back puro meritano di essere ricordati:

- la previsione di un giusto prezzo di vendita (un'eventuale stima del valore del bene al momento del trasferimento iniziale costituirebbe un importante indice a favore della prevalenza della funzione di scambio rispetto a quella di garanzia);
- la previsione di un "giusto" prezzo di opzione (il prezzo di opzione dovrebbe tener conto del valore del bene alla scadenza, nonché dei canoni già pagati);
- l'inserimento del cd. patto marciano, in base al quale in caso di inadempimento il creditore può rivalersi sulla cosa (facendola propria) ma a condizione che versi al debitore al eventuale differenza tra importo del credito e valore stimato del bene.

FINANZIAMENTI REVOLVING

Questo tipo di credito si caratterizza in una somma di denaro messa a disposizione da parte del creditore tramite un conto aperto a nome del cliente. Il mutuatario è libero di usare la sua riserva di cassa, a sua discrezione e a seconda delle sue esigenze. Una volta toccato il credito, il mutuatario deve restituire quanto ha preso in prestito. La particolarità del credito revolving è l'esistenza di una riserva permanente nel conto del cliente. Tale riserva proviene dai rimborsi dello stesso debitore. Infatti, una parte delle rate mensili da lui pagate viene utilizzata dall'istituto di credito per alimentare la sua riserva disponibile. Il che gli permette di finanziare nuovi acquisti, se necessario. Il suo tasso effettivo globale varia da 14 al 16%.

Il credito revolving può assumere diverse forme.

La prima è una formula classica, in cui l'organismo di credito fornisce al mutuatario con una linea di credito. Questa ti permette di chiedere al tuo creditore di concedergli la somma necessaria per realizzare un suo progetto. In questo caso, l'ente creditizio può pagare il suo cliente tramite bonifico o assegno.

Il secondo approccio possibile è quello del prestito direttamente correlato a una carta di credito emessa dalla banca al mutuatario. Questa carta può essere usata come una carta bancaria convenzionale e consente al destinatario di prelevare o effettuare acquisti.

La terza opzione consiste in un prestito legato a una carta privata o fidelity card. Questa carta è rilasciata da gruppo di operatori definito e riconoscibile da un'insegna ben precisa. In questo caso, l'istituto di credito negozia l'uso della carta con chi la ha emesso. Come suggerisce il nome, la libertà del mutuatario è limitata all'ambito di utilizzazione della sua fidelity card.

La formula del prestito legato ad una carta privativa rilasciato però da parte dell'istituzione finanziaria stessa è la quarta forma di credito revolving. La banca emette una fidelity card a suo nome, a beneficio del suo cliente. Quest'ultimo può utilizzare la carta in tutti i magazzini partner dell'istituto di credito. Pubblicato 16 July

2016y Eleonora Conte | in Contratti

6.il contratto di leasing e le azioni esperibili dall'utilizzatore

La parola "leasing" deriva dall'inglese to lease che significa affittare.

Il leasing è il contratto attraverso il quale una parte il concedente, da' in godimento all'altra (utilizzatore) un bene dietro corrispettivo e per un determinato periodo di tempo, alla scadenza del quale, la parte che ha in godimento il bene può restituirlo o divenirne proprietario pagando la differenza tra quanto versato e il valore del bene.

E' un contratto atipico che risulta dalla combinazione di due contratti tipizzati dal legislatore: la vendita con patto di riservato dominio (articolo 1523 c.c.) e il contratto di locazione (articolo 1571 c.c.).

Vi sono due tipi di leasing: il leasing operativo e quello finanziario, il quale a sua volta si divide in svariate altre tipologie (leasing immobiliare, locazione finanziaria di autoveicoli, navi e aeromobili).

Si parla di leasing finanziario quando una società acquista un bene strumentale per poi concederlo in godimento ad un imprenditore (utilizzatore) verso un corrispettivo periodico e per un periodo determinato, alla scadenza del quale l'imprenditore potrà restituire il bene o versare la differenza tra il valore del bene e quanto già versato.

Questa tipologia di contratto in uso nella pratica commerciale, consente agli imprenditori di poter disporre di beni strumentali senza anticipare i capitali necessari all'acquisto, ma pagando al concedente un canone iniziale, che ha anche la funzione di ridurre i rischi per il locatore nel caso di mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore, nel qual caso il locatore si riappropria del bene.

Il problema che pone il contratto di leasing finanziario è relativo alle azioni esperibili dall'utilizzatore, quest'ultimo è legittimato a proporre solo l'azione di inadempimento del contratto di fornitura o anche quella relativa al risarcimento dei danni sofferti e la risoluzione del contratto di vendita tra fornitore e società di leasing? O tale legittimazione sussista solo in quanto prevista in una specifica clausola contrattuale?

Della soluzione a tali quesiti fu coinvolta la Cassazione a Sezioni Unite in una sentenza del 5 ottobre 2015 n. 19785 da un'ordinanza interlocutoria del 4 agosto 2014 n. 17597, della Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, la quale sollevava la questione

della possibile applicazione al contratto di leasing finanziario dell'articolo 1705 c.c., comma 2, alla locazione finanziaria e se l'utilizzatore potesse chiedere nei confronti del venditore l'azione di risoluzione della vendita per inadempimento di quest'ultimo.

INADEMPIMENTO DEL FORNITORE TUTELA DELL'UTILIZZATORE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Le S.U della Corte di Cassazione prima risolvere il caso posto alla sua attenzione parte dai vari orientamenti giurisprudenziali che si sono occupati di tale tipo di contratto.

Innanzitutto, osserva la Corte Suprema, le azioni esperibili dall'utilizzatore dipendono da come si considera strutturato il contratto di leasing, se come unitario plurilaterale, allora potrà essere ammessa l'azione di risoluzione del contratto da parte dell'utilizzatore contro il fornitore, considerando quest'ultimo parte del contratto di compravendita.

Se, invece, si propende per la distinzione dei contratti, contratto di vendita e contratto di locazione allora si pone il problema dell'esperibilità dell'azione di risoluzione del contratto nei confronti del fornitore.

Calcolo dell'usura nei leasing e nei finanziamenti. Con software Copertina flessibile – 30 nov 2015

In tale ipotesi infatti il contratto di vendita è per l'utilizzatore un negozio stipulato tra terzi, rispetto al quale egli non ha alcun potere d'incidenza.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione n. 4367/97 nonché la n. 6076/95 tendeva a risolvere il problema considerando la locazione finanziaria, come rapporto trilaterale, in cui il concedente acquista il bene per conto dell'utilizzatore, con esonero del concedente da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente, il quale non assume direttamente l'obbligo della consegna, ne' garantisce che il bene sia immune da vizi e che presenti le qualità promesse, ne' rimane tenuto alla garanzia per evizione.

Leasing e factoring Copertina flessibile – 31 gen 2012

Questo orientamento giurisprudenziale evitava di lasciare l'utilizzatore senza tutela, potendo esperire le azioni derivanti dalla compravendita direttamente in capo al fornitore (v. Cass. 4367/97), azione giustificata proprio a seguito della considerazione del rapporto come trilaterale e dal fatto che è l'utilizzatore ad avere intrattenuto rapporti diretti con il fornitore del bene oggetto del contratto.

Faust Edizione Integrale Copertina flessibile – 17 giu 2016

La Corte di Cassazione con sentenza n. 854/00 ponendosi proprio nell'ottica della struttura plurilaterale del contratto di leasing, osservava che la prestazione del fornitore va ritenuta essenziale nell'economia dell'affare ai sensi dell'articolo 1459 c.c., in tal modo l'utilizzatore nel momento in cui chiedeva la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento del fornitore, coinvolgeva in tale azione anche il concedente.

Nel contratto di locazione finanziaria ciascun contraente assume un accordo con le altre parti del contratto: il fornitore si obbliga nei confronti del concedente a trasferirgli la proprietà del bene, nei confronti dell'utilizzatore a consegnargli il bene e prestare le garanzie della vendita, il concedente si obbliga a pagare il prezzo del bene al fornitore e a consentire il godimento all'utilizzatore, che si obbliga a rimborsare al concedente con gli interessi e le spese di finanziamento.

Nel caso in cui l'utilizzatore dovesse chiedere ed ottenere l'azione di risoluzione del contratto di compravendita, con conseguente restituzione del prezzo e il risarcimento del danno pregiudicherebbe il concedente, il quale perderebbe le garanzie rappresentate dalla proprietà del bene e rischierebbe di non ricevere i canoni essendo venuta meno la causa del contratto per l'utilizzatore. La Cassazione con sentenza 5125 del 2004 afferma il principio del litisconsorzio necessario nei confronti del concedente, nell'azione di risoluzione del contratto proposta dall'utilizzatore nei confronti del fornitore.

LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA': MUTAMENTO DI ORIENTAMENTO.

Recentemente la Cassazione abbandona l'idea del contratto di leasing finanziario come contratto unico. E comincia a parlare di due contatti collegati tra loro: quello di leasing propriamente detto e quello di fornitura.

La Cassazione con la sentenza n. 10926 del 1998 ritiene che il contratto di fornitura ha la funzione di mezzo per l'esecuzione di quello di leasing e questo è dato da più fattori: "la struttura del procedimento di formazione negoziale, in cui intervengono in varia sequenza le tre parti; la sussunzione, a contenuto del contratto di fornitura, di elementi individuati insieme dal fornitore e dell'utilizzatore; la circostanza che i contratti, di fornitura come di leasing, esplicitino, per solito, come ragione dell'acquisto del bene da parte del concedente sia la sua concessione in godimento all'utilizzatore che lo ha scelto, sia la previsione, contenuta nel contratto di fornitura, che la consegna del bene dovrà farsi dal fornitore direttamente all'utilizzatore" (v. anche in tal senso Cass. n. 15762/00, n. 5125/04, n. 19657/04, n. 6728/05, n. 20592/07).

Dunque secondo tale giurisprudenza il contratto di leasing finanziario "realizza un'ipotesi di collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura

quest'ultimo venendo dalla società di leasing concluso allo scopo, noto al fornitore, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa" (Cass. n. 17145/06).

Il leasing finanziario. Con aggiornamento online Copertina flessibile – 30 nov 2015

Ed il nesso di collegamento tra i due contratti viene normalmente in evidenza proprio "in virtù di clausole di interconnessione, per cui nel contratto di vendita tra fornitore e società di leasing viene convenuto che il bene oggetto del negozio sia acquistato allo scopo di cederlo in godimento al cliente della società (il quale in precedenza ha provveduto ad indicarlo specificamente) ed è previsto anche che il bene sia consegnato direttamente dal fornitore all'utilizzatore" (Cass. n. 16158/07, n. 9417/14).

In quest'ordine di idee, s'è fatto ricorso alla disposizione dell'articolo 1705 c.c., comma 2, (il quale attribuisce al mandante il diritto, in via diretta e non in via surrogatoria, di far propri di fronte ai terzi i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso, potendo il mandante esercitare in confronto del terzo le azioni, derivanti dal contratto concluso dal mandatario, intese ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento) per dedurre che l'utilizzatore ha la legittimazione a far valere le azioni intese all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno da inesatto adempimento (così Cass. n. 10926/98, n. 17145/06, n. 17767/05, n. 5125/04, n. 19657/04), con esplicita o talvolta implicita esclusione dell'azione di risoluzione.

Per effetto di questa evoluzione giurisprudenziale s'è, dunque, ammesso che l'utilizzatore possa agire contro il fornitore per l'adempimento o per il risarcimento, ma s'è escluso categoricamente che possa agire anche per la risoluzione, tenuto, appunto, conto che a questa conseguono necessariamente effetti sulla sfera giuridica del concedente, con la determinazione dell'obbligo di restituzione del bene e della perdita del lucro dell'operazione di finanziamento.

In particolare, si è sottolineato "l'emergere a tale stregua di una lacuna in merito alla disciplina applicabile al leasing finanziario in caso di risoluzione del contratto per inadempimento e in particolare relativamente ai rimedi dallo stesso utilizzatore esperibili nei confronti del fornitore. Lacuna da risolversi invero solamente caso per caso, la possibilità di esercitarsi da parte dell'utilizzatore l'azione di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing – cui esso è estraneo – dipendendo in realtà dalla sussistenza nel contratto di leasing di uno specifico patto al riguardo" (così, Cass. n. 17145/06 e n. 534/11).

PRONUCIAMENTO DELLE SEZIONI UNITE SULLA QUESTIONE DELL'ESPERIBILITA' DELL'AZIONE DI RISOLUZIONE DA PARTE DELL'UTILIZZATORE

Nella pratica commerciale il leasing finanziario si presenta molto sfaccettato, in esso si ricomprendono numerose figure contrattuali quali: il leasing traslativo e quello di godimento, il leasing operativo e quello al consumo, il leasing pubblico e quello finanziario immobiliare, il lease back e la locazione finanziaria di autoveicoli, navi e aeromobili.

Ciò che unisce queste figure è un'operazione di finanziamento tendente a consentire all'utilizzatore il godimento di un bene grazie all'apporto economico di un soggetto abilitato al credito (il c.d. concedente) il quale, con la propria risorsa finanziaria, consente all'utilizzatore di soddisfare un interesse che, diversamente, non avrebbe avuto la possibilità o l'utilità di realizzare, attraverso il pagamento di un canone che si compone, in parte, del costo del bene ed, in parte, degli interessi dovuti al finanziatore per l'anticipazione del capitale.

Dall'altro lato vi è un'altra operazione negoziale, quella volta all'acquisto del bene del quale l'utilizzatore intende godere, dunque una compravendita le cui parti sono: il fornitore e il concedente, con cui quest'ultimo diventa proprietario del bene che darà in locazione all'utilizzatore da lui finanziato.

E' sicuramente una vicenda trilaterale, tra i due negozi giuridici c'è un collegamento, poiché la fornitura è effettuata per la successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario.

I due contratti mantengono una loro autonomia, l'utilizzatore è terzo rispetto al contratto di fornitura, il fornitore è terzo rispetto al contratto di locazione; laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti.

Se si vede il contratto non come contratto plurilaterale, ma come contratto collegato, questo consente alle parti di poter gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni.

La Corte di Cassazione afferma che il contratto di leasing finanziario è costituito da due contratti : compravendita e locazione finanziaria, che sono distinti, pur presentando un nesso non negoziale. Un nesso che fa sì che se il primo contratto è invalido travolge anche l'altro contratto.

Le S.U concordano con l'orientamento della Cassazione sentenza n. 17145/06 in base al quale si afferma che tra contratto di leasing finanziario, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo di

soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, si verifica un'ipotesi di collegamento negoziale (nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale) in forza del quale l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto. Invece, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale. Il relativo accertamento, trattandosi di questione concernente non la legittimatio ad causarti bensì la titolarità attiva del rapporto, è rimesso al giudice del merito in relazione al singolo caso concreto.

La tutela riconosciuta dall'ordinamento all'utilizzatore

Quali tutele, dunque, riconoscere in capo all'utilizzatore in ipotesi di vizi della cosa oggetto di contratto di leasing e di fornitura?

Nella prassi commerciale in realtà, tende ad affermare l'esonero del concedente da responsabilità per vizi della cosa ed il corrispondente obbligo dell'utilizzatore di accertare la conformità del bene in sede di consegna, in tal modo l'utilizzatore non può sospendere il pagamento dei canoni, né ottenere la risoluzione del contratto di locazione.

Quello che viene riconosciuto all'utilizzatore da parte della giurisprudenza unanimemente è sicuramente il diritto di agire verso il fornitore per il risarcimento del danno, nel quale sono ricompresi anche i canoni pagati al concedente in costanza di godimento del bene viziato.

Le S.U. della Cassazione affermano inoltre che bisogna distinguere tra l'ipotesi in cui i vizi siano subito riconoscibili dall'utilizzatore, da quella in cui essi si manifestino in momento successivo alla consegna, tenendo conto che la buona fede agisce quale strumento di integrazione del contratto ai sensi dell'articolo 1375 c.c..

In tale ipotesi vi è l'obbligo dell'utilizzatore di informare il concedente circa ogni questione che sia rilevante, e di conseguenza vi è l'obbligo, in capo al concedente di solidarietà e di protezione verso l'utilizzatore, al fine di evitare che questo subisca pregiudizi.

In tema di vizi della cosa concessa in locazione finanziaria che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore.

Il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede, una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo.

Nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso. In ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente.

L'appalto privato da Altalex

di Paolo Franceschetti

Nozione

Tradizionalmente l'appalto era inquadrato nella categoria della locatio operis, che comprendeva il contratto di lavoro autonomo, l'appalto e il trasporto. Solo nel codice del 1942 l'istituto è stato separato e disciplinato dagli articoli 1655 e ss.

"L'appalto è il contratto con cui una parte assume, con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o un servizio verso un corrispettivo in denaro". La parte che esegue l'opera o il servizio si chiama appaltatore; colui che conferisce l'incarico appaltante, o committente.

Da questa definizione emergono le caratteristiche principali dell'istituto:

- 1) una prestazione di lavoro;
- 2) l'autonomia dell'appaltatore (su cui v. Cass. 18745/2010 e Cass 22344/2009);
- 3) l'esistenza di un apparato organizzativo.

Figure affini

Appalto e contratto di prestazione d'opera

Sia l'appalto che il contratto di opera hanno ad oggetto una prestazione di risultato a favore del creditore. Entrambi, poi, hanno come caratteristica comune l'assunzione del rischio e l'indipendenza di colui che esegue l'opera rispetto al committente. Il criterio discretivo è costituito, ritiene la dottrina, dal fattore organizzativo: nel contratto di appalto l'esecuzione dell'opera è effettuata da un'impresa che mette a disposizione i suoi mezzi per eseguire una certa prestazione, mentre nel contratto di prestazione d'opera l'esecutore è un lavoratore autonomo, il quale ha a disposizione mezzi che di

regola sono limitati, o che comunque assumono un'importanza secondaria rispetto al lavoro personale di chi esegue l'opera. Ad esempio, è contratto d'opera quello tra un soggetto e un falegname affinché costruisca una libreria; è appalto il contratto tra lo stesso soggetto e un'impresa specializzata nel costruire mobili su ordinazione. Anche la prestazione dell'artigiano e del piccolo imprenditore (art. 2083) rientrano nel contratto d'opera, perché è comunque prevalente la prestazione di lavoro personale rispetto all'elemento organizzativo.

Appalto e somministrazione

L'appalto di servizi deve essere distinto dalla somministrazione (che - ai sensi dell'articolo 1559 - ha ad oggetto l'esecuzione di "prestazioni periodiche o continuative di cose"); ora, nell'appalto l'oggetto della prestazione è un servizio (e quindi una prestazione di fare), mentre nella somministrazione consiste nel fornire cose (e quindi è una prestazione di dare). Spesso, però, nella pratica vengono forniti sia un servizio sia delle cose; in tal caso non sarà facile capire se ci troviamo di fronte ad un contratto dell'una o dell'altra specie (ad esempio una panetteria che fornisce dei negozi di alimentari vende delle cose, cioè il pane, ma fornisce anche un servizio, cioè la fabbricazione e il trasporto del pane, l'incarto, ecc..). L'elemento discrezionale è quello della prevalenza: bisognerà vedere se nel contratto abbia un valore preminente l'opera dell'uomo o la fornitura delle cose.

Comunque, la distinzione perde molto della sua importanza quando l'appalto ha per oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi, perché in tal caso si osservano, in quanto compatibili, sia le norme sull'appalto che quelle sulla somministrazione (art. 1677). Solo quando l'oggetto del contratto è costituito da prestazioni periodiche di cose elaborate il problema di distinguere le due figure presenta particolare importanza, in quanto, non trattandosi di prestazione di servizi, si dovrà applicare esclusivamente una delle due normative.

Appalto e lavori a cottimo

Elemento comune dell'appalto e del lavoro a cottimo è la modalità della retribuzione, che è commisurata al prodotto finito e non al tempo impiegato per eseguirlo. La differenza sta nel fatto che il lavoratore a cottimo è un lavoratore subordinato, mentre l'appaltatore svolge il suo lavoro in autonomia.

Appalto e lavori in economia

Nei cosiddetti lavori in economia chi ha bisogno dell'opera provvede direttamente ad eseguire i lavori, senza intermediari. In alcuni casi chi effettua il lavoro si fa aiutare da terzi (ad esempio, nella ristrutturazione di una casa ci si può far aiutare da idraulici o elettricisti ecc.) ma l'opera di estranei avviene sotto la direzione dell'esecutore del

lavoro ed il compenso è commisurato alle ore lavorative effettivamente svolte ed ai materiali utilizzati; la prestazione del lavoro altrui è quindi secondaria rispetto all'impiego del lavoro proprio.

Appalto e appalto a regia

Viene denominato appalto a regia una figura che in realtà è completamente al di fuori del contratto di appalto. Nell'appalto a regia l'appaltatore si obbliga a fornire i materiali, la mano d'opera, i mezzi di trasporto e tutto ciò che occorre; inoltre il committente si obbliga a rimborsare tutte le spese effettivamente sostenute (oltre, ovviamente, a compensarlo per l'opera svolta) e dirige l'andamento dei lavori. Rispetto all'appalto mancano, quindi, due elementi fondamentali: l'autonomia dell'appaltatore e il rischio per l'attività intrapresa. Per questo si è detto che la stessa terminologia impiegata ("appalto a regia") è una contraddizione in termini, perché il fenomeno non è per niente riconducibile all'appalto.

Appalto e collegamento negoziale con altre figure

In molti casi nel contratto di appalto sono previste, accanto alle prestazioni tipiche di questo contratto, anche prestazioni di vario tipo che rientrano in altre figure contrattuali, come il trasporto, la custodia, o il contratto di prestazione intellettuale in senso proprio (si pensi all'appaltatore di un edificio che provveda anche a redigere il progetto). In questi casi o si osserveranno integralmente le norme sull'appalto in quanto compatibili, e in pari tempo quelle proprie del rapporto in questione; in altri casi le varie prestazioni formeranno oggetto di rapporti distinti, ancorché collegati a quello di appalto.

Natura giuridica

L'appalto è un contratto: a) obbligatorio; b) oneroso, c) commutativo, d) normalmente ad esecuzione prolungata e non di durata. E' discusso se sia un contratto intuitu personae.

Contratti di durata (o anche contratti ad esecuzione continuata) sono quei contratti i quali hanno per oggetto una certa quantità di lavoro diluito nel tempo (si pensi al contratto di lavoro subordinato). In tali contratti l'interesse dell'altro contraente è soddisfatto momento per momento (si pensi ancora alla somministrazione).

Contratto ad esecuzione prolungata (che Stolfi definisce anche "contratto di durata in senso lato"), invece, è quello che ha ad oggetto il prodotto di un determinato lavoro che richiede del tempo per essere eseguito, e in cui l'interesse finale dell'altro contraente viene soddisfatto in una volta sola (nel momento dell'esecuzione della prestazione). La distinzione ha rilievo principalmente per l'applicabilità delle norme

sulla retroattività della risoluzione, del recesso e della condizione (che si applicano solo ai contratti ad esecuzione prolungata e non a quelli di durata).

Non è escluso, comunque, che possano esistere appalti, particolarmente quelli di servizi, che si inquadrano nell'ambito dei contratti di durata (per esempio gli appalti di manutenzione e di servizi).

L'obbligatorietà e il contemporaneo carattere traslativo dell'appalto

Il carattere di obbligatorietà dell'appalto non è snaturato dall'eventuale prodursi anche di effetti reali, se questi hanno una funzione accessoria o strumentale. Al riguardo è necessario fare alcune precisazioni, distinguendo a seconda del tipo di appalto.

- a) nell'appalto di cosa mobile, se i materiali sono di proprietà dell'appaltatore la proprietà della cosa passa al committente ad opera finita;
- b) se i materiali appartengono al committente la proprietà della cosa è del committente fin da subito, qualunque sia lo stato dei lavori.
- c) Se l'appalto è di cosa immobile e i materiali - come avviene di regola - sono dell'appaltatore occorre distinguere: 1) qualora il suolo sia di proprietà dell'appaltante il passaggio della proprietà dei materiali avviene momento per momento, in virtù del principio dell'accessione; 2) se il suolo è di proprietà dell'appaltatore l'immobile si trasferirà al committente al momento dell'accettazione.

Commutatività

Quanto alla commutatività, qualcuno ha dubitato di questa caratteristica, sostenendo che qualora le parti escludano il meccanismo della revisione del prezzo previsto dalla legge, l'appalto sarebbe un contratto aleatorio. Ma, come è stato sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, una clausola siffatta non muta la natura del contratto, perché comporta solo un ampliamento del margine di rischio previsto dal legislatore, e tale rischio sarà pur sempre pari a quello rinvenibile in ogni contratto che non sia ad esecuzione istantanea. La conseguenza di questa tesi è che, qualora il margine tra le due prestazioni diventi notevole, sarà sempre esperibile la generale azione di risoluzione per eccessiva onerosità, cosa che, accogliendo l'opposta teoria, non sarebbe possibile.

L'intuitu personae

Si discute se l'appalto sia un contratto intuitu personae. Le due tesi opposte si basano una (quella positiva) sull'art. 1656 (divieto di subappalto, in linea teorica conseguenza dell'essere il contratto stipulato intuitu personae), l'altra, quella negativa, si basa sull'art. 1674 (in base al quale alla morte dell'appaltatore il contratto passa agli eredi,

salvo che la considerazione della sua persona sia stato motivo determinante del negozio; tale norma presuppone logicamente che il contratto prescindendo dalle caratteristiche personali dell'appaltatore).

Probabilmente è preferibile la tesi intermedia, sostenuta da autorevoli autori: l'intuitu personae è carattere dell'appalto, ma riguarda non la persona dell'appaltatore, bensì l'impresa; con ciò si spiega la presenza nel sistema di due norme apparentemente incompatibili: il passaggio agli eredi delle obbligazioni derivanti dal contratto di appalto (perché l'impresa resta la stessa) e il divieto di subappalto (perché l'impresa cambierebbe completamente). Questa tesi pare poi confermata da come è formulato l'art. 1674: "il contratto di appalto non si scioglie con la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto"; in altre parole, parafrasando l'articolo, esso dice che l'appalto non è contratto intuitu personae, salvo eccezioni.

Le parti

Quanto alle parti, c'è da segnalare che la giurisprudenza e la stessa Relazione al Re affermano che il soggetto appaltatore deve essere un imprenditore; ciò è confermato dalla formulazione dell'art. 1655 in quanto le espressioni "organizzazione dei mezzi necessari" e "gestione a proprio rischio" indicano i requisiti tipici dell'impresa (rischio e organizzazione di mezzi). Parte della dottrina è di contrario avviso e sostiene che l'unico requisito necessario sia l'organizzazione di mezzi (Stolfi); la disciplina dell'appalto, quindi, si applica anche a chi occasionalmente si assume l'incarico di eseguire un'opera o effettuare un servizio senza assumere la qualifica di imprenditore.

La causa

La causa dell'appalto è data dall'esecuzione di una prestazione (che può consistere nel compimento di un servizio oppure di un'opera) contro un corrispettivo, il quale deve essere in denaro, come espressamente richiede il codice. Qualora il corrispettivo consista in una prestazione di diversa natura, di dare o di fare, allora avremo un contratto misto, cui saranno applicabili le norme sull'appalto in quanto compatibili. Sono tali i contratti con cui il costruttore acquista un terreno per edificarvi degli immobili e in corrispettivo trasferisce uno o più appartamenti tra quelli che costruirà sul terreno stesso.

Se non è previsto alcun corrispettivo avremo una donazione obbligatoria. Se la donazione obbligatoria ha ad oggetto una prestazione di fare o di non fare, non avremo una donazione diretta, ma indiretta (essendo inammissibile la donazione di una prestazione di fare) e l'oggetto di essa sarà costituito non dal valore reale del bene (comprensivo dei materiali e dell'opera dell'appaltatore) ma dall'impovertimento del

donante (vale a dire solo il prezzo del materiale e le somme eventualmente sborsate per l'utilizzo di manodopera altrui).

L'oggetto

Per quanto riguarda l'oggetto la distinzione principale è quella tra appalto di opere e appalto di servizi. Appalto d'opera è quello in cui l'appaltatore compie un lavoro di elaborazione o trasformazione della materia, diretta a produrre un nuovo bene o a modificarne uno già esistente. Appalto di servizi è quello destinato a soddisfare un bisogno del committente senza trasformazione di materia (Stolfi). Nell'ambito dell'appalto di opera distinguiamo - con valore solo classificatorio - i cosiddetti appalti di costruzione, di montaggio, di ricostruzione, di trasformazione, di modificazione, di manutenzione, demolizione e riparazione.

Nell'ambito dell'appalto di servizi non sono state proposte dalla dottrina classificazioni precise, perché i servizi possono essere dei più vari: pulizie, sorveglianza di case e negozi, provvedere al vitto di comunità, al riscaldamento di stabili ecc...

La collocazione di un contratto nell'ambito del contratto d'opera o di servizi può essere rilevante sul piano della disciplina, perché non tutte le norme del codice sono applicabili ad entrambi i tipi: ad esempio le norme in materia di collaudo e accettazione, nonché quelle che si riferiscono ai materiali forniti e alla consegna della cosa non si applicano all'appalto di servizi perché presuppongono un lavoro di trasformazione della materia.

La forma

Generalità

L'appalto è a forma libera. Fanno eccezione gli appalti di navi o aeromobili di una certa stazza (art. 237 e 852 c. nav., per cui è richiesta la forma scritta e la trascrizione), nonché gli appalti pubblici e quelli aventi ad oggetto la costruzione di immobili sul suolo dell'appaltatore; in tal caso, infatti, al momento dell'accettazione si trasferisce la proprietà dell'immobile costruito e quindi è richiesta la forma scritta ai sensi dell'articolo 1350, mentre è dubbio se il negozio debba essere trascritto immediatamente oppure al momento dell'accettazione dell'opera.

Di solito il progetto forma parte integrante del contenuto del contratto di appalto e viene allegato ad esso; non contenendo clausole contrattuali questo non deve essere sottoscritto dalle parti.

Dalla regola della libertà di forma del contratto di appalto scaturisce come conseguenza che il contratto potrà concludersi o verbalmente o anche per facta

concludentia; ulteriore conseguenza è che il contratto potrà essere provato per testimoni (Cass. 22216/2009) La forma scritta ad probationem è prescritta dalla legge per le modifiche al progetto (art. 1659 comma 2).

Il capitolato

Negli appalti di beni immobili è frequente che al contratto principale sia aggiunto il cosiddetto capitolato (il cui nome deriva dal fatto che generalmente è redatto in capitoli), che è un documento contenente le clausole tecniche relative alle modalità dell'opera e alla sua esecuzione (ad esempio vi sono determinati i materiali da impiegare, le dimensioni e le caratteristiche degli impianti elettrici, idraulici, ecc.).

In genere il capitolato viene allegato all'appalto e fa parte integrante del contratto; di conseguenza deve rivestire la stessa forma ed essere sottoscritto dalle parti.

Se i due documenti sono di data diversa deve farsi riferimento alla data del contratto principale. Se è invalido il contratto principale la stessa sorte tocca al capitolato; se è invalido solo il capitolato il contratto principale resta in piedi e ciascuna parte può pretendere che ne sia redatto un altro.

Il corrispettivo

La prestazione del corrispettivo viene in genere determinata in tre modi:

- a) globalmente, o à forfait, nel cosiddetto appalto a corpo;
- 2) a misura (ad esempio un tanto a metroquadro, o a metrocubo, o a peso) nel cosiddetto appalto a misura.

Anche se taluno ha dubitato che ciò sia compatibile con la disciplina dell'appalto, la dottrina prevalente ritiene che il corrispettivo possa essere determinato anche a tempo (è quanto avviene, a volte, negli appalti di manutenzione).

L'art. 1657 fissa i criteri per determinare il corrispettivo: in primo luogo questo sarà determinato dalle parti; qualora queste non vi abbiano provveduto si farà riferimento prima alle tariffe e poi agli usi. In mancanza provvederà il giudice.

Variazioni di corrispettivo

In linea di massima il corrispettivo è invariabile. Vi sono alcuni casi, però, in cui è stabilito che il corrispettivo pattuito possa variare:

a) se il committente vuole effettuare variazioni al progetto in corso d'opera (art. 1661); in tal caso il compenso può essere maggiorato.

b) in caso di aumento o diminuzione del costo dei materiali o della manodopera, dovuto a circostanze imprevedibili, che comportino una variazione superiore al decimo del prezzo convenuto; il prezzo può venire diminuito o aumentato ma solo per la parte che eccede il decimo (art. 1664 comma 1).

c) quando in corso d'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche, o simili (è ciò che la dottrina chiama "sorpresa geologica") che rendano più difficile l'opera dell'appaltatore; in tal caso l'appaltatore ha diritto ad un equo compenso (indipendentemente dal fatto che la variazione ecceda il decimo).

Le norme in esame hanno carattere dispositivo, e quindi le parti possono derogarvi.

- Le obbligazioni dell'appaltatore
- La prestazione principale

L'obbligazione principale dell'appaltatore consiste nell'obbligo di eseguire l'opera, che è una prestazione di fare ed è annoverabile tra le obbligazioni di risultato. L'appaltatore deve eseguire l'opera in conformità del contratto, e non può apportare varianti, anche se siano utili e non modifichino il prezzo dell'appalto.

Tra le obbligazioni secondarie c'è quella di fornire i materiali per l'opera, a meno che le parti non abbiano stabilito diversamente (art. 1658). Altra obbligazione secondaria è quella di dare pronto avviso al committente dei difetti del materiale da questi fornito, se possono compromettere la regolare esecuzione dell'opera (art. 1663).

La prestazione principale dell'appaltatore è incoercibile, nel senso che se costui non adempie il committente non può esercitare mezzi di coazione all'adempimento; se l'appalto non è intuitu personae, però, il committente potrà avvalersi dell'esecuzione specifica dell'obbligo di fare di cui all'articolo 2931, e quindi ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato.

L'obbligazione dell'appaltatore è sempre indivisibile, anche quando si tratta di opere da eseguire per partite (art. 1666); in tal caso l'appaltatore può chiedere che la verifica avvenga per singole partite e il pagamento venga frazionato in proporzione dell'opera eseguita, ma la prestazione complessiva è da considerarsi pur sempre unitaria.

Il rischio

L'appaltatore, ai sensi dell'articolo 1655, assume il rischio dell'esecuzione dell'opera. Ciò implica che se il risultato promesso non è raggiunto (ad esempio per perimento o

deterioramento della cosa o per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione) l'appaltatore non riceve nulla in corrispettivo (art. 1672 e 1673).

Il rischio riguarda anche l'impossibilità parziale della prestazione, perché se la parte di opera eseguita non è di alcuna utilità per il committente, nulla è dovuto all'appaltatore (articolo 1672). Inoltre non rileva il fatto che in corso d'esecuzione l'opera si riveli più difficile del previsto (anche se, come abbiamo visto, l'articolo 1664 mitiga tale principio consentendo che in casi eccezionali l'appaltatore consegua una maggiorazione del prezzo).

L'autonomia dell'appaltatore

Abbiamo già detto che l'appaltatore lavora in autonomia. L'autonomia, però, non è assoluta, e ha ad oggetto principalmente il modo di eseguire la prestazione, la scelta dei mezzi e del personale, l'organizzazione della sua impresa. Non c'è libertà, ovviamente, per quanto riguarda il tipo di prestazione, e altri limiti possono essere indicati nel contratto (ad esempio il tempo di consegna, il tipo di materiali da impiegare, ecc...).

Normalmente, ma non necessariamente, l'opera è eseguita conformemente ad un progetto da cui l'appaltatore non può discostarsi, salvo che vi sia il consenso del committente. Inoltre il committente ha un certo potere di controllo durante lo svolgimento dei lavori (art. 1662), e se l'imprenditore non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto o secondo le regole dell'arte, costui può intimare per iscritto di conformarsi a tali condizioni entro un certo termine.

Altra forma di controllo può essere esercitata tramite il direttore dei lavori, che può essere nominato dal committente ed è considerato una sorta di rappresentante di costui.

Le variazioni al progetto

In linea di massima l'appaltatore non può apportare modifiche al progetto, mentre analogo limite non è posto al committente. Ciò è abbastanza logico, dal momento che l'opera è eseguita nell'interesse di quest'ultimo, ed è quindi necessario poter apportare modifiche se l'interesse del contraente sia cambiato.

Le variazioni al progetto si distinguono in:

- a) variazioni autorizzate (articolo 1659)
 - b) variazioni necessarie (articolo 1660) e
 - c) variazioni ordinate dal committente (art. 1661).
- a) Variazioni autorizzate

Sono le variazioni (chiamate dal codice "variazioni concordate") che il committente autorizza (anticipatamente o su proposta dell'appaltatore). L'autorizzazione del committente richiede la forma scritta ad probationem (art. 1659).

Nessun compenso è dovuto all'appaltatore per tali modifiche quando l'appalto è a forfait, salvo diversa pattuizione. Se l'appaltatore effettua modifiche senza autorizzazione, anche se queste sono necessarie o hanno effettivamente migliorato l'opera, nessun compenso gli è dovuto, qualunque sia la loro entità; inoltre il committente può chiederne la rimozione.

Nulla esclude però, che l'appaltatore modifichi arbitrariamente il progetto e che il committente dia un' autorizzazione successiva.

b) Variazioni necessarie

Sono quelle che è necessario apportare affinché il progetto sia eseguito a regola d'arte (art. 1660). Se le parti non si accordano sul tipo e sulla quantità delle modifiche da apportare, provvederà il giudice, determinando le relative variazioni di prezzo. Se le modifiche da introdurre sono superiori al sesto del prezzo complessivo dell'opera l'appaltatore ha diritto di recedere dal contratto, corrispondendo un equa indennità; il committente, invece, può recedere se le variazioni siano "di notevole entità", corrispondendo un equo indennizzo.

c) Variazioni ordinate dal committente

La legge ha cercato di contemperare equamente l'interesse del committente a modificare l'opera a suo piacimento e quello dell'appaltatore a non eseguire opere che possono essere troppo onerose o difficoltose per l'organizzazione della sua impresa.

Il committente - stabilisce l'articolo 1662 - può apportare modifiche al progetto, a sua discrezione. In tal caso l'appaltatore ha diritto ad una maggiorazione del compenso, anche se il prezzo era stato determinato à forfait.

Il diritto di modifica del committente incontra due limiti:

1) anzitutto l'entità della modifica non deve superare il sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1660 comma 1);

2) le modifiche - anche se inferiori al sesto - non devono comportare variazioni notevoli alla natura dell'opera o ai quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima (art. 1660 comma 2). Non è ammesso, cioè, che la modifica, pur non essendo di valore rilevante, comporti l'esecuzione di un'opera sostanzialmente diversa (ad es. non più un'automobile da strada ma una da corsa) oppure che comporti la modifica di singole categorie di lavoro (ad esempio era previsto l'impianto elettrico di valore 10 e quello idraulico di valore

90, e il committente voglia costruire un impianto elettrico di valore 90 e idraulico di valore 10). Se il committente vuole apportare varianti non consentite dalla norma in esame l'appaltatore può rifiutarsi di eseguirle e conserva il diritto di terminare l'opera; non pare che abbia il diritto di recesso, dal momento che non è previsto; è invece controverso se abbia il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Si ritiene che il diritto di modifica del committente possa essere escluso o ampliato pattiziamente.

Verifica, collaudo e accettazione

Generalità

L'art. 1665 si intitola "verifica e pagamento dell'opera" e - insieme al successivo articolo 1666 - descrive il procedimento che va dal momento del compimento dell'opera fino alla consegna.

"Il committente, prima di ricevere la consegna, ha il diritto di verificare l'opera compiuta. La verifica deve essere fatta dal committente appena l'appaltatore lo mette in condizioni di poterla eseguire. Se, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi, ovvero non ne comunica il risultato entro breve termine, l'opera si considera accettata.

Se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata ancorché non si sia proceduto alla verifica. Salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente".

Come si vede, per quanto riguarda la fase che va dal controllo dell'opera da parte del committente al momento dell'accettazione il codice parla unitariamente di verifica.

La dottrina, però, mutuando la terminologia dal linguaggio usato negli appalti pubblici, ha distinto tutta l'operazione descritta nell'articolo 1665 in 4 momenti:

- 1) la verifica, diretta ad accertare l'esecuzione dell'opera;
- 2) il collaudo, che è il risultato della verifica e consiste nella dichiarazione con cui si fissa il contenuto dell'opera, cioè si dichiara se è conforme al progetto e se è costruita bene o male (il termine, infatti, deriva dal latino cum laude);
- 3) l'accettazione dell'opera;
- 4) la consegna.

La verifica

La verifica - che può eseguirsi non solo ad opera finita ma anche durante i lavori (art. 1662) - è un atto giuridico in senso stretto. Può essere compiuta dal committente oppure da persona di sua fiducia (collaudatore).

Quando i contraenti stabiliscono di accettare senza riserva il giudizio del collaudatore, costui assume le vesti un arbitro.

Per il committente la verifica rappresenta un diritto, ma anche un onere, perché solo dopo che è stata eseguita si può far valere la garanzia per i vizi dell'opera.

Il collaudo

Riguardo al collaudo in dottrina si riscontrano notevoli incertezze che riguardano da un lato il suo contenuto, dall'altro la sua natura giuridica.

Secondo la dottrina preferibile il collaudo sarebbe un atto giuridico in senso stretto, e cioè una dichiarazione di scienza con cui si dichiara se l'opera è eseguita a regola d'arte o meno, attestando il risultato della verifica.

Secondo altri, invece, sarebbe un negozio giuridico con cui, oltre ad attestare il risultato della verifica, si accetta l'opera. Tale opinione, che non distingue tra collaudo e accettazione, si fonda sul fatto che nel codice non c'è traccia di una simile distinzione; d'altro canto, se il committente dichiara che l'opera è conforme al progetto ed eseguita a regola d'arte, necessariamente accetta la consegna dell'opera (né potrebbe essere diversamente, visto che in caso contrario sarebbe inadempiente).

Probabilmente tutta questa confusione di opinioni (sulla nozione di collaudo e di verifica, sulla natura unilaterale o bilaterale del collaudo) discende dal fatto che nel codice la distinzione non è effettuata in modo esplicito, e inoltre dal fatto che nella pratica i vari momenti della verifica, del collaudo e dell'accettazione sono contemporanei e spesso non è facile distinguerli.

Tuttavia questi momenti sono distinti sia dal punto di vista logico che pratico: non è escluso, infatti, che si possa avere un collaudo senza accettazione (quando si dichiara che l'opera è difforme da quanto previsto) o un' accettazione senza né verifica né collaudo (art. 1665 comma 4) o una verifica con successiva accettazione, ma senza collaudo (quando il committente effettua la verifica ma trascura di comunicare il risultato all'appaltatore: articolo 1665 comma 3).

L'accettazione

L'accettazione è un negozio giuridico -successivo al collaudo- con cui il committente dichiara di accettare l'opera eseguita. Spesso l'accettazione è tacita. Quando il committente dichiara che l'opera è conforme al progetto ed eseguita a regola d'arte, infatti, il lavoro si presume accettato.

In alcuni casi si parla di accettazione presunta;

- a) quando il committente trascura di effettuare la verifica senza un giustificato motivo (art. 1665);
- b) quando il committente non comunica il risultato della verifica entro breve termine (art. 1665 comma 3);
- c) quando il committente, anche senza aver effettuato la verifica, accetta senza riserve la consegna dell'opera (art. 1665 comma 4);
- d) quando si tratta di opere da eseguire per partite e il committente paga la singola partita (art. 1666).

Dal momento dell'accettazione discendono alcune conseguenze, quali il passaggio dei rischi per il deterioramento o il perimento della cosa (art. 1673) e la liberazione dell'appaltatore dalla garanzia per i vizi palesi, nonché il diritto alla consegna da parte del committente (art. 1667).

Dal momento dell'accettazione l'appaltatore ha il diritto di esigere il prezzo.

L'azione diretta degli ausiliari

Il prezzo deve essere pagato all'appaltatore. L'articolo 1676 molto opportunamente stabilisce una regola che serve a tutelare gli ausiliari dell'appaltatore che abbiano collaborato all'esecuzione dell'opera: costoro, infatti, hanno azione diretta per l'adempimento contro il committente, il che li mette al riparo, ad esempio, dal fallimento dell'appaltatore, o dal concorso con i creditori dell'appaltatore.

Tale norma - che si applica a tutti gli ausiliari, e quindi anche agli operai - è da ritenersi tassativa e non si applica al subappaltatore, o ai fornitori, o a chi abbia svolto un lavoro autonomo (ad esempio una ditta che abbia eseguito l'impianto idraulico di un immobile su richiesta dell'appaltatore). Le parti possono estendere la possibilità di esperire l'azione diretta anche a soggetti non contemplati dalla norma. Non sembra, invece, che possano escluderla per i soggetti che vi sono compresi.

La responsabilità dell'appaltatore

- a) Responsabilità per vizi dell'opera

L'articolo 1667 stabilisce che l'appaltatore deve la garanzia in due casi:

- per le difformità rispetto al progetto originale, garanzia che sussiste indipendentemente dal fatto che l'opera sia ben eseguita o immune da vizi;
- per i vizi dell'opera.

La garanzia non è dovuta se il committente, nonostante i vizi fossero da lui conosciuti o conoscibili, ha accettato l'opera e le difformità (art. 1667 comma 2).

In ogni caso l'appaltatore è responsabile se conosce i vizi e li tace in mala fede.

Contenuto della garanzia

Il successivo articolo 1668 precisa in cosa consiste la garanzia. Il committente può chiedere, a sua scelta:

- che vengano eliminati i vizi a spese dell'appaltatore (e tale azione è un'applicazione particolare della azione generale di adempimento);
- che venga diminuito il prezzo.

Il comma 1 dell'articolo 1668 aggiunge che è "salvo il risarcimento del danno in caso di colpa dell'appaltatore". Questo inciso ha dato luogo a due interpretazioni differenti.

Secondo una prima tesi, la responsabilità per i vizi o le difformità sarebbe da annoverare nella responsabilità oggettiva, o perlomeno sarebbe da considerare come un'obbligazione di garanzia posta a carico dell'appaltatore; di conseguenza si prescinde dalla colpa e l'appaltatore è responsabile in ogni caso. Qualora però sia in colpa, l'appaltatore sarà tenuto a risarcire i danni ulteriori. Ad esempio, se l'appaltatore deve consegnare una casa e il vizio dipende da sua colpa, oltre all'eliminazione del vizio, il committente potrà chiedere che venga risarcito il danno subito a causa del ritardo nella consegna.

Secondo un'altra tesi, invece, la responsabilità sussiste solo in caso di colpa, e comprende entrambe le voci (spese per la riparazione + danni); se l'appaltatore non è in colpa, invece, viene meno anche la responsabilità per vizi e difformità.

L'azione di risoluzione

L'articolo 1668 comma 1 prevede che il committente possa anche chiedere la risoluzione del contratto qualora i vizi o le difformità siano di notevole entità, tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione. Come si vede l'azione di risoluzione in questione richiede presupposti di maggiore gravità rispetto alla generale azione di cui all'articolo 1453 (ove l'inadempimento deve essere "di non scarsa importanza").

Si discute se il committente possa esercitare la domanda di risoluzione e in subordine chiedere l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo. Parte della dottrina dà una risposta positiva; non essendo esplicitamente vietato, infatti (a differenza di quanto è previsto per l'azione generale di risoluzione del contratto) è ragionevole supporre che il committente possa esperire le due domande alternativamente.

Corresponsabilità dell'appaltatore e del progettista

Uno dei problemi più rilevanti posti dalla responsabilità dell'appaltatore è quello della corresponsabilità dell'appaltatore e del progettista.

Bisogna fare prima alcune precisazioni:

- se il vizio di costruzione dipende solo dall'appaltatore (mentre il progetto era ineccepibile), la responsabilità sarà esclusivamente a carico dell'appaltatore;
- se il vizio di costruzione dipende unicamente da un errore del progetto, ma l'appaltatore non era in grado di accorgersene per le particolari conoscenze tecniche che erano richieste, la responsabilità sarà a carico del solo progettista.

Il dubbio sorge, invece, quando il difetto dipende da un errore di progettazione e l'appaltatore - accortosi del difetto - non lo ha comunicato al committente, oppure non lo ha rilevato pur avendo le conoscenze tecniche per poterlo fare.

Secondo qualcuno avremmo una responsabilità solidale di entrambi, cosicché il committente potrebbe rivolgersi all'uno o all'altro, secondo i principi propri delle obbligazioni solidali; secondo altra opinione, invece, costui potrebbe rivolgersi all'uno o all'altro, ma in via esclusiva, facendo valere o la responsabilità derivante dal contratto d'appalto, oppure quella derivante dal contratto d'opera; conseguenza di questa tesi è che colui che ha pagato non può esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'altro.

Secondo altri, invece, la responsabilità dell'appaltatore sussiste comunque per intero e non vi sarebbe possibilità di invocare un concorso di colpa del progettista.

Prescrizione dell'azione

La garanzia decade in due casi (art. 1667):

- a) se non è fatta denuncia entro il termine di decadenza di 60 giorni dalla scoperta (ma la denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati);
- b) se la denuncia non è effettuata entro due anni dalla consegna dell'opera (termine che è considerato di prescrizione).

E' sorta questione sulla validità delle clausole -inserite nei contratti di appalto di mobili o macchinari- con cui la garanzia si estende oltre i due anni; è noto, infatti, che i patti con cui le parti tendono a modificare il regime della prescrizione sono nulli (articolo 2969). La dottrina ha sostenuto la validità di tali clausole con motivazioni diverse; alcuni considerano il termine di cui all'articolo 1667 come un termine di decadenza, nonostante le parole usate dal legislatore; altri hanno detto -in modo non del tutto chiaro- che "la clausole non modifica il termine biennale di prescrizione previsto dalla legge, per l'esercizio dell'azione contro l'appaltatore"... ma "incide

soltanto sul termine di durata del rapporto sostanziale di responsabilità per vizi, che certamente non è di ordine pubblico e quindi può essere liberamente modificato dalle parti".

b) La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili

La normativa

All'art. 1669 il codice prevede una particolare forma di responsabilità per i soli beni immobili, che prescinde dal collaudo e dall'accettazione, e che è stata dettata dall'esigenza di adeguare i termini della garanzia alla durata particolarmente lunga della vita degli immobili; inoltre si è tenuto conto del fatto che spesso i difetti degli immobili si presentano a distanza di anni, e quindi l'ordinario termine di prescrizione della garanzia per vizi non sarebbe stato sufficiente.

"Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinati per loro natura a lunga durata, se nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente o dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia".

Disciplina

La norma si applica sia agli appalti di costruzione che a quelli di manutenzione che a quelli di riparazione.

Per gravi difetti, secondo la Relazione al Re, devono intendersi "quelli che incidono sulla sostanza e sulla stabilità dell'opera, anche se non determinino minaccia di crollo immediato o evidente pericolo di rovina".

Secondo Rubino la garanzia non vale per i vizi palesi, quando l'opera è stata accettata senza riserve dal committente, ma varrebbe solo per i vizi occulti; se il vizio è palese, infatti, si applica l'articolo 1668. Ma l'opinione prevalente è che la norma si applichi a tutti i vizi, palesi o occulti, indipendentemente dall'accettazione con riserva.

Quanto alla nozione di immobile, non vi si ricomprendono le costruzioni unite al suolo in via transitoria, come le baracche di legno, o i chioschi; inoltre deve intendersi non solo l'immobile costruito ex novo, ma anche la sopraelevazione di un edificio, o la ristrutturazione di uno già esistente

E' dubbio se si tratti di responsabilità oggettiva o per colpa. Prevalle la tesi della responsabilità per colpa presunta; trattandosi di presunzione iuris tantum

L'appaltatore è ammesso a provare che la rovina o i difetti sono dovuti a cause che non dipendono dal suo comportamento colpevole.

Quanto al contenuto, l'articolo dice solo che il costruttore "è responsabile" senza precisare se la responsabilità in esame sia limitata solo al risarcimento del danno, oppure comprenda anche l'eliminazione delle difformità. Tuttavia la differenza tra le due tesi non è troppo rilevante, se si considera che il committente può anche chiedere il risarcimento del danno in forma specifica (articolo 2058).

Quanto ai soggetti, la norma è stata ritenuta applicabile a tutti coloro che hanno collaborato nell'opera, quindi anche al progettista (per cui si ripropone il problema visto sopra, della responsabilità solidale tra progettista e appaltatore), e al direttore dei lavori.

Natura giuridica della responsabilità di cui all'articolo 1669

Si discute se la responsabilità in esame sia contrattuale o extracontrattuale.

A) La giurisprudenza e parte della dottrina propendono per quest'ultima tesi, individuando il fondamento della norma in un principio di ordine pubblico (consistente nell'interesse alla buona costruzione degli immobili) e in un'esigenza generale di tutela della salute dei cittadini. I sostenitori di quest'ultima tesi specificano che in tal caso legittimato all'azione è anche qualsiasi terzo danneggiato dalla rovina o dai gravi difetti dell'edificio.

Coerentemente, poi, la norma è considerata cogente dalla giurisprudenza, il che significa che le parti non potrebbero escludere tale garanzia con una loro manifestazione di volontà in tal senso.

Non solo, ma si è talmente dilatato l'ambito di applicabilità di tale norma che la si considera applicabile anche alla vendita, e precisamente al caso in cui il costruttore venda l'immobile senza che sia stato stipulato alcun contratto di appalto, oppure alla vendita di bene immobile futuro.

B) Ma la dottrina prevalente (Messineo, Rubino, Stolfi, Mirabelli) è di contrario avviso ed ha obiettato che la norma è da considerarsi eccezionale, e come tale non è applicabile analogicamente. Quanto all'interesse pubblico alla buona costruzione degli immobili, questo è già sufficientemente tutelato da tutte le norme tecniche (assai numerose) sulla costruzione e riparazione degli immobili. Inoltre la norma non è inserita nella sezione della responsabilità extracontrattuale ma è espressamente prevista solo per l'appalto, sì che appare abbastanza arbitrario interpretarla come responsabilità aquiliana ed estenderla al di là dell'istituto dell'appalto. Inoltre l'articolo è chiaro nel concedere espressamente l'azione solo al committente e ai suoi

aventi causa, escludendo i terzi. Infine, l'appaltatore è già responsabile per danni ai terzi secondo la regola dell'articolo 2043, che è norma di applicazione generale.

Tuttavia, come ammettono gli stessi autori, il contrario indirizzo è talmente prevalente che ormai lo si può considerare consolidato e nell'applicazione della norma non si può non tenerne conto.

L'estinzione del contratto

Generalità

Il contratto di appalto si estingue per le cause proprie di ogni contratto (adempimento, risoluzione per inadempimento, impossibilità sopravvenuta, mutuo consenso, confusione e -negli appalti di durata- il decorso del tempo). Vi sono poi delle ipotesi particolari, specifiche per il contratto di appalto, tra le quali il fallimento dell'appaltatore o quello del committente (art. 81 L. F.), nonché il perimento o il deterioramento dell'opera per causa non imputabile, prima che sia intervenuta l'accettazione (art. 1673).

Il recesso del committente

Un'ipotesi particolare di estinzione dell'appalto è prevista dall'art. 1671: "il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno". Esercitato il diritto di recesso il committente acquista la proprietà dell'opera già eseguita.

Tale articolo prevede un vero e proprio caso ex lege di recesso unilaterale ad nutum, il quale, però, non pregiudica le ragioni dell'appaltatore che avrà diritto ad un risarcimento comprendente il prezzo dell'opera eseguita e il mancato guadagno.

La norma - secondo alcuni autori - si fonda sul carattere intuitu personae del contratto, cosicché venendo meno la fiducia nell'impresa da parte dell'appaltante, gli si concede la possibilità di recedere senza problemi; inoltre si fonda sulla possibilità che col passare del tempo venga meno -per le cause più svariate - l'interesse del committente. Si tratta quindi di un vero e proprio diritto potestativo del committente, esercitabile a prescindere dal ricorrere di una giusta causa (Cass. 9645/2011).

La dottrina prevalente ritiene che le parti possano apportare modifiche alla disciplina del recesso (ad esempio stabilendo che tale diritto non possa essere esercitato se non per giusta causa) ma non sopprimerlo totalmente; di conseguenza una clausola che escludesse completamente la possibilità di esercitare il recesso sarebbe nulla

Il recesso per variazioni del progetto

Ulteriore ipotesi di recesso, questa volta a favore sia dell'appaltante che dell'appaltatore, si ha nel caso di variazioni al progetto che si rendano necessarie in corso di opera (art. 1660). Se le variazioni superano il sesto del costo complessivo dell'opera l'appaltatore può recedere dal contratto e ottenere un'indennità per il lavoro svolto fino a quel momento; il committente, invece, può recedere -corrispondendo un equo indennizzo- se le variazioni sono di notevole entità (e quindi anche inferiori al sesto).

La risoluzione per eccessiva onerosità

Quanto alla risoluzione per eccessiva onerosità, secondo parte della dottrina l'istituto non troverebbe applicazione perché sostituito interamente dall'istituto della revisione del prezzo previsto dall'art. 1664. E' stato affermato, però, che non può dirsi a priori che la disciplina dell'eccessiva onerosità sia sempre inapplicabile (Moscarini, Cagnasso): vi possono essere dei casi, infatti, in cui l'aumento dei prezzi non dipenda né dalla sorpresa geologica (art. 1664 comma 2) né da circostanze imprevedibili (art. 1664 comma 1), nel qual caso si applicherà la disciplina generale; per esempio può pensarsi ad un aumento esagerato dei prezzi degli immobili dovuto a nuovi tributi oppure ad un nuovo piano regolatore.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta

L'articolo 1672 prevede che il rapporto si sciogla per l'impossibilità sopravvenuta non imputabile ad alcuna delle parti; se una parte dell'opera è stata già eseguita il committente deve pagarne il prezzo "nei limiti in cui è per lui utile".

La diffida

L'articolo 1662 comma 2 regola un'ipotesi di risoluzione per inadempimento in tutto simile alla diffida ad adempiere di cui all'articolo 1454: "Quando, nel corso dell'opera, si accerta che la prosecuzione non procede secondo quanto stabilito nel contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno".

La morte e l'incapacità dell'appaltatore

Se muore l'appaltatore il contratto non si estingue, salvo che la considerazione della sua persona sia stato il motivo determinante del contratto (art. 1674).

Il rapporto prosegue con gli eredi, ma se costoro non danno sufficiente affidamento per la buona prosecuzione dell'opera il committente può recedere e gli eredi hanno diritto ad essere pagati per la parte di opere già eseguita (articolo 1675); in tal caso, però, non hanno diritto a essere compensati del mancato guadagno.

La norma si ritiene applicabile analogicamente ai casi di interdizione, inabilitazione, incapacità naturale o assenza dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona sia stato il motivo determinante del contratto.

8. Il subappalto

Generalità

Il subappalto è una figura che rientra nella categoria del subcontratto, e il legislatore gli dedica solo due norme del codice.

Con tale contratto l'appaltatore incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire l'opera o il servizio che erano stati a lui commissionati e quindi diventa a sua volta appaltatore in un altro contratto di appalto.

Il subappalto è negozio autonomo rispetto a quello di appalto, nel senso che il committente non ha rapporti con il subappaltatore (Cass. 16917/2011), almeno entro certi limiti: tra i due contratti sussiste quel rapporto che la dottrina chiama collegamento negoziale unilaterale, nel senso che le vicende dell'appalto reagiscono su quelle del subappalto, ma non viceversa. Ad esempio l'invalidità o la risoluzione del contratto di appalto comportano l'invalidità o la risoluzione del subappalto, ma non accade il contrario.

Al subappalto si applica la disciplina dell'appalto nei rapporti tra subappaltante e subappaltatore, salvo le norme aventi carattere particolare e che prevedono particolari benefici.

Il divieto di subappalto

L'art. 1656 vieta il subappalto salvo che non sia stato autorizzato dal committente.

Le ragioni del divieto di subappalto sono controverse. Secondo qualcuno sarebbe dovuto al fatto che l'appalto è un contratto intuitu personae ma, come abbiamo visto, tale conclusione non può essere accettata per ogni contratto di appalto, ma solo per quello in cui la qualità dell'imprenditore è stata la ragione determinante del contratto. Altri, allora, hanno individuato le ragioni del divieto nella necessità di evitare che nel mercato si inseriscano imprese che siano mere "accaparratrici di lavori", cioè che svolgano la sola funzione di intermediazione tra committenti ed esecutori effettivi, facendo salire i costi e disperdendo le responsabilità.

La norma non specifica quali sono le conseguenze della mancanza di autorizzazione e al riguardo sono state proposte diverse teorie.

Secondo parte della dottrina il contratto di subappalto sarebbe valido, ma l'appaltatore sarebbe responsabile verso il committente (Ferri). Secondo altri autori il contratto sarebbe annullabile, ma la teoria non ha convinto appieno la prevalente dottrina perché l'annullabilità deve essere espressamente prevista dalla legge.

Taluno ha sostenuto che il contratto sarebbe nullo, e che si tratterebbe di nullità relativa, che potrebbe essere fatta valere solo dal committente (Rubino).

E' forse preferibile la teoria secondo cui il contratto sia valido, ma - trattandosi di un inadempimento contrattuale - il committente può chiedere all'appaltatore la risoluzione del contratto ex articolo 1453 e il risarcimento dei danni.

L'autorizzazione può essere data sia in forma scritta che orale, con manifestazione espressa o tacita, preventivamente o successivamente alla stipulazione del contratto di appalto e anche sotto forma di ratifica successiva per un subappalto stipulato senza autorizzazione. E' escluso, però, che valga come autorizzazione tacita il fatto che l'appaltante abbia chiesto l'autorizzazione senza ottenere alcuna risposta dal committente.

Disciplina

Il subappalto può anche essere parziale e riguardare solo una parte dell'opera.

L'estinzione del contratto di appalto (ad esempio per impossibilità sopravvenuta oppure per recesso del committente) determina l'estinzione del subappalto. Se la causa di estinzione è determinata dalla colpa dell'appaltatore allora costui risponde del danno verso il subappaltatore.

La responsabilità per vizi e difformità è a carico dell'appaltatore, né il committente può agire contro il subappaltatore.

Qualora il subappaltatore provochi dei danni al committente, questi saranno risarciti dal subappaltante-appaltatore, anche se quest'ultimo non abbia colpa alcuna nell'aver scelto l'impresa subappaltatrice. L'appaltatore che ha pagato il danno commesso dal subappaltatore può poi agire in regresso nei confronti del subappaltatore (art. 1670).

La verifica e l'accettazione dovranno essere compiuti sia dal committente che del subappaltante - appaltatore; ovviamente l'appaltatore effettuerà la verifica nei confronti del subappaltatore e il committente le effettuerà nei confronti dell'appaltatore.

La responsabilità per i danni nei confronti dei terzi è a carico del subappaltatore, restando a carico del subappaltante solo qualora costui si sia riservato un intenso potere di direzione dei lavori, tale da non lasciare autonomia al subappaltatore.

segue: rapporti diretti tra committente e subappaltatore

La differenza tra il subappalto e la cessione del contratto di appalto (articolo 1406) sta nel fatto che in quest'ultimo il cessionario subentra nei rapporti attivi e passivi, e tra cedente e ceduto si instaura un rapporto diretto; al contrario, nel subappalto non sorgono rapporti diretti tra il committente e il subappaltatore.

Tuttavia la dottrina ha individuato alcune ipotesi - peraltro assai controverse - in cui potrebbe instaurarsi un rapporto diretto tra committente e subappaltatore.

a) In primo luogo si discute se possa applicarsi l'articolo 1676, in base al quale gli ausiliari dell'appaltatore hanno azione diretta contro il committente per l'adempimento di quanto è loro dovuto. Il problema è se il subappaltatore possa considerarsi "ausiliario" dell'appaltatore, e parte della dottrina ha sostenuto la tesi positiva interpretando estensivamente il termine in questione. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, però, accolgono la tesi negativa sul presupposto che l'articolo 1676 si applicherebbe solo a coloro che sono dipendenti dell'appaltatore, mentre il subappaltatore agisce in regime di autonomia.

b) Una dottrina minoritaria (Baccigalupi) ha sostenuto che il committente avrebbe azione diretta per l'adempimento contro il subappaltatore; la tesi poggia sul presupposto che l'articolo 1595 previsto in tema di locazione sarebbe una norma generale, applicabile a tutti i casi di sub-contratto. Tale teoria, però non è accolta né dalla dottrina prevalente né dalla giurisprudenza.

Il subappaltatore, però, qualora ne sussistano i presupposti può agire nei confronti del committente in via surrogatoria (articolo 2900). Trasporto

Da Altalex – di Paolo Franceschetti

Il Contratto di trasporto

Con il contratto di trasporto "il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro" (art. 1678 cod. civ.).

Nozione e natura giuridica

Il trasporto è definito dall'art. 1678 come quel contratto con cui una parte (il vettore) si obbliga dietro corrispettivo a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro. E' vettore sia chi trasporta con i propri mezzi, sia chi si obbliga a trasportare con mezzi altrui. Nel trasporto di persone il viaggiatore prende il nome di committente; nel trasporto di cose colui che chiede il trasporto si chiama mittente.

Vettore può essere tanto un imprenditore (articolo 2195 n. 3) quanto un soggetto di altro tipo, che svolge l'attività in modo non professionale.

Il trasporto è una particolare figura di contratto d'opera, in cui l'opera è costituita dal trasporto: l'obbligazione del vettore è quindi tipicamente un'obbligazione di risultato.

Nelle sue linee generali il trasporto è disciplinato dal codice civile, che distingue una normativa comune a tutti i tipi di trasporto, e provvede poi a disciplinare separatamente le due figure del trasporto di persone e del trasporto di cose; in caso di lacune la disciplina codicistica va poi integrata con la normativa sul contratto d'opera e con quella dell'appalto.

Esulano dal trasporto vero e proprio i contratti di trasmissione di notizie tramite telex, telefono e telegrafo, che sono disciplinati da leggi speciali; un tipo di trasporto del tutto sui generis è, poi, quello che ha ad oggetto il trasporto di prodotti petroliferi tramite oleodotto, o gasdotto, o anche il contratto di trasporto dell'acqua tramite acquedotti.

Vi sono poi delle figure particolari, cui si applica la normativa codicistica in quanto non derogata dalle leggi speciali (articolo 1680): abbiamo la figura del trasporto per via d'acqua e mare (disciplinata dal codice della navigazione) e i trasporti ferroviari interni di persone e di cose. La materia è inoltre regolata da numerose convenzioni internazionali. In particolare il contratto di trasporto internazionale è disciplinato dalla normativa comunitaria 4058/89 ed è caratterizzato dal fatto che ha ad oggetto un trasporto di merci destinato ad oltrepassare i confini nazionali per concludersi nel territorio di un altro stato membro della comunità.

Il trasporto è un contratto consensuale, obbligatorio, e a forma libera.

Non è contratto intuitu personae. E' quindi ammissibile il subcontratto, sia da parte del vettore che da parte del trasportato (in quest'ultimo caso, però, il subcontratto è ammesso a condizione che il negozio non fosse personalizzato, come nel caso abbastanza frequente in cui il trasportato goda di una tariffa agevolata).

Il trasporto di persone e il regime della responsabilità

Generalità

Al trasporto di persone sono dedicate due sole norme (l'art. 1681 e il 1682) di cui la prima regola la responsabilità del vettore e la seconda si occupa del cosiddetto trasporto cumulativo. Si ritiene che la disciplina dell'istituto sia quella del **contratto d'opera** in generale, e particolarmente quella dell'appalto in quanto compatibile; secondo parte della dottrina (Iannuzzi) inoltre si applicano le norme contenute nella legislazione speciale qualora si accerti che esse costruiscono espressione di un principio generale in materia. Secondo Asquini non può neanche escludersi a priori l'applicabilità analogica della disciplina del trasporto di cose.

Si tratta di un contratto a forma libera. A volte si perfeziona con l'inizio dell'esecuzione (articolo 1327); per esempio nei trasporti pubblici di linea il contratto è concluso salendo sulla vettura, o - secondo un'altra tesi cui ha aderito la giurisprudenza - appena si mette piede sui gradini.

Nel trasporto ferroviario il contratto si perfeziona invece con l'emissione del biglietto e nel contenuto del contratto sono compresi anche tutti i servizi accessori (come l'uso della sala d'aspetto) di cui si può usufruire anche prima dell'inizio del viaggio. La responsabilità del vettore inizia dal momento in cui viene emesso il biglietto.

La responsabilità

Quanto al regime della responsabilità, recita l'art. 1681 comma 1: "Salva la responsabilità per il ritardo o per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita e dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno".

Si tratta quindi di un caso di responsabilità aggravata e per colpa presunta, nel senso che l'onere della prova incombe sul debitore, il quale deve provare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Questo perché se il vettore predispone le misure idonee ad evitare danni, il viaggiatore può servirsi delle cose che trasporta con sé; non incombe poi sul vettore l'obbligo di controllare che tutti si servano di tali misure, perché sarebbe un obbligo spesso impossibile da adempiere e in caso di danno è sufficiente per il trasportatore provare che le misure idonee siano state predisposte, restando a carico del viaggiatore l'onere di servirsene; in altre parole, sul viaggiatore grava un vero e proprio onere di cooperazione nel vigilare sulla propria incolumità, onere che, se non è osservato, esonera il vettore dalla responsabilità.

Se mancano le misure di sicurezza il vettore è ritenuto responsabile anche se il danno è stato causato da motivi estranei alla mancanza di misure di sicurezza. In pratica a carico del vettore c'è una presunzione iuris tantum di colpa.

L'azione di responsabilità in questione è di natura contrattuale ed è opinione pacifica che essa si possa cumulare con l'azione per fatto illecito ex art. 2043. Cosicché il committente potrà esercitare entro i termini brevi previsti dal contratto di trasporto la più favorevole azione di responsabilità ivi prevista, oppure nei dieci anni l'azione ex art. 2043.

Nel primo caso (art. 1681), per essere risarcito, il viaggiatore ha l'onere di provare l'esistenza di un contratto di trasporto, il danno subito e il nesso di causalità tra evento e danno; il vettore, se vuole essere esentato da responsabilità, dovrà dare la rigorosa prova di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno.

Nel secondo caso (art. 2043) il committente dovrà provare la colpa o il dolo del vettore.

Tale azione, inoltre, si cumula con quella ordinaria ex art. 1218 e ss., in caso di ritardo oppure per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto.

Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità per sinistri alle persone (1681 comma 2). La ratio della nullità delle clausole di questo tipo, è da rinvenirsi nel particolare interesse tutelato dall'art. 1681, che è l'integrità della persona umana.

Ovviamente ai sensi dell'art. 1228 il vettore è responsabile anche dei danni causati dalle persone da lui impiegate nell'esecuzione del trasporto.

Il trasporto gratuito e il trasporto di cortesia

Differenza tra trasporto gratuito e di cortesia

La norma dell'art. 1681 estende anche al trasporto gratuito il regime di responsabilità proprio del trasporto oneroso. Il trasporto gratuito va distinto dal cosiddetto trasporto a titolo di cortesia (che pure è ugualmente a titolo gratuito).

Trasporto gratuito è quello in cui il viaggiatore o il mittente non corrispondono una controprestazione. Tuttavia, l'elemento caratteristico di questa figura non è la mancanza di una controprestazione (altrimenti l'ipotesi non si distinguerebbe dal trasporto di cortesia) ma è la presenza di un interesse del vettore, giuridicamente rilevante, ad effettuare la prestazione; siamo quindi alla presenza di un vero e proprio contratto, anche se a titolo gratuito (per esempio è il caso del datore di lavoro che trasporta i lavoratori sul posto di lavoro). E' noto, infatti, che l'obbligazione, per essere giuridica, deve corrispondere ad un interesse del creditore ed essere suscettibile di valutazione economica (anche se di per se non abbia contenuto patrimoniale).

Diversa, invece, è la figura del trasporto di cortesia. Se io do un passaggio a un amico, oppure se porto mia madre a fare la spesa, non c'è alcun interesse giuridico, né patrimoniale, da parte mia. Anche questa figura è a titolo gratuito, in quanto il trasportato non corrisponde alcuna controprestazione; tuttavia, dal momento che non nasce a carico del vettore una vera obbligazione di trasportare, la fattispecie non è configurabile come un contratto: siamo quindi al di fuori dal campo delle obbligazioni ed entriamo in quello dei rapporti non giuridici, di solo fatto. Tipico è il caso dell'automobilista che da un passaggio all'autostoppista.

La Cassazione in linea di massima accoglie la tesi secondo cui l'autostop rientra nell'ambito del trasporto di cortesia; tuttavia alcune sentenze non troppo recenti, hanno stabilito che per qualificare la fonte del rapporto come contratto, sia pure a

titolo gratuito, è sufficiente anche che l'interesse del trasportatore sia un interesse alla sola compagnia. E' chiaro che alla luce di tale sentenza il caso dell'autostop rientrerebbe nel contratto di trasporto gratuito e non nel trasporto di cortesia. L'onere della prova che il trasporto è a titolo gratuito e non di mera cortesia secondo la giurisprudenza grava sul trasportato.

La responsabilità nel trasporto di cortesia

Ci si domanda quale sia il regime di responsabilità da applicare al trasporto di cortesia.

A) Autorevole dottrina (Barbero) ha proposto di estendere per analogia le norme sul trasporto di cortesia che sono contenute nel codice della navigazione; tali norme prevedono che in caso di danno il danneggiato debba provare il dolo o la colpa grave del vettore, con un regime di responsabilità che è meno rigoroso di quello generale previsto per il fatto illecito ex art. 2043.

B) Altra opinione ancora ha sostenuto che al trasporto di cortesia si applichi l'art. 1681 per il trasporto a titolo gratuito, e tale opinione è stata accolta, a volte, anche dalla giurisprudenza.

C) Alcuni autori - con un ragionamento analogo a quello che si è fatto in materia penalistica per quanto riguarda le lesioni sportive - hanno addirittura sostenuto la totale esclusione di ogni responsabilità del conducente; infatti - si è detto - il viaggiatore che accetta un passaggio a titolo gratuito si accolla consapevolmente la responsabilità di ciò che può succedergli.

D) L'opinione prevalente è nel senso che al trasporto di cortesia si applichi l'art. 2043; in primo luogo, infatti, il trasporto di cortesia esula dal campo contrattuale e quindi è impossibile applicare norme - come l'articolo 1681 - dettate per un tipo contrattuale ad hoc; né è possibile applica le norme del diritto della navigazione, essendo questo un settore speciale dell'ordinamento, che regola solo i rapporti in esso previsti. Ora, mancando una normativa specifica non può non ritenersi vigente la disciplina generale dell'articolo 2043, valida per ogni ipotesi in cui un soggetto ricava un danno; ne consegue che il danneggiato verrà risarcito se riesce a provare il dolo o la colpa del danneggiante. E' questa l'opinione accolta dalla giurisprudenza prevalente. Tra le sentenze più recenti, in questo senso, Cass. 21389/2011, ha stabilito che si applica in tal caso l'articolo 2043, con la conseguenza che il regime dell'onere della prova è diverso, e che il danneggiato dovrà provare sia la colpa o il dolo del danneggiante, oltre al danno e al nesso causale.

Riguardo all'ipotesi più frequente, però, che è il danno arrecato da un conducente di veicoli senza guida di rotaie, si è a volte sostenuto (Bonivicini) che non si applichi la

disciplina generale dell'art. 2043, ma l'art. 2054; il conducente, ai sensi della norma citata, è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o cose, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno. Tale opinione non viene condivisa dai più, perché l'articolo si riferirebbe solo ai danni arrecati a persone non trasportate. Si noti comunque, che l'applicazione di questa norma renderebbe praticamente identici il regime di responsabilità del trasporto gratuito e di quello di cortesia. E' facile notare, infatti, che l'espressione di cui all'art. 1681 (valida per il trasporto gratuito) "aver fatto tutto il possibile per evitare il danno" e l'espressione di cui all'art. 2054 "se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno" sono praticamente analoghe.

Il trasporto cumulativo

E' possibile che il trasportato concluda un contratto di trasporto con più vettori; in tal caso ciascun vettore si assume l'obbligo di portare il mittente a destinazione solo per una parte del viaggio. Ciò è frequente nei contratti di trasporto internazionale, ove il mittente stipula un contratto di trasporto che deve essere in parte eseguito in Italia e poi continuato in una o più nazioni estere. La prestazione dei vettori in tal caso è indivisibile, e si discute quale sia la struttura della fattispecie.

Secondo una dottrina il mittente concluderebbe distinti contratti con tutti i vettori, e alla proposta del committente seguirebbe un'accettazione da parte dei vettori secondo il meccanismo previsto dall'art. 1327 (accettazione mediante inizio dell'esecuzione). Secondo altra dottrina, invece, il primo vettore concluderebbe il contratto sia in proprio, sia in nome degli altri vettori successivi, di cui egli sarebbe un mandatario.

Nell'ambito dei trasporti cumulativi di persone, ai sensi dell'art. 1682 comma 1, ciascun vettore risponde nell'ambito del proprio percorso, secondo una regola che fa eccezione al regime generale di responsabilità delle obbligazioni indivisibili (art. 1317). L'entità del danno, però, si determina in ragione dell'intero percorso.

Tale regola non vale, però, per il trasporto di cose, per cui la responsabilità è solidale; il motivo di questa differenza rispetto al trasporto cumulativo di persone risiede nel fatto che quando il trasporto è di cose il mittente non ha la possibilità di controllare il modo in cui il contratto è eseguito e chi abbia realmente determinato il danno.

Il trasporto di cose

Generalità – nozione

Più articolata è la disciplina del trasporto di cose. E' un contratto consensuale stipulato tra mittente e vettore, col quale quest'ultimo si impegna a trasportare le cose da un posto ad un altro; il destinatario della merce può esser tanto il mittente quanto una persona diversa; in quest'ultimo caso la dottrina (e la stessa Relazione al Re) vi ravvisa un contratto a favore del terzo. Rispetto alla figura generale dell'articolo 1411

sussistono però alcune differenze, prevalentemente perché il terzo non acquista il diritto derivante dal contratto al momento della stipula, ma al momento in cui le cose arrivano a destinazione o è scaduto il termine per il loro arrivo e costui ne chiede la consegna al vettore. Fino a tale momento il titolare del diritto è il mittente, che può anche avvalersi del cosiddetto contrordine previsto dall'articolo 1685.

La lettera di vettura e la ricevuta di carico

Il mittente è tenuto a fornire al vettore tutte le indicazioni necessarie per individuare la cosa e a dare tutte le istruzioni idonee ad eseguire il trasporto (articolo 1683). A tal fine particolare importanza assumono la lettera di vettura e la ricevuta di carico. La prima contiene le indicazioni in merito alle modalità che il vettore deve eseguire durante il trasporto, e tutto quanto attiene all'accordo delle parti; è rilasciata (debitamente sottoscritta) dal mittente al vettore. Il vettore è poi tenuto a rilasciare al mittente una copia della lettera di vettura oppure, in mancanza, la cosiddetta ricevuta di carico; tali documenti servono a provare il ricevimento della merce da trasportare.

Il duplicato della lettera di vettura e della ricevuta di carico, se rilasciati "all'ordine", sono titoli rappresentativi di merci. Il che significa che il possessore legittimo del titolo può esercitare tutti i diritti derivanti dal contratto di trasporto e trasferirli mediante girata.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che, anche se il contratto di trasporto di cose è un contratto a forma libera, la cui prova può essere fornita con ogni mezzo, una volta emessa la lettera di vettura essa documenta l'esistenza e il contenuto del contratto ed individua le parti di esso (Cass. 28282/2011).

Obblighi del mittente

Obbligo fondamentale del mittente è - oltre quello di fornire al vettore tutte le istruzioni necessarie e le indicazioni sul carico - quello di pagare il corrispettivo.

Il corrispettivo può anche essere a carico del destinatario, nel qual caso costui non può esercitare i diritti che gli derivano dal contratto se non ha pagato quanto previsto (articolo 1689 comma 2). Il vettore che omette di farsi pagare dal destinatario non può più rivolgersi al mittente.

Obblighi del vettore

Obbligazione fondamentale del vettore è quella di eseguire il trasporto con la diligenza del buon padre di famiglia e secondo le modalità convenute. Deve consegnare la merce, dando prontamente avviso al mittente dell'arrivo (articolo 1687). E' tenuto inoltre a tenere in custodia la cosa fino alla consegna e a chiedere istruzioni

al mittente in caso di impedimenti o ritardi (articoli 1686 e 1690). In mancanza di istruzioni, o se queste sono inattuabili, può effettuarsi il deposito delle cose a norma dell'articolo 1514 oppure si può procedere alla vendita se queste sono deperibili.

Il vettore inoltre può riscuotere il prezzo della merce consegnata per conto del mittente (articolo 1692).

La responsabilità del vettore

Il vettore risponde per la mancata esecuzione o il ritardo nel trasporto secondo le regola generale in tema di inadempimento (articolo 1218).

Il codice ha poi disposto una disciplina specifica per la custodia delle cose trasportate (detta responsabilità ex recepto): "Il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve al momento in cui le consegna al destinatario". Costui può essere esentato da responsabilità solo nei seguenti casi:

- se il danno è derivato da caso fortuito; in linea di massima non costituisce caso fortuito il furto (Cass. 7533/2009), mentre può costituirlo – a seconda delle circostanze di tempo e luogo - la rapina.
- se il danno deriva dalla natura o dai vizi delle cose o dal loro imballaggio;
- se il danno deriva da fatto del destinatario o del mittente.

Secondo alcuni autori la responsabilità posta dalla norma in esame sarebbe aggravata rispetto all'ordinario regime di responsabilità di cui all'articolo 1218; infatti il vettore non può essere esentato da responsabilità provando la sua mancanza di colpa, ma solo provando gli eventi specifici elencati dalla norma; e restano a suo carico i danni dovuti a cause ignote. Secondo altri autori, invece, la norma sarebbe solo una normale applicazione delle regole generali, senza deviazioni rispetto al regime ordinario di responsabilità (Visintini).

La legittimazione a chiedere il risarcimento del danno può spettare al destinatario o al mittente, a seconda di chi sia colui che ha subito il danno (Cass. 24400/2010).

Temperamento della responsabilità

Il regime di responsabilità è comunque temperato:

- dalla validità di clausole che riconoscono presunzioni di fortuito (articolo 1694); si tratta di clausole che invertono l'onere della prova; in altre parole se si verifica un danno non spetterà al vettore dimostrare che il danno è dipeso da caso fortuito, ma spetterà al mittente provare che è dipeso da fatto del vettore;

- dalla presunzione (*iuris tantum*) di calo naturale di peso per le merci che sono soggette a perdite di peso (articolo 1695);
- (per i soli trasporti su strada) dalla previsione di un limite massimo all'ammontare del danno risarcibile, pari a 1 euro per ogni chilo di peso lordo della merce per i trasporti nazionali; per i trasporti internazionali invece vale l'articolo 23 comma 3 della Convenzione internazionale per il trasporto stradale di merci. Se il destinatario accetta la merce senza riserve il vettore non risponde dei danni, salvo il caso di dolo o colpa grave, o salvo che perdita e avaria non fossero riconoscibili al momento della consegna. In quest'ultimo caso il danno deve essere denunciato entro otto giorni a pena di decadenza (articolo 1698).

10. Da Altalex - IL Mandato

di Paolo Franceschetti

I- Principi generali

Nozione

Il mandato è il contratto col quale una parte (mandatario o gestore) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (mandante o gerito). Il negozio compiuto dal mandatario in esecuzione dell'incarico prende il nome di negozio gestorio.

E' un negozio annoverabile nella categoria dei contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica.

Perché si abbia un mandato sono necessari i seguenti requisiti:

- la parte mandataria deve curare un interesse altrui. Esiste anche una particolare figura di mandato che è il mandato conferito nell'interesse del mandatario (cosiddetto mandato in rem propriam), ma secondo l'opinione prevalente in tal caso si è fuori dallo schema tipico del mandato.
- in virtù del contratto il mandatario deve avere un vero e proprio obbligo di curare l'affare altrui; in caso contrario si avrebbe uno di quei rapporti che vengono chiamati autorizzazione a gestire, oppure un mandato di cortesia.
- l'attività del mandatario deve consistere nel compimento di atti giuridici;
- l'attività svolta dal mandatario deve essere tale da implicare contatti con terze persone;
- l'attività compiuta dal mandatario deve essere tale che avrebbe potuto svolgerla anche il mandante stesso. Se il mandatario svolge un'attività che il mandante non è

astrattamente in grado di svolgere si rientrerebbe nella diversa figura del contratto d'opera (si pensi alla prestazione di un avvocato).

Differenza da figure affini

Mandato e ambasceria

Caratteristica del contratto di mandato è che al mandatario è conferita una certa autonomia nell'esecuzione dell'incarico, ed è ciò che distingue tale figura dall'ambasceria, in cui il cosiddetto nuncius si limita a riferire semplicemente la volontà così come è stata esternata dall'interessato, senza possibilità di effettuare scelte discrezionali. Per questo motivo al nuncius non è richiesta la capacità di agire; inoltre, non è mai parte del negozio. L'incarico del nuncius, quindi, non si inquadra nei contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica, ma nel contratto d'opera (Luminoso).

Mandato e rapporto di lavoro subordinato

Alcuni autori hanno affermato che la differenza tra mandato e rapporto di lavoro subordinato sarebbe da ravvisarsi nel fatto che il mandatario compie attività giuridiche, mentre il lavoratore subordinato attività materiali; in realtà la differenza non è questa, perché in astratto ciò che è oggetto del mandato può esserlo anche del rapporto di lavoro subordinato; la differenza risiede, invece, principalmente nel fatto che il mandatario non ha un vincolo di subordinazione rispetto al mandante.

Mandato e contratto d'opera

Rispetto al contratto d'opera (art. 2222) la differenza sta nel fatto che in questo la prestazione consiste nell'eseguire un'opera o un servizio a carattere prevalentemente tecnico, di tipo manuale o intellettuale e non negoziale, mentre quella del mandatario consiste nel compiere atti giuridici.

Più difficile è la distinzione quando il contratto di opera rientra nel cosiddetto "contratto d'opera intellettuale": ad esempio nella prestazione di un avvocato rientra sia il compimento di attività di tipo intellettuale che di atti giuridici. Il criterio discrezionale, allora, sarà quello della prevalenza: occorrerà vedere, cioè, se nel contratto prevalga il compimento dell'attività in sostituzione del mandante (nel qual caso avremo un mandato), o se prevalga la funzione di messa a disposizione delle conoscenze tecniche da parte del mandatario.

Mandato e contratto di agenzia

Rispetto al contratto di agenzia, la differenza principale sta nel fatto che l'agente deve solo reperire i clienti e promuovere la conclusione di contratti, mentre il mandatario deve concluderli. L'attività dell'agente, quindi, è di tipo prettamente materiale.

Un'ulteriore differenza sta nella maggiore autonomia di cui gode l'agente rispetto al mandatario.

La distinzione può farsi ardua nella pratica, perché spesso l'agente è incaricato di concludere direttamente i contratti per conto del proponente; anche qui il criterio discrezionale sarà quello della prevalenza, nel senso che deve ravvisarsi un contratto di agenzia là dove sia prevalente la funzione del reperire i clienti rispetto a quella di concludere i contratti.

Rapporti tra mandato con rappresentanza e mandato senza rappresentanza

Quando il mandato è con rappresentanza al mandatario è conferita una procura che lo autorizza ad agire in nome del rappresentato; in questo modo i terzi sono avvertiti del fatto che stanno contrattando con qualcuno che non è il vero titolare dell'affare.

Quando il mandato è senza rappresentanza, invece, il mandatario contrae in proprio nome, e i terzi possono anche essere del tutto all'oscuro del fatto che il vero titolare dell'affare è un altro soggetto. Per questo motivo si parla, al riguardo, di interposizione reale di persona: ad esempio, nel mandato ad acquistare, colui che acquista non è il vero acquirente, ma una persona interposta (che si interpone, cioè, tra il terzo contraente e il vero titolare dell'affare); d'altro canto, però, tale interposizione è reale (a differenza di quella fittizia) perché il mandatario è realmente parte del contratto, anche se poi è obbligato a trasferire al dominus gli effetti del negozio concluso.

È un problema teorico discusso da tempo se i due tipi di mandato siano figure omogenee (rientrando ambedue nell'ambito della categoria della rappresentanza), o distinte.

A) Secondo una parte della dottrina (Luminoso, Betti, Mirabelli, Trabucchi, Scognamiglio) i due tipi di mandato devono essere tenuti rigorosamente distinti quello con rappresentanza rientrando nel fenomeno della rappresentanza vera e propria, e quello in nome proprio rientrando nella diversa figura dell'interposizione reale di persona.

Quando esiste una procura il fenomeno giuridico in cui si inquadra la fattispecie è quello della rappresentanza. L'istituto rappresentativo, infatti, è caratterizzato dall'agire in nome altrui, e quindi dall'alienità dell'affare curato, mentre il mandato in nome proprio non ha tale caratteristica.

Cosicché si è detto che quando si parla del mandato senza rappresentanza anziché parlare di "rappresentanza indiretta" (che sarebbe fuorviante), sarebbe più appropriato usare il termine "rapporto gestorio", "interposizione reale", o "mandato in nome proprio".

Conseguenza di questa tesi è che non è possibile applicare indiscriminatamente al mandato tutte le norme proprie della procura e viceversa (come invece ritengono i sostenitori della teoria contraria).

B) Secondo altra dottrina sia il mandato in nome proprio che quello in nome altrui rientrano nella categoria della cosiddetta rappresentanza di interessi. Da una parte abbiamo il fenomeno della cosiddetta "rappresentanza indiretta", costituita dal mandato in nome proprio, dall'altra quello della "rappresentanza diretta" costituita dal mandato con rappresentanza (Pugliatti, Messineo).

Essenziale al concetto di rappresentanza, secondo questa tesi, non è la spedita del nome del rappresentato, ma quella dell'agire nell'interesse altrui. Che, poi, al mandatario sia conferito anche il potere di agire in nome del rappresentante è un particolare che non altera la caratteristica fondamentale del mandato, e che non è sufficiente per distinguere le due figure.

Inoltre si è sottolineato che la differenza tra i due tipi di mandato si fanno molto sfumate se si prendono in considerazione gli effetti; anche nella rappresentanza indiretta, infatti, l'atto compiuto dal mandatario si riversa spesso in testa al dominus senza necessità di un apposito negozio di ritrasferimento; ciò accade quando il mandato ha ad oggetto crediti e beni mobili (in quanto gli acquisti ricadono immediatamente nella sfera giuridica del mandante). Contro questa teoria si è detto che porta a disconoscere il fatto che la rappresentanza può essere utilizzata a fini pratici diversi da quello della cura di un interesse altrui e sottovaluta il fatto che l'interposizione reale non ha come carattere indefettibile l'alienità dell'affare, dato che il gestore agisce in nome proprio.

Mandato e procura-Rapporti

Strutturalmente la procura è un negozio unilaterale, mentre il mandato è un contratto bilaterale.

La funzione principale della procura è quella di attribuire il potere di spendere il nome del rappresentante; funzione del mandato, invece, è quella di attribuire al mandatario il potere di compiere un'attività giuridica nell'interesse del mandante.

Di conseguenza anche gli effetti sono diversi; il procuratore agisce in nome e per conto del gerito e gli effetti degli atti da lui compiuti ricadono immediatamente nella sfera del rappresentante; il mandatario, invece (a meno che non si tratti di mandato con rappresentanza), agisce per conto (ma non in nome) del mandante e gli effetti degli

atti da lui compiuti ricadono su se stesso, salvo, poi, il dovere di ritrasferire gli effetti di tali atti in testa al dominus.

Il mandatario è obbligato contrattualmente a compiere le attività previste nel contratto, mentre il procuratore (a meno che non abbia stipulato anche un contratto di mandato) ne ha solo la facoltà.

Di regola, sottostante alla procura c'è un contratto di mandato: in tal caso il procuratore ha anche l'obbligo di compiere gli atti previsti; ma se la procura è isolata il procuratore ha solo il potere - e non l'obbligo - di compiere quelle attività.

E' stato anche detto che la semplice procura, emessa senza che tra le parti sia stato stipulato un mandato, rappresenta, almeno normalmente, una proposta di concludere il negozio gestorio, che viene accettata nel momento in cui il procuratore pone in essere detto negozio (Trabucchi). Tale mandato, in altre parole, si perfezionerebbe secondo il modulo dell'art. 1327.

Il collegamento funzionale che esiste tra mandato e procura implica che le vicende di uno dei due rapporti possano influenzare l'altro.

Natura giuridica

- Il mandato è un contratto consensuale, incolore (può essere, cioè, a titolo oneroso o gratuito, anche se l'art. 1709 specifica che esso "si presume oneroso") e intuitu personae (come è dimostrato dal fatto che si estingue con la morte del mandatario).
- Quando è a titolo oneroso si configura come contratto a prestazioni corrispettive, mentre se gratuito è un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.
- A seconda della concreta pattuizione delle parti può essere configurato come contratto di durata o ad esecuzione istantanea.
- E' problema molto dibattuto se sia un contratto ad effetti obbligatori o reali.

Tradizionalmente il mandato era considerato ad effetti obbligatori, ma tale carattere è oggi messa in dubbio da autorevole dottrina, secondo cui il mandato ad acquistare crediti o beni mobili, o ad alienare beni immobili, produce automaticamente il passaggio del diritto in capo al gestore fin dal momento in cui il mandatario conclude il negozio gestorio. E riconoscere che il trasferimento di tali diritti avviene in virtù del contratto di mandato, significa necessariamente attribuirgli effetti reali e non meramente obbligatori (salvo discutere se l'effetto reale sia immediato o differito).

Approfondiremo in seguito questo punto.

L'oggetto

- Il mandato ha ad oggetto il compimento di attività giuridicamente rilevanti. L'articolo 1703 usa l'espressione "atti giuridici" e si ritiene che il legislatore abbia voluto riferirsi sia agli atti giuridici in senso stretto (ad esempio atti dovuti e atti di adempimento) che ai negozi. Ciò non toglie che il mandatario non possa (anzi, in certi casi debba) compiere anche atti materiali, ma il compimento di tali attività deve rivestire un ruolo accessorio rispetto al compimento dell'attività principale.

-Abbiamo detto che il mandatario deve curare un interesse altrui; è stato precisato, però, che posto in questi termini il discorso è troppo vago, perché ogni obbligazione deve soddisfare in qualche misura l'interesse del creditore. Occorre specificare, allora, in cosa consista quest'interesse: escluso che esso si identifichi con il profitto che consegue dal negozio gestorio (dato che è possibile conferire un mandato per far conseguire un beneficio economico a terzi), è necessario che il negozio concluso dal mandatario produca i suoi effetti sul patrimonio del mandante (Dominedò).

-L'oggetto del mandato deve essere possibile, lecito e determinabile (art. 1346).

-E' discusso se il mandato possa avere ad oggetto il compimento di un'attività d'impresa da parte dell'incaricante. La giurisprudenza, pronunciata sulla questione, si è espressa in senso negativo.

-Un problema particolare si pone per il mandato a donare previsto dall'art. 778; tale articolo prevede la nullità del mandato cui voles e quae voles e la lettera della norma pare chiara, nel senso che il divieto dovrebbe valere per qualunque tipo di mandato (con rappresentanza o senza); tuttavia si ritiene che il divieto vada riferito solo a quello con rappresentanza. Infatti, si è detto, quando il mandato è senza rappresentanza la donazione non è imputabile al rappresentato ma al mandatario, e quindi non sussiste la ratio che sta alla base del divieto. A parte, poi, che potrebbero prodursi conseguenze assurde, in quanto l'acquirente potrebbe essere privato di un bene sui cui ormai aveva fatto affidamento, magari a distanza di anni dall'acquisto.

Segue: mandato generico, generale e speciale

Con riferimento all'oggetto si distingue tra mandato generale e speciale, cui qualcuno aggiunge il mandato generico.

Il mandato speciale è quello che ha ad oggetto uno o più affari specificatamente determinati e conferisce al mandatario il potere di compiere solo quel negozio giuridico previsto nel contratto di mandato. Il mandato generale concerne tutti gli affari che possono riguardare il mandante; ai sensi dell'art. 1708, se le parti non hanno previsto diversamente, esso comprende solo il potere di compiere gli atti di ordinaria amministrazione.

Il mandato generico conferisce il potere di compiere tutti gli atti che appartengano alla categoria che è indicata nel mandato. Ai sensi del primo comma dell'art. 1708 il mandato comprende anche le attività accessorie necessarie per compiere gli atti o l'atto per cui vi è stato espresso conferimento (per esempio è stato ritenuto necessario e accessorio anche l'atto di stipulazione di un contratto preliminare rispetto al conferimento di un mandato ad acquistare o a vendere).

Si ritiene che il mandato a vendere comprenda anche la facoltà di stipulare un preliminare.

Il mandato ad esigere comprende il potere di rilasciare la quietanza.

La forma

Molto dibattuto, sia in dottrina che in giurisprudenza è il problema della forma del mandato.

Il problema, però, si pone solo per il mandato senza rappresentanza, perché in quello con rappresentanza la legge prescrive espressamente che la procura deve essere redatta nelle stesse forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere (art. 1392); di conseguenza si ritiene sufficiente che i requisiti di forma sussistano per la sola procura.

A) Autorevole dottrina (Giorgianni, Montesano, Gabrielli, Cariota-Ferrara; Capozzi; Cariota-Ferrara; Bavetta) ha sostenuto che il negozio di mandato sarebbe sempre e in ogni caso a forma libera, stante nel nostro ordinamento il principio della libertà delle forme. In tal senso si è espressa in tempi abbastanza recenti la Cassazione, affermando che non è necessario che il mandato ad acquistare un immobile richieda sempre e comunque la forma scritta (Cass.20051/2013).

B) Altri autori (Mirabelli) hanno sostenuto che il mandato richiederebbe ad substantiam la forma propria del tipo di negozio che deve concludere il mandatario e tale soluzione la si ricaverebbe da un'applicazione analogica della regola che il codice detta in materia di procura.

C) Secondo un altro orientamento il principio della libertà delle forme sarebbe valido in linea generale, ma non quando il mandato (sia esso con rappresentanza o senza) abbia ad oggetto l'acquisto o la vendita di diritti immobiliari, nel qual caso sarebbe necessaria la forma scritta. Tale conclusione è quella su cui esiste il consenso più diffuso da parte della dottrina; quanto alle giustificazioni di ordine dogmatico, però, le teorie sono le più disparate.

- Secondo taluno (Carraro) questa soluzione sarebbe motivata dal fatto che il mandato avrebbe insito in se stesso un pactum de contrahendo e quindi si applicherebbe

analogicamente l'art. 1351, il quale porrebbe una regola valida per tutti i contratti da cui nasce un obbligo di stipulare un successivo contratto.

A tale teoria si è obiettato che, a parte la diversità strutturale e funzionale dei due contratti (preliminare e mandato), l'art. 1351 vale solo quando l'obbligo di trasferire nasce dalla volontà delle parti, e non dalla legge come nel mandato.

- Altri (Barbero, Minervini, Dominedò) hanno precisato -in una prospettiva non del tutto diversa dalla precedente - che la forma scritta sarebbe richiesta perché contiene l'obbligo di trasferire l'immobile al mandante, e tale obbligo è suscettibile di essere eseguito con l'esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932); la dottrina, infatti, ha enucleato il principio secondo cui tutti i contratti da cui deriva un obbligo di trasferimento immobiliare suscettibile di essere eseguito in forma specifica necessitano della forma scritta. E tale principio lo si ricava da un'interpretazione estensiva (e non analogica) dell'articolo 1351.

- Secondo Rubino la necessità della forma scritta deriverebbe dal principio generale di simmetria valido per tutti negozi accessori; è questa la tesi giurisprudenziale prevalente.

- Infine, secondo un'altra teoria (Luminoso, Mirabelli, Santagata, Bigliuzzi-Geri) la forma scritta è necessaria perché il mandato che ha ad oggetto negozi relativi a diritti immobiliari sarebbe contratto ad effetti reali - sia pure differiti - e quindi in tal caso si applicherebbe l'art. 1350 n. 1.

Conseguenza del difetto di forma

Se il mandato è nullo per difetto di forma le parti sono tenute alla restituzione della prestazioni, in applicazione dei principi generali.

In dottrina e in giurisprudenza ci si è chiesti se sia valido l'atto di ritrasferimento del bene immobile acquistato dal mandatario quando il mandato (ovviamente si parla del mandato senza rappresentanza) sia nullo per difetto di forma. Ad essere coerenti col sistema si dovrebbe concludere per la nullità dell'atto di ritrasferimento (in quanto negozio collegato al primo). Tuttavia la dottrina ha individuato la possibilità di recuperare la validità dell'atto per altre vie:

-secondo Luminoso l'atto dovrebbe essere valido perché si applicherebbero le norme sulla gestione di affari (articolo 2028);

-secondo Rubino e Sacco l'atto sarebbe valido in quanto adempimento di obbligazione naturale.

II- Il mandato senza rappresentanza

Nozione

Il mandato senza rappresentanza è quello in cui il mandatario agisce in nome proprio, e non ha il potere di spendere il nome del rappresentato (articolo 1704). Il gestore, quindi, agisce in nome proprio e il terzo può essere del tutto all'oscuro del fatto che questi agisce per conto altrui. Il codice afferma in modo categorico (articolo 1705 comma 2) che "i terzi non hanno alcun rapporto col mandante", e a prima vista sembrerebbe che questa sia una delle caratteristiche peculiari del mandato senza rappresentanza. In realtà l'affermazione è tutt'altro che corretta, e tale regola, enunciata con tanta fermezza, subisce un notevole numero di eccezioni, come vedremo meglio in seguito.

Il mandato senza rappresentanza e il meccanismo acquisitivo dei beni al mandante: generalità

L'art. 1705 afferma che il mandatario senza rappresentanza acquista i diritti in nome proprio, anche se i terzi hanno avuto conoscenza del mandato. I terzi - precisa il comma 2 - non hanno alcun rapporto col mandante; in realtà tale affermazione è da ridimensionare alla luce della seconda parte dello stesso comma, in cui si dice che "tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato"; il comma 1 dell'art. 1706, poi, dispone che il mandante possa rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario. Come si vede, l'indipendenza tra mandato e negozio che il mandatario stipula con i terzi è tutt'altro che assoluta. Nella Relazione al Re si legge che le ultime due norme ora citate (cioè il comma 2 dell'art. 1705 e l'art. 1706) costituiscono delle eccezioni alla regola generale dell'indipendenza dei due rapporti e in dottrina ci sono tuttora dibattiti accesissimi per cercare di spiegare tecnicamente come operi il meccanismo acquisitivo del bene in capo al mandante; ci si domanda, cioè, se l'acquisto operato dal mandatario ricada immediatamente nella sfera giuridica del mandante o se occorra un ulteriore negozio di ritrasferimento da parte del mandatario in capo al mandante.

A tale proposito pare opportuno fare un discorso differenziato a seconda del tipo di diritti acquistati dal mandatario.

I diritti di credito acquistati dal mandatario

Generalità

L'art. 1705 dice che il mandante può esercitare i diritti di credito che spetterebbero al mandatario nei confronti dei terzi, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario. Avvenuta la sostituzione il mandatario perde la legittimazione ad esercitare il credito e il terzo deve adempiere nei confronti del mandante. Sussistono

dei dubbi, invece, per quanto riguarda la legittimazione del mandatario ad esercitare il credito nel momento antecedente alla sostituzione.

La dottrina e la giurisprudenza, per spiegare la norma, hanno prodotto un incredibile numero di teorie.

Tesi dell'acquisto diretto

Nei lavori preparatori si trova affermato che il mandante ha un'azione diretta contro il terzo, che costituisce un'eccezione al principio dell'indipendenza dei rapporti tra mandante e terzo e tale opinione è stata accolta anche da alcune sentenze della Cassazione. Il vero titolare del credito, quindi sarebbe il mandante, il quale acquisterebbe il credito in via diretta, mentre il mandatario avrebbe una titolarità solo nominale.

In contrario si è detto che nel nostro ordinamento non è ammissibile che il contratto produca taluno dei suoi effetti direttamente nella sfera di un altro soggetto, all'insaputa di uno dei contraenti. Inoltre, se la tesi fosse vera non si spiegherebbe il perché la legge abbia usato l'espressione "esercizio" di tali diritti, anziché "acquisto".

Tesi dell'azione surrogatoria

Parte della dottrina (Minervini, Mirabelli, Santagata) ha affermato che l'azione diretta in esame sarebbe un'azione surrogatoria sui generis, caratterizzata dalla particolarità che non è necessario il presupposto dell'inerzia del creditore (che è invece indispensabile per esercitare l'azione surrogatoria prevista dall'art. 2900).

Ma a tale teoria si è opposto che se si trattasse di una vera e propria azione surrogatoria -ancorché sui generis- il mandante dovrebbe avere una legittimazione concorrente rispetto a quella del mandatario, e non esclusiva; inoltre per esercitare l'azione surrogatoria occorre il presupposto dell'inerzia del titolare del diritto, che qui non è richiesto.

Tesi del trasferimento sottoposto a condicio iuris

Si è affermato, allora, che il credito verrebbe trasferito automaticamente al mandante nel momento in cui il mandatario compie il negozio gestorio (Luminoso).

Il trasferimento, però, sarebbe subordinato alla condizione sospensiva potestativa che questi effettui la sostituzione (il che spiega perché il mandatario possa ancora esigere il credito prima che il mandante effettui la sostituzione).

L'azione del terzo nei confronti del mandante

Finora abbiamo parlato dell'azione del mandante contro il terzo. E' discusso se possa accadere il contrario e cioè se il terzo -a seguito della sostituzione da parte del

mandante- possa esercitare azione diretta per l'adempimento nei confronti del mandante. La dottrina -argomentando dal fatto che ai sensi dall'articolo 1706 comma 2 i terzi e il mandante non hanno alcun rapporto tra di loro- è prevalentemente contraria; la giurisprudenza, invece, si è espressa in modo oscillante.

Sembra preferibile la tesi positiva (Messineo), e ciò per varie ragioni: anzitutto pare ingiusto che il mandante possa esercitare il suo diritto di credito mentre il terzo non possa agire a sua volta contro il mandante, quando il mandatario è inadempiente (ad esempio A è mandatario di Tizio e stipula un contratto di fornitura con B; se il mandatario A è inadempiente e non paga la fornitura, il mandante Tizio può agire verso il terzo per avere le merci, mentre quest'ultimo non può agire verso Tizio per ricevere il prezzo della prestazione). In secondo luogo occorre considerare che la sostituzione del mandante provoca la modifica soggettiva del rapporto obbligatorio; e la modificazione soggettiva non può essere solo parziale.

La rivendica delle cose mobili

Anche per le cose mobili si presentano problemi teorici analoghi a quelli visti in tema di crediti.

La tesi dell'acquisto diretto

Secondo alcuni autori (Pugliatti, Bavetta; Bigliuzzi-Geri) il negozio gestorio che abbia ad oggetto cose mobili produce immediatamente l'acquisto del diritto in capo al mandante. Ciò è confermato dal fatto che l'articolo 1706 dice che il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate dal mandatario, e l'azione di rivendica è la tipica azione concessa la proprietario.

Ulteriore conferma viene dall'articolo 1707, ai sensi della quale i creditori del mandatario non possono rivalersi sulle cose che il mandatario ha acquistato in nome proprio; tale norma non si spiegherebbe se la proprietà delle cose mobili fosse del mandatario.

In contrario si sono presentate obiezioni analoghe a quelle già viste quando ci siamo occupati dell'articolo 1705. Inoltre è detto che l'articolo 1707, lungi dal dimostrare la tesi della proprietà in capo la mandante, dimostra esattamente l'opposto: infatti, se fosse vero che le cose mobili vengono acquistate del mandante, la norma sarebbe stata del tutto superflua.

Senza contare che la regola dell'acquisto diretto è in aperta contraddizione con quanto dispone l'articolo 1704 (il mandatario acquista i diritti in nome proprio).

La tesi del doppio trasferimento

Per altri autori è necessario un doppio trasferimento, il primo dal terzo al mandatario e il secondo dal mandatario al mandante.

Nell'ambito di quest'orientamento, poi, una teoria minoritaria considera necessario un apposito negozio di trasferimento (Romano Salv.), mentre la dottrina prevalente ritiene che il secondo passaggio avverrebbe automaticamente, nel momento in cui il mandatario acquista la cosa mobile.

Quanto alla giurisprudenza ha sostenuto la tesi del trasferimento automatico ex lege; tuttavia -ha precisato la Cassazione- nessuno impedisce che le parti concludano ugualmente un apposito negozio di ritrasferimento, che avrà natura solo dichiarativa.

Altre proposte ricostruttive

Non sono mancate altre proposte ricostruttive, che hanno avuto poco seguito: taluno ha detto che la proprietà della cosa mobile apparterrebbe al mandatario, ma che il mandante -analogamente a quanto avviene per i diritti di credito - avrebbe la possibilità di esperire l'azione di rivendica in via surrogatoria (tesi per la quale si possono ripetere le stesse obiezioni viste a proposito dell'articolo 1705).

Secondo Betti, invece, avremmo un diritto potestativo del mandante di appropriarsi della cosa mobile (che fino all'esercizio di tale diritto resta in capo al mandatario).

Il mandato ad acquistare beni immobili e mobili registrati

Il meccanismo operativo dell'acquisto

Il comma 2 dell'art. 1706 dispone che se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o mobili registrati il mandatario è obbligato a ritrasferirli al mandante. Qualora il mandatario non vi ottemperi il mandante può ricorrere all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932.

A) Per quanto riguarda il congegno operativo del mandato ad acquistare beni immobili, la norma dice chiaramente che occorre un doppio trasferimento. Il bene immobile, quindi, in un primo momento viene acquistato dal mandatario in nome proprio, e poi deve essere trasferito al mandante. E' questa l'opinione che prevale, sia in dottrina che in giurisprudenza.

B) Minoritaria è l'opinione (Santagata) secondo cui il mandante acquisterebbe automaticamente il diritto, e il negozio di ritrasferimento avrebbe natura dichiarativa, soddisfacendo unicamente esigenze di trascrizione. Da questo punto di vista il mandato sarebbe un contratto ad effetti reali, e necessiterebbe a sua volta di essere trascritto. Tale tesi nasce anche dalla considerazione che il mandatario non ha la

facoltà di godere del bene e non può essere considerato un proprietario, sia pure gravato da un'obbligazione di dare.

L'atto in questione avrebbe effetto retroattivo, perché a seguito della stipulazione l'immobile si considera del mandante fin dal momento in cui è stato posto in essere il negozio gestorio.

Struttura e natura giuridica dell'atto di trasferimento

Quanto alla struttura, si discute se tale atto sia bilaterale o unilaterale.

- Alcuni autori hanno sostenuto che l'atto in questione avrebbe struttura necessariamente bilaterale, perché nel nostro ordinamento non esistono negozi unilaterali atipici ad effetti reali. Nell'ambito di tale orientamento vi è, poi, chi sostiene che il consenso del mandante potrebbe anche essere manifestato in forma tacita, (cioè sarebbe implicito nella stipulazione del mandato e quindi uno strumento idoneo a tal fine sarebbe il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente) e chi ritiene che sia necessaria una manifestazione espressa di consenso da parte del mandante.

Tale tesi, però, va incontro ad un'obiezione secondo noi insuperabile: l'atto in questione, infatti, non potrebbe essere in nessun caso considerato atipico, perché è previsto dalla legge in modo espresso.

- Secondo parte della dottrina abbiamo un negozio unilaterale, qualificabile come pagamento traslativo; contestando l'opinione che vede il negozio di trasferimento in questione come un'ipotesi di negozio astratto- è stato sostenuto che il negozio avrebbe una sua causa (esterna all'atto stesso) che deve rinvenirsi nell'obbligo di trasferimento nascente dal mandato (c.d. negozio a causa esterna). Del resto, è ovvio che se il mandante conferisce al mandatario l'incarico di alienare un suo bene immobile, quest'ultimo deve poi essere messo in grado di adempiere al suo obbligo; e a tal fine il mandante è a sua volta obbligato a trasferire l'immobile al mandatario, in forza del contratto di mandato.

-Taluno ha ritenuto che, trattandosi di atto esecutivo, non sussiste nessuna requisito di forma e quindi sarebbe sufficiente anche la consegna materiale dell'immobile (mentre il problema della trascrizione si risolverebbe eventualmente con una sentenza di accertamento).

Il mandato senza rappresentanza ad alienare

Il codice non si occupa del mandato senza rappresentanza ad alienare, ma tale esclusione non è giustificata, sol che si pensi al fatto che per la commissione (che altro non è se non un contratto di mandato il cui oggetto è costituito dalla conclusione di contratti di compravendita art. 1731), è presa in considerazione tanto l'ipotesi

dell'acquisto che della vendita. E parte della dottrina ha notato che, curiosamente, gli autori che si sono occupati del problema non hanno chiarito il motivo di questa mancanza.

Il problema principale posto dal mandato ad alienare riguarda - più che la sua ammissibilità in astratto - il mezzo tecnico necessario a porre in essere la fattispecie. Sono state proposte varie teorie.

Tesi dell'inammissibilità

Parte della dottrina ha sostenuto che nel nostro ordinamento la figura del mandato senza rappresentanza ad alienare non sia ammissibile se ha ad oggetto i beni immobili (Pugliatti), mentre sarebbe configurabile per i beni mobili, in virtù del meccanismo previsto dall'art. 1153.

Per i beni immobili l'impossibilità deriverebbe dal meccanismo della pubblicità. Infatti, o il mandatario dichiara che agisce per conto di altri, nel qual caso abbiamo un mandato con rappresentanza, o non lo dichiara affatto, nel qual caso non è legittimato a disporre del bene.

Tesi dell'autorizzazione a disporre

Alcuni autori hanno sostenuto che col mandato viene conferita al mandatario la legittimazione a disporre del bene (in forza di un atto di autorizzazione che sarebbe implicito nella stipulazione del mandato), mentre la titolarità dello stesso rimane al mandante; al momento della conclusione del negozio gestorio il bene passa direttamente dal mandante al terzo.

Tale tesi, però, è valida solo se riferita ai beni mobili, perché per gli immobili e per i mobili registrati un ostacolo insuperabile è posto dai principi inerenti alla trascrizione.

Si è replicato, inoltre, che la tesi si fonda su una figura che nel nostro ordinamento è di discussa ammissibilità, quale l'autorizzazione. Inoltre sarebbe inconcepibile trasferire un bene senza esserne proprietari, mentre la dissociazione tra titolarità del diritto e potere di disporre deve essere espressamente prevista dalla legge; e non è rinvenibile alcuna norma che attribuisca al mandatario un simile potere.

Tesi della proprietà fiduciaria

Alcuni autori (Distaso) hanno sostenuto che il mandante trasferirebbe il bene al mandatario in virtù del contratto di mandato; il mandatario avrebbe una proprietà fiduciaria, e sarebbe obbligato a disporre del bene in conformità degli accordi presi col mandante. Il potere di disposizione, quindi, sorge direttamente dal contratto di mandato, e l'atto di alienazione del mandatario non è altro che l'esercizio di un potere che è stato conferito dal mandante stesso.

Tale tesi, però, attribuisce al mandato un'efficacia reale che è estranea a tale tipo di contratto, e presupporrebbe -in caso di alienazione immobiliare- la trascrizione del contratto di mandato.

Tesi del contratto ad effetti traslativi differiti

Autorevole dottrina ha ritenuto che il mandato ad alienare- al pari di quello ad acquistare- sia un contratto ad effetti traslativi differiti. Per effetto del mandato ci sarebbe un doppio passaggio di proprietà: il primo dal mandante al mandatario e il secondo dal mandatario al terzo. Quanto all'effetto traslativo si verificherebbe al momento della conclusione del negozio gestorio. In poche parole il trasferimento opererebbe in virtù di una fattispecie a formazione progressiva costituita dal contratto di mandato e dall'esecuzione dell'incarico da parte del mandante.

La teoria è accolta anche da Mirabelli e Luminoso; secondo questi autori, tuttavia, il passaggio di proprietà non è triplice (mandante - mandatario -terzo) ma duplice (direttamente dal mandante al terzo).

Anche a tale teoria si è mossa la stessa obiezione della tesi precedente, e cioè che il mandato è un tipico contratto ad effetti obbligatori, e non pare possibile configurarlo come contratto ad effetti reali.

Tesi del pagamento traslativo

Una tesi che sembra più coerente col sistema, è quella proposta in un primo tempo da Minervini e ripresa successivamente da Dominedò. Dal momento che è inconcepibile dissociare la titolarità del bene dal potere di disporre, salvo i casi eccezionali previsti dalla legge, è necessario che il mandatario - per poter effettuare l'alienazione - diventi proprietario effettivo del bene. Ora, il mandato ad alienare obbliga il mandatario ad effettuare l'alienazione; mentre il mandante, che è obbligato a somministrare al mandatario i mezzi necessari all'esecuzione del mandato in virtù dell'articolo 1719, deve trasferire il bene al mandatario (ed ha, quindi, un' obbligazione di dare nei confronti del mandatario). L'atto di trasferimento in questione, allora, non è altro che un atto di adempimento del contratto di mandato, e si configura come un pagamento traslativo, cioè un atto traslativo unilaterale, solvendi causa, del tutto analogo a quello che la legge prescrive all'articolo 1706.

III- Disciplina del mandato

Capacità delle parti

Il mandante deve avere la capacità di agire e la capacità naturale. Inoltre, è necessario che non sussistano divieti o ipotesi particolari di incapacità previsti dalla legge; "dove finisce la capacità giuridica di compiere personalmente un atto, là cessa anche quella

di delegare ad altri la facoltà di compierlo" (Dominedò). Di conseguenza l'interdetto e i minori non possono concludere un valido contratto di mandato, mentre il minore emancipato e l'inabilitato possono concluderlo se ha ad oggetto il compimento di atti di ordinaria amministrazione.

Gli stessi requisiti di capacità (naturale e di agire) sono richiesti al mandatario. Come si vede, sussiste una differenza rispetto a quello che la legge prevede in merito al rappresentante, che - ai sensi dell'articolo 1389 - deve avere la sola capacità naturale; tale differenza sussiste perché gli effetti dell'atto compiuto dal rappresentante ricadono sul solo rappresentato, mentre gli effetti degli atti compiuti dal mandatario ricadono principalmente sul mandatario stesso, e quindi è necessario che questi abbia la capacità di assumersi validi obblighi giuridici.

Il corrispettivo

Il corrispettivo del mandatario è determinato dalle parti. In mancanza l'articolo 1709 rinvia alle tariffe professionali, agli usi o alla determinazione equitativa del giudice.

Il corrispettivo può essere previsto anche a forfait o a percentuale sull'affare intrapreso; non è però subordinato al buon fine dell'affare, a meno che le parti non lo abbiano previsto espressamente.

Quando il mandato è a titolo gratuito non costituisce donazione indiretta, dato che non dà luogo ad un arricchimento in senso tecnico del mandante.

Le obbligazioni del mandante

Il legislatore dedica poca attenzione alle obbligazioni del mandante, diversamente da quanto avviene per le obbligazioni del mandatario. A carico del mandante, infatti, sorgono un numero relativamente limitato di obblighi. Sono obblighi principali:

- l'obbligo di corrispondere il compenso (articolo 1709), che sorge dopo che il rendiconto è stato approvato. Il compenso è dovuto indipendentemente dall'esito dell'affare, e quindi anche se il terzo è inadempiente.

Sono obblighi accessori:

- l'obbligo di fornire al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1713), salvo patto contrario; più precisamente, se il mandato è contratto nell'interesse del mandante siamo alla presenza di un onere in senso tecnico, mentre se il mandato è contratto nell'interesse del mandatario abbiamo una vera e propria obbligazione (Carnevali, Luminoso);

- il risarcimento dei danni (articolo 1720) e il rimborso delle spese (maggiorate degli interessi) che il mandatario abbia subito.

Le obbligazioni del mandatario

Più articolate le norme che si occupano della posizione del mandatario. In linea di massima gli obblighi principali del mandatario sono due: compiere l'attività prevista dal mandato e rimetterne gli effetti al mandante.

Gli obblighi principali: l'esecuzione dell'incarico e il problema dell'identificazione del negozio gestorio

L'obbligo principale a carico del mandatario è – ovviamente - quello di eseguire l'incarico.

A questo proposito sorge il cosiddetto problema dell'identificazione del negozio gestorio: ci si domanda cioè, se il negozio gestorio sia quello che oggettivamente corrisponde al contenuto dell'atto, oppure se occorra anche la volontà del mandatario di compiere il negozio per conto del mandante. Ad esempio: immaginiamo che Tizio incarichi Caio di comprare una casa in campagna e questi effettui l'acquisto, ma poi decida di tenere la casa per se; Caio è obbligato a trasferire l'immobile a Tizio, oppure può tenersi la casa (salvo, ovviamente, l'obbligo di acquistarne un'altra per conto di Tizio) Dal momento che il negozio di gestione rappresenta l'atto con cui il mandatario adempie ad un preciso obbligo nei confronti del mandante, il problema si riconnette anche a quello della natura dell'atto di adempimento, se esso sia negozio giuridico (che richiede l'*animus solvendi* da parte del debitore) o mero atto (in cui basta solo la corrispondenza dell'atto con il comportamento dovuto dal debitore).

Secondo una prima teoria (Minervini) il mandante deve avere la precisa intenzione di adempiere all'obbligazione assunta verso il mandante (cd. criterio soggettivo); nel dubbio, quindi, l'atto posto in essere dal mandatario si presume posto in essere nell'interesse del mandatario.

Secondo un'altra teoria è sufficiente l'oggettiva conformità dell'atto posto in essere dal gestore con l'attività prevista nel mandato (cd. criterio oggettivo); nel dubbio si presume che l'atto sia compiuto in adempimento del mandato (Mirabelli, Carnevali).

Una teoria intermedia è sostenuta da Luminoso, secondo cui occorrerebbero entrambi gli elementi.

Quanto alla giurisprudenza, ha aderito alla teoria secondo cui occorrerebbe la coscienza e volontà dell'atto, ma sul piano pratico ha di molto attenuato le differenze tra le varie tesi, stabilendo (in una fattispecie che riguardava l'acquisto di un bene immobile) che, se il mandatario compie l'atto di gestione e poi vuole tenere il bene per se deve considerarsi inadempiente agli obblighi del mandato, e quindi il mandante può chiedere l'esecuzione forzata in forma specifica: il che è come dire che, quand'anche il

mandatario voglia tenere per se il bene acquistato, è comunque obbligato a cederlo al mandante.

segue: obblighi principali

- L'art. 1710 pone a carico del mandatario l'obbligo della diligenza della buon padre di famiglia; tale norma è decisamente superflua, posto che in via generale l'obbligo di diligenza è sancito dall'articolo 1176 per ogni debitore.

Se il mandato è gratuito la responsabilità del mandatario è valutata con minor rigore.

In caso di inadempimento totale il mandante può chiedere o la risoluzione del mandato o il recesso per giusta causa.

-L'art. 1713 prevede l'obbligo di restituire quanto ricevuto a causa del mandato (ad esempio l'obbligo di restituire le cose che il mandante abbia consegnato al mandatario per eseguire l'incarico), obbligo che viene inteso come comprendente anche l'obbligo di ritrasferimento di cui all'articolo 1706.

-Per quanto riguarda le somme riscosse per conto del mandante, il mandatario deve corrispondere anche gli interessi legali per il periodo maturato dal giorno in cui avrebbe dovuto riconsegnarle al mandante o impiegarle secondo le istruzioni ricevute (articolo 1714).

-l'art. 1710 comma 2 prevede il cosiddetto obbligo di comunicazione. Il mandatario deve comunicare al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato. In linea generale può dirsi che sul mandatario incombe l'obbligo -non sancito in modo espreso ma ricavabile dalla lettura coordinata di varie norme (articolo 1175, 1176, 1375, 1710, 1712)- di informare il mandante di tutti i fatti che possano interessarlo.

-L'art. 1713 prevede il cosiddetto obbligo di rendiconto. Per rendiconto si intende non solo un prospetto contabile delle spese e dei ricavi, ma l'obbligo di consegnare tutta la documentazione necessaria a verificare l'attività del mandatario.

La dispensa dall'obbligo di rendiconto, se è preventiva esonera il mandatario da responsabilità, fatta eccezione per i casi di dolo o colpa grave.

La dispensa successiva, invece, secondo una diffusa opinione (che si trova anche nella Relazione al Progetto preliminare e al libro delle obbligazioni) si tradurrebbe in un'ipotesi di esonero illimitato da responsabilità.

Ma in contrario è stato osservato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il regime di responsabilità del mandatario rimarrà quello ordinario; infatti, anche se tale esonero

può servire a facilitare l'irresponsabilità del mandatario, di per se produce solo un'inversione dell'onere della prova: non spetta più al mandatario provare con il rendiconto di essersi comportato correttamente, ma spetta al mandante provare che il mandatario non ha adempiuto correttamente ai suoi doveri.

-L'art. 1718 prevede l'obbligo di custodia delle cose spedite al mandatario per conto del mandante.

-L'art. 1715 prevede la possibilità che le parti pattuiscano la cosiddetta obbligazione dello star del credere. Tale patto è quello con cui il mandatario si assume il rischio dell'inadempimento del terzo contraente (mentre nei casi normali l'inadempimento del terzo è a carico del mandante).

E' discussa la natura di tale obbligazione. Secondo qualcuno avremmo una vera e propria promessa del fatto del terzo; secondo altri avremmo un'obbligazione fideiussoria (Minervini) o un'assicurazione del credito verso il terzo. Altri ancora vi ravvisano semplicemente un'aggravamento della responsabilità del mandatario (Carnevali, Mirabelli).

-Ai sensi dell'art. 1712 il mandatario deve comunicare senza ritardo al mandante l'esecuzione del mandato.

La sostituzione del mandatario

Come abbiamo già detto l'incarico affidato al mandatario presuppone, in genere, un particolare rapporto di fiducia (intesa l'espressione in senso non giuridico) tra mandante e mandatario. Tuttavia ciò non toglie che il mandatario, in determinati casi, possa farsi sostituire (integralmente o solo per alcuni atti) da altra persona.

Il mandante, dispone l'articolo 1717, ha azione diretta contro il sostituto del mandatario.

L'art. 1717 disciplina le ipotesi di sostituzione e la responsabilità del mandatario, cercando di tutelare al massimo la posizione del mandante.

-se la sostituzione era autorizzata, il mandatario risponde solo se è in colpa nella scelta del sostituto (articolo 1717 comma 2);

-se la sostituzione non era autorizzata, questa è da considerarsi lecita, ma il mandatario risponde integralmente dell'operato del sostituto, anche quando non è in colpa nella scelta (articolo 1717 comma 1);

-stessi effetti sortisce la sostituzione che non era necessaria (articolo 1717 comma 1);

-se la sostituzione non era autorizzata, ma era necessaria per eseguire l'incarico, il mandatario ne risponde integralmente solo in caso di colpa; anche se il codice non lo

prevede espressamente, infatti, la dottrina ritiene applicabile a tale ipotesi l'art. 1711 comma 2 (ai sensi del quale il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute quando circostanze ignote al mandante e che non possano essere comunicate in tempo, fanno presumere che se egli le avesse conosciute avrebbe dato la sua approvazione).

-se la sostituzione era espressamente vietata (ipotesi, questa che il codice non prevede), allora la violazione del divieto costituirà una causa di revoca del mandato; in tal caso, infatti, si ritiene applicabile l'art. 1180, secondo cui l'obbligazione non può essere adempiuta da un terzo se il creditore ha un interesse specifico a che il debitore la esegua personalmente. Se, invece, la sostituzione, pur espressamente vietata, si rende indispensabile per poter eseguire il mandato, allora parte della dottrina applica anche qui il disposto dell'art. 1711 comma 2.

-E' dubbio se, a seguito del divieto di sostituzione, il mandatario possa avvalersi di collaboratori materiali. Secondo parte della dottrina la sostituzione vietata riguarderebbe solo gli atti o i negozi che richiedono un certo margine di discrezionalità nell'eseguire l'incarico; ma non è escluso che per semplici atti esecutivi il mandante possa richiedere la collaborazione di ausiliari. In tal caso il collaboratore instaura un rapporto diretto esclusivamente con il mandatario, e non si applica l'articolo 1717 comma 4; inoltre si applicherà l'articolo 1228, ai sensi del quale il debitore che si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi o colposi di costoro.

E' dubbio se il mandatario, a seguito della sostituzione, rimanga estraneo all'incarico.

Secondo una prima opinione (Carresi) la sostituzione (autorizzata o meno) opererebbe come una cessione, e quindi il mandatario perderebbe la qualifica di parte del contratto; né, a seguito della sostituzione, il mandatario avrebbe un obbligo di vigilanza sull'operato del sostituto.

Sembra preferibile la teoria prevalente, secondo cui il mandatario, per effetto della sostituzione, non perde la qualifica di parte del contratto a meno che le parti non lo prevedano espressamente; infatti, un conto è sostituire il mandatario per uno o più atti, e un conto è cedere tutto il contratto, effetto che può aversi solo a seguito di un accordo esplicito. Inoltre, il mandatario conserva il potere di vigilanza sul sostituto, nonché quello di compiere personalmente l'atto previsto, e non potrebbe essere diversamente, visto che -ai sensi dell'articolo 1717- il mandatario ha il potere di dargli istruzioni e risponde della cattiva scelta di esso (e di conseguenza deve ritenersi che il mandatario abbia anche il potere di revocare il sostituto).

Quanto alla natura giuridica della sostituzione, alcuni la considerano un contratto a favore di terzo, perché avremmo un contratto tra mandatario e un soggetto (il

sostituto), dei cui effetti si giova un terzo (il mandante). Conferma tale ricostruzione l'ultimo comma dell'art. 1717, che ammette un'azione diretta del mandante - terzo nei confronti del sostituto - promittente, analogamente a quanto avviene nel contratto a favore di terzo.

Il submandato

Alcuni autori (Mirabelli, Grasso, Galasso) sostengono che non possa effettuarsi una distinzione tra sub-mandato e sostituzione, mentre altri tengono distinte le due figure.

In teoria, delineare la diversità tra submandato e sostituzione è facile, ma nella pratica tale differenza risulta difficile da cogliere.

Il submandato, appartenendo alla categoria del subcontratto, è contratto autonomo da quello di mandato, e tra i due sussiste un collegamento negoziale unilaterale. Il submandatario agisce per conto del mandatario - submandante, mentre il sostituto agisce direttamente per conto del mandante. Secondo parte della dottrina, poi, il mandante non ha azione diretta contro il submandatario, mentre tale potere sussiste in caso di sostituzione (articolo 1717 comma 4).

Nella pratica, però, la differenza può non cogliersi, anche perché parte della dottrina sostiene che nel submandato il mandante abbia un'azione diretta nei confronti del submandatario per le azioni che deriverebbero dal contratto di submandato. In tal modo, quindi, tra le due figure non sussisterebbe alcuna differenza, neanche sul piano della disciplina.

L'eccesso di mandato

Dispone l'art. 1711 che il mandatario non può eccedere i limiti del mandato. L'atto compiuto eccedendo i limiti del mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica.

Secondo parte della dottrina (Minervini) si ha eccesso di mandato quando il mandatario si discosta oggettivamente dalle istruzioni ricevute, nel senso che esiste una difformità riscontrabile tra il negozio gestorio così come era previsto nel mandato e quello effettivamente compiuto.

La giurisprudenza, invece, ha seguito spesso un indirizzo diverso, vedendo l'eccesso di mandato solo nel caso in cui il mandatario abbia perseguito un interesse diverso da quello che il mandante aveva prefisso, e quindi quand'anche il mandatario abbia seguito minuziosamente le istruzioni ricevute.

In realtà -come è stato rilevato- le due soluzioni sono meno distanti di quanto sembra a prima vista e accogliere una non esclude l'altra. Il criterio per valutare se sussista eccesso di mandato, non può essere solo oggettivo o solo soggettivo, ma deve tenere

conto di entrambi. L'atto compiuto dal mandatario, infatti, può esulare dal mandato sia quando persegue un interesse diverso rispetto a quelle che erano le intenzioni del mandante, sia se è oggettivamente difforme da quanto previsto dal mandato; è ovvio, però, che se tra il negozio gestorio effettivamente compiuto e quello originariamente previsto esiste una sproporzione eccessiva, allora non può neanche parlarsi di eccesso di mandato, e l'atto sarà imputato esclusivamente al mandatario. D'altro canto, non è neanche sufficiente una minima difformità perché si configuri l'eccesso di mandato, perché altrimenti si penalizzerebbe troppo la posizione del mandatario. Occorrerà verificare di volta in volta, invece, "il concreto scopo perseguito con lo specifico mandato considerato", tenendo conto di tutte le particolarità del caso (ad esempio, è ovvio che se il mandato è specifico e sono stati determinati tutti i dettagli di luogo, tempo ecc..., l'ambito di discrezionalità del mandatario sarà piuttosto ridotto e quindi, per verificare l'eccesso, occorrerà riferirsi principalmente agli aspetti oggettivi dell'atto, risultando inutile l'indagine soggettiva; viceversa, se il mandato è configurato in termini molto generali, tali da lasciare al mandatario una ampia discrezionalità, allora si dovrà fare riferimento principalmente all'interesse perseguito dal mandante, risultando fuori luogo la ricerca di una corrispondenza oggettiva.

Il comma 2 dell'articolo 1711, prevede un'accezione alla regola appena vista: il mandatario è autorizzato a discostarsi dalle istruzioni ricevute quando ricorrano circostanze sopravvenute, ignote al mandante e tali che, se conosciute, avrebbero indotto il mandante a modificare le istruzioni impartite. Tali circostanze -precisa l'articolo- devono essere tali da non poter essere comunicate in tempo.

Tale norma pare confermare espressamente che il mandatario non deve limitarsi solo ad eseguire pedissequamente l'incarico, ma deve tenere conto del concreto interesse perseguito dal mandante.

L'abuso di mandato

L'abuso di mandato è una figura che il legislatore non ha previsto espressamente; viceversa, l'abuso è contemplato espressamente per la rappresentanza diretta, dove agli artt. 1394 e 1395 sono indicate due ipotesi: il conflitto d'interessi e il contratto con se stesso. In questi casi -prescrive il codice- il contratto concluso dal rappresentante è annullabile.

La dottrina si è posta il quesito della configurabilità dell'abuso anche per il mandato senza rappresentanza.

A tale proposito bisogna distinguere l'ipotesi del conflitto di interessi da quella del contratto con se stesso.

a) secondo alcuni autori il conflitto di interessi non è configurabile come fattispecie autonoma, perché rientrerebbe nella più generale figura dell'eccesso di mandato o dell'inadempimento del mandatario (Graziadei); secondo altri autori, invece, la figura può ricavarsi applicando analogicamente l'art. 1394, o -come sostengono altri- ricavandola dall'art. 1711: infatti il mandatario che non persegue l'interesse del mandante, ma il proprio, si discosta dalle istruzioni ricevute, e quindi l'atto resterà a suo carico (mentre in caso di rappresentanza diretta l'atto è invalido).

b) Qualora, invece, il mandatario concluda il contratto con se stesso, abbiamo un'ipotesi che è espressamente regolata dall'art. 1735 (commissionario contraente in proprio), e tale norma si ritiene applicabile anche al mandato, in quanto espressione di un principio generale.

Gestione di affari e eccesso di mandato

Interessanti sono i problemi relativi al rapporto tra gestione di affari (art. 2028) e eccesso di mandato. Ci si chiede, cioè, se l'atto compiuto dal mandatario con eccesso di potere possa essere recuperato come gestione di affari, sussistendo i presupposti di questo istituto (utiliter coeptum e absentia domini).

Parte della dottrina e la giurisprudenza negano decisamente che gli istituti del mandato e della gestione di affari possano essere compatibili, perché l'istituto di cui all'art. 2028 presuppone che tra le parti non vi sia alcun vincolo contrattuale. Inoltre - si è detto - se il mandante fissa dei limiti al mandato il mandatario non può valicarli e anche se lo facesse si avrebbe comunque una gestione di affari proibente domino.

Alcuni autori accolgono la tesi positiva e sostengono che caso per caso dovrà guardarsi se in concreto l'atto compiuto dal mandatario possa rientrare nella fattispecie prevista dall'art. 2028, oppure in quella dell'eccesso di mandato; se il mandatario esula dai limiti del mandato, infatti, non avendo il potere di compiere quel determinato atto, rispetto ad esso deve essere considerato come un estraneo (Dominedò, Mirabelli, Luminoso, Bianca). Inoltre occorre considerare che la ratio dell'istituto della gestione di affari è proprio quella di recuperare sul piano del diritto gli atti compiuti al di fuori dello schema prestabilito e dunque la stessa ratio non può non sussistere in presenza di un mandato. Quanto all'argomento secondo cui nel caso di eccesso di mandato si avrebbe comunque una gestione proibente domino si è replicato che deve valutarsi caso per caso, non potendo escludersi a priori che l'atto sarebbe stato comunque valutato positivamente dal mandante.

La ratifica del negozio gestorio - Natura giuridica della ratifica

Ai sensi dell'art. 1711 il mandante può ratificare l'atto che eccede i limiti del mandato.

Tale ratifica, nonostante le evidenti analogie, è diversa da quella prevista all'art. 1399, perché quest'ultima rappresenta un caso di autorizzazione successiva, o comunque un atto che evita gli effetti conseguenti all'invalidità del contratto concluso dal falsus procurator, mentre quella di cui all'art. 1711 serve a deviare gli effetti del negozio gestorio (che è e resta valido in qualunque caso) dal mandatario al mandante; inoltre la ratifica di cui parla l'articolo in questione è diretta al mandatario, mentre quella di cui all'articolo 1399 ai terzi che hanno contrattato col rappresentante. La ratifica dell'art. 1711, quindi, non ha la funzione di dare validità ad un atto invalido, ma è un atto unilaterale recettizio con cui si pone in essere una modifica all'oggetto del contratto di mandato.

Altri (Mirabelli) ancora hanno configurato la ratifica come una datio in solutum, in quanto il mandatario, anziché adempiere l'obbligazione con l'oggetto originariamente previsto, esegue una prestazione diversa, d'accordo col mandante. Da questo punto di vista, quindi, la ratifica del mandante costituirebbe l'accettazione di una proposta proveniente dal mandatario, e si inserirebbe in una fattispecie bilaterale di tipo contrattuale.

Forma della ratifica

Quanto alla forma della ratifica, vi sono in dottrina tre orientamenti:

- a) secondo una prima tesi questa può essere anche tacita, a meno che il contratto concluso dal mandatario non fosse da concludere in forma scritta ad substantiam, nel qual caso anche la ratifica dovrà avere la stessa forma;
- b) un'altra tesi, invece, applica il principio generale della simmetria dei negozi accessori; essendo la ratifica un atto accessorio al mandato (avente ad oggetto la modifica dell'oggetto del contratto), la sua forma dovrà necessariamente essere quella del negozio principale;
- c) un terzo orientamento, infine, sostiene che, in base al noto principio della libertà delle forme, la ratifica sia sempre negozio aformale, che può anche essere concluso mediante comportamento concludente. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il mandatario acquisti un bene immobile, eccedendo i limiti del mandato: se il mandante e il mandatario concludono successivamente il negozio di ritrasferimento del bene dal mandatario al mandante, la stipula di tale negozio implica accettazione tacita dell'atto concluso dal mandatario, e non sarà necessaria una ratifica in forma scritta.

Che la ratifica possa concludersi sempre in forma libera è confermato indirettamente dall'articolo 1712 comma 2, ai sensi del quale il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto la comunicazione del compimento del negozio gestorio importa accettazione, e tale regola -deve ritenersi- vale anche se il mandatario ha ecceduto i

limiti del mandato. In tal caso, secondo parte della dottrina, abbiamo una ratifica tacita, valida anche se il negozio gestorio è stato concluso in forma solenne.

L'estinzione del mandato

-Il mandato si estingue anzitutto per le cause generale di scioglimento di ogni contratto (risoluzione, annullamento, nullità, mutuo dissenso, scadenza del termine).

-L'art. 1722 n. 4 elenca poi altre cause: morte, interdizione e inabilitazione del mandante o del mandatario. Quando il mandato è conferito nell'interesse del mandatario o di terzi il mandato non si estingue con la morte del mandante.

Il mandato che ha ad oggetto atti relativi all'esercizio di un'impresa non si estingue se l'esercizio è continuato, salvo il diritto di recesso delle le parti o degli eredi (art. 1722 n. 4).

-L'articolo 1730 prevede che il mandato conferito a più mandatari congiuntamente si estingua anche se la causa di estinzione concerne uno solo di essi; è salvo il patto contrario.

-L'articolo 78 L.F. prevede come causa di scioglimento il fallimento del mandante o del mandatario. Tale regola -secondo una tesi accolta in genere dalla giurisprudenza ma osteggiata dalla dottrina maggioritaria- non si applicherebbe al mandato in rem propriam.

-Infine, un'altra causa di estinzione è la rinuncia da parte del mandatario (articolo 1727), atto che -secondo parte della dottrina- non sarebbe una rinuncia in senso tecnico, ma un vero e proprio recesso unilaterale ex lege (Carnevali, Luminoso). Il mandatario che rinuncia senza giusta causa deve risarcire i danni al mandante, a meno che non si tratti di mandato a tempo indeterminato e il mandante non sia stato avvertito con un congruo preavviso (art. 1727).

Per il mandatario la legge non prevede casi di irrinunciabilità, a differenza di quanto avviene per il mandante.

-Ai sensi dell'articolo 1729 gli atti compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi eredi.

Secondo la dottrina prevalente tale norma si applica a tutte le cause estintive, fatta eccezione per il fallimento del mandante.

La revoca del mandante - Disciplina della revoca

Il mandante -è sancito come regola generale dall'articolo 1723- può revocare il mandato. Tale regola -che rappresenta un'eccezione al principio pacta sunt servanda-

è dettata in considerazione della particolare natura del mandato, quale contratto stipulato nel prevalente interesse del mandante.

Successivamente l'articolo disciplina dettagliatamente i casi e gli effetti della revoca.

Se il mandato era irrevocabile per pattuizione espressa delle parti il diritto di revoca può essere esercitato solo per giusta causa, altrimenti il mandante è tenuto a risarcire i danni al mandatario.

Se il mandato era irrevocabile perché era stato stipulato nell'interesse del mandatario (cosiddetto "mandato in rem propriam") o di terzi, allora la revoca è senza effetto alcuno.

Se il mandato era oneroso e stipulato a tempo determinato, o per un determinato affare, la revoca può essere esercitata solo per giusta causa, altrimenti il mandante risponderà dei danni (art. 1725).

Ai sensi dell'art. 1726 la revoca del mandato collettivo non ha effetto se non è effettuata da tutti i mandanti, salvo che ricorra una giusta causa.

Natura giuridica della revoca

Secondo la dottrina pressoché unanime il codice usa il termine revoca impropriamente; infatti -dal momento che gli effetti di tale revoca non retroagiscono al momento della conclusione del mandato- si tratterebbe di un recesso e più precisamente del cosiddetto recesso discrezionale ad nutum (cioè svincolato da circostanze di fatto o motivi particolari).

Tuttavia tra la revoca del mandato e il recesso vero e proprio sussistono delle differenze; anzitutto perché la revoca del mandato ha effetto anche se il contratto ha avuto un principio di esecuzione (cosa che nel recesso, ai sensi dell'art. 1373, non è ammessa); in secondo luogo il recesso vero e proprio è ammesso solo per i contratti ad esecuzione continuata (mentre il mandato è un contratto ad esecuzione istantanea); infine, per la figura del recesso la legge non prevede che debba essere risarcito il danno, cosa che avviene per la revoca del mandato.

E' dubbio, inoltre, se la revoca del mandante abbia efficacia ex nunc, oppure se gli effetti retroagiscano al momento in cui si è verificato l'inadempimento del mandatario.

La revoca tacita

L'art. 1724 dice che "la nomina di un nuovo mandatario per lo stesso affare o il compimento di questo da parte del mandante importano revoca del mandato e producono effetto dal giorno in cui sono comunicati al mandatario". E' questa la cosiddetta revoca tacita.

Questa regola secondo cui la revoca ha effetto dal momento in cui il mandante ne dà la comunicazione al mandatario. -secondo alcuni autori- è in linea con le caratteristiche strutturali dell'istituto della revoca, che è considerato un negozio unilaterale recettizio.

Parte della dottrina afferma che se il mandatario ha avuto in altro modo la conoscenza del fatto che l'incarico è stato affidato ad altri, non è tenuto a desistere dall'eseguire l'affare fino a che non ha avuto la notizia della revoca da parte del mandante. Perché la revoca abbia effetto occorre, quindi un'apposita comunicazione dal mandante al mandatario. Tale opinione trova conferma non solo nel testo legislativo (dove si parla di "comunicazione al mandatario") ma anche dall'opinione espressa in sede di lavori preparatori.

Non tutti, però, concordano con tale impostazione. Secondo Mirabelli (e la giurisprudenza è dello stesso parere, l'unica cosa che conta è che il mandatario abbia avuto conoscenza della revoca e non è necessario che venga effettuata la comunicazione da parte del mandante. Infatti, secondo l'autore, quando la legge prescrive che determinati effetti giuridici conseguono ad un determinato comportamento, e che poi di questo comportamento ne debba essere data la comunicazione all'interessato, siamo in presenza di un negozio di attuazione. La comunicazione serve solo per rendere il comportamento opponibile al mandatario, e quindi, qualora tale comportamento sia altrimenti conosciuto dal mandatario, costui è tenuto ad astenersi dal compiere l'attività di mandato in virtù del principio della buona fede. In effetti la tesi non sembra del tutto priva di fondamento, perché delle due l'una: o la revoca consiste nel conferimento dell'incarico a un'altra persona, nel qual caso non importa come il primo mandatario abbia avuto notizia del nuovo incarico affidato, o si fa discendere la perfezione della revoca dalla comunicazione da parte del mandante che l'incarico è revocato, nel qual caso la norma sarebbe inutile, perché sancirebbe una regola del tutto intuitiva.

Per quanto riguarda l'argomento secondo cui una conferma della tesi si troverebbe nel testo dell'art. 1724, esso pare del tutto errato. L'articolo dice che la nomina di un nuovo mandatario o il compimento dell'affare "da parte del mandante importano revoca del mandato e producono effetto dal giorno in cui sono comunicati al mandatario", ma non si specifica affatto chi debba effettuare la comunicazione e come.

Secondo Luminoso, invece, la comunicazione della revoca deve avvenire da parte del mandante, ma la vera revoca tacita si ha non se viene comunicato che il mandato è stato revocato (nel qual caso si ha una revoca espressa), ma se viene comunicato che lo stesso incarico è stato affidato ad un altro.

La tutela dei crediti del mandatario

I crediti che il mandatario vanta verso il mandante e che nascono dal contratto di mandato godono di una speciale tutela. Ai sensi dell'articolo 1721 il mandatario ha il diritto di soddisfarsi sui crediti pecuniari sorti dagli affari che ha concluso, con precedenza sul mandante e sui creditori di questo.

Ai sensi dell'articolo 2761 i crediti derivanti dall'esecuzione del mandato hanno privilegio sulle cose del mandante che il mandatario detiene per l'esecuzione del mandato.

Il cosiddetto mandato in rem propriam

Mandato in rem propriam è quello stipulato nell'interesse prevalente del mandatario o di terzi. L'art. 1723, prescrivendo l'irrevocabilità di tale tipo di mandato, ne ha sancito in modo palese l'ammissibilità.

Come abbiamo detto, quando il mandato è conferito nell'interesse esclusivo del mandatario si è fuori dello schema del mandato. Essenziale perché si abbia un mandato vero e proprio, infatti, è che il mandatario curi l'interesse del mandante; che, poi, il mandatario curi anche un interesse proprio non influisce sullo schema causale, ma è comunque essenziale che il gestore non curi tale interesse in via esclusiva.

Il problema centrale posto dalla figura è quello di individuare quale interesse del mandatario sia idoneo a configurare il mandato come in rem propriam. Infatti non è sufficiente il semplice fatto che il mandatario abbia interesse alla permanenza nel rapporto o che nel contratto sia previsto un corrispettivo, perché per questa via si giungerebbe ad affermare che tutti i mandati sarebbero nell'interesse del mandatario.

-Per alcuni autori è sufficiente che l'atto gestorio produca un qualunque vantaggio - diverso dal semplice compenso- al mandatario. Ma anche questa tesi è troppo generica e finisce per conferire il carattere in esame a quasi tutti i mandati.

-Altri, invece, hanno sostenuto che debba sussistere un interesse (non patrimoniale) ma giuridico, e cioè un diritto di credito del mandatario alla stipulazione del mandato. Tale diritto di credito, poi, può derivare da un rapporto preesistente o coevo al mandato stesso.

-Un orientamento analogo (Mirabelli) ha sostenuto che occorra un patto tra le parti, in virtù del quale il mandante si era assunto l'impegno preciso di conferire il mandato all'altra.

-Infine, secondo un'altra tesi devono sussistere due caratteristiche: a) deve essere espressamente prevista l'irrevocabilità del mandato; b) deve sussistere un interesse oggettivo del gestore al compimento dell'incarico.

In particolare, secondo Luminoso, sarebbe sufficiente qualunque interesse (anche di mero fatto) del mandatario, purché contemplato espressamente nel mandato. La dottrina concorda sul fatto che il mandato in rem propriam non priva il mandante del potere di compiere personalmente il negozio gestorio.

Mandato a favore del terzo e, mandato nell'interesse del terzo

Il codice menziona, all'art. 1723, il mandato conferito nell'interesse di terzo (che alcuni annoverano nella categoria del mandato in rem propriam); tale mandato è irrevocabile a meno che non ricorra una giusta causa o che non sia diversamente stabilito dalle parti. La figura (per cui alcuni ritengono che occorra una specifica pattuizione delle parti in tal senso) non è da confondersi col mandato a favore di terzo, che invece rientra nella fattispecie prevista dall'art. 1411. Se il mandato è a favore di terzo, infatti, la stipulazione è irrevocabile a partire dal momento in cui il terzo dichiara di avvalersene (art. 1411 comma 2).

La differenza tra le due figure sta in ciò: nel mandato a favore di terzo i contraenti prevedono che uno o più vantaggi (o tutti) derivanti dal negozio gestorio ricadano direttamente sul terzo.

Nel mandato conferito anche nell'interesse di terzo, invece, costui non acquista alcun diritto nei confronti del mandatario.

Mandato collettivo e mandato congiuntivo

Il mandato collettivo è quello in cui abbiamo pluralità di mandanti, mentre il mandato congiuntivo è quello con pluralità di mandatari.

L'art. 1726 definisce mandato collettivo quello conferito da più persone con un unico atto e per un affare comune. In tal caso -stabilisce la norma- la revoca non ha effetto se non è effettuata da tutti i mandanti, salvo che non ricorra una giusta causa.

In realtà il codice impropriamente parla di "mandanti" perché qui vi è una sola parte, anche se plurisoggettiva.

Se manca uno dei due requisiti richiesti dall'art. 1726, e cioè l'unicità dell'atto, oppure l'affare comune, allora siamo fuori dal campo del mandato collettivo e abbiamo una semplice pluralità di contratti di mandato.

Mandato congiuntivo è quello conferito a più mandatari (previsto dall'art. 1716) e che deve essere accettato da tutti. Anche per questo tipo di mandato parte della dottrina sostiene che occorra il requisito dell'unicità dell'affare e dell'unicità dell'atto.

I mandanti che operano congiuntamente sono responsabili in solido verso il mandante (articolo 1716 comma 3).

Il mandato si presume disgiuntivo (cioè ogni mandatario è indipendente dagli altri e potrà compiere da solo l'atto) se non è previsto espressamente che i mandatari accettino congiuntamente. E' discusso se i mandatari che agiscono in via disgiuntiva siano obbligati in solido verso il mandante.

11. Il Contratto di trasporto e spedizione

Di Gianluca Cascella

Premessa

1. L'attività che viene svolta attraverso i contratti in questione è una attività tipicamente <ausiliaria> nel senso di cui all'art. 2195 C.C., ovvero rivolta a consentire il perfezionarsi dei rapporti di affari che intervengono tra altri soggetti (e quindi caratterizzate dagli obblighi proprio dello statuto dell'imprenditore commerciale, come ad esempio la tenuta delle scritture contabili, la soggezione alle procedure concorsuali) siano essi imprese ovvero privati, sia che riguardi per l'appunto il trasferimento di materie prime e/o prodotti semilavorati da una impresa all'altra all'interno della catena produttiva, ovvero direttamente all'acquirente/consumatore finale.

Volendo svolgere una breve analisi delle caratteristiche salienti delle due fattispecie, senza pretese di esaustività, osserviamo quanto segue:

2. Con riguardo alla fattispecie del contratto di trasporto, l'art. 1678 del codice civile lo descrive individuandolo nel tipo contrattuale a mezzo del quale un soggetto, che definisce <vettore>, assume dietro richiesta di terzi ed a fronte di un corrispettivo, l'obbligazione di trasferire da un luogo ad un altro non solo cose, ma anche ed ovviamente persone ; esso rientra nella categoria della locatio operis, rispetto alla quale, secondo la dottrina [1], si pone in rapporto di species a genus !

Così individuato l'oggetto del contratto, risulta subito evidente come il trasporto si distingua nettamente dall'appalto, come del resto ha mostrato di condividere la giurisprudenza [2]. La prima cosa che va tenuta presente è che l'obbligazione assunta dal vettore è una obbligazione di risultato (e non di mezzi) in quanto attraverso la esecuzione di essa viene ad essere perseguito un fine specifico, che è appunto quello di trasferire cose e/o persone da un luogo all'altro, come sostenuto da gran parte della dottrina [3], e che del resto trova riscontro anche nella esperienza di altri ordinamenti europei, come quello germanico, nei quali il contratto di trasporto viene ad essere ricondotto nell'area dei contratti c.d. <di risultato> (erfolgsvertrag) ; inquadramento, questo, che è stato condiviso anche dalla giurisprudenza della S.C. [4]

Conseguenza molto rilevante di tale inquadramento e configurazione sta nel fatto che, innanzitutto, il vettore è tenuto ad una prestazione che, non potendosi limitare alle sole energie impiegate, comporta che i rischi connessi alla esecuzione della prestazione stessa gravino totalmente a suo carico, sia per la ipotesi più grave in cui il risultato non venga raggiunto (per le ragioni più disparate) sia in quella meno grave in cui, invece, il risultato venga conseguito ma con un impiego di forze (di mezzi) più gravoso, in dipendenza di maggiori ovvero impreviste difficoltà incontrate nella esecuzione del trasporto

Come tipologia, esso è un contratto indubbiamente obbligatorio, e si perfeziona con la prestazione del consenso, di guisa che, nel trasporto di cose, la consegna della cosa da trasferire attiene alla fase meramente esecutiva e non a quella costitutiva di esso, mentre in quello di cose per ferrovia esso è un contratto reale, atteso che può dirsi concluso nel momento in cui il soggetto incaricato della accettazione restituisce la ricevuta di spedizione. Sempre in tale ultima fattispecie, lo schema dell'accordo può essere bilaterale, nel caso in cui esso coinvolga solo il mittente ed il destinatario, ma senza dubbio nella prassi contrattuale di tali fattispecie la regola è la trilateralità dell'accordo, come succede in tutti quei casi (che indubbiamente costituiscono la stragrande maggioranza) nei quali risulti necessario l'intervento di un ulteriore soggetto, e cioè il vettore.

In tale caso, intervenendo l'accordo ai fini del trasporto tra mittente e vettore, il contratto in questione si avvicina alla diversa figura del contratto a favore di terzi, regolato invece dall'art. 1411 C.C., a differenza del quale, però, il terzo (cioè il destinatario-beneficiario) si trova in una posizione diversa rispetto alla possibilità di esercitare i diritti nascenti in suo favore da tale contratto, e tanto perché egli deve attendere che la merce oggetto del trasporto sia stata fisicamente trasferita da luogo di partenza a quello di destinazione, e quindi solo allora egli potrà esercitare il proprio diritto richiedendone la consegna nonché agendo contro il vettore per eventuali danni, mentre nella fattispecie ex art. 1411 C.C. il terzo può esercitare il proprio diritto contestualmente alla stipulazione del contratto che lo vede come beneficiario, dichiarando appunto di volere approfittare della stipula in suo favore.

Quindi, nello schema di trasporto <trilaterale> gli effetti del contratto, fino a che non sia stata eseguita la prestazione del trasporto nel modo innanzi descritto, si producono esclusivamente tra mittente e vettore, con i corrispettivi – tra tali soggetti – obblighi e diritti. Dal punto di vista della causa – intesa, come sostenuto da autorevole dottrina^[5], quale sintesi degli effetti essenziali che il medesimo produce, ovvero che gli effetti essenziali di una fattispecie, nella loro sintesi, ne costituiscono la funzione – il contratto di trasporto si caratterizza per l'obbligo vettoriale di trasferire cose e/o persone da un luogo all'altro, al quale si affianca, nel trasporto di persone, l'ulteriore

obbligo per il vettore di vigilare sulla incolumità del passeggero, obbligo intrinsecamente collegato con quello di trasferire, al punto che anche quello di custodia e/o vigilanza costituisce un effetto essenziale del contratto di trasporto, poiché non potrebbe configurarsi un'obbligazione di trasferire una persona da un luogo ad un altro senza il correlato dovere, per il vettore, fare in modo che essa non riporti danni durante la esecuzione della prestazione di trasporto, per cui tale dovere di protezione, appunto in quanto effetto essenziale del contratto, nasce direttamente dal contratto di trasporto siccome effetto diretto della conclusione di esso, anche in assenza di una specifica previsione in tal senso.

Tanto appare senza dubbio condivisibile e giustificato ove si tenga presente che, in concreto, nella esecuzione del contratto di trasporto di persone il passeggero si affida completamente al vettore, viene ad essere da quest'ultimo controllato trovandosi quindi in una situazione di piena dipendenza, per cui l'obbligo di protezione della persona del viaggiatore è un effetto prodotto direttamente dalla conclusione del contratto. Di questo si rinviene una evidente conferma nelle norme codicistiche che sanciscono la responsabilità vettoriale per i danni alla persona del viaggiatore (art. 1681, I° comma C.C.) nonché quelle istitutive del divieto di clausole che limitino – a svantaggio del viaggiatore – la responsabilità del vettore (art. 1681, II° comma C.C.) norme dalle quali emerge con chiarezza, sotto il primo profilo, appunto che la responsabilità del vettore per i sinistri si appalesa quale effetto dell'inadempimento, da parte di quest'ultimo, degli obblighi, tra loro strettamente collegati al punto da potersi considerare le due facce della stessa medaglia, di eseguire correttamente la prestazione del trasporto al tempo stesso assicurando la tutela della incolumità del passeggero, mentre sotto il secondo profilo, che l'ordinamento ritiene quello di protezione della persona del viaggiatore un dovere essenziale ed inderogabile, e per l'effetto sanziona eventuali tentativi del vettore di sottrarsi ad esso (appunto mediante la inserzione nel contratto di trasporto di clausole limitative della responsabilità, con la nullità di pieno diritto di esse, che eventualmente trova rimedio nella inserzione automatica di clausole legali ex art. 1339 C.C., ove previste, ovvero comunque attraverso lo strumento della integrazione legale del contratto ex art. 1374 C.C. ; responsabilità del vettore che, va detto *incidenter tantum*, è ovviamente responsabilità contrattuale, il cui regime probatorio conseguentemente è regolato dall'art. 1218 codice civile, per cui il viaggiatore – in caso di suo infortunio – dovrà allegare e provare tale fatto costitutivo della responsabilità vettoriale, mentre quest'ultimo è onerato di provare l'assenza di sua responsabilità.

A fronte di tali obbligazioni del vettore, nel trasporto di persone si pone, per il viaggiatore, **il dovere di cooperare con quest'ultimo nella esecuzione del trasporto - e quindi nell'adempimento della prestazione, come sostenuto da autorevole dottrina**^[6] - in particolare attenendosi alle prescrizioni dal primo

dettate per assicurare la incolumità dei passeggeri, nonché astenendosi da comportamenti che potrebbero rendere inefficaci, in tutto e/o in parte, tali misure, anche perché senza dubbio, ex art. 1176 I° comma C.C., il viaggiatore è tenuto ad improntare la propria condotta a quella prudenza e diligenza, se pur minima, idonea a garantire – ovviamente nei limiti delle sue possibilità – la tutela della sua incolumità fisica, astenendosi da comportamenti espressamente vietati quali aperture di finestrini o di porte in presenza di specifiche proibizioni, ovvero il posizionarsi sui sedili in modo difforme da quanto prescritto.

Principio, questo, ampiamente accreditato e riconosciuto dalla giurisprudenza della S.C.[7], secondo la quale nella ipotesi in cui il sinistro vada ascritto al fatto del viaggiatore, la cui condotta imprudente e non diligente abbia interrotto il nesso causale tra la prestazione del trasporto e l'evento dannoso, ponendosi come causa efficiente autonoma ed esclusiva dell'accaduto, e questo anche durante quelle fasi per c.d. accessorie e/o preparatorie del trasporto, ovvero anche durante le fermate[8] ; il che significa, quindi, come in tale fattispecie di trasporto il viaggiatore usufruisca ed al tempo stesso possa controllare l'esecuzione della prestazione del vettore senza soluzione di continuità, dalla partenza sino all'arrivo a destinazione, a differenza di quanto accade nel trasporto di cose, in cui il destinatario della prestazione, che quindi è anche il creditore delle cose trasportate, abbia modo di verificare se la prestazione del vettore sia stata correttamente eseguita solo al momento in cui le cose, una volta giunte nel luogo di destinazione, siano condotte presso il destinatario per la relativa consegna. In proposito va detto che si riscontra una assolutamente costante prassi nel modus operandi dei vettori per la quale i medesimi pongono a carico del destinatario, come condizione per far valere eventuali danni alle cose per effetto del trasporto, l'immediata constatazione e contestazione di essi all'incaricato della consegna, con conseguente rifiuto di riceverla ovvero accettazione con riserva ; il che, ovviamente, richiede una accurata ispezione del collo al momento in cui viene presentato, che non è sempre agevole soprattutto ove a seguito di urti si siano prodotti danni all'interno della confezione non individuabili dall'esterno ictu oculi perché non presumibili dalle condizioni in cui si presenta lo scatolo, anche perché ovviamente i vettori non consentono al destinatario la preventiva apertura della confezione onde verificare, prima di ricevere la consegna, l'integrità anche del contenuto

Va detto, tuttavia, che la norma dell'art. 1693 C.C., a tutela del creditore della merce, istituisce una presunzione iuris tantum di responsabilità a carico del vettore per la ipotesi di perdita e/o avaria totale ovvero parziale delle cose trasportate, con la correlata possibilità per quest'ultimo di sottrarsi a tale responsabilità dimostrando che il danno sia la conseguenza di un caso fortuito, intendendosi per tale anche la c.d. <major force> ed il fatto del terzo ; secondo la giurisprudenza[9] della S.C., il caso fortuito potrà escludere la responsabilità del vettore solo allorquando questi provi di

avere adottato, tra le varie possibili modalità ordinarie del trasporto, quelle più idonee a garantire la puntuale esecuzione del contratto e che l'evento era, in definitiva, inevitabile in relazione ad un parametro valutativo della diligenza da apprezzarsi, in caso di vettore professionale, alla stregua dell'art. 1176, comma secondo c.c., ed in conseguenza l'evento risulti imprevedibile ed inevitabile; ne consegue, allora, che in tanto il vettore potrà sottrarsi alla richiamata presunzione, in quanto non solo riesca a provare l'assenza di propria colpa, ma altresì che sia in grado di individuare la causa effettiva del sinistro e dimostrarne la non imputabilità a lui, onere probatorio indubbiamente molto gravoso, oltre che estremamente specifico!

Mentre al contrario il danneggiato, a maggiore ragione se passeggero, secondo la giurisprudenza[10] in riferimento all'art. 1681 C.C., è onerato di allegare ed asseverare il nesso causale tra il sinistro occorso al viaggiatore e l'attività del vettore nell'esecuzione del trasporto ; inoltre, in tale ottica non è richiesto al passeggero di individuare la precisa anomalia del servizio che ha determinato il sinistro, consentendosi al medesimo di provare esclusivamente che l'evento lesivo sia stato causato in termini oggettivi dal fatto del vettore, e che quindi derivi dalla attività del trasporto.

Resta invece al di fuori della causa del contratto di trasporto l'obbligo di pagamento del prezzo, in quanto il contratto in questione può essere anche gratuito, senza che tali gratuità influisca sulla causa di esso contratto, ed allora non potendosi ritenere quello di pagare il prezzo un elemento <costitutivo> ed irrinunciabile per la valida conclusione(e configurazione) di un contratto di trasporto, ne deriva che la disciplina del contratto di trasporto <oneroso> sarà suscettibile di applicazione diretta(e non analogica) ai contratti di trasporto <gratuito>, dal momento che sia quello a titolo oneroso sia quello a titolo gratuito sono contratti di trasporto a tutti gli effetti di legge, e devono quindi essere regolati dalla medesima disciplina.

Per altro verso, va poi evidenziato come – a parte quanto già detto circa la differenza di trattamento normativo, sotto determinati aspetti, per il trasporto di cose e di persone – che le previsioni normative del codice civile in materia di trasporto trovino piena applicazione esclusivamente ai trasporti via terra, essendo quelli marittimo ed aereo regolati dal codice della navigazione[11](che con il D.LG 09/05.2005 n. 96 ha recepito in pieno, totalmente equiparandola quantomeno sotto il profilo del trasporto di persone, la norma interna a quella comunitaria, rappresentata dal Regolamento CE n. 889 del 2002, nonché a quella internazionale, costituita dalla Convenzione di Montreal del 28.05.1999, a sua volta ispiratrice del richiamato regolamento) mentre quello ferroviario trova la propria regolamentazione nella legislazione speciale[12].. Va poi aggiunto, sempre sotto il profilo della responsabilità del vettore e di sue eventuali limitazioni, che per il trasporto di cose è ammessa la limitazione della

responsabilità risarcitoria del vettore entro importi preventivamente stabiliti ove il soggetto che richiede il trasporto o non dichiara il valore delle merci, ovvero ne dichiara uno inferiore a quello effettivo, così rimettendo alle parti la scelta (ovviamente unilaterale) circa il dichiarare o meno il valore effettivo del carico, con la consapevolezza che, nella prima ipotesi, a fronte di un costo sicuramente maggiore del trasporto, l'eventuale risarcimento per il caso di perdita o avaria totale e/parziale del carico non potrà essere inferiore al valore dichiarato, mentre nella seconda ipotesi il risparmio sul costo del noleggio inevitabilmente si rifletterà sull'ammontare del risarcimento, di guisa che, secondo la Corte Costituzionale, tale possibilità di scelta per l'utente (sia del costo sia delle conseguenze) esclude la paventata illegittimità costituzionale della normativa^[13].

Infine, occorre brevemente riferire circa il dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, relativo alla possibilità di cumulare – esercitando le relative azioni – la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore, va detto innanzitutto come la giurisprudenza^[14] ne ammette il cumulo all'interno del medesimo processo, come anche l'esercizio esclusivo di una a preferenza dell'altra, tuttavia ponendo a carico della parte attrice precisi quanto differenziati regimi probatori stante la diversità della istruttoria da espletare, e vietando al giudice, nel rispetto dell'art. 112 c.p.c, di sostituirsi alla parte nella scelta delle azioni, in conseguenza accogliendo la domanda per un titolo diverso ; infatti, la S.C. ha riconosciuto la piena legittimità, siccome esercizio del potere dispositivo della parte, della proposizione in via cumulativa dell'azione contrattuale e di quella extracontrattuale, sul presupposto che un unico comportamento del medesimo soggetto abbia violato sia gli obblighi derivanti dal contratto, sia il generale dovere del *neminem laedere*^[15], anche in fattispecie diverse dal trasporto^[16]. Parimenti, anche la dottrina prevalente, sia in tempi meno recenti^[17] e con specifico riguardo al trasporto, sia più di recente^[18] ed in ambito generale, ritiene pienamente ammissibile il concorso, sempre ovviamente nell'ottica di una migliore tutela del danneggiato, tanto sotto il profilo probatorio, tanto sotto quello della prescrizione ; altra dottrina invece si pone in disaccordo^[19], sostenendo che, in una fattispecie quale quella del trasporto di persone, il cumulo di azioni, e quindi di responsabilità, non sia configurabile, in quanto si afferma che, data la unicità del fatto generatore e dell'evento di danno, e considerato che parimenti la pretesa risarcitoria del danneggiato che da esso deriva ha il medesimo contenuto, risulta priva di fondamento normativo l'esigenza di due differenti azioni di responsabilità esercitabili alternativamente ovvero in via successiva, allorquando la prima abbia avuto esito negativo ; in tale scia, allora, altro autore^[20], con riferimento al trasporto di persone, sostiene la non configurabilità del concorso tra le due azioni, in quanto la azione extracontrattuale, rappresentando una tutela per c.d. esterna rispetto al diritto

di credito del viaggiatore all'esatto adempimento da parte del vettore della prestazione di trasporto, essa in realtà si pone al di fuori del contenuto di tale diritto, in quanto è rivolta a tutelare un diritto ulteriore e diverso rispetto a quest'ultimo, e cioè il diritto al risarcimento da conseguire nei confronti del danneggiante (ovvero il vettore). Ed allora, se l'inadempimento del vettore all'obbligo contrattualmente assunto, cui sia conseguito il danno alla persona del viaggiatore, si risolva anche in una ipotesi di reato prevista dalla legge, ovvero costituisca grave lesione di un diritto costituzionalmente tutelato, senza dubbio potrà darsi luogo al risarcimento del danno non patrimoniale anche quale conseguenza dell'inadempimento di una obbligazione contrattuale, come confermato dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite.^[21]

3. Con riguardo al contratto di spedizione, innanzitutto ai sensi dell'art. 1737 C.C. si rinviene la definizione di esso quale fattispecie di mandato senza rappresentanza - e la norma lo precisa con la espressione <in nome proprio e per conto del mandante> - in virtù del quale lo spedizioniere si obbliga, nel modo innanzi descritto, a concludere un contratto di trasporto nonché a compiere le c.d. <operazioni accessorie>^[22] necessarie alla sua attuazione - che quindi si configurano come ulteriore obbligazione principale facente capo allo spedizioniere, mentre altra dottrina ritiene^[23], con il supporto di un orientamento della S.C.^[24], che la obbligazione fondamentale dello spedizioniere sia quello di procurare, per conto del committente ma in nome proprio, esclusivamente la stipulazione di contratti di trasporto - ovvero tutte quelle operazioni collegate, dal punto di vista funzionale, alla conclusione del contratto di trasporto, sia nella fase preliminare alla stipulazione, sia in quella per così dire esecutiva del trasporto; operazioni tutte rivolte, quindi, ad assicurare il risultato finale perseguito con il contratto di trasporto; quindi, che esso costituisca un sottotipo del mandato, pur presentando una propria autonomia giuridica, è pacifico in giurisprudenza^[25], per cui la sua attività è fortemente influenzata dalla disciplina del mandato, che trova applicazione in tutte le ipotesi in cui non vi sia una diversa previsione specifica per il contratto di spedizione, mentre può dirsi che solo la norma dell'art. 1741 C.C., che regola la ipotesi specifica dello spedizioniere-vettore, esuli in sostanza dalla disciplina del mandato appunto in quanto dettata per regolamentare una fattispecie assai peculiare.

Trattandosi di una fattispecie, come detto, di mandato senza rappresentanza, ne deriva che è solo lo spedizioniere, quale mandatario, nei confronti del quale sorgeranno obblighi e diritti, e tanto anche se i soggetti con cui lo spedizioniere è venuto a contatto nell'espletamento del mandato, fossero a conoscenza dell'incarico, a meno che non vi sia stata una esplicita contemplatio domini, poiché in tal caso sarà il

mandante ad acquistare direttamente diritti ed obblighi, anche se una simile ipotesi contrasta con la definizione del contratto ricavabile dal testo del codice civile, in quanto se è un mandato senza rappresentanza, non dovrebbe ritenersi ammissibile una spendita del nome. La revocabilità del mandato allo spedizioniere è ammissibile, come si ricava dall'art. 1328 C.C., fino al momento della conclusione del contratto di trasporto – ed in tal caso sussiste per lo spedizioniere il diritto al rimborso delle spese affrontate nonché il compenso per la attività sino a quel momento compiuta - salva la ipotesi dello spedizioniere-vettore, dovendosi in tale caso ritenere invece che a tanto possa procedersi sino a prima che il predetto dia inizio alla esecuzione del trasporto.

Con riferimento alle operazioni accessorie (si pensi ad esempio, alle operazioni doganali per il caso di spedizione all'estero) secondo la giurisprudenza costante della S.C. [26] e la dottrina prevalente [27], le operazioni accessorie, che l'art. 1737 c.c. pone a carico dello spedizioniere, sono non soltanto quelle occorrenti per la stipulazione del contratto di trasporto. In particolare, sono state considerate tali anche quelle complementari rispetto al risultato finale, operazioni che il committente, non optando per la sostituzione a sé dello spedizioniere medesimo, avrebbe direttamente compiuto.

Quale esempio di tale tipologia, si è posta la consegna della merce al trasportatore con modalità tali da non esporla a rischi evitabili che, nella fattispecie concreta, sono stati individuati dal Supremo Collegio nel pericolo di furto durante la sosta notturna di un trasporto con autocarro, resa inevitabile dalla consegna del carico in ora tarda ; ancora, ulteriore esempio si è individuato nella prestazione di custodia della merce che lo spedizioniere ha ricevuto, nelle more della conclusione di un contratto di trasporto in nome proprio e per conto del mandante.

In particolare, tale ultima attività, secondo la S.C. [28], è soggetta alla disciplina degli artt. 1768 e 1780 cod. civ., in tema di deposito, con la conseguenza che lo spedizioniere stesso risponde dell'avaria e della perdita della merce, durante tale temporanea custodia, salvo che provi il fatto a lui non imputabile verificatosi malgrado l'uso della diligenza del buon padre di famiglia.

Sempre in tale ottica, senza dubbio costituiscono ulteriori fattispecie di operazioni accessorie cui lo spedizioniere è obbligatoriamente tenuto, quelle relative all'imballaggio, al carico-scarico, ritiro e consegna della merce, la pesatura, la consegna al vettore nonché tutti gli ulteriori adempimenti di natura amministrativa e peritale [29].

Al contrario, tra le prestazioni accessorie come innanzi descritte che residuano a carico dello spedizioniere deve ritenersi che non sussista quella di assicurare la merce, vista la previsione dell'art. 1739, II° comma C.C. ; tale norma, infatti, statuisce come

un tale obbligo sussista solo ove vi sia stata una espressa indicazione in tal senso, ovvero sia previsto dagli usi. **In conseguenza lo spedizioniere, in difetto di espressa istruzione ovvero di usi al riguardo, non potrà essere ritenuto inadempiente nonché responsabile per culpa in eligendo qualora, nella stipula del contratto di trasporto in nome proprio ma per conto del committente, si sia rivolto ad un vettore sprovvisto di copertura assicurativa, come sostenuto dalla S.C.[30]**

In ordine alla peculiare ipotesi della sussistenza o meno, per lo spedizioniere, dell'obbligo di assicurare la merce, la giurisprudenza e la dottrina [31] hanno innanzitutto posto in evidenza[32] che, nell'assicurazione «per conto di chi spetta» (diretta a garantire un bene determinato da qualsiasi danno che possa incidere sul valore economico di esso), la persona dell'assicurato, avente diritto all'indennità in caso di verificarsi del danno, va individuata in colui che, al momento dell'evento dannoso, risulti proprietario della cosa (ovvero titolare di un diritto reale limitato o di un diritto di garanzia su di essa costituito) ; al contrario, hanno escluso che, in mancanza di un'apposita pattuizione, il vettore (ovvero lo spedizioniere o, in genere, chi ha una relazione di custodia con il bene) possa essere riconosciuto titolare di quell'interesse.

Tale esclusione è stata motivata sul rilievo per cui, dal momento che il danno alla merce custodita si riflette solo in modo indiretto sul patrimonio dello spedizioniere, per la responsabilità che a lui fa carico per la perdita o il deterioramento delle cose in custodia, potendo trovare la sua copertura solo nell'altra forma di assicurazione sulla responsabilità civile.

In conseguenza si è messa in risalto, se non la necessità, quanto meno la opportunità che, un medesimo evento – il furto della merce – stante la diversità dei soggetti che coinvolge e dei rispettivi interessi, debba in sostanza trovare copertura attraverso due differenti tipologie di assicurazione, quella contro il furto per garantire il proprietario della merce, e quella contro i rischi della responsabilità civile per garantire il vettore e/o lo spedizioniere.

Ancora, la giurisprudenza[33] ha escluso che costituisca prestazione accessoria al contratto l'attività giudiziale svolta dal mandatario - attività in concreto non concertata o autorizzata dal mandante - per affrontare un giudizio in proprio, in relazione ad una garanzia assunta dallo stesso, con l'autorizzazione della mandante, statuendo in conseguenza che le spese di tale attività ricadano sullo spedizioniere.

Con riguardo alla disciplina delle prestazioni accessorie e la sua individuazione, la dottrina[34] ritiene che debba farsi riferimento al criterio c.d. della <prevalenza>, in forza del quale le singole prestazioni accessorie devono essere assoggettate alla

disciplina specifica del contratto cui ineriscono (per esempio, se il contratto principale è un mandato, anche le prestazioni accessorie saranno regolamentate dalla relativa disciplina), e la conseguenza della applicazione di tale criterio è che le prestazioni in questione non sono in grado di modificare la causa del contratto cui accedono, dovendo invece subire la medesima disciplina di esso. Tale contratto viene fatto rientrare, al pari di altri come il mandato, la commissione, l'agenzia e la mediazione, nei c.d. contratti di <cooperazione> ovvero quei contratti che prevedono l'intervento di alcuni peculiari soggetti al fine di rendere possibile lo svolgimento di una attività, di una prestazione, nei confronti di destinatari determinati; il contratto in questione ha senza dubbio natura di contratto consensuale, a prestazioni corrispettive ed a titolo oneroso, come si ricava dalla previsione del compenso in favore dello spedizioniere.

Tra gli elementi di tale contratto la sua natura onerosa non può dirsi costituisca elemento essenziale, come accade invece relativamente ad un altro sottotipo di mandato, ma solo naturale, per cui anche in assenza di espressa pattuizione delle parti sussiste per lo spedizioniere il diritto al compenso, escludibile solo in forza di espresso patto contrario^[35] cioè il contratto di commissione, per cui può essere in sostanza anche a titolo gratuito; ove comunque sia pattuito il compenso per lo spedizioniere, ai sensi dell'art. 1740 C.C. esso, in assenza di accordo tra le parti, per la sua determinazione si farà riferimento a tariffe professionali, se esistenti ovvero agli usi vigenti nel luogo in cui avviene la spedizione, luogo che, sempre secondo la citata dottrina, si identifica nel luogo in cui viene concluso il contratto di trasporto.

Dal punto di vista dello spedizioniere, mentre con il ricevere la merce da parte del committente – il quale trasferisce allo spedizioniere la disponibilità materiale delle cose ma ne conserva la piena disponibilità giuridica – il primo in sostanza, nelle more della consegna al vettore, è tenuto a custodire temporaneamente le stesse con la diligenza del buon padre di famiglia, ed allorquando provvede a consegnare la merce al vettore conclude la propria prestazione nell'ambito del contratto di spedizione.^[36]

Va tenuto presente come costituisca una prassi ormai acquisita, tanto nei rapporti nazionali quanto in quelli internazionali, che il rapporto nascente dal contratto in questione rinvenga la propria – minuziosa – regolamentazione mediante formule contrattuali di tipo indubbiamente uniforme, indubbiamente espressione piena dell'autonomia privata, che in sostanza finiscono non solo per aggiungersi alle norme codicistiche integrandole, quanto addirittura per sostituirle integralmente o quasi – con le ovvie e prevedibili differenze dovute ad aspetti quali la nazionalità dei contratti, la tipologia di merce, del trasporto e dei mezzi impiegati – al fine di regolamentare quelle ipotesi concrete che divergono dal tipo legale previsto dall'art. 1737 C.C. perché caratterizzate da elementi di novità e che, appunto in virtù della loro diffusione da parte degli spedizionieri sia nazionali sia internazionali, come sostenuto dalla

dottrina[37], svolgono la funzione di vere e proprie condizioni generali di contratto, che ovviamente potranno risultare efficaci ed opponibili al committente esclusivamente nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 1341 codice civile.

Infine, circa le modalità di esecuzione della prestazione dello spedizioniere, la norma di riferimento è l'art. 1739 C.C., lo spedizioniere è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni del committente e, comunque, ad operare nel migliore interesse di quest'ultimo. Tale condotta dello spedizioniere, secondo la giurisprudenza della S.C.[38], deve limitarsi alle scelte di carattere tecnico ed operativo, relative alla via, al mezzo e alle modalità di trasporto, ma non deve estendersi anche alle scelte giuridico-commerciali, relative alla regolamentazione del rapporto fra mittente e destinatario e alle modalità più o meno sofisticate di esecuzione dei pagamenti, evidenziandosi inoltre che le istruzioni del committente debbono specificare le modalità del comportamento dovuto e rivestire forma idonea a renderne chiaramente percepibile il contenuto ed inequivoca l'obbligatorietà.

Sotto tale ultimo profilo ed in punto di responsabilità per inadempimento dello spedizioniere, che chiaramente, come detto, è regolata dalle norme sul mandato, va segnalata una recentissima decisione della S.C., che ha affrontato la peculiare ipotesi del c.d. subcontratto di spedizione (che si ha allorché, in sostanza, lo spedizioniere invece di concludere il contratto di trasporto in nome proprio e per conto del mittente, si rivolga ad altro spedizioniere a tal fine) ha riconosciuto la responsabilità del primo anche per la condotta del subspedizioniere, a determinate condizioni, in particolare individuate nella non necessità e nel difetto di autorizzazione del committente alla stipula del subcontratto[39].

Con l'avvento delle nuove tecniche di trasporto, specialmente nel campo dei trasporti internazionali il contratto di spedizione ha assunto una grande rilevanza, al punto che l'ipotesi in cui venga concluso esclusivamente un contratto di trasporto da parte dello spedizioniere può dirsi ormai residuale, ed anzi in special modo nei trasporti internazionali, la normativa codicistica di riferimento può dirsi sostituita dalle condizioni generali di contratto internazionali – dalle quali ben si evince, peraltro, la vastità dei poteri e dei compiti che lo spedizioniere internazionale possiede ed è in grado di esercitare – per cui, come sostenuto da parte della dottrina,[40] il contratto così concluso diviene assolutamente atipico, in quanto si rivela, in realtà, uno strumento del tutto diverso da quello che normalmente si utilizza per la mera conclusione di un contratto di trasporto, in quanto viene curato dallo spedizioniere internazionale ogni singola fase necessaria al raggiungimento del risultato complessivo, partendo dalla presa in carico della merce presso il mittente fino alla consegna del destinatario.

Infatti, con la ormai generalizzata, a livello non solo internazionale quanto proprio planetario, diffusione del trasporto con i containers, che senza dubbio si è rivelato fonte di rilevanti vantaggi economici, si riscontra come questi ultimi, nelle condizioni generali di contratto adottate, abbiano perso ogni remora a qualificarsi come vettore tout-court, divenendo quindi vettori a tutti gli effetti.

In tal modo, allora, ben può dirsi come gli stessi abbiano impiegato la loro esperienza maturata nel settore trasporti a loro diretto vantaggio, garantendosi un potere contrattuale molto maggiore che in passato, e nei confronti di tutti i soggetti con i quali, per ragioni professionali, entrano in contatto.

4. Diversa è invece la posizione del c.d. <spedizioniere doganale>, il quale non può essere considerato <imprenditore> alla stregua del vettore oppure dello spedizioniere tout court dal momento che egli non si impegna a concludere contratti in nome proprio e per conto del committente, in quanto invece agisce, in dogana, come rappresentante dei proprietari delle merci, ed è considerato un vero e proprio professionista intellettuale, al punto che la L. 22.12.1960 n. 1612 prevede e richiede, per gli esercenti tali professione, l'iscrizione obbligatoria in un albo professionale speciale ; con la successiva L. n. 66 del 06.02.1992 si riconosce al committente la facoltà, per il compimento di quelle che sono le operazioni doganali legate al trasporto della merce, di servirsi di professionisti in possesso di specifiche qualifiche ed iscritti ad un albo speciale, con il compito di sostituirsi al proprietario delle merci nel compimento di quelle attività amministrative che esulino dal mero trasporto della merce; per la giurisprudenza^[41] tale soggetto è, in sostanza, un mandatario e secondo le regole del mandato è tenuto ad eseguire l'incarico conferitogli con la diligenza del buon padre di famiglia nell'interesse del committente, per cui è obbligato ad agire in conformità alle istruzioni che gli vengono impartite dal committente, ed è parimenti tenuto – obbligo molto importante - a informare quest'ultimo con tempestività del verificarsi di fatti nuovi che potrebbero indurre il proprio committente a modificare le istruzioni stesse, incluse le prassi e le interpretazioni degli uffici doganali ; nell'ipotesi di inadempimento a tale obbligo di informazione del committente, per cui opera discostandosi dalle istruzioni ricevute, risponderà dei danni causati al committente con tale sua inosservante condotta, con l'unica salvezza della obiettiva impossibilità di informare quest'ultimo, mentre è irrilevante che l'atto compiuto dallo spedizioniere doganale sia comunque idoneo a realizzare l'interesse del committente.

Infine, va detto che le figure dello spedizioniere e dello spedizioniere doganale differiscono in virtù della causa dei relativi contratti, che per il primo, come già detto, si va individuata nell'obbligo che il soggetto assume, dietro proposta del committente, di concludere in nome proprio e per conto di quest'ultimo, contratti di trasporto e

prestazioni accessorie, mentre per il secondo va individuata, invece, nell'accettazione da parte dello spedizioniere doganale, dell'incarico conferitogli dal committente, di svolgere in nome e per conto del committente tutte le attività di natura valutaria, fiscale e merceologica che sorgono a seguito del trasporto delle merci.

4.1. Lo spedizioniere-vettore, come in precedenza anticipato, è una figura assolutamente peculiare, la cui disciplina non rinviene alcun collegamento con il mandato.

Dalla dizione dell'art. 1741 C.C. sembrerebbe ricavarsi che, allorquando appunto lo spedizioniere assuma, con mezzi propri o di terzi la esecuzione, totale e/o parziale di un trasporto, il medesimo, con l'assumere i diritti ed obblighi propri del vettore, in sostanza assuma su di sé anche la qualità di vettore, senza per questo perdere quella di spedizioniere, entrando in tal modo nel contratto che, ex art. 1395 C.C., sarà valido o nel caso in cui il mittente abbia espressamente in tal senso autorizzato lo spedizioniere, ovvero comunque il contenuto del contratto stesso sia determinato in modo tale da escludere il conflitto di interessi.

Dottrina e giurisprudenza appaiono divise con riguardo agli effetti di tale attività ed in particolare in ordine alla modifica del contratto originario ovvero alla sua sopravvivenza; infatti, la giurisprudenza maggioritaria^[42] afferma che, nella fattispecie ex art. 1741 C.C. in realtà non possa parlarsi più di spedizione bensì di contratto di trasporto a tutti gli effetti, ove lo spedizioniere non si sia limitato a concludere un contratto di trasporto con terzi, in nome proprio e per conto del mittente, ma al contrario abbia assunto la unitaria obbligazione della esecuzione, in modo del tutto autonomo, del trasporto della merce, impiegando mezzi propri e/o altrui ed a fronte di un corrispettivo che risulti stabilito in relazione al rischio normale inerente al risultato finale della complessiva operazione, rimettendo al giudice del merito il compito di accertare se, nella fattispecie concreta, lo spedizioniere abbia agito come tale oppure abbia agito da vettore, indagando sul concreto contenuto dell'accordo negoziale intervenuto tra le parti, in applicazione del criterio di cui all'art.1362 C.C. Si può leggere quindi, in tale orientamento, l'affermazione del principio per il quale, in sostanza, con l'eseguire in proprio il trasporto, lo spedizioniere assume una obbligazione complessiva che risulta assorbente rispetto a quella della semplice conclusione, in nome e per conto del mittente, di contratti di trasporto con terzi, e che comporta la qualificazione del contratto come trasporto invece che spedizione, poiché, come altresì sostenuto da autorevole dottrina, ha assunto sin dall'origine l'obbligazione relativa alla esecuzione del trasporto e garantisce il risultato finale di esso, in quanto il contratto di spedizione, di per sé, non determina il sorgere di alcuna responsabilità a carico dello spedizioniere per la inesatta ovvero mancata esecuzione del contratto di trasporto^[43].

Altra parte della dottrina^[44], al contrario, ritiene che nella fattispecie ex art. 1741 C.C. il rapporto relativo al contratto di trasporto si affianchi a quello nascente dal contratto di spedizione, senza tuttavia sostituirlo ovvero comportare la piena assimilazione dei due rapporti, sostenendo in conseguenza che, nella intenzione del legislatore, lo spedizioniere-vettore costituisca una fattispecie a sé stante, dotata di autonoma individualità dal punto di vista giuridico, e come tale da non confondere con quella del vettore, poiché la differenza tra le due figure si fonda in quell'elemento che viene ritenuto peculiare proprio dello spedizioniere vettore, e cioè l'assunzione da parte sua di un ulteriore e specifico obbligo, qual è quello di provvedere in proprio ad eseguire il trasporto ; viene così affermato, con il sostegno di un orientamento giurisprudenziale più risalente^[45], il diverso principio per il quale lo spedizioniere-vettore sia uno spedizioniere a tutti gli effetti e non un vettore, risultando irrilevante la circostanza che lo spedizioniere, accanto a quelli che sono gli obblighi suoi tipici, si assuma anche quello della esecuzione del trasporto.

5. Relativamente alle differenze del contratto di spedizione con il contratto di trasporto, limitando l'analisi a quelle di maggiore evidenza e rilevanza, una prima viene in rilievo sotto il profilo del compenso, dal momento che ove nel contratto il compenso venga pattuito forfetariamente, la giurisprudenza^[46] ritiene che il collegamento tra la pattuizione di un corrispettivo in modo anticipato e globale ed il riconoscimento allo spedizioniere di un potere discrezionale di estrema ampiezza in ordine alla facoltà di scelta degli elementi fondamentali del trasporto, si sia in presenza di un contratto di trasporto e non di spedizione, così in sostanza riconoscendo che, ove vi sia incertezza sulla esatta qualificazione del rapporto, la pattuizione 'a forfait del compenso, che includa il corrispettivo della fondamentale prestazione di trasporto (come solitamente accade per le spedizioni di merci in containers) induce a ritenere che le parti abbiano inteso concludere un contratto di trasporto invece che uno di spedizione. Inoltre, la differenza fondamentale tra le due fattispecie viene individuata, dalla giurisprudenza^[47], nella circostanza per cui, mentre nel contratto di trasporto il vettore assume su di sé la obbligazione di eseguire il trasporto con i propri mezzi o anche a mezzo di altri, con i correlati rischi di un inesatto adempimento ovvero dell'inadempimento totale, nel contratto di spedizione, invece, diverso è l'obbligo assunto dallo spedizioniere, il quale si obbliga a concludere con altri, in nome e per conto di chi gli ha dato l'incarico, il contratto di trasporto ; da tale diversità di obbligazioni ne deriva, secondo tale orientamento giurisprudenziale la conseguenza per cui non risulta ipotizzabile una responsabilità dello spedizioniere per l'operato di terzi da lui incaricati del trasporto, a norma dell'art. 1228 c.c., in quanto detti terzi non compiono (diversamente dai terzi contemplati in tale norma) un'attività che lo spedizioniere avrebbe dovuto eseguire in proprio, in quanto esulante da quello che è l'oggetto peculiare della sua obbligazione ; per quanto riguarda la dottrina la stessa,

pur condividendo in linea di massima l'orientamento giurisprudenziale richiamato da ultimo, ritiene di non poter riconoscere rilevanza assorbente, nella ricostruzione della fattispecie, al modo in cui i contraenti hanno determinato il compenso [48], evidenziando infatti che, anche se appare indiscutibile che la pattuizione di una retribuzione a forfait risulti indicativa di una volontà, se non di concludere esclusivamente un contratto di spedizione, quantomeno di cumulare i due ruoli, tuttavia le modalità di pattuizione del compenso costituisca solo uno degli elementi che il giudice dovrà prendere in considerazione al fine di ritenere sussistente nel caso concreto, in capo allo spedizioniere, anche la qualifica di vettore senza che un'eventuale remunerazione forfettaria possa assumere un ruolo privilegiato in tale ricostruzione[49].

[1] ROMANELLI e SILINGARDI, 1994, p. 2

[2] CASS. CIV., sez. II, 17 ottobre 1992, n. 11430 Ric. Conti - c. Ravenna A.T.M., secondo la quale "Il criterio distintivo tra il contratto di appalto ed il contratto di trasporto risiede nel fatto che il primo ha per oggetto il risultato di un facere il quale può concretarsi nel compimento di un'opera o di un servizio che l'appaltatore assume verso il committente dietro corrispettivo e dall'esistenza di un'organizzazione d'impresa presso l'appaltatore, nonché dal carico esclusivo del rischio economico nella persona del medesimo. Si ha invece contratto di trasporto quando un soggetto si obbliga nei confronti di un altro soggetto a trasferire persone o cose da un luogo all'altro, mediante una propria organizzazione di mezzi e di attività personali e con l'assunzione a suo carico del rischio del trasporto e della direzione tecnica dello stesso".

3]U. LA TORRE, La definizione del contratto di trasporto Napoli, 2000, pag. 229

[4] CASS. CIV., sez. III, 28 giugno 2005, n. 13905 Ric. La Quercia di Massimo Mannarelli Sas - c. Trasporti Castelletti Spa, secondo la quale "Il contratto di trasporto, che è un contratto di risultato, è configurabile allorquando il vettore assume da solo, nei confronti del mittente, gli obblighi e la responsabilità dell'adempimento, mentre non rileva che per l'esecuzione della sua prestazione si avvalga dell'opera di altri soggetti, concludendo con costoro contratti di subtrasporto; ed infatti l'art. 1741 c.c. riconosce allo spedizioniere vettore - e cioè a colui che con mezzi propri o altrui assume in tutto o in parte l'esecuzione del trasporto - gli stessi obblighi e i diritti del vettore; nè incide sulla natura del contratto che lo spedizioniere vettore assuma anche l'obbligo di compiere operazioni accessorie e strumentali all'esecuzione del trasporto, quali pesatura, sdoganamento della merce e pagamento di tributi, purchè la prestazione principale consista nel trasferimento di cose e persone da un luogo ad un altro".

[5] P.PERLINGIERI, Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in Comm. al Cod. Civ. Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1975, p. 23

[6] ASQUINI

[7] CASS. CIV., sez. III, 15 febbraio 2006, n. 3285 Ric. Colelli - c. Alitalia Linee Aeree Italiane Spa, secondo cui "In tema di trasporto di persone, la presunzione di responsabilità che l'articolo 1681 c.c. e l'articolo 409 cod. nav. pongono a carico del vettore per i danni al viaggiatore, opera quando sia provato il nesso causale tra il sinistro occorso al viaggiatore e l'attività del vettore in esecuzione del trasporto, restando viceversa esclusa quando è accertata la mancanza di una sua colpa, come quando il sinistro viene attribuito al fatto stesso del viaggiatore, dal quale il vettore ha ragione di pretendere un minimo di diligenza, prudenza e senso di responsabilità nella salvaguardia della propria incolumità. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di danni, esperita dal viaggiatore nei confronti della compagnia aerea, a causa della totale perdita dell'udito ad un orecchio determinata da barotrauma durante la fase di atterraggio, in quanto il trasporto aereo si era svolto in modo del tutto regolare e senza anomalie, ed era rimasto accertato che il passeggero era stato precedentemente sottoposto ad intervento chirurgico all'apparato uditivo che lo predisponeva a risentire in maniera particolare degli effetti della variazione della pressione barometrica; egli si era pertanto volontariamente esposto all'evento malgrado i precedenti anamnestici a carico dell'apparato uditivo, che avrebbe dovuto prudentemente avvertire come locus minoris resistentiae)".

[8] Cass. Civ., 17.07.2003 n. 11198

[9] CASS. CIV., sez. III, 9 agosto 2007, n. 17478 Ric. Jas Jet Air Service Spa - c. Vittoria Assicurazioni Spa

[10] CASS. CIV., sez. III, 13 luglio 1999, n. 7423 Ric. Esposito - c. ATM Milano.

[11] Con tale equiparazione normativa si è finalmente pervenuti, anche nel nostro ordinamento a garantire una tutela uniforme della persona (quale valore primario al vertice dei valori cui la n/s Costituzione riconosce tutela) del viaggiatore, introducendo un sistema di responsabilità del vettore che cumula responsabilità oggettiva entro il limite dei centomila <diritti speciali di prelievo>, senza possibilità di contestazione per il vettore, e soggettiva per colpa presunta ma illimitata oltre tale valore, con possibilità di prova contraria per il vettore

[12] Il D.P.R. 30.03.1961 n. 197, improntato alla previsione di un limite risarcitorio in caso di responsabilità del vettore ferroviario, derivante da un precisa - quanto poco

condivisibile stante la aperta preferenza per la tutela della posizione delle Ferrovie rispetto a quella degli utilizzatori del servizio - scelta legislativa mirata a contenere la possibilità che gravassero oneri economici rilevanti sulle Ferrovie dello Stato, ovviamente prima della privatizzazione di esse che ha svuotato di rilevanza pratica il problema stante l'indubbio riconoscimento della natura di soggetto imprenditoriale a tutti gli effetti.

[13] La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla censura di incostituzionalità dell'art. 423 Codice Navigazione per sospetta contrarietà agli art. 3 e 42 Cost., con sentenza n. 401 del 19.11.1987 escluse la incostituzionalità della norma censurata appunto sul rilievo che l'art. 423 permette comunque di realizzare una situazione di equilibrio tra le parti, ed ha poi riaffermato tale principio anche a distanza di molto tempo, con la sentenza n. 71 del 14.03.2003.

[14] CASS CIV, sez. III, 3 ottobre 1996, n. 8656 Ric. Zappatore - c. Ferrovie dello Stato

[15] CASS. CIV, sez. I, 21 giugno 1999, n. 6233 Ric. Mediolanum spa - c. Baravelli ed altri.

[16] CASS. CIV., 17.07.2003 n.7768, la quale ha riconosciuto che, alla responsabilità contrattuale del datore di lavoro ex art. 2087 C.C. per violazione dell'obbligo di sicurezza si affianchi anche una responsabilità extracontrattuale per i medesimi fatti, che costituiscono al tempo stesso violazione anche del generico dovere di *neminem ledere* di cui all'art. 2043 C.C. ; con riguardo

[17] L. PAOLUCCI, Il trasporto di persone, 1999, p. 129

[18] A. DI MAJO, Persona e danno, 14.10.2008

[19] U.MAJELLO, Resp. Contrattuale e resp. Extracontrattuale, in Rass. Dir. Civ., 1988, 121

20] A. FLAMINI, Osservazioni critiche sul concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore, in Diritto dei trasporti, 2002, pp. 813 e ss. ove si osserva(giustamente) che avendo assunto il vettore l'obbligo di trasferire il passeggero al luogo di destinazione, ed essendo insito in tale obbligo quello non meno importante di garantire che il viaggiatore vi arrivi incolume, ove al contrario a seguito e/o nel corso della esecuzione della prestazione di trasporto il passeggero subisca lesioni alla propria integrità fisica, allora il vettore sarà responsabile di tale danno siccome inadempiente, ex art. 1218 c.c., all'obbligo assunto, e non perché abbia violato il generale dovere di cui all'art. 2043 C.C. ; in tale scia, mostra di condividere

[21] CASS CIV, Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973 Ric. G.M. ed altri - c. Z.E. ed altri, secondo la quale **“Anche dall’inadempimento di una obbligazione contrattuale può derivare un danno non patrimoniale, che sarà risarcibile nei casi espressamente previsti dalla legge, ovvero quando l’inadempimento abbia leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione”**.

[22] CHIOMENTI, 1990, pp. 284

[23] BALDASSARI, 1996, pp. 136

[24] CASS. CIV., sez. III, 13 agosto 1997, n. 7556 Ric. Soc. Siat - c. Soc. Grandi Traghetto Navig.

[25] CASS. CIV., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5030 Ric. Successori Wetzler Srl - c. Maschinenfabrik Andritz AG.

[26] CASS. CIV., sez. I, 27 gennaio 1995, n. 1016 Ric. Soc. Schenker italiana - c. Soc. Philips.

[27] M. Grigoli, Sui limiti della prestazione dello spedizioniere, in Giust. civ. 1986, I, 2107 e C. Vaccà, Diligenza e professionalità dello spedizioniere, in Resp. civ. e prev. 1986, 642.

[28] CASS. CIV, sez. III, 27 gennaio 1982, n. 544 Ric. Soc. Merzario - c. Soc. Rizzoli.

[29] CASS. CIV., sez. III, 22 maggio 1997, n. 4567 Ric. Del Bene Savino Soc - c. Spea Soc

[30] CASS. CIV., sez. I, 27 gennaio 1995, n. 1016 Ric. Soc. Schenker italiana - c. Soc. Philips

[31] V. Geri, La responsabilità tra vettore e spedizioniere, in Riv. giur. circ. e trasp. 1984, 625

[32] CASS. CIV., Sez. I, 3 febbraio 1995, n. 1333 Pres. Michele CANTILLO - Est. M. Rosario - Ric. Unione Subalpina Assicurazioni Spa - c. Pittaluga Servizio Containers

[33] CASS. CIV., sez. III, 20 maggio 1998, n. 5030 Ric. Successori Wetzler Srl - c. Maschinenfabrik Andritz AG.

[34] BALDASSARI, 1996, pp. 141

[35] BALDASSARI, 1996, p. 159

[36] BALDASSARI, 1996, pp. 144

[37] CHIOMENTI, 1990, p. 295

[38] CASS. CIV., sez. III, 19 giugno 2008, n. 16625 Ric. Meccanica Blitz Ditta Srl - c. Ditta Righi S.r.l.

[39] CASS. CIV., sez. III, 11.02.2009 n. 3354, ha affermato che “lo spedizioniere, che non concluda direttamente il contratto di trasporto e concluda in luogo di esso, senza autorizzazione o necessità, un altro contratto di spedizione, sostituendo così altri a sé nell’esecuzione del mandato, assume su di sé il rischio delle conseguenze dell’operato del sostituto, di cui risponde in ogni caso, anche se il fatto dannoso si verifichi durante l’esecuzione del contratto di trasporto dal medesimo sostituto stipulato con il vettore, e salvo che provi che il danno si sarebbe prodotto comunque”.

[40] P. PERLINGIERI e A. FLAMINI in Manuale di Diritto Civile, p. 538

[41] CASS. CIV., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 3650 Ric. Torre Srl - c. Ageno Srl.

[42] CASS. CIV., sez. III. 14.02.2005 n. 2898

[43] GAZZONI, Manuale diritto privato, Napoli, 2000, p. 1154-1155

[44] BALDASSARI, 1996, p. 168 e ss

[45] CASS. CIV. sez. III, 09. 04.1999 n. 3468, Send Italia c. Fizcarraldo, in cui si afferma che «L’art. 1741 c.c. non sottrae lo spedizioniere vettore alla disciplina del contratto di spedizione, ma gli riconosce anche i diritti e gli obblighi del vettore, in relazione a quelle fasi della sua attività riconducibili al trasporto in senso stretto.

[46] CASS. CIV., sez. I, 9 novembre 1982, n. 5881 Ric. Ag. Domeniconi - c. Soc. un. Trasp. I., per la quale “La regola direttiva sugli obblighi e la diligenza dello spedizioniere (ex art. 1739 cod. civ.) in ordine alla scelta della via, del mezzo e delle modalità di trasporto, non osta ad una qualificazione giuridica diversa da quella del contratto di spedizione pure quando, per le caratteristiche di un trasporto combinato, marittimo e terrestre, da compiersi con più mezzi e diversi tratti, l’espressa clausola di conferimento, nei bordereaux, di un amplissimo potere discrezionale di scelta assuma, nel collegamento necessario con altra clausola di retribuzione unitaria e globale (non limitata alle spese ed alle prestazioni accessorie che hanno causa nei contratti collegati assorbiti nel contratto di spedizione, bensì includente il corrispettivo della prestazione fondamentale di tale contratto), il particolare significato della promessa di un risultato consistente nella dislocazione della merce da un porto ad altro, con pagamento anticipato della mercede e così la correlativa posizione di spedizioniere - vettore nell’obbligato a tale risultato finale ed unitario di trasporto”

[47] CASS. CIV., sez. I, 28 marzo 1995, n. 3614 Ric. Srl Sifar Mobilitasi - c. Ligure Mediterranea Spa.

[48] A. ASQUINI, Spedizione (contratto di), in Enc. dir. XLIII/1990, 284, 302; R. DE MEO, Sulla rilevanza (o irrilevanza) qualificatoria del compenso a forfait nel contratto di spedizione, in Dir. mar. 1996.

[49] A. TRABUCCHI, Le prestazioni dello spedizioniere e l'obbligazione di risultato, in Riv. dir. civ. 1982, II, 315 ; F. BOCCHINI, L'evoluzione di una prassi contrattuale: Spedizione e distribuzione di prodotti, in Riv. dir. civ. 1984, II, 11.

12. Il contratto di franchising: la legge 129/2004 e diritto della concorrenza di

Rossella Incardona

Introduzione

Il franchising (o affiliazione commerciale) è un contratto sempre più usato nella distribuzione commerciale di prodotti e servizi. Per distribuire un prodotto o servizio il produttore industriale (franchisor), anziché limitarsi a vendere i propri prodotti a distributori che lo collocano sul mercato secondo i loro piani strategici, può imporre la propria politica di marketing ai distributori (franchisee), in cambio della concessione ad essi della sua esperienza tecnico commerciale e dei suoi segni distintivi (c.d. "formula di vendita"), così controllando l'intero processo distributivo del prodotto o del servizio senza sostenerne (per intero) i costi. D'altro canto, il distributore-franchisee, seppur limitati in parte la propria autonomia nelle scelte di impresa, accettando di attenersi alle prescrizioni del produttore-franchisor, trae numerosi vantaggi dal vendere un prodotto o offrire un servizio già lanciato con successo, servendosi di tecniche commerciali già provate ed essendo identificato dai consumatori col produttore stesso.

Fino al 6 maggio 2004, il contratto di franchising, nato negli Stati Uniti e diffusosi in Europa fin dagli anni sessanta, non godeva in Italia di specifica disciplina normativa. Sviluppatisi nella pratica e conosciuto nei tribunali, il contratto di franchising veniva

dalla dottrina qualificato in maniera diversa, avvicinandolo ora alla concessione di vendita ora alla licenza di beni immateriali, ora definendolo come un contratto organizzativo a funzione associativa, ora, più correttamente, come un contratto atipico dotato di autonomia causale. Aldilà delle definizioni giuridiche, nella prassi, il contratto di franchising veniva descritto come un sistema di collaborazione tra un produttore (o rivenditore) di beni o fornitore di servizi ed un distributore, giuridicamente ed economicamente indipendenti, ma vincolati da un contratto caratterizzato da due elementi: (i) la trasmissione dal franchisor al franchisee di una serie di diritti a fronte di una prestazione prevalentemente monetaria e (ii) la stretta integrazione tra le parti nello svolgimento della loro attività d'impresa¹.

L'unica norma che conteneva una definizione del contratto di franchising era il Regolamento CEE n. 4087/88 del 30 novembre 1988 (oggi non più in vigore)², che, nonostante avesse un ambito d'applicazione limitato alle condizioni di applicazione dell'articolo 85(3) CE agli accordi di franchising, è servito da guida e da parametro alla nostra giurisprudenza³ e alla nostra dottrina nel delineare la nozione del contratto atipico di franchising.

Il contratto di franchising era (ed è) pure oggetto di norme deontologiche redatte dalle associazioni di franchisor sia in Italia sia in vari paesi europei⁴.

La legge n. 129 del 6 maggio 2004, recante "norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale" (in seguito, "Legge 129/2004"), ha colmato il vuoto legislativo, definendo il contratto di franchising, fissandone il contenuto e la durata minimi, gli obblighi delle parti e le sanzioni in caso di informazioni false fornite dalle parti in fase di trattative precontrattuali.

Questo articolo, nella prima parte, commenta gli articoli della Legge 129/2004 e nella seconda accenna alla disciplina applicabile ai contratti di franchising nel diritto della concorrenza comunitario e nazionale.

Prima parte

1. La Legge n. 129/2004

La Legge 129/2004 si applica a tutti i contratti di affiliazione commerciale da eseguirsi in Italia ("in corso nel territorio dello Stato"). Gli accordi di affiliazione commerciali anteriori alla Legge 129/2004 devono conformarsi ad essa entro il 24 maggio 2005 (articolo 9).

1.1. Il contratto di affiliazione commerciale: definizione (articolo 1(1))

L'articolo 1 della Legge 129/2004 definisce l'affiliazione commerciale come “il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, know how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”.

L'affiliazione commerciale è dunque delineata, indipendentemente dalle definizioni adottate dalle parti, come un contratto bilaterale, sinallagmatico, avente ad oggetto la concessione dall'affiliante all'affiliato di diritti di proprietà industriale (e)/o intellettuale e l'inserimento dell'affiliato nel sistema distributivo dell'affiliante e come causa la commercializzare di beni e servizi dell'affiliante. Dalla lettura dei successivi articoli 2(3) e 4 della Legge 129/2004, emerge poi che il contratto di franchising è un contratto di durata e per adesione. Il contratto di franchising è “utilizzabile in ogni settore di attività economica” (articolo 1(2)), ma la Legge 129/2004 non sembra estendersi anche al franchising di produzione (o industriale), nell'ambito del quale l'affiliato produce direttamente, sulla base delle indicazioni dell'affiliante, i prodotti che vende con il marchio dell'affiliante⁵.

1.2. Definizioni e ambito di applicazione (articoli 1(3) e 2)

Secondo una tecnica legislativa “autodefinitoria” cui il legislatore comunitario ci ha abituato, la Legge 129/2004 chiarisce il significato di alcuni termini in essa utilizzati. In particolare, l'articolo 1(3) specifica cosa si intenda per:

know-how;

Il know-how è “un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante” (...) rispondente ai “criteri” di segretezza (il know-how non deve esser generalmente noto né facilmente accessibile a terzi) e sostanzialità (il know-how deve concernere conoscenze indispensabili all'affiliato nell'esecuzione del contratto) ed individuato in maniera “sufficientemente esauriente” da permetter all'affiliato di verificare che esso sia segreto e sostanziale⁶.

diritti di ingresso;

Il diritto di ingresso è “una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale”.

Il diritto di ingresso (o entry fee o front money) è quindi definito come una cifra fissa, sia pur rapportata a dei parametri variabili, da pagarsi una tantum al momento della conclusione del contratto;

royalties;

Le royalties sono “una percentuale che l’affiliante richiede all’affiliato commisurata al giro d’affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche”. Le royalties o canoni costituiscono il corrispettivo dovuto dall’affiliato all’affiliante nel corso della durata del contratto;

beni dell’affiliante.

I beni dell’affiliante sono “i beni prodotti dall’affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell’affiliante”.

L’articolo 2 della Legge 129/2004 specifica, con un linguaggio per vero poco chiaro, che il suo ambito di applicazione si estende anche:

- al “contratto di affiliazione commerciale principale” col quale un’impresa concede all’altra, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un’affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazioni commerciali con terzi; L’affiliazione commerciale principale (o master franchising) è l’accordo col quale il produttore di prodotti e servizi affilia un’impresa non per svolgere direttamente l’attività di distribuzione di beni o servizi in franchising ma per stipulare con terzi accordi di affiliazione commerciale aventi ad oggetto gli stessi beni e servizi (sub-franchising). Si tratta di un accordo quadro di franchising col quale l’affiliante delega il “principale” affiliante ad affiliare altri soggetti, verosimilmente alle condizioni fissate nell’accordo principale, così decentrando il processo di distribuzione e rinunciando al controllo diretto di tutti gli affiliati (pensiamo ad un franchisor francese che voglia introdurre e distribuire i propri prodotti in varie città italiane secondo la propria formula commerciale ma preferisca stipulare un solo contratto di franchising, affidando al suo affiliato principale il compito di selezionare altre imprese da affiliare nella nascente rete di distribuzione italiana).
- al “contratto con il quale l’affiliato, in un’area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell’attività commerciale di cui al comma 1 dell’articolo 1”. Si tratta del c.d. franchising parziale o corner franchising che si ha quando l’affiliato destina soltanto una parte dei suoi locali allo svolgimento dell’attività commerciale oggetto del franchising.

1.3. Forma e durata (articolo 3(1) e 3(2))

La Legge 129/2004 stabilisce che il contratto di franchising deve essere redatto per iscritto a pena di nullità.

Il contratto di franchising, per sua natura, è un contratto destinato a produrre effetto in un certo periodo di tempo, non esaurendosi in una singola operazione di scambio ma realizzando una collaborazione continuata, se non una vera e propria integrazione tra le parti, diretta a realizzare un sistema di distribuzione decentralizzato ed uniforme in cui, a fronte del privilegio di usare la formula commerciale del franchisor, il franchisee si impegna a sostenere notevoli costi e a rispettare una serie di obblighi. La durata del contratto di franchising non è però rimessa all'autonomia negoziale delle parti. Il legislatore riconosce che l'affiliato incorre in costi notevoli per affiliarsi e fissa "una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". In ogni caso è fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata del contratto per inadempimento di una delle parti. Nonostante la sua apparente chiarezza e completezza, l'articolo 3(3) pone dei dubbi applicativi. Cosa succederebbe se un contratto di franchising prevedesse una durata inferiore a quella triennale minima? In mancanza di indicazioni in tal senso e di una sanzione specifica per il mancato rispetto del termine di durata triennale, non sembra potersi applicare l'articolo 1339 c.c. sulla inserzione automatica di clausole (imperative) e, alla scadenza del contratto, l'affiliato avrebbe diritto "soltanto" al risarcimento del danno per violazione dell'articolo 3(3), commisurato al mancato (residuo) ammortamento dell'investimento⁷.

1.3. Contenuto del contratto (articolo 3(3))

La Legge 129/2004, per vero in maniera sintetica e poco precisa, indica il contenuto minimo del contratto di franchising, al fine di assicurare alle parti trasparenza nelle trattative precontrattuali, permettere all'affiliato di conoscere e valutare il tipo di attività oggetto del contratto e le possibilità di sviluppo della rete di distribuzione, evitare comportamenti fraudolenti o comunque pregiudizievoli di una parte a danno dell'altra.

Il legislatore richiede in particolare che il contratto di franchising indichi:

- l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso (diritto di ingresso) che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;
- le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;

Queste due prescrizioni sono volte ad assicurare all'affiliato di conoscere con esattezza i costi da sostenere per intraprendere e svolgere l'attività di affiliato e a scoraggiare richieste di prestazioni monetarie ingiustificate da parte dell'affiliante.

- l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; Questa norma si riferisce al patto di esclusiva concesso dall'affiliante a favore dell'affiliato in relazione all'ambito territoriale (o relativo a dei canali di vendita) entro il quale l'affiliato può esercitare la propria attività contrattuale e non all'esclusiva di acquisto o alla clausola di non concorrenza a favore dell'affiliante⁸.

La giurisprudenza precedente alla Legge 129/2004 aveva riconosciuto che la clausola di esclusiva territoriale "reciproca non può essere annoverata tra i naturalia negotii e deve quindi essere pattuita"⁹. La clausola di esclusiva territoriale è sicuramente un grosso incentivo a contrarre per l'affiliato, in quanto gli permette di non subire la concorrenza (cd. intrabrand) di altri affiliati o dello stesso affiliante in un certo territorio o per determinati canali di vendita, e gli dà maggiori garanzie di recuperare i costi di investimento che l'adesione al contratto di franchising comporta. L'esclusiva territoriale ha inoltre il pregio di evitare il cd. problema del free riding, di evitare cioè che l'affiliato non raccolga i frutti del suo impegno nella vendita di un prodotto o nella fornitura di un servizio (e.g. costi di promozione, per servizi di prevendita e formazione del personale) perché altri distributori si avvantaggiano dei suoi sforzi senza sostenerne i costi¹⁰. Tuttavia, in presenza di particolari condizioni di mercato (e.g. scarsa concorrenza tra produttori di beni o servizi concorrenti, o l'adozione da parte degli stessi di simili clausole di esclusiva), una esclusiva territoriale ampia potrebbe portare ad una compartimentazione dei mercati e ad un innalzamento dei prezzi, con conseguenze negative per il benessere dei consumatori (infra Parte II).

- la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato;
- eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato;
- le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;

La descrizione del know-how trasmesso e dei servizi offerti dall'affiliante all'affiliato costituiscono una previsione essenziale del contratto di franchising, poiché il trasferimento del know-how e l'assistenza prestata dal franchisor sono gli strumenti necessari per realizzare l'integrazione tra affiliante ed affiliato e garantire unitarietà di immagine alla rete di affiliati.

- le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

Considerato che il mancato rinnovo, o l'eventuale scioglimento prematuro o la cessione del contratto possono essere fonte di ingenti perdite economiche per entrambe le parti, il legislatore richiede che siano espressamente indicate le condizioni di rinnovo (espreso o tacito), risoluzione (compresa la clausola risolutiva espressa) e cessione del contratto (che può essere consentito, previo consenso della parte ceduta o su semplice notifica, ovvero vietato contrattualmente). La formulazione dell'articolo 3(3)(g) non aiuta certo le parti e gli operatori del diritto nel determinare quando sia giustificato un mancato rinnovo o cosa sia "un inadempimento di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra", ma almeno impone di porre attenzione nella redazione delle clausole che attengono alla durata, alla cessazione o alla successione del rapporto di franchising¹¹. La Legge 129/2004 non prevede alcuna sanzione nel caso in cui il contenuto minimo del contratto di franchising non sia rispettato.

1.4. Obblighi dell'affiliante (articolo 4)

La Legge 129/2004 impone all'affiliante l'obbligo di consegnare "all'aspirante affiliato", almeno trenta giorni prima della prevista conclusione del contratto, copia completa del contratto da sottoscrivere corredato da una serie di allegati. Il termine di trenta giorni, fissato nell'interesse dell'aspirante affiliato, è meramente indicativo ed il suo mancato rispetto non sembra, per se, comportare alcuna conseguenza negativa per il franchisor.

Gli allegati da esibire all'aspirante affiliato e da citare nel contratto devono contenere le seguenti informazioni:

- dati relativi all'affiliante e bilancio degli ultimi tre anni (se richiesto dall'affiliato); Si tratta di informazioni commerciali tese a consentire all'affiliato di conoscere l'impresa e la solidità economica dell'affiliante.
- indicazione dei marchi utilizzati nel sistema di distribuzione, con gli estremi di registrazione o deposito o della licenza o la documentazione comprovante l'uso; Questa informazione è molto importante per consentire all'aspirante affiliato di verificare l'effettiva titolarità del marchio (se registrato o almeno depositato) o comunque la legittimità dell'uso del marchio (licenza) o l'uso di fatto del marchio da parte del promettente affiliante (pre-uso). Tali informazioni potrebbero anche essere utili all'affiliato nel corso del rapporto contrattuale per consentirgli di difendersi da azioni di terzi che vantino diritti sul marchio dell'affiliante.
- una sintesi degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;

L'aspirante affiliato deve essere posto nelle condizioni di conoscere l'attività che sarà oggetto del contratto. Forse il legislatore avrebbe potuto evitare di riferirsi ad una mera "sintesi" e richiedere informazioni dettagliate sull'attività oggetto del contratto.

- lista degli affiliati già esistenti e dei punti vendita dell'affiliato;
- indicazione delle variazioni del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni;

L'aspirante affiliato deve poter conoscere la situazione attuale e le potenzialità di sviluppo futuro della rete di distribuzione di cui sarà parte integrante, tanto più che le sorti di tale rete di distribuzione influenzeranno, almeno in parte, il successo della propria attività di impresa.

- la sintesi degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali promossi contro l'affiliante da affiliati, terzi o pubbliche autorità e conclusi negli ultimi tre anni relativi al sistema di affiliazione, nel rispetto delle norme sulla tutela dei dati personali¹².

Tale informazione mira a consentire all'aspirante affiliato di conoscere eventuali liti relative al sistema di affiliazione promosse contro il franchisor, con ciò permettendogli di meglio valutare la serietà e l'affidabilità del franchisor. Il legislatore, purtroppo, ha limitato le potenzialità informative di questa norma, facendo esclusivo riferimento, in un sistema di risoluzione giudiziale delle controversie lento come il nostro, soltanto alle liti già concluse e non richiedendo informazioni sulle liti pendenti. Tuttavia tali informazioni sulle liti pendenti possono ben essere richieste dall'aspirante affiliato ai sensi dell'articolo 6(1) (vedasi paragrafo 1.6 che segue), se necessarie per la conclusione del contratto.

La previsione delle informazioni che l'affiliante deve fornire all'affiliato, atte a permettere al franchisee di impegnarsi con consapevolezza e ad evitare un uso distorto del contratto da parte di produttori o fornitori di servizi poco seri, non costituiscono una novità legislativa italiana¹³. Il legislatore statunitense¹⁴, e sulla scia di questo quello francese¹⁵, disciplinano con ancora maggiore dovizie di particolari le informazioni che il franchisor deve dare al franchisee prima della conclusione del contratto. L'articolo 3(2) stabilisce inoltre che "per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale". Si vuole con ciò assicurare, a beneficio di potenziali affiliati, che il franchisor abbia sperimentato una propria formula commerciale e proponga contratti di affiliazione commerciale con un oggetto determinato o determinabile.

1.5. Obblighi dell'affiliato (Articolo 5)

La Legge 129/2004 indica soltanto due obblighi cui è soggetto l'affiliato, così tipizzando due previsioni contrattuali generalmente presenti nei contratti di franchising, l'immutabilità della sede e l'obbligo di riservatezza.

L'affiliato non può trasferire la sede indicata nel contratto senza il preventivo consenso dell'affiliante, salvo il caso di forza maggiore. Tale norma mira a preservare il controllo sulla catena di affiliati da parte dell'affiliante e a garantire che i rapporti di informazione e collaborazione reciproca persistano durante tutto il periodo contrattuale. L'affiliato deve tenere riservate, anche dopo lo scioglimento del contratto, le informazioni relative all'attività oggetto dell'affiliazione commerciale. L'obbligo di riservatezza grava anche sul personale dell'affiliato. Tale obbligo è di importanza fondamentale nel contratto di franchising, dove il franchisor mette a disposizione del franchisee il proprio know-how e la propria esperienza ed ha interesse a che questo know-how non divenga di pubblico dominio.

L'eventuale violazione di tali obblighi sarà soggetta alle norme generali in materia di contratti, potendo comportare il risarcimento del danno subito e la risoluzione del contratto per inadempimento, ricorrendone i presupposti. La violazione dell'obbligo di riservatezza potrebbe anche integrare il delitto di rivelazione di segreti scientifici o industriali previsto dall'articolo 623 c.p.

Nella prassi, l'affiliato è sottoposto ad una serie di molti altri obblighi, in genere contenuti nel c.d. "manuale operativo" del contratto di franchising, tesi a preservare l'omogeneità della catena di distribuzione dell'affiliante agli occhi dei consumatori. Il legislatore, prudentemente e correttamente, non è intervenuto nella regolamentazione di queste clausole contrattuali per non menomare l'autonomia delle parti e consentire all'affiliante di adeguare il contratto alle particolari esigenze di distribuzione dei propri beni o servizi.

1.6. Obblighi precontrattuali delle parti (articolo 6)

L'articolo 6 della Legge 129/2004 impone ad entrambe le parti del contratto di comportarsi in ogni momento con lealtà, correttezza e buona fede, e richiede loro di fornire all'altra parte, tempestivamente, tutte le informazioni e i dati necessari per addivenire alla stipulazione del contratto. La rubrica dell'articolo 6 limita tali obblighi comportamentali alla fase precontrattuale¹⁶, nella quale avviene il primo, fondamentale, scambio di informazioni tra le parti. Nella fase esecutiva del contratto vige comunque il dovere generale di comportarsi secondo buona fede fissato dall'articolo 1375 c.c.

Gli obblighi dell'affiliante e dell'affiliato sono indicati a specchio. Unica differenza è che, l'affiliante deve fornire tutte le informazioni, "necessarie" ed "utili", che gli vengono richieste dall'aspirante affiliato, salvo che non siano oggettivamente

riservate e motivi il rifiuto di fornirle; l'affiliato deve fornire oltre alle informazioni necessarie anche quelle "opportune" alla stipulazione del contratto, anche se non richieste dall'affiliato. Tuttavia, la valutazione sulla necessità o opportunità delle informazioni è rimessa all'affiliato, il quale può non aver alcun interesse a fornire tutte le informazioni "opportune" all'affiliante.

1.7. Annullamento del contratto (articolo 8)

La Legge 129/2004 è fondata sul principio di trasparenza nei rapporti tra le parti, tanto che il fornire informazioni false è motivo di annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 c.c. e fonte di risarcimento del danno, se dovuto.

L'articolo 1439 c.c., espressamente richiamato dal legislatore, si riferisce al dolo-vizio del consenso, per cui il contratto è annullabile solo se "i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato". L'eventuale azione di annullamento si prescrive in cinque anni dalla scoperta del dolo (1442 c.c.).

In presenza di dolo incidente, che si ha quando i raggiri sono tali che senza di essi il contratto "sarebbe stato concluso a condizioni diverse" (1440 c.c.), il contratto è valido, ma il contraente raggirato può chiedere il risarcimento se prova la mala fede dell'altro contraente .

L'articolo 8 si riferisce soltanto alle informazioni false, tuttavia, considerati anche gli obblighi precontrattuali di lealtà, correttezza e buona fede imposti alle parti dall'articolo 6, anche la l'omissione dolosa di informazioni, se si tratti di informazioni necessarie alla conclusione del contratto, potrebbe esser causa di annullamento del contratto.

1.8. Conciliazione (articolo 7)

La Legge 129/2004 prevede la possibilità che le parti convengano di effettuare un tentativo di conciliazione¹⁷ presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato prima di adire l'autorità giudiziaria ordinaria o ricorrere all'arbitrato per dirimere le controversie relative ai contratti di franchising. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5/2003 e successive modificazioni.

La finalità di tale norma è quella di favorire una risoluzione alternativa della controversia, su accordo delle parti, preservando, ove possibile, il rapporto contrattuale tra le parti, spesso compromesso irreparabilmente dalle controversie

giudiziali o dagli arbitrati. Il tentativo di conciliazione, **se previsto dalle parti nel contratto**, costituisce una condizione di procedibilità del giudizio, per cui se esso non risulta esperimento, il giudice, su istanza della parte interessata, deve disporre la sospensione del procedimento pendente dinanzi a lui fissando un termine di durata compreso tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione (articolo 40 (6) del d.lgs. 5/2003).

Seconda parte

2. Contratto di franchising e diritto della concorrenza comunitario e italiano

2.1. Gli articoli 81 e 82 CE

I contratti di franchising contengono spesso delle clausole potenzialmente restrittive della concorrenza, prevedendo, ad esempio, esclusive di acquisto o territoriali, imponendo obblighi di non concorrenza o acquisti minimi, indicando il prezzo di rivendita. Tali clausole, oltre ad incidere sugli interessi delle parti del contratto (restringendo l'autonomia degli affiliati seppur assicurando l'omogeneità della rete commerciale del franchisor), possono incidere sulla concorrenza tra imprese in un determinato mercato e coinvolgere una molteplicità di interessi non sempre convergenti. Per fare un esempio concreto, la concessione di un'esclusiva territoriale agli affiliati potrebbe determinare una compartimentazione del mercato relativo al prodotto o servizio oggetto del contratto, con conseguente appiattimento della concorrenza tra affiliati protetti dall'esclusiva (c.d. concorrenza intrabrand), e innalzamento dei prezzi del prodotto o servizio offerto a danno dei consumatori. Tuttavia, se il mercato del prodotto o servizio è vivace e vi siano altri concorrenti attivi sul mercato (c.d. concorrenza interbrand), o non vi siano barriere all'accesso di nuovi concorrenti, non si verifica alcun rilevante effetto negativo sulla concorrenza tra produttori di beni o servizi concorrenti, che potrebbe anzi essere incentivata da una tale clausola di esclusiva in essere nella rete di distribuzione dell'affiliante, a vantaggio degli stessi consumatori.

Da queste semplici osservazioni discende che i contratti di franchising, oltre ad esser soggetti alla disciplina civilistica - ed alla disciplina sulla proprietà industriale e intellettuale - devono essere esaminati anche alla luce del diritto della concorrenza, comunitario e nazionale, per verificare entro quali limiti l'affiliante possa imporre all'affiliato (o agli affiliati) delle clausole potenzialmente restrittive della concorrenza.

Secondo l'articolo 81(1) CE "sono incompatibili con il mercato comune e comunque vietati tutti gli accordi tra imprese (...) che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune". Tali accordi restrittivi della concorrenza sono nulli di diritto (81(2) CE) e la loro conclusione ed esecuzione

può condurre alla irrogazione di ammende. Tuttavia, il divieto di cui all'articolo 81(1) CE (e le conseguenti sanzioni) non si applica se gli accordi, seppur restrittivi della concorrenza, producano dei vantaggi in termini di efficienza tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali, in particolare, se essi soddisfino cumulativamente quattro condizioni, contribuendo a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di imporre restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e di dare alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti interessati (81(3) CE).

Fino al 1 maggio 2004, giorno dell'entrata in vigore del Regolamento 1/2003¹⁸, la concessione dell'esenzione di cui all'articolo 81(3) CE era riservata all'esclusiva competenza della Commissione che esercitava tale facoltà tramite autorizzazione individuale rilasciata alle singole imprese o tramite autorizzazioni "di gruppo", rilasciate con regolamento¹⁹ ed applicabili, senza necessità di autorizzazione preventiva individuale, ad una determinata categoria di accordi. In particolare, agli accordi di franchising, quali "accordi verticali", conclusi cioè tra soggetti posti a diverso livello della catena produttiva o distributiva, si applica il Regolamento (CE) 2790/90 del 22 dicembre 1999 ("Regolamento 2790/99") relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate²⁰.

Agli accordi di franchising può anche applicarsi l'articolo 82 CE che vieta, "nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o una parte sostanziale di esso".

2.2. Il Regolamento 2790/99 e le Linee Guida

Il Regolamento 2790/99 fissa le condizioni alle quali gli accordi verticali beneficiano dell'esenzione ai sensi dell'articolo 81(3) CE e regola in maniera unitaria (c.d. *umbrella Regulation*) gli accordi verticali prima sottoposti a differenti regolamenti di esenzione²¹, riferendosi espressamente anche agli accordi di distribuzione selettiva²².

Gli accordi verticali sono definiti dal Regolamento 2790/99 come "gli accordi (...) tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente dalla catena di produzione o distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi" (articolo 2(1)). Questa definizione abbraccia sia il contratto di franchising sia il master franchising sia il corner franchising.

Il Regolamento 2790/99 abbandona, anche se non del tutto, il precedente atteggiamento formalistico della Commissione nei confronti degli accordi verticali e ritiene che essi non siano per se restrittivi della concorrenza, o comunque, in assenza di posizione dominante, siano meno pericolosi degli accordi orizzontali (quelli conclusi tra concorrenti operanti allo stesso livello della catena produttiva o distributiva). Il Regolamento 2790/99 ha riconosciuto, così, che alcune clausole contenute negli accordi verticali, seppur potenzialmente restrittive della concorrenza ai sensi articolo 81(1) CE, possono contribuire ad incrementare l'efficienza economica nell'ambito del processo produttivo e distributivo, nonché a ridurre i costi delle transazioni commerciali e di distribuzione, consentendo alle parti di realizzare un livello ottimale di investimenti e di vendite e determinare un miglioramento nella produzione e nella distribuzione, riservando agli utenti una congrua parte dell'utile (Consideranda 6, 7 e 9). Per assicurare certezza alle imprese nelle autovalutazione della liceità degli accordi verticali, il Regolamento 2790/99 ha stabilito che beneficeranno dell'esenzione gli accordi verticali conclusi tra un distributore ed un produttore che abbia una quota di mercato inferiore al 30%²³ e non contengano certe clausole gravemente concorrenziali tali da escludere l'applicazione dell'esenzione (c.d. black list)²⁴.

La quota di mercato del 30% viene calcolata sulla base del valore delle vendite sul mercato dei beni o servizi oggetto del contratto e degli altri beni o servizi venduti dal fornitore (nel nostro caso, dal franchisor) che siano considerati intercambiabili o sostituibili dall'acquirente (franchisee), in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati (articolo 9).

Rientrano nella black list l'imposizione di un prezzo fisso o minimo di rivendita²⁵, le restrizioni assolute relative al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente rivende i beni o i servizi oggetto del contratto. Altre due restrizioni gravemente concorrenziali si applicano nel caso in cui il contratto di franchising sia combinato con un sistema di distribuzione esclusiva. In particolare, sono gravemente concorrenziali le restrizioni relative agli utenti finali a cui i franchisor possono vendere i loro prodotti e le restrizioni relative alle forniture incrociate tra i franchisee (articolo 4).

Il Regolamento 2790/99 (articolo 5) fissa la durata massima dei patti di non concorrenza imposti al distributore²⁶. Il Regolamento non esenta le clausole che contengano un obbligo di non concorrenza superiore a cinque anni, nel periodo contrattuale o ad un anno, dopo lo scioglimento del contratto. Il limite quinquennale non si applica però nel caso in cui i beni o servizi siano offerti dal distributore nei locali del fornitore, per il periodo di durata della locazione o comunque dell'occupazione dei locali del fornitore. Il limite annuale non si applica se l'obbligo di non concorrenza è limitato ai prodotti o servizi oggetto del contratto ed ai locali da

cui il distributore ha operato durante il periodo contrattuale o sia indispensabile per proteggere il know-how trasferito dal fornitore al distributore. Nel caso di franchising, comunque, in assenza di posizione dominante del franchisor, si può avere una clausola di non concorrenza superiore ai cinque anni se non vi siano barriere all'entrata di nuovi produttori (e.g. una rete di accordi di non concorrenza simili che impediscano a nuovi produttori di trovare distributori dei loro prodotti o servizi)²⁷.

La Commissione si riserva il diritto di revocare il beneficio dell'esenzione, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dal Regolamento 2790/99, quando un accordo verticali possa avere effetti incompatibili con l'articolo 81(3) CE ovvero "l'accesso al mercato rilevante o la concorrenza sul medesimo subiscano restrizioni significative a causa dell'effetto cumulato di reti parallele di restrizioni verticali simili poste in essere da fornitori o acquirenti concorrenti" (articolo 6). Anche le autorità antitrust degli Stati membri, se un determinato accordo verticale abbia effetti incompatibili con le condizioni di cui all'articolo 81(3) CE nel loro Stato o in una parte di esso che abbia le caratteristiche di un distinto mercato geografico, possono revocare il beneficio dell'esenzione prevista dal Regolamento 2790/99 su quel territorio (articolo 7).

Il Regolamento 2790/90 esclude dal proprio ambito di applicazione comunque gli accordi verticali di importanza minore, quali quello stipulati da imprese la cui quota di mercato rilevante non superi il 10%²⁸.

La Commissione ha altresì emanato una comunicazione interpretativa, le Linee Diretrici sulle restrizioni verticali²⁹, le cui disposizioni non hanno valore normativo ma sono di grande aiuto per la corretta applicazione del Regolamento 2790/99 e per permettere alle imprese interessate di valutare la liceità degli accordi verticali che non godono dell'esenzione per categoria, ora perché sia superata la soglia del 30% ora perché le parti hanno ritenuto opportuno introdurre clausole incluse nella black list, per le quali sembra sussistere un divieto assoluto. Nel caso in cui il Regolamento 2790/99 non trovi applicazione, l'articolo 81(3) CE può essere applicato oggi anche dalle corti e dalle autorità antitrust degli Stati membri, oltre che dalla Commissione.

Le Linee Diretrici fanno espresso riferimento al franchising (articoli 42-44 e 199-201) e spiegano che laddove l'affiliante detenga una quota di mercato superiore al 30%, le parti dovranno autovalutare la liceità del loro contratto sotto il profilo del diritto della concorrenza, considerando che:

- tanto più importante è il trasferimento di know-how, tanto più probabile è che l'accordo soddisfi le condizioni dell'art. 81(3) CE;
- l'obbligazione di non vendere prodotti o servizi di concorrenti non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 81(1) CE se l'obbligazione è necessaria a

mantenere la comune identità e reputazione della rete del franchisor. In questo caso, l'obbligazione di non concorrenza può durare per tutta la durata del contratto di franchising;

- le seguenti obbligazioni a carico dell'affiliato sono considerate necessarie a proteggere i diritti di proprietà intellettuale ed industriale dell'affiliante e non violano, generalmente, l'art. 81(1) CE:

- (a) non intraprendere, direttamente o indirettamente, attività simili;
- (b) non acquistare partecipazioni nel capitale di un'impresa concorrente, tali da conferire all'affiliato il potere di influenzare il comportamento economico di tale impresa;
- (c) non rivelare a terzi il know-how fornito dall'affiliante finché tale know-how non sia divenuto di pubblico dominio;
- (d) comunicare all'affiliante qualsiasi esperienza acquisita sfruttando il franchising, e concedere all'affiliante una licenza non esclusiva per know-how che risulta da tale esperienza;
- (e) segnalare all'affiliante le violazioni dei diritti di proprietà immateriale sotto licenza, intraprendere azioni legali, contro i trasgressori o assistere l'affiliante in qualsiasi azione legale intentata contro gli stessi;
- (f) non utilizzare il know-how concesso in licenza dall'affiliante a fini diversi dallo sfruttamento del franchising;
- (g) non cedere i diritti e gli obblighi derivanti dall'accordo di franchising senza il consenso dell'affiliante.

Alle stesse conclusioni era già pervenuta, ormai quasi vent'anni fa, la Corte di Giustizia nel celebre caso Pronuptia³⁰. La Corte di Giustizia, con sentenza del 28 giugno 1986, affermava che un contratto di affiliazione commerciale non pregiudica di per sé la concorrenza in quanto la compatibilità dei contratti di affiliazione commerciale con l'articolo 85(1) CEE (ora 81(1) CE), dipende dalle clausole in esse contenute e dal contesto economico nel quale essi si collocano.

In Pronuptia La Corte ha sapientemente delineato le caratteristiche peculiari dei contratti di franchising, ove "l'impresa che si sia stabilita sul mercato come distributore e che abbia così potuto mettere a punto un insieme di metodi commerciali concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati usando la sua insegna e i metodi commerciali che le hanno garantito il successo. (...) D'altro canto, detto sistema consente ai commercianti (...) di avvalersi di metodi che essi avrebbero potuto acquisire solo dopo una lunga e

laboriosa ricerca e di giovare della reputazione del segno distintivo del concorrente”. La Corte spiegava quindi che perché tale sistema di distribuzione funzioni sono necessarie due condizioni: innanzitutto che l'affiliante conceda il suo know-how all'affiliato e presti loro l'assistenza necessaria per applicare i suoi metodi, cercando di evitare che altri concorrenti si giovino di queste conoscenze; in secondo luogo, che l'affiliante possa adottare le misure idonee a preservare l'identità e la reputazione della propria rete distributiva. Su questi presupposti, la Corte considerava non restrittive della concorrenza le clausole che impediscono all'affiliato di non cedere l'azienda senza il previo accordo dell'affiliato o impongono la stretta osservanza delle metodologie commerciali dell'affiliante o impediscono all'affiliato di trasferire il punto vendita senza il preventivo consenso dell'affiliante.

Secondo la Corte soltanto due clausole possono aver per effetto la restrizione della concorrenza in quanto pregiudicano il commercio tra gli Stati membri: la ripartizione dei mercati e l'imposizione del prezzo fisso.

La Corte di Giustizia riconosceva inoltre l'autonomia dei contratti di affiliazione commerciale rispetto ai contratti di distribuzione esclusiva e selettiva e la non applicabilità ai contratti di franchising del regolamento 67/67 CEE relativo all'applicazione dell'articolo 85 (3) CEE a talune categorie di accordi di distribuzione esclusiva. Tre anni dopo il caso Pronuptia, pertanto, la Commissione emanava il Regolamento 4087/88, volto a fissare le condizioni alle quali i contratti di franchising potevano essere esentati dal divieto dell'articolo 85(1) senza necessità di notificare preventivamente il contratto per ottenere un'autorizzazione ad hoc dalla Commissione³¹.

Il Regolamento 4087/88, oggi sostituito dal più ampio Regolamento 2790/99, accogliendo le analisi della Corte di Giustizia in Pronuptia, sostanzialmente introduceva una presunzione di liceità dei contratti di franchising, sia pur distinguendo in maniera piuttosto rigida e formale tra clausole lecite (white list), clausole lecite ma vietate in determinati casi (grey list) e clausole vietate che non consentivano l'applicazione dell'esenzione per categoria (black list).

2.3. Il diritto della concorrenza interno e il franchising

La liceità di un contratto di franchising deve essere valutata dalle parti non solo secondo le norme di diritto della concorrenza comunitario, ma anche secondo le norme di diritto della concorrenza interno, fissate dalla legge 287 del 10 ottobre 1990, recante norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione (“Legge 287/90”). La Legge 287/90 è applicabile in via residuale quando le eventuali clausole restrittive della concorrenza contenute in un accordo di

franchising non pregiudicano il commercio intracomunitario ed abbiano effetti soltanto sul territorio italiano.

La legge 287/90 non solo sostanzialmente riproduce, in materia di intese (articoli 2 e 4) e di abuso di posizione dominante (articolo 3), i corrispondenti articoli del Trattato CE, ma indica quale criterio interpretativo nell'applicazione del diritto della concorrenza interno il riferimento ai principi espressi dagli organi della Comunità europea in materia di concorrenza (articolo 1(4)). Un accordo di franchising operante nel mercato italiano può essere quindi soggetto agli articoli 2 e 3 della Legge 287/1990, ma non deve essere notificato preventivamente, al momento della conclusione cioè, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") che, insieme all'autorità giudiziaria ordinaria, può esercitare soltanto un controllo ex post sulla validità dell'accordo³².

Non sono molte le decisioni dell'AGCM in materia di franchising, si può tuttavia affermare che le eventuali clausole restrittive della concorrenza in esso contenute sono considerate valide ed aventi effetti sul mercato tali da bilanciare i potenziali effetti anticorrenziali³³, salvo che il franchisor abbia una posizione dominante sul mercato del prodotto o servizio offerto in franchising. Così, in *Ducati/Sip*³⁴, una clausola di approvvigionamento e vendita in esclusiva è stata considerata come integrante la fattispecie di abuso di posizione dominante.

3. Conclusioni

Con la Legge 129/2004, oggetto della prima parte di questo articolo, il legislatore dimostra di rendersi conto dell'importanza del contratto di franchising quale strumento per la distribuzione di prodotti e servizi ed offre, agli operatori del diritto e alle parti del contratto, una disciplina che consente di valutarne la liceità e di garantirne l'operatività e l'efficacia, scoraggiandone un uso distorto o fraudolento.

Il legislatore, a favore della parte debole del contratto, introduce maggiori tutele, stabilendo il contenuto e la durata minimi del contratto ed introducendo obblighi di informazione a carico dell'affiliante; a favore di entrambe le parti, impone un obbligo specifico di lealtà, correttezza e buona fede e invita le parti a conciliare prima di litigare.

Peraltro, il legislatore, pur richiedendo trasparenza nei rapporti tra le parti e nel contenuto del contratto, ha lasciato ampi margini di libertà all'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti, per consentire loro di adeguare il contratto alle esigenze dei prodotti o servizi offerti e del mercato e favorire una collaborazione vantaggiosa ad entrambe. Tuttavia, come emerge dalla seconda parte del presente articolo, imprese ed operatori nel diritto nel formulare un contratto di franchising non possono limitarsi al rispetto della nuova legge 129/2004, ma dovranno anche

considerare gli effetti delle eventuali restrizioni verticali contenute nei contratti di franchising sul commercio intracomunitario e nazionale, nel rispetto delle norme di concorrenza comunitarie ed interne. In questo modo, “la valutazione di validità di un determinato assetto contrattuale viene compiuta anche alla stregua delle direttive pubblicistiche di organizzazione del mercato, le quali hanno immediate ricadute privatistiche nel momento in cui selezionano, all’interno di un determinato regolamento contrattuale, le clausole lecite da quelle illecite”³⁵. In quest’ottica, al fine di valutare la liceità di un contratto di franchising occorre valutare, inter alia, anche la posizione di mercato delle parti, le condizioni del mercato rilevante, l’esistenza di una rete di analoghi rapporti contrattuali. Tuttavia, si può affermare con un certo margine di certezza che, in assenza di una posizione dominante del franchisor e di clausole gravemente restrittive della concorrenza (quali l’imposizione del prezzo minimo di rivendita), i contratti di franchising sono in genere considerati leciti sotto il profilo del diritto della concorrenza.

1 Così Frignani in *Il contratto di franchising*, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 6 s.

2 Secondo il Regolamento 4087/88 per franchising si intende “un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d’autore, know-how o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali” (articolo 1(3)(a)) e per “accordo di franchising” “un accordo col quale un’impresa, l’affiliante, concede ad un’altra, l’affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi: all’uso di una denominazione o di un’insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto, alla comunicazione da parte dell’affiliante all’affiliato di un know-how, alla presentazione permanente, da parte dell’affiliante all’affiliato, di un’assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell’accordo” (articolo 1(3)(b)).

3 Vedasi Cass. n. 8376 del 20 giugno 2000, *Evoluzione di Sterrantino Aurelio & C. Sas c. Sistema Italia 93 s.r.l.*; App. di Genova del 14 ottobre 1996, *Le Sorelle di Fiorella Arcodia & C. s.n.c. c. Parabella s.r.l.*; Tribunale di Lecce, 9 febbraio 1990, *Pantaleo c. Benetton s.p.a.* in *Giur. it.* 1991, II, 1034 ss. con nota di Anna Zaccaria.

4 Si vedano in Italia il codice deontologico dell’Assofranchising (Associazione italiana del Franchising) <http://www.assofranchising.it/cod_deontologicoaif.htm> e della FIF (Federazione italiana del Franchising) <<http://www.fif-franchising.it/codice.asp>>. A livello europeo esiste il codice della Federazione Europea del Franchising

<http://www.assofranchising.it/cod_deontologicoeff.htm>. Si veda anche il contratto modello di franchising della Camera di Commercio Internazionale.

5 Al franchising industriale sembra applicabile la legge 192/1998 recante “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”.

6 Vedasi anche l’articolo 3(4)(d) della Legge 129/2004 che richiede che la specifica del know-how sia espressamente contenuta nel contratto di franchising, paragrafo 1.3 che segue.

7 Su questo aspetto si veda De Gioia, *Il contratto di Franchising*, Esperta edizioni, Forlì –Trento, 2004, p. 79.

8 A queste clausole si applica l’articolo 2596 c.c. sui limiti contrattuali alla concorrenza e le norme di diritto della concorrenza interno o comunitario, ove ne ricorrano i presupposti.

9 Nell’esclusiva reciproca l’affiliante si impegna a non esercitare l’attività oggetto del contratto in un determinato territorio, o tramite certi canali, e l’affiliato si impegna, nello stesso ambito territoriale, a non distribuire prodotti o fornire servizi in concorrenza con quelli del franchisor. V. Corte di Appello di Milano, 9 ottobre 2002, soc. Stefanel c. Benfatti in *Giur. milanese*, 2003, 321; Tribunale di Lecce, 9 febbraio 1990, Pantaleo c. Benetton s.p.a. in *Giur. it.*, 1991, II, 1034.

10 In maniera sintetica ed efficace Pardolesi così spiega il problema del free-riding: “il concetto è banale: il potenziale cliente può fruire dei servizi di prevendita offerti da un distributore, ma perfezionare l’acquisto presso un suo concorrente che, non dovendo ammortizzare le spese ad esse relative, è in grado di praticare prezzi più convenienti” in *I contratti di distribuzione*, Editore Jovene, Napoli, 1979, a p. 53.

11 In maniera più precisa e funzionale, l’articolo 10 del codice deontologico dell’Assofranchising recita “**il contratto di Franchising deve indicare chiaramente i possibili casi di scioglimento dello stesso. L’eventuale risoluzione automatica del contratto, per inadempimento di una delle parti, dovrà essere limitata agli inadempimenti di clausole importanti per la corretta impostazione e gestione del sistema di Franchising.** Per i casi di violazione di obbligazioni contrattuali di minore rilevanza, deve essere prevista una procedura di messa in mora della parte che ha commesso la violazione, per dare modo ad essa di sanare l’inadempimento.

Il contratto deve, infine, espressamente indicare le condizioni dell’eventuale rinnovo, dell’eventuale cessione del contratto, nonché contenere specifiche previsioni relative alle obbligazioni delle parti dopo la cessazione dello stesso, per qualsiasi motivo intervenuta, in particolare per quanto riguarda la cessazione dell’uso dei segni distintivi dell’Affiliante, da parte dell’Affiliato”.

12 In caso di affilianti che abbiano operato solo all'estero un decreto del Ministero dell'Attività Produttive, non ancora emesso, dovrebbe indicare le informazioni che essi dovrebbero fornire in relazione ai punti (d), (e), ed (f).

13 Vedasi Zuddas, Somministrazione concessione di vendita franchising in Trattato di diritto commerciale diretto da Vincenzo Buonocore, sezione II Tomo 3, II, p. 281 ss.

14 Vedasi il Full Disclosure Act predisposto nel 1979 dalla Commissione Federale per il Commercio, <<http://ecfr.gpoaccess.gov/>> .

15 La c.d. Loi Doubin del 31 dicembre 1989, n. 1008, <<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ADEAC.htm>>. Si veda anche la Unidroit Model Franchise Disclosure Law, <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>>.

16 Tale precisazione temporale appare in contrasto con lo stesso contenuto dell'articolo 6 che sembra fissare degli obblighi comportamentali non limitati nel tempo. L'articolo 6(1) e 6(3), infatti, riferendosi agli obblighi comportamentali di lealtà, correttezza e buona fede, usa le locuzioni "in ogni momento" e "in qualsiasi momento".

17 Precedenti disegni di legge sulla disciplina del franchising prevedevano il tentativo obbligatorio di conciliazione; vedasi la proposta di legge del 30 maggio 2001 di Gambini, Buglio, Cazzaro De Brasi, Lulli, Quartuani, Ruggeri, Ruggia, Verneti.

18 Il Regolamento 1/2003 del 16 dicembre 2002, <http://europa.eu.int/eurlex/pri/it/oj/dat/2003/l_001/l_00120030104it00010025.pdf>, ha introdotto il sistema del controllo ex post delle intese, eliminando l'obbligo della loro notifica preventiva, e ha decentrato l'applicazione del diritto comunitario, consentendo ai tribunali e alle autorità garanti della concorrenza dei vari Stati membri l'applicazione diretta dell'intero articolo 81 CE, compresa la concessione dell'esenzione di cui all'articolo 81(3), prima di esclusiva competenza della Commissione. Col Regolamento 1/2003, comunque, la Commissione conserva la facoltà esclusiva di applicare l'articolo 81(3) mediante regolamento di esenzione a determinate categorie di accordi, decisioni di imprese e pratiche concordate nei settori già coperti da regolamento di esenzione per categoria. Sul Regolamento 1/2003 si vedano gli atti del convegno Assonime del 15 dicembre 2003 su "Adeguamento dell'ordinamento italiano al Regolamento (CE) n. 1/2003: quali scelte per la modernizzazione dell'antitrust",

<http://www1.assonime.it/assonime/pubblicazione/pub_notestudi_A.nsf/101/>.

19 Ai sensi dell'articolo 249(2) CE, i regolamenti sono direttamente applicabili negli Stati membri.

20 Il Regolamento 2790/99, è entrato in vigore il 10 giugno 2000 e scadrà il 31 maggio 2010, <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/it/oj/dat/1999/l_336/l_33619991229it00210025.pdf>.

21 Vedasi Regolamento CE n. 1983/83 sulla distribuzione in esclusiva, Regolamento CE n. 1984/83 sugli acquisti in esclusiva e Regolamento CEE n. 4087/88 sui contratti di franchising.

22 Si ha distribuzione selettiva quando il fornitore offre i beni o i servizi soltanto a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e questi si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati dal fornitore (articolo 1(1)(e)(f)(g)).

23 L'articolo 3(2) specifica nel caso di accordi che prevedano obblighi di fornitura esclusiva (ossia l'obbligo del fornitore di vendere i beni o i servizi contrattuali ad un unico acquirente all'interno della Comunità), si considera rilevante la quota di mercato detenuta dall'acquirente. Questa ipotesi, tuttavia, non si verifica negli accordi di franchising.

24 Da un punto di vista dell'analisi economica, in realtà, non è così ovvio che vi siano delle restrizioni verticali per se vietate. Restrizioni di diversa natura possono raggiungere lo stesso obiettivo ed avere effetti simili, e per tanto essere sostituibili, per cui, "it would be largely useless to outlaw a certain type of clause while allowing others that achieve the same objective", Motta, Competition Law – Theory and Practice, Cambridge, 2004, p. 305.

25 E' tuttavia, consentito all'affiliante di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, purché questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti.

26 L'articolo 1(b) del Regolamento 2790/99 definisce obbligo di non concorrenza "qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o i servizi oggetto del contratto, ovvero qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore più dell'80% degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi contrattuali e dei loro succedanei effettuati dall'acquirente stesso sul mercato rilevante, calcolati sulla base del valore dei suoi acquisti relativi all'anno civile precedente".

27 Vedasi caso *Delimitis (Stergios) v Henninger Bräu*, C-234/89, <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=IT&numdoc=61989J0234&model=guichett>.

28 Vedasi la Comunicazione sugli “accordi di importanza minore” del 22 dicembre 2001, <http://europa.eu.int/eurlex/pri/it/oj/dat/2001/c_368/c_36820011222it00130015.pdf>.

29 Comunicazione del 13 ottobre 2000, <http://europa.eu.int/eurlex/pri/it/oj/dat/2000/c_291/c_29120001013it00010044.pdf>.

30 Causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Irmgard Schillgalis*, <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=387D0017&lg=IT>. In questo caso, la società francese *Pronuptia de Paris*, leader nella produzione di abiti e articoli da sposa, citava in giudizio un suo affiliato tedesco per il mancato pagamento di royalties. L'affiliato, accertato il suo inadempimento in primo grado, proponeva appello all'Oberlandesgericht, invocando la nullità dei contratti di affiliazione perché in violazione del divieto di cui all'articolo 85(1) CEE (oggi 81(1)) CE) e l'Oberlandesgericht accoglieva tali motivazioni. L'affiliante proponeva ricorso di Revisione dinanzi al Bundesgerichtshof e questi deferiva la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex articolo 177 CEE (oggi 234 CE), chiedendo se (a) l'articolo 85(1) CEE si applicasse ai contratti di franchising e (2), nel caso positivo, se il regolamento di esenzione 67/67/CEE relativo all'applicazione dell'articolo 85(3) CEE a talune categorie di accordi di distribuzione esclusiva fosse estensibile anche ai contratti di franchising e (3) se, in caso di risposta affermativa, i contratti di franchising godessero dell'esenzione per categoria.

31 In applicazione dell'allora vigente regolamento CE n. 4087/1988, il Tribunale Milano, 13 novembre 1989, in *Giur. merito*, p. 1078, dichiarava nullo il patto con il quale l'affiliante fissava direttamente i prezzi dei servizi offerti dall'affiliato.

32 A parte la richiesta di autorizzazione di un accordo, prevista dall'articolo 4 della Legge 287/1990, l'articolo 13 stabilisce che “le imprese possono comunicare all'Autorità le intese intercorse. Se L'Autorità non avvia l'istruttoria di cui all'articolo 14 entro centoventi giorni dalla comunicazione non può procedere a detta istruttoria, fatto salvo di comunicazione incomplete o non veritiere”. Tale previsione permette alle imprese di scongiurare l'applicazione di sanzioni ed acquisire un certo margine di certezza giuridica sulla liceità di accordi, potenzialmente restrittivi della concorrenza, che comportino ingenti investimenti o coinvolgano importanti scelte di organizzazione aziendale.

33 Vedasi Il Tucano Franchising, Bollettino 46/1997; Alitalia/Minerva Airlines, Bollettino 2/1999.

34 Bollettino, 6/93.

35 Così Ceridono in I contratti di distribuzione in Diritto private europeo, a cura di Lipari, volume secondo, Cedam, Padova, 1997, p. 950.

Dal sito Antitrust:

Intese ed abusi

Le intese restrittive della concorrenza

Quando le imprese, invece di competere tra loro, si accordano al fine di coordinare i propri comportamenti sul mercato, violano la normativa sulla concorrenza. La cooperazione tra imprese può avere per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza. Ciò accade, ad esempio, quando più imprese fissano congiuntamente i prezzi o si spartiscono i mercati oppure quando più imprese, che rappresentano una consistente parte del mercato, sottoscrivono una pluralità di accordi distributivi in esclusiva, tali da pregiudicare la capacità di accesso al mercato dei propri concorrenti attuali o potenziali. Un'intesa tra imprese è vietata quando comporta, anche solo potenzialmente, una consistente restrizione della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (articolo 2 della legge n. 287/90). Se le intese sono idonee a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, l'Autorità antitrust è tenuta ad applicare la normativa comunitaria (articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

In conformità all'ordinamento comunitario, l'Autorità, per contrastare i cartelli, ha adottato un proprio programma di clemenza che si applica alle imprese che si autodenunciano, fornendo gli elementi probatori per l'accertamento dell'infrazione. In tal caso l'Autorità non applicherà o ridurrà la sanzione pecuniaria prevista, in funzione della tempestività e della qualità delle informazioni fornite dalle imprese ai fini della scoperta dell'intesa (Art. 15, comma 2 bis, legge n. 287/90).

Gli abusi di posizione dominante

Un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori. Ciò avviene, in genere, quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non distorce di per sé il mercato: talvolta, per operare in modo efficiente, è infatti necessario essere attivi su larga scala o in più mercati. Inoltre, un'impresa può crescere proprio grazie al suo

comportamento “virtuoso”, offrendo prodotti che meglio di altri, per il prezzo e/o per la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori.

La legge non vieta quindi la posizione dominante in quanto tale, ma il suo abuso (articolo 3 della legge n. 287/90) che si concretizza quando l’impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori.

Analogamente a quanto avviene per le intese, quando l’abuso determina un pregiudizio per il commercio tra più Stati membri dell’UE, l’Autorità applica la normativa comunitaria (articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea).

La capacità dell’impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale non determina, di per sé, una posizione dominante. Tuttavia, lo sfruttamento di questo potere negoziale può comportare, quando ne ricorrano le condizioni, un abuso di dipendenza economica. Ferma restando l’applicazione dell’articolo 3 della legge 287/90 in materia di abuso della posizione dominante, l’Autorità può intervenire qualora ravvisi un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (Art. 11, legge 5 marzo 2001, n. 57). Si ha abuso di dipendenza economica quando un’impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l’abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (Art. 9, legge 18 giugno 1998, n.192).

14. Le operazioni di concentrazione fra imprese e il mercato rilevante

Di Elena Ficociello

Volendo analizzare l’operazione di concentrazione tra imprese, vagliando, altresì, l’incidenza che l’operazione in esame può avere in relazione alla tutela della libera concorrenza, innanzi tutto – (essendo, questo, un argomento di diritto che entra in frizione sia con l’ambito prettamente commerciale sia con la normativa europea) – bisogna avere bene a mente che la creazione del mercato unico europeo, da sempre, ha rappresentato la stella polare dei Trattati istitutivi della CEE prima, e dell’UE dopo. Peraltro, come è stato recentemente osservato^[1], la parte terza del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, all’art. 101, si è preoccupata di individuare e vietare tutti quei comportamenti delle imprese in sé idonei, anche solo potenzialmente, a frustrare o falsare il libero gioco della concorrenza.

Il citato art. 101 TFUE, però, non è l’unica disposizione enucleabile nel panorama normativo che qui interessa; figura, altresì, l’art. 102 TFUE, laddove si vieta l’abuso

di posizione dominante. Si badi che la norma de qua non vieta sic et simpliciter la posizione dominante acquisita da una determinata impresa nel mercato, con ciò intendendosi il notevole grado di indipendenza acquisito dall'operatore economico, ciò che appare incompatibile con l'art. 102 TFUE è lo sfruttamento abusivo di tale forza economica atto a ridurre le capacità competitive degli altri operatori (cd. abusi escludenti) ovvero a realizzare politiche di mercato che si avvalgono dell'assenza o ridotta concorrenza a danno dei consumatori (cd. abusi di sfruttamento). **Orbene, uno dei possibili modi attraverso cui un'impresa può arrivare a detenere una tale posizione privilegiata all'interno del mercato è l'operazione di concentrazione.** L'impresa può decidere o di fondersi con un'altra impresa o di acquisirne il controllo, esercitando sull'altra un'influenza determinante, ovvero più imprese procedono alla creazione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

Per la nozione dell'operazione di concentrazione si è usufruito delle disposizioni emergenti dal diritto nostrano[2], laddove, in più, emerge la preoccupazione, dal punto di vista del funzionamento del mercato, che dette operazioni siano idonee a ridurre o falsare la concorrenza. Difatti, a tal proposito le operazioni in esame devono essere preventivamente comunicate all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato allorquando il fatturato a livello nazionale dell'insieme delle imprese interessate, e il fatturato totale, realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione, superino determinate soglie, annualmente aggiornate dall'Agcm[3]. In questo quadro, dunque, risulta evidentemente necessaria **la definizione di mercato rilevante.** Ciò che interessa è determinare il mercato in cui opera l'impresa e ciò perché la sua posizione può o meno essere dominante, quale effetto dell'operazione di cui si è discusso, a seconda del mercato preso in considerazione. Volgendo innanzitutto lo sguardo extra moenia la Commissione distingue **tra mercato geografico e del prodotto.** Il secondo comprende tutti i prodotti dotati di un certo grado di sostituibilità dal punto di vista del consumatore con il prodotto dell'impresa in questione e a determinare il livello di sostituibilità è l'elasticità della domanda in relazione a piccole variazioni di prezzo. Il primo, viceversa, è individuato in quell'area in cui le condizioni di concorrenza dei prodotti considerati sono sufficientemente omogenee e tali da distinguere tale zona da aree contigue caratterizzate da condizioni di concorrenza diverse[4]. Il criterio determinante resta comunque la sostituibilità dell'offerta. Dunque, **“la nozione di mercato rilevante rappresenta la cartina di tornasole su cui parametrare, ex ante, i possibili effetti distorsivi che l'operazione di concentrazione potrebbe produrre”**[5].

Ebbene, volgendo ora lo sguardo intra moenia, appare doveroso analizzare, seppur non lautamente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi in materia. Ai nostri fini particolarmente interessante risulta una pronuncia del gennaio 2015, laddove la Suprema Corte sottolinea che “la nozione di mercato rilevante utilizzabile ai fini della valutazione di un’operazione di concentrazione non è connotata in senso meramente geografico o spaziale, ma può essere individuata anche con riferimento al contesto nel quale l’intento anticoncorrenziale ha o avrebbe in futuro capacità di incidere e attitudine allo stravolgimento delle corrette dinamiche competitive (nella specie, è stato ritenuto legittimo il provvedimento dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato che aveva vietato un’operazione di concentrazione in virtù dei suoi possibili effetti anticoncorrenziali non già sull’attuale mercato della distribuzione del gas naturale, bensì sui singoli mercati locali in cui si svolgeranno le gare d’ambito future per le concessioni della distribuzione del gas naturale).

E’ legittimo, in quanto congruamente e logicamente motivato, il provvedimento con cui l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha vietato l’esecuzione di un’operazione di concentrazione consistente nell’acquisizione del controllo congiunto su una società attiva nel settore della distribuzione del gas naturale, ritenendo che la reale finalità perseguita dalle società contraenti fosse quella di ripartirsi i mercati (e conseguentemente azzerare la concorrenza fra di loro), mediante la partecipazione alle future gare per l’affidamento delle concessioni in determinati ambiti territoriali locali per il tramite di un veicolo societario comune”[6]. Dalla pronuncia de qua emerge la volontà del collegio di statuire che l’estensione del mercato rilevante può desumersi anche dall’esame della specifica condotta tacciata di anticompetitività, ben potendo coincidere con la singola gara sulla quale tale condotta viene ad incidere.

La ricostruzione in sentenza della nozione di mercato rilevante, a ben vedere, desta qualche perplessità, laddove si consideri che il concetto di mercato rilevante è strettamente correlato alla sostituibilità dei beni presi in considerazione; le perplessità poi aumentano qualora si faccia riferimento alle operazioni di concentrazione, fattispecie in cui la definizione del mercato rilevante non solo avviene prima che si consumi l’eventuale illecito, ma rappresenta il momento cruciale dell’iter di valutazione dell’incumbency, a differenza, per esempio, delle intese in cui il mercato interessato è una variabile di uso secondario ed in ogni caso subordinato alla necessità di misurare il grado di lesività dell’accordo.

E’ dunque lecito domandarsi se, al di fuori dei casi di prodotti omogenei, per i quali è relativamente agevole far coincidere il mercato rilevante con il servizio prestato o il bene offerto, sia concretamente possibile usare per lo screening delle concentrazioni un metodo in sé idoneo a delimitare l’ambito territoriale in cui si dispiegheranno gli eventuali effetti anticompetitivi, posto che la valutazione dell’impatto di queste

operazioni è effettuata mediante un'analisi meramente prognostica, che impone di ipotizzare le varie concatenazioni causa-effetto in un determinato mercato, allo scopo di selezionare quelle maggiormente probabili, e senza l'ausilio, come nelle ipotesi di cartello, di esplicite evidenze con cui delimitare il raggio di incidenza dei comportamenti collusivi e soppesare il reale potere economico delle parti.

A questi interrogativi il collegio del Consiglio di Stato ha risposto in poche battute, **“sulla scorta della considerazione che tutti i comportamenti potenzialmente restrittivi della concorrenza, a prescindere dalla loro ‘veste formale’, sono sottoposti allo scrutinio dell’Agcm; in particolare si legge tra le righe, è irrilevante che l’Autorità si serva di criteri più confacenti per l’analisi di una data fattispecie untitrust al fine di esaminarne una differente, purché il provvedimento adottato sia immune da vizi logici e/o di fatto”**[7].

[1] Si veda, R. GUARINO, Gli accordi vietati tra imprese: disciplina ed applicazione dell’art. 101 TFUE, in www.Iusinitinere.it

[2] In particolare si vedano gli artt. 5 e 7 della l. 287/1990.

[3] In questo senso dispone l’art. 16 della l. 287/1988.

[4] Per un approccio contro-corrente alla nozione comunemente ricevuta di mercato rilevante, si veda, L. KAPLOW, Market definition and the Merger Guidelines, in *Rev. of Industrial Organization*, 2011.

[5] Si veda il commento di M. CASORIA alla sentenza del Cons. Stato, n. 334, 2015, in *Foro it.*, 2015, III, cit., p. 338.

[6] Cons. Stato, sez. VI; sent. 26 gennaio 2015, n. 334, in *Foro it.*, 2015, III, p. 336.

[7] Così M. CASORIA nel commento alla sentenza del Cons. Stato, n. 334, 2015, in *Foro it.*, 2015, III, cit., p. 338.

15.FORMAZIONE DECENTRATA di MILANO, TORINO, GENOVA, VENEZIA

L'accertamento della violazione e dei danni da illecito antitrust

Dott.ssa Gabriella Ratti

Milano, 14 novembre 2016

I. La casistica della Sezione Imprese del Tribunale di Torino. II. Come accertare il

danno da illecito antitrust? III. Come si ripartisce l'onere probatorio? IV. Prova dell'AN. V. Danno – Prova dell'elemento soggettivo. VI. Prova del nesso di causalità e del Quantum. VII. Mezzi di prova per accertare/quantificare il danno. VIII. Accertato l'illecito/esistenza del danno, come liquidare i danni? IX. Come definire il quesito al CTU? X. Cosa chiedere al CTU? XI Scenario contro fattuale. XII. Quali metodi di analisi scientifica sono correntemente utilizzati per liquidare il danno? XIII. Quali strumenti ha il Giudice per valutare l'attendibilità dei metodi di analisi utilizzati dal Ctu?

La casistica della Sezione Imprese del Tribunale di Torino.

La casistica della Sezione Imprese del Tribunale di Torino si concentra essenzialmente in tre filoni di controversie, alcune già definite ed alcune ancora pendenti.

Un primo gruppo di controversie riguarda azioni promosse da concessionarie Fiat contro Fiat.

Le attrici lamentano – per lo più congiuntamente - abuso di posizione dominante, abuso di diritto [la concedente avrebbe utilizzato tutti i poteri che le derivano dalle clausole del contratto (a suo tempo imposto, non contrattabile, “prendere o lasciare”) con modalità tali da realizzare una ingiustificata sproporzione tra i benefici realizzati e i sacrifici della concessionaria], e abuso di dipendenza economica.

In una causa ancora in corso si chiede al Giudice di valutare la sussistenza della posizione dominante di Fiat tenendo presenti i seguenti elementi:

- Prodotti sufficientemente intercambiabili tra di loro (veicoli commerciali, leggeri, medi, pesanti/veicoli industriali leggeri, medi e pesanti);
- Estensione geografica del mercato di riferimento: mercato nazionale;
- Quote di mercato: la PD si realizza anche con il 35/40% della quota di mercato, anche se probabilmente Fiat arriva al 50%.

Altri elementi da considerare:

- durata nel tempo del predominio;
- ingente capitalizzazione economico finanziaria dell'impresa dominante;
- notorietà del marchio;
- appartenente a gruppo operativo su dimensione mondiale;
- forte integrazione verticale.

Un secondo gruppo di controversie riguarda azioni promosse da società che hanno esercitato attività di trasporto pubblico locale in regime di concessione - senza poter

contrattare le condizioni di servizio – dietro un corrispettivo che non copriva i costi di gestione e ha generato disavanzo.

Le attrici chiedono l'applicazione del Regolamento Cee del 28.6.1969 n. 1191/69, come modificato e integrato dal Regolamento Cee n. 1983/91 (“relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile”). Il Regolamento mira infatti a sopprimere gli obblighi di servizio/trasporto/tariffa (intesi come quelli che in libero mercato l'impresa non assumerebbe o non assumerebbe a quelle condizioni) in direzione concorrenziale, ma riconosce che in alcuni casi questi obblighi possano essere mantenuti e compensati a favore delle imprese.

Le amministrazioni convenute (Regione e Provincia) si sono difese sostenendo (tra l'altro) che la definizione dei parametri di compensazione doveva essere chiara e preventiva onde evitare che l'attribuzione economica si risolvesse in un aiuto di Stato.

La maggior parte di queste cause è stata istruita mediante ctu per accertare - (oltre ai costi sostenuti dalle società di trasporti e derivanti dal mantenimento degli obblighi di servizio pubblico, di esercizio, di trasporto e di natura tariffaria e ai ricavi generati da tali obblighi) – la sussistenza delle 4 condizioni richieste dalla sentenza 24.7.2003 della CGE (sentenza Almak), che devono sussistere contemporaneamente per le compensazioni derivanti dagli obblighi di servizio di cui al Regolamento, senza che queste costituiscano un vantaggio economico lesivo della libera concorrenza nel mercato:

- l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- i parametri in forza dei quali viene calcolata la compensazione devono essere definiti in anticipo, in modo chiaro e trasparente al fine di evitare che la compensazione comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti;
- la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole;
- quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento non è effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello di necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe

dovuto sopportare per adempiere a tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti, nonché di un margine di utile ragionevole.

Nelle cause arrivate a decisione è stata accertata la mancanza del secondo requisito (preventiva, chiara e trasparente definizione dei parametri in forza dei quali calcolare la compensazione) e del terzo requisito (parametrizzazione della compensazione al fine di garantire che all'impresa beneficiaria non vengano concessi vantaggi che – rafforzandone la posizione sul mercato - falsino o minaccino di falsare la concorrenza). Domanda attorea respinta.

Un terzo gruppo di controversie ha riguardato l'aeroporto di Torino, gestito da Sagat.

Le controversie sono state introdotte, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo contro Sagat s.p.a. (la società che gestisce l'aeroporto torinese) da alcune compagnie di volo-

Le società, che contestavano le tariffe di alcuni servizi come determinate unilateralmente da Sagat, chiedevano al Tribunale (anche) di “Accertare e dichiarare illegittima la tariffazione operata da Sagat di cui alle specifiche fatture in atti, per violazione della disciplina regolatoria prevista dalla Direttiva 96\67\CE e della delibera CIPE 86\2000, nonché per abuso di posizione dominante ai sensi degli artt. 86 del Trattato di Roma e 3 della legge 287\1990”.

In sostanza, secondo la prospettazione delle attrici, in una situazione di monopolio legale, “un corrispettivo soggetto a regolamentazione di settore, ma fissato in via unilaterale al di fuori delle procedure e delle garanzie previste dalla normativa regolatoria non è equo di per sé e, quindi, illegittimo, in quanto viola l'art. 82, comma 2, lettera a) del Trattato Ce”.

Le controversie sono state istruite documentalmente e con CTU (sui seguenti quesiti: dica il C.T.U. se i corrispettivi per la gestione delle infrastrutture centralizzate richiesti anno per anno da Sagat s.p.a. ed oggetto del presente giudizio siano pertinenti ai costi di gestione e sviluppo dell'aeroporto di Torino, come previsto dall'art. 10 della legge 1999\18; 2) dica il C.T.U. se nella predetta determinazione parte convenuta opposta abbia seguito le indicazioni contenute nella delibera CIPE 4.8.2000 n. 86; 3) dica il C.T.U. se ed in quale misura i corrispettivi oggetto del presente giudizio differiscano da quelli determinati ai sensi dei precedenti punti 1) e 2)”).

Le domande sono state respinte in quanto è stato accertato che le tariffe applicate da Sagat s.p.a. per l'utilizzo delle infrastrutture centralizzate nella fase di mancata emanazione delle linee guida necessarie per una completa attuazione della delibera

Cipe del 2000 sono “pertinenti ai costi di gestione e sviluppo del singolo aeroporto in cui le attività si svolgono” e conformi ai principi ispiratori della delibera Cipe 4.8.2000 n. 86”.

Vi sono poi varie cause ancora in fase istruttoria:

1. Le società del Gruppo UBER agiscono nei confronti di varie cooperative di taxisti, alcuni taxisti e associazioni sindacali di categoria, dopo un giudizio cautelare che li ha visti soccombenti in doppio grado dinanzi al Tribunale di Milano, con conseguente comminatoria di inibitoria cautelare che inibisce loro l'utilizzo sul territorio nazionale dell'applicazione per smartphone Uber Pop per sentir accertare l'assenza da parte loro di responsabilità per atti di concorrenza sleale in relazione al servizio UperPop (piattaforma informatica che attraverso un sistema di geolocalizzazione mette in contatto mette in contatto i richiedenti e gli offerenti dei servizi all'interno di una community registrata e identificata).

Fra l'altro parte attrice sostiene che gli artt.49 e 56 (libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizio) e l'art.3 TFUE debbono interpretarsi nel senso di ostare all'introduzione di vincoli da parte di uno Stato membro, anche introdotti attraverso la disciplina del servizio taxi e la repressione delle sue violazioni, all'utilizzo di una applicazione software i cui diritti sono detenuti da società stabilita in Paese membro, diretta a creare un collegamento tra utenti iscritti alla piattaforma al fine di ottenere un passaggio in auto con previsione di onere economico per il percorso di in condivisione del veicolo.

2. **Controversie che prospettano abuso di posizione dominante**, promosse da società che gestiscono impianti di distribuzione di carburante – contro le società appaltanti – e contro la società petrolifera.

3. **Una controversia concerne un brevetto essenziale nel settore delle comunicazioni wireless** (protegge l'ottimizzazione della procedura di ripristino di una connessione tra un terminale mobile e una stazione radio base in un sistema di telecomunicazioni cellulari).

Come accertare il danno da illecito antitrust?

Obiettivo della Direttiva

Permettere a chiunque (persona fisica o giuridica) sia vittima di infrazioni antitrust di chiedere e ottenere il “pieno risarcimento” del danno, “a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione e a prescindere dal fatto che l'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione”.

Il diritto al risarcimento al risarcimento del danno “è riconosciuto ad ogni persona fisica, giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità, a prescindere dall’esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l’impresa autrice della violazione a prescindere dal fatto che un’autorità garante della concorrenza abbia o meno constatato la violazione” (cons. 11): azioni extracontrattuali e contrattuali (esteso anche alle azioni di nullità contrattuale Cass., 2015 n.11564).

Confini della Direttiva

“Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre in pagamento degli interessi”. (art. 3, c. 2.)

- Non crea una nuova forma di responsabilità
- No danno punitivo
- No funzione deterrente delle azioni di risarcimento del danno (come invece lo sono le azioni amministrative pecuniarie irrogate dall’AGCM)
- No duplicazioni risarcitorie (Si Danno compensativo)
- No sovra compensazione; No danno punitivo: “il pieno risarcimento ... non conduce una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”. (art. 3, c. 3).
- No danno in re ipsa (ABERRANTE, cfr. Cass., 2007, n. 2302; Cass., 2013, n. 20615)

Come si ripartisce l’Onere probatorio?

Nel nostro OG

- regola generale di cui all’art. 2697 c.c.
- Nella concorrenza sleale (artt. 2598-2600 c.c.): accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume. (art. 2600 c.c.).
- principio di vicinanza e/o disponibilità dei mezzi di prova (Cass. SSUU 2001 n. 13533:

art. 24 della Costituzione - divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l’esercizio dell’azione in giudizio.

Nella Direttiva (art. 17 e considerando 11)

- “Gli Stati membri garantiscono che né l’onere della prova né il grado di rilevanza della prova richiesti per la quantificazione del danno rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio del diritto al risarcimento.
- “Gli Stati membri provvedono affinché i giudici nazionali abbiano il potere ... di stimare l’ammontare del danno se è accertato che l’autore ha subito un danno ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare il danno sulla base delle prove disponibili”.
- presunzione relativa circa l’esistenza del pregiudizio provocato da un cartello, in particolare “attraverso un effetto sui prezzi”;
- Presunzione che i CARTELLI causano danno – La presunzione riguarda l’AN (e il nesso di causalità) ma non il QUANTUM - l’autore della violazione può confutare la presunzione.
- Nel passing – on: onere della prova su colui che lo invoca in chiave difensiva; se invece è l’acquirente indiretto a lamentare di aver subito un sovrapprezzo, la traslazione è presunta iuris tantum alle condizioni dell’art. 14 della Direttiva.
- Art. 15 Direttiva (Azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli della catena di approvvigionamento). I giudici devono tenere in debito conto:
 - a) delle azioni per il risarcimento del danno connesse alla stessa violazione del diritto della concorrenza ma intentate da attori che si trovano ad un altro livello della stessa catena di approvvigionamento;
 - b) delle decisioni giudiziarie risultanti da azioni per il risarcimento del danno di cui alla lettera a);
 - c) delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall’applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Prova dell’AN

Azioni follow-on (art. 9 Direttiva): la decisione definitiva dell’AGC nazionale circa una violazione del diritto della concorrenza deve essere ritenuta definitivamente accertata da parte dei giudici dello stesso Stato membro – prova privilegiata – efficacia vincolante. Cass., 2009 n. 3640 e Cass., 2011 n. 17891: “il ruolo di prova privilegiata del provvedimento dell’AGCM impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell’affermazione della sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza se non altro in base allo stesso materiale probatorio ed alle stesse argomentazioni già disattese in quella sede”.

Se la decisione definitiva è dell’AGC di un diverso Stato membro: no efficacia vincolante

– prova prima facie. (Prova con valore attenuato? Elemento di prova? inversione onere prova?).

Azioni stand alone

Tutto deve essere provato – anche l'esistenza del comportamento antigiuridico (Abuso o Cartello). Onere della prova più gravoso per l'attore.

Danno – Prova elemento soggettivo

Azioni follow-on:

Data l'efficacia vincolante delle decisioni dell'AGC nazionale e della Commissione, l'attore può richiamare le prove acquisite dall'autorità e riportarle nel procedimento.

E' il convenuto che deve provare l'assenza dell'elemento soggettivo.

Azioni stand-alone:

la prova dell'elemento soggettivo grava sull'attore.

Può farsi applicazione della regola di cui all'art. 2600 c.c. in materia di concorrenza sleale:

“Accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa di presume”. (?)

Prova del nesso di causalità e del Quantum

Anche nelle azioni Follow-on deve essere provato:

- esistenza del danno
- nesso di causalità evento/danno
- ammontare del danno

Nesso di causalità

Nel CARTELLO il danno (e quindi anche il nesso di causalità) si presume

Nesso di causalità (1). (Cass., 2007, n. 2305): accertamento in termini probabilistici o presuntivi salva prova contraria. “Ove l'assicurato, che abbia esperito l'azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell'assicuratore ad un'intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all'onere di allegare la polizza stipulata e l'accertamento in sede amministrativa dell'intesa, il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima e il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni

o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo”.

Nesso di causalità (2). Cass., 2011, n. 11610: “Nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per il risarcimento del danno derivante da un'intesa orizzontale tra compagnie assicuratrici sanzionate dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, l'assicurato ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio corrisposto sia stato superiore al dovuto per effetto del comportamento collusivo della compagnia assicuratrice convenuta, in misura corrispondente all'incremento dei premi rispetto alla media europea, con la conseguenza che la medesima compagnia può fornire prova contraria

concernente sia la sussistenza (o la interruzione) del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno sia l'entità di quest'ultimo. Qualora, tuttavia, essa abbia partecipato al giudizio svoltosi davanti all'Autorità, riportando condanna, non può limitarsi a considerazioni generali attinenti ai dati influenti sulla formazione dei premi nel mercato delle polizze assicurative, già tenute presenti dall'Autorità, ma deve fornire precise indicazioni di situazioni e comportamenti specifici dell'impresa interessata e del singolo assicurato, idonei a dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita ma da altri fattori”.

Nesso di causalità (3): Cass., 2014, n.11904: “Nel giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio "praesumptum de praesumpto non admittitur", che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo assicurato. Ne consegue che l'assicurato assolve l'onere della prova a suo carico allegando la polizza assicurativa contratta e il provvedimento sanzionatorio, mentre è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza della prova, dimostrare interruzione del nesso causale tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno patito, tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo, mediante la prova di fatti sopravvenuti, estranei all'intesa, idonei di per sé soli a determinare l'aumento del premio”.

Ricapitolando

In caso di CARTELLO (accertato da AGM o dal giudice) sia per le azioni stand alone che per le azioni follow on il DANNO e il NESSO di CAUSALITA' si presumono .

L'autore della violazione deve fornire la prova contraria. (Probabilmente non bastano presunzioni – occorre la prova di fatti sopravvenuti estranei all'intesa, idonei a determinare da soli l'aumento del prezzo, v. Cass. 2014 n. 11904)-

Per altri ABUSI:

Se si tratta di azione **stand alone**: il nesso causale può essere desunto da criteri di alta probabilità logica e presunzioni. L'autore della violazione può fornire elementi causali diversi (anche presuntivi e/odi carattere generale?) idonei di per sé a produrre il danno (Cass., 2007 n. 2305)

Se si tratta di **azioni follow on**: l'autore della violazione che ha partecipato al giudizio davanti all'AGC ha un onere probatorio più stringente; (Cass. 2011 11610 e Cass. 2014 n.11904).

Deve provare fatti/comportamenti:

- specifici
- sopravvenuti - [No cd prove bruciate (quelle già esaminate da AGC e ritenute non idonee). SI cd prove fresche]
- idonei a interrompere il nesso di causalità.

Mezzi di prova per accertare/quantificare il danno

Per iniziativa delle parti:

1. produzione di documenti
2. prove per testi
3. interrogatorio formale/deferimento di giuramento decisorio
4. richiesta ctu
5. richiesta di ordine di esibizione documenti (artt. 210 c.p.c. e 121 c.p.i.)
6. istanza al giudice per l'acquisizione di informazioni detenute dalla controparte (art. 121 c.p.i.)
7. disclosure per competition law

Per iniziativa del giudice:

1. CTU deducente (valutare i fatti accertati o dati per esistenti) e CTU percepiente (Cass., 2013, n. 20695 – per fatti che la parte ha posto a fondamento della sua domanda e il cui accertamento richiede specifiche cognizioni tecniche)
2. Richiesta informazioni PA
3. Esibizione ex art. 2711 c.c.
4. Ispezione giudiziale (art. 258 c.p.c.)
5. Interrogatorio libero delle parti
6. Approfondimento della prova testimoniale
7. Giuramento suppletorio o estimativo

Altri strumenti

1. Presunzioni (art. 2727 c.c.)
2. Presunzioni semplici, lasciate alla prudenza del giudice, in presenza di elementi gravi,
precisi e concordanti; (art. 2729 c.c.)
3. Nozioni di comune esperienza/fatti notori (quelli che rientrano nella comune esperienza
senza bisogno di prova – sui quali il giudice può fondare la propria decisione)
4. Divieto di informazioni private (art. 97 disp. Att.)
5. Comportamento delle parti (artt. 116 c.p.c. e 121 c.p.i.)
6. Rifiuto dell'ordine a consentire ispezioni, ad ottemperare l'ordine di esibizione e di acquisizione di informazioni
7. Nuovo art. 115 c.p.c. (modificato dalla l. 2009 n. 69): il giudice può porre a fondamento della propria decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita.

Nella Direttiva 2014/104

1. ordine di divulgazione/esibizione di prove detenute dal Convenuto o da un terzo, anche concernenti “informazioni riservate”, previa adozione di adeguate cautele per tutelare dette informazioni e fermo il rispetto del cd legal privilege (in linea di

principio l'ordine di divulgazione non può essere rivolto all'avvocato della parte o avere ad oggetto comunicazioni tra il destinatario del provvedimento istruttorio ed il proprio difensore).

La divulgazione presuppone che l'attore sia riuscito a presentare “fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda”.

Il giudice deve limitare la divulgazione a quanto è proporzionato (tenendo presente gli interessi legittimi di tutte le parti e di tutti i soggetti interessati).

art. 5.5. della Direttiva: “L'interesse delle imprese (ANCHE NON IN CAUSA?) a evitare azioni per il risarcimento del danno in seguito a violazioni del diritto della concorrenza non costituisce interesse meritevole di tutela”.

Art. 5.3. l'interesse del destinatario dell'ordine alla riservatezza delle informazioni non può condurre ad escludere la concessione dell'ordine istruttorio ma solo ad imporre al giudice l'adozione di speciali misure idonee ad assicurare il carattere riservato dei documenti.

Il giudice deve valutare la plausibilità della domanda: le prove acquisite grazie allo strumento della divulgazione devono essere idonee a confermare ipotesi ricostruttive già avanzate e dimostrate (in termini di plausibilità/verosimiglianza) e non ad acquisire la conoscenza di fatti ulteriori e diversi – estranei a quelli già a quelli già allegati in giudizio.

Ordini di esibizione/divulgazione saranno solo ad istanza di parte o anche d'ufficio (Fermo restando che il destinatario dell'ordine – parte o terzo – devono essere sentiti prima)?

2. Divulgazione delle prove incluse nel fascicolo AGC.

Solo AGC nazionale o anche Commissione e AGC di altri Stati membri? Cfr. considerando n. 15 che parla di “pubbliche autorità”. Nello spirito della Direttiva rientra nella normalità che i giudici nazionali possano e debbano pronunciare ordini di divulgazione rivolti anche a AGC appartenenti a Stati membri diversi.

Lista nera: MAI. Lista grigia: in presenza di alcune rigorose condizioni. Lista BIANCA: sì – fatto salvo quanto è previsto nell' art. 9.

Proporzionalità e plausibilità:

- Richiesta formulata in modo specifico quanto alla natura, oggetto, contenuto dei documenti presentati a e/o contenuti in un fascicolo dell'AGC (art. 6.4, lett.a);

- se la divulgazione è richiesta in relazione ad una azione per il risarcimento del danno intentata davanti al giudice;
- se sia necessario salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza (salvaguardia del public enforcement)

Extrema ratio (art. 6.10): solo se nessuna parte o nessun terzo è ragionevolmente in grado di fornire tale prova.

Sentire prima l'AGC: deve essere messa in grado di produrre in giudizio le proprie osservazioni sulla proporzionalità della divulgazione prima che sia disposta.

L'AGC nella misura in cui intenda fornire il proprio parere sulla proporzionalità delle richieste di divulgazione – agendo d'ufficio – può presentare osservazioni al giudice.

DECLINAZIONE DELL'AMICUS CURIAE.

3. Assistenza delle AGC ai giudici nazionali per la determinazione quantitativa del danno, qualora l'AGC consideri appropriata tale richiesta. (art. 17.3.)

4. Art. 15 Direttiva (Azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli della catena di approvvigionamento). I giudici devono tenere in debito conto: a) delle azioni per il risarcimento del danno connesse alla stessa violazione del diritto della concorrenza ma intentate da attori che si trovano ad un altro livello della stessa catena di approvvigionamento;

b) delle decisioni giudiziarie risultanti da azioni per il risarcimento del danno di cui alla lettera a); c) delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Ricapitolando

Strumenti nuovi offerti dalla Direttiva – compresa l'assistenza delle AGC per la determinazione quantitativa del danno

Strumenti già presenti nell'OG nazionale :

Art. 115 c.p.c.: necessità di contestazione specifica dei fatti da parte del convenuto costituito.

Può essere utilizzato anche per il RISARCIMENTO DEL DANNO?

Art. 2711 c.c.: Può e come essere utilizzato per il risarcimento del danno?

Comunque, cfr. CASS. 2014 n. 11564 (che sostanzialmente anticipa la Direttiva 2014/104):

Cass., 04-06-2015, n. 11564 (caso Cargest): "l'efficacia diretta delle norme (comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza è garantita mediante strumenti omogenei di public e private enforcement; nell'ambito di questi ultimi, il diritto al risarcimento del danno previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'U e nazionale richiede che ciascuno Stato disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto. La necessità di mezzi di ricorso procedurali efficaci deriva anche dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (come prevista da vari strumenti comunitari e nazionali). In questo scenario il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza... tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza. E' un obiettivo che può essere perseguito valorizzando in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione dei documenti, di richiesta di informazione e – soprattutto – di consulenza tecnica d'ufficio per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonei ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale".

(sostanzialmente anticipa la Direttiva 2014\104).

Accertato l'illecito/esistenza del danno: come liquidare i danni?

Danno emergente – lucro cessante

Danno emergente: tutte le spese che il danneggiato ha dovuto fronteggiare per fare fronte all'Abuso/Cartello. Maggiori costi sostenuti per il servizio che eventualmente hanno assorbito i profitti.

Nel Danno Emergente rientra anche il danno da perdita di chance (aspettativa matura da un soggetto rispetto al raggiungimento di un vantaggio economico futuro)- fa parte del danno emergente (la chance è un bene giuridico già presente nel patrimonio della vittima al momento della lesione, rappresentato dalla possibilità di conseguire una utilità futura). La parte danneggiata deve indicare al giudice gli elementi da cui possa dedursi la perdita di prestazioni o vantaggi.

“Prova anche presuntiva dell’esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di elevata certezza o probabilità e non di mera potenzialità, l’esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile” (Cass., 2011, n. 15385).

Liquidazione del danno: in via equitativa in ragione della maggiore o minore probabilità dell’occasione perduta. Principio dell’alta probabilità logica.

Lucro cessante:

- stimare le vendite che si sarebbero verificate in assenza dell’illecito? (benchmark) –
- stimare l’utile (incrementale o marginale) che il danneggiato avrebbe conseguito in presenza di tali ricavi. RICAVI MANCATI – QUALI COSTI (?)

Come definire il quesito al CTU?

- Solo un CTU o una Consulenza Collegiale nel caso in cui, per es., devono entrare in gioco competenze diverse – economiche – statistiche – contabili – ed eventualmente dello specifico settore di riferimento?
- E’ possibile interpellare l’AGC (ex art. 17.3 della Direttiva), la quale può prestare assistenza riguardo alla determinazione quantitativa del danno (se ritiene appropriata tale richiesta)?

Metodo:

1. predisporre una bozza di quesito. E’ possibile partire/dare atto di dati non contestati in modo specifico ex art. 115 c.p.c.?
2. Sentire preventivamente l’esperto/esperti che si ha intenzione di nominare per limare il quesito, chiarire/anticipare problematiche che possono sorgere per avere usato una frase/parola troppo tecnica o troppo atecnica
3. Discussione del quesito con le parti. Va bene invitare le parti a presentare le loro osservazioni scritte entro un determinato termine.
4. Definizione del quesito – eventualmente sentendo nuovamente il nominando ctu.
 - **Cosa chiedere al CTU?**
 - Definire il mercato:
 - Accertare l’esistenza della posizione dominante:
 - Accertare/stimare l’abuso/cartello:

- Prezzo troppo basso (Abuso escludente); Prezzo troppo alto (abuso di sfruttamento); Prezzo
- troppo elevato (cartello)
- Effetti dell'abuso o del cartello:
- Conseguenze su chi ha subito l'illecito
- Capacità della vittima di neutralizzare le conseguenze [comportamenti effettivi (che cosa ha fatto) o alternative (che cosa avrebbe potuto fare per neutralizzare il danno)].
- Eventuale effetti del passing-on. (Se è il convenuto ad invocare in chiave difensiva il passing-on, deve avere provato che l'attore ha traslato in tutto o in parte a valle il sovrapprezzo (art. 13 Dir.; se invece è l'acquirente indiretto a lamentare di aver subito un sovrapprezzo, la traslazione è presunta iuris tantum alle condizioni dell'art. 14 della Direttiva).
- Quantificare il danno.

Scenario contro fattuale

- Definire che cosa sarebbe probabilmente successo in assenza di infrazione
Ragionevole contro fattuale: what if? Lo scenario è simile a quello della concorrenza sleale e della violazione dei diritti IP (e anche illeciti amministratori delle società)
- Identificare il settore – Settore merceologico (Imprese monoprodotta? Fascia di mercato?)
- Estensione geografica del mercato di riferimento (Mercato nazionale?)
- Necessità di centrare il segmento più piccolo del mercato.
- Rappresentazione ragionevole di un mercato normale (vendite anni precedenti – tasso di crescita del mercato – dati Istat – dati associazione di settore – cosa è successo in altro analogo mercato non inquinato dall'illecito – cosa è successo nel mercato dopo il provvedimento dell'AGC)

Analisi degli effetti:

- i prezzi sarebbero stati diversi in assenza dei comportamenti illeciti?
- L'impresa è stata capace di neutralizzare gli effetti? (passing on)

Danno: differenza tra i profitti che ha ottenuto e quelli che avrebbe ottenuto con:

- comportamenti leciti della controparte
- massimizzando i profitti
- tenendo conto della concorrenza sul mercato

- incluso l'effetto traino (vendite su prodotti collegati)

Altri danni:

- perdita di chance
- minor valore dell'avviamento
- danno all'immagine

Quali metodi di analisi scientifica sono correntemente utilizzati per liquidare il danno?

La scelta dipende da fattori giuridici e dalle circostanze di fatto.

a. Before & after: stessi soggetti e stessi prodotti, ma in tempi diversi (prima dell'illecito

– dopo il provvedimento dell'AGC)

b. Yardstick: dati contemporanei all'illecito ma in un mercato geografico o di prodotto non interessato dall'illecito.

c. Difference in differences: combinazione dei due precedenti (tiene conto di differenze strutturali che non variano nel tempo – controlla le variazioni nel tempo comuni ai due mercati. Per es.: nei due mercati c'è una evoluzione simile di fattori che incidono sul prezzo ad eccezione del cartello/abuso

Si applica il c.d. sconto di sicurezza: si detrae dai valori osservati un importo sufficiente per tenere conto delle incertezze intrinseche in una stima di danni. (se ne parla nelle Linee Guida della Commissione sulla quantificazione del danno).

Quali strumenti ha il giudice per valutare l'attendibilità scientifica dei metodi di analisi utilizzati dal ctu? –

Nello scenario contro fattuale non è possibile pervenire a dati certi ma ci si deve attenere ad ipotesi supportate dai criteri della scienza econometria. – Il Giudice può intervenire solo con criteri di tipo logico giuridico.

Possibili strumenti operativi:

a. Linee Guida della Commissione EU del 2013 sulla quantificazione del danno

b. Richiesta di chiarimenti/integrazione ctu per verificare la corretta applicazione dei criteri.

c. Richiesta di Assistenza delle AGC ai giudici nazionali per la determinazione quantitativa del danno, qualora l'AGC consideri appropriata tale richiesta. (art. 17.3.).

Quale Giudice? GI o Collegio decidente?

In fase decisionale, il Collegio potrebbe utilizzare – quale strumento per chiarire aspetti/argomentazioni difensive, ottenere chiarimenti, valutare l’attendibilità scientifica –

l’art. 197 c.p.c. (fino ad ora usato pochissimo).

Art. 197 c.p.c.: “Quando lo ritiene opportuno il Presidente invita il CTU ad assistere alla discussione davanti al Collegio e ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti, le quali possono chiarire e svolgere le loro ragioni per mezzo dei difensori.

16. Azioni risarcitorie per danni da violazione di norme a tutela della concorrenza (Antitrust)

Autore Eleonora Pergolari

Dal 3 febbraio 2017 sono in vigore le nuove disposizioni del Decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017, attuativo della direttiva 2014/104/UE sulle azioni per il risarcimento del danno causato dalle violazioni delle norme del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea. Il provvedimento disciplina, appunto, le procedure per il risarcimento spettante a chi abbia subito un pregiudizio a causa di una violazione della legislazione europea o nazionale a tutela della concorrenza, posta in essere da un’impresa o un’associazione di imprese. Per espressa previsione, le relative norme si applicano anche con riferimento alle azioni collettive o di classe di cui all’articolo 140-bis del Codice del consumo.

Soggetti legittimati all’azione di risarcimento

Ai sensi delle nuove disposizioni, il soggetto che risulta legittimato ad esperire l’azione di risarcimento in oggetto può essere una persona, fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica (articolo 2, lettera c del Decreto n. 3/2017). Questo - viene sancito nell’articolo 10 del provvedimento - indipendentemente dal fatto che si tratti di un acquirente diretto o indiretto dell’autore della violazione e anche quando la violazione medesima riguardi una fornitura all’autore della condotta censurata.

Per acquirente diretto si intende il soggetto che ha acquistato direttamente dall’autore della violazione beni o servizi (articolo 2, lettera u), mentre l’acquirente indiretto è colui che ha ottenuto i beni o i servizi non direttamente dall’autore dell’infrazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo di questi (articolo 2, lettera v).

Le violazioni che legittimano l’azione

Il diritto della concorrenza la cui violazione può legittimare la richiesta di risarcimento in esame è quello specificamente disciplinato nelle disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nelle disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della Legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), applicate autonomamente, nonché nelle disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo delle normative citate, ad eccezione delle disposizioni che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora queste ultime costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese (articolo 2, lettera b).

Le violazioni alla concorrenza che possono legittimare il diritto al risarcimento sono, pertanto:

- gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno (articolo 101 del TFUE);
- lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri (articolo 102 del TFUE);
- le intese restrittive della libertà di concorrenza, come nel caso di cosiddetto "cartello" (articolo 2 della Legge n. 287/1990);
- l'abuso di posizione dominante (articolo 3 della Legge n. 287/1990);
- le condotte previste da altro Stato membro che perseguono principalmente gli stessi obiettivi.

Danno risarcibile e relativa valutazione

Il provvedimento sancisce espressamente la risarcibilità del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi (articolo 1 del Decreto). Si prevede, altresì, che il pregiudizio non determini sovracompensazioni.

Il risarcimento del danno causato da una violazione delle norme sulla concorrenza – si legge nell'articolo 14 del provvedimento – viene liquidato secondo le disposizioni del Codice civile, segnatamente degli articoli 1223, 1226 e 1227 del medesimo.

Tra le altre disposizioni in ordine alla determinazione del danno, si prevede che il giudice possa chiedere assistenza all'Autorità garante della concorrenza, formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del pregiudizio.

L'articolo 10, comma 2 del Decreto statuisce, inoltre, che il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione ad un dato livello della catena di approvvigionamento “non supera il danno da sovrapprezzo subito a tale livello, fermo il diritto del soggetto danneggiato di chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante dal trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo”.

Per “sovrapprezzo”, il provvedimento medesimo intende “la differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della concorrenza” (articolo 2, lettera r).

Prescrizione del diritto al risarcimento

Ai sensi dell'articolo 8 del Decreto, il diritto al risarcimento del pregiudizio derivante dalla violazione delle norme in materia di concorrenza si **prescrive in cinque anni**, termine che non inizia a decorrere prima che la violazione stessa sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi:

- a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce, appunto, una violazione del diritto della concorrenza;
- b) del fatto che la violazione gli ha cagionato un danno;
- c) dell'identità dell'autore della condotta.

Si ha, poi, sospensione della prescrizione quando l'Autorità garante avvia un'indagine o un'istruttoria in relazione alla violazione cui si riferisce l'azione di risarcimento. Detta sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione medesima sia divenuta definitiva o dopo che il procedimento si sia concluso in altro modo.

Autore della violazione e responsabilità in solido

La violazione considerata nel provvedimento è quella commessa, come anticipato, da un'impresa o da un'associazione di imprese. Si segnala che l'eventuale responsabilità solidale delle imprese coinvolte presenta una disciplina particolare nel caso di PMI e di “beneficiari dell'immunità”.

Nel dettaglio, all'articolo 9 del Decreto si prevede che, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2055, primo comma, del Codice civile – secondo cui “Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno” - fatto salvo il diritto al pieno risarcimento del danno, la piccola o media impresa (PMI) che violi il diritto della concorrenza, è responsabile in solido solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti; ciò:

- quando la sua quota nel mercato rilevante sia rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza;
- quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica nonché la totale perdita di valore delle sue attività.

La PMI è, inoltre, responsabile in solido anche nei confronti di soggetti danneggiati diversi da quelli appena indicati solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza. La deroga sopra riferita non si applica quando la PMI abbia svolto un ruolo di guida nella violazione o abbia costretto altre imprese a parteciparvi ovvero quando risulti accertato che la stessa abbia commesso in precedenza una violazione del medesimo genere. Sempre in deroga al citato articolo 2055, primo comma, del Codice civile, l'impresa o la persona fisica che abbia ottenuto l'immunità dalle ammende da un'autorità garante della concorrenza nell'ambito di un programma di clemenza - cosiddetto beneficiario dell'immunità - è responsabile in solido nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti e nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possano ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione.

In questi casi, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento inizia a decorrere da quando risulta accertato che i soggetti danneggiati non possono ottenere l'integrale ristoro del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione. Infine, il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti ed è comunque determinato ai sensi dell'articolo 2055, secondo comma, del Codice civile.

Prove

Decisioni Antitrust

Con riferimento al regime delle prove, risulta di particolare rilievo la previsione contenuta nell'articolo 7 del Decreto, ai sensi della quale si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore ed ai fini dell'azione per il risarcimento del danno, la violazione del diritto della concorrenza che sia stata constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza passata in giudicato. In particolare - viene specificato - ciò che, in questi casi, è ritenuto accertato è la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno che dovranno, pertanto, essere provati in corso di causa. Ai sensi, invece, dell'articolo 14, comma 2 del Decreto, viene sancita

una presunzione dell'esistenza di un danno, salva prova contraria dell'autore della violazione, in presenza di condotte consistenti in un "cartello", ossia, l'accordo, l'intesa o una pratica concordata fra due o più concorrenti, volti "a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione, anche in relazione a diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti" (articolo 2, lettera l).

Ordine di esibizione

Altro aspetto procedurale di rilevante interesse è quello concernente l'ordine di esibizione alla parte o al terzo, ordine che, nelle azioni per il risarcimento del danno in oggetto, può essere disposto dal giudice, a seguito di istanza motivata della parte, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte o, appunto, dal terzo, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa.

In particolare, l'organo giudicante può ordinare alle parti o a terzi l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella disponibilità di questi; ciò individuando specificatamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine medesimi.

In ogni caso, la parte e il terzo nei cui confronti è rivolta l'istanza di esibizione devono essere sentiti prima che il giudice provveda con l'ordine in questione.

Quest'ultimo può, inoltre, ordinare l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza, quando né le parti né i terzi siano ragionevolmente in grado di fornire tale prova. Possibile anche l'ordine, ad una parte o a un terzo, di esibire prove aventi ad oggetto dichiarazioni legate a un programma di clemenza o a proposte di transazione.

Competenza inderogabile

L'articolo 18 del Decreto, intervenendo a modifica dell'articolo 4 del Decreto legislativo n. 168/2003, sancisce, per le controversie specificamente regolate, la competenza inderogabile:

- della sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata);
- della sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata);
- della sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria.

Con disposizione transitoria, infine, viene previsto che le norme procedurali di cui agli articoli 3 (Ordine di esibizione), 4 (Esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza), 5 (Limiti nell'uso delle prove ottenute solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza), e 15, comma 2 (in tema di "Effetti della composizione consensuale delle controversie") del provvedimento, si applichino ai giudizi di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza promossi successivamente al 26 dicembre 2014.

Salvo questi casi, le disposizioni del Decreto sono applicabili ai giudizi incardinati a partire dal 3 febbraio 2017.

Quadro normativo:

- Decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017
- Direttiva 2014/104/UE
- Articolo 140-bis del Codice del consumo
- Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
- Legge n. 287 del 10 ottobre 1990,
- Articoli 1223, 1226 e 1227 del Codice civile
- Articolo 2055 del Codice civile
- Decreto legislativo n. 168 del 27 giugno 2003

17.L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi *follow on*

Di Vincenzo Tommaso Ciorra*

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura generale dello Stato.

Sommario: 1. Introduzione - 2. La decisione dell' AGCM nei giudizi civili follow on ante direttiva 104/2014/UE ovvero la graduale "erosione" dei diritti di difesa dell'impresa convenuta - 3. La trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano:

innovazioni e problemi di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento
- 4. osservazioni conclusive con riferimento al perdurante problema del rispetto dei diritti di difesa.

1. Introduzione.

Come affermato dal considerando n. 14 della direttiva 104/2014/UE (1) ¹“Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica”. Tali azioni (di c.d. *private enforcement*) sono strutturalmente connotate, infatti, oltre che da un'asimmetria conoscitiva tra l'impresa danneggiante ed il soggetto danneggiato, dall'estrema tecnicità del presupposto di fatto, l'illecito anticoncorrenziale, che si riverbera nella difficoltà per il soggetto che si ritiene leso da una violazione delle regole della concorrenza di assolvere non solo all'onere della prova, ma financo a quello di allegazione degli elementi tipici dell'illecito civile (elemento soggettivo (2)², fatto illecito, danno, nesso di causalità) (3)³.

¹ (1) 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, su www.juscivile.it/normativaeuropea/.

² (2) Per superare l'oggettiva difficoltà della prova dell'elemento soggettivo, maggior parte della dottrina (ex multis, Caiazza, L'azione risarcitoria, l'onere della prova gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano, in L.F. Pace (a cura di), Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, Jovene editore, 2013 p. 324), ascrivendo la fattispecie nell'alveo dell'art. 2043 c.c., ritiene possibile applicare in via analogica la previsione di cui all'art. 2600 c.c., secondo il quale “accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume”. Tale ragionamento appare, tuttavia, contraddittorio. Bisogna rilevare come l'applicazione analogica di una norma giuridica presupponga una lacuna dell'ordinamento, che nulla prevede per una determinata fattispecie. Di contro, qualora si ascrivesse l'ipotesi di danno cagionato da condotte anticoncorrenziali all'art. 2043 c.c., non vi sarebbe alcuna lacuna, perché l'art. 2043 c.c. prevede che l'elemento soggettivo debba essere imputabile (almeno) a titolo di colpa. Per tali motivi sembra molto opportuno il rilievo di ALPA (Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le corti nazionali e la corte di giustizia dell'unione europea, in Contratto e Impr., 2016, 6, p. 1227), secondo cui il risarcimento del danno a fronte di violazioni delle norme antitrust sarebbe in realtà da intendersi come ipotesi tipica di responsabilità oggettiva, atteso che la colpa “consiste nella (semplice) violazione di norme che prescrivono un determinato comportamento”. Bisogna comunque rilevare che la giurisprudenza è consolidata nell'ascrivere la responsabilità dell'impresa per danni cagionati dal mancato rispetto della normativa antitrust all'art. 2043 c.c. (cfr., Cass. del 4 febbraio 2005, n. 2007, su www.pa.leggiditalia.it). Da non condividere, invece, quella dottrina (Castelli, Disciplina antitrust e illecito civile, Giuffrè, 2012, pp. 172-173) che con riferimento all'elemento soggettivo ritiene di applicare l'art. 2600 c.c. solo in via diretta quando il medesimo fatto integri, allo stesso tempo, sia una violazione delle norme antitrust che di quelle della concorrenza sleale, applicandosi l'art. 2043 c.c. qualora il fatto integri la violazione delle sole norme antitrust.

³ 3) Che legislatore euro-unitario avesse piena considerazione delle difficoltà in cui incorre l'attore nei giudizi di risarcimento del danno causato da condotte anticoncorrenziali lo si può agevolmente comprendere dal sopraccitato considerando 14 della Direttiva, che qui si riporta per intero, secondo il quale “Le azioni per il risarcimento del danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione

o nazionale richiedono di norma una complessa analisi fattuale ed economica. Gli elementi di prova necessari per comprovare la fondatezza di una domanda di risarcimento del danno sono spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non sono sufficientemente noti o accessibili all'attore. In tali circostanze, rigide disposizioni giuridiche che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di un'azione e presentare elementi di prova esattamente specificati possono impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento garantito dal TFUE”. inoltre, non si dimentichi come la relazione che ha accompagnato la proposta di direttiva in oggetto abbia avuto cura di sottolineare che tra gli ostacoli che si oppongono alla creazione di un sistema di risarcimento del danno vi fosse “l'ottenimento delle prove per dimostrare un caso” e “la mancanza di un

Preso atto di tale realtà, gli sforzi del legislatore euro-unitario nell'elaborazione della direttiva 104/2014/Ue, trasposta nell'ordinamento nazionale con il d.lgs n. 3 del 2017 (4)⁴, si sono precipuamente concentrati nel predisporre una serie di misure, in larga parte di tipo processuale, volte a “bilanciare” la disparità tra le parti del giudizio di *private enforcement* nei confronti dei fatti di causa e a rendere il diritto al risarcimento del danno cagionato da violazione delle norme antitrust, come aveva già sancito la giurisprudenza comunitaria (5)⁵, “effettivo” (6)⁶. Si badi, sebbene le norme introdotte dalla direttiva “tutel(i)no i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie tra privati” (7)⁷, non è stato questo l'unico intento del legislatore. Come già poteva desumersi dal *landmark case* in materia, la sentenza *Courage c. Crehan* (8)⁸, e come fa notare attenta dottrina (9) ⁹analizzando le disposizioni della direttiva (10)¹⁰, il convincimento di politica legislativa sotteso al considerato intervento è che il

chiaro valore probatorio delle decisioni delle AnC” (Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli stati membri e dell'unione europea, Com(2013) 404 finale, su eur-lex.europa. eu). Sulle difficoltà che incontra un processo civile in materia antitrust, De Cristofaro, onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement, in alDa, fasc. 1, 2015, p. 100.

⁴ (4) Peraltro la giurisprudenza nazionale ha dimostrato di tenere in considerazione i principi della direttiva ben prima della trasposizione nell'ordinamento interno. La sentenza della Corte di Cassazione n. 11564 del 2015 (disponibile su DeJure), interpretando le disposizioni del processo civile alla luce della direttiva 104/2014/Ue, ha affermato che “in tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata”.

Critico nei confronti delle argomentazioni della Suprema Corte Pardolesi, Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?, in Il Foro Italiano, 2015, i, p. 2752. Dottrina 3

⁵ (5) Corte Giust. Ue, C-295/04 e C-298/04, Vincenzo manfredi e altri c. Lloyd adriatico assicurazioni e altri, su curia.europa.eu, dispositivo 2

⁶ (6) Proprio al concetto di effettività della tutela fa riferimento il Considerando n. 4 della Direttiva 104/2014/Ue, secondo il quale “il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto”.

⁷ (7) Considerando n. 3, Direttiva 104/2014/Ue.

⁸ (8) Corte Giust. Ue, C-453/99, *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*, su eur-lex.europa.eu. Tale arresto, riconoscendo per la prima volta l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno in capo ai soggetti lesi dalle violazioni di norme antitrust, ha precisato come “Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità”.

⁹ (9) Per tutti, Chieppa, Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, in Dir. Industriale, 2016, 4, p. 314.

¹⁰ (10) Segnatamente il Considerando n. 6 secondo il quale “i due canali (private e public enforcement n.d.r.) devono agire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole della concorrenza”.

rispetto degli articoli 101 e 102 TFUE, ovvero il mantenimento di un livello di *workable competition* tra le imprese operanti nel mercato unico, passi non solo attraverso i procedimenti iniziati dalla Commissione europea o dalle Autorità nazionali (c.d. *public enforcement*), ma anche attraverso l'efficacia deterrente (11)¹¹ dell'iniziativa dei privati che incardinano dinanzi alle giurisdizioni nazionali domande di risarcimento del danno subito da una condotta anticoncorrenziale.

Tra le varie misure introdotte dal legislatore euro-unitario in materia riveste peculiare importanza quella prevista dall'art. 9 della sopracitata direttiva, ai sensi del quale la decisione "definitiva" emanata da un'autorità nazionale della concorrenza o confermata dal "giudice del ricorso" che abbia accertato la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE vincola il giudice nazionale nel successivo giudizio di risarcimento dei danni (c.d. azioni *follow on*, che si distinguono da quelle *stand alone*, intentate dall'attore senza che la violazione sia stata già accertata da un provvedimento dell'autorità garante).

Anzitutto, bisogna precisare che la decisione vincola solamente il giudice della stessa nazionalità dell'autorità che ha emanato il provvedimento. Di contro, qualora si faccia questione dell'efficacia di un provvedimento emanato da un'autorità di uno stato membro diverso da quello dinanzi alle cui giurisdizioni è stata incardinata la domanda di risarcimento del danno, gli stati membri provvedono a che la decisione abbia "almeno" l'efficacia di prova "*prima facie*".

Si deve subito rilevare come il legislatore nazionale (12)¹², trasponendo la direttiva nel nostro ordinamento, abbia esteso la predetta disposizione anche alle decisioni che concernono le violazioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 della legge 287/90 quando autonomamente applicati, a fronte di una direttiva che si era limitata a prevedere il vincolo solamente per le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE (quand'anche applicati parallelamente alle norme antitrust nazionali).insomma, il legislatore nazionale ha esteso il vincolo anche alle decisioni dell'AGCM che accertino la violazione di sole norme nazionali.

L'art. 9 della Direttiva ha dotato le decisioni delle autorità antitrust nazionali della stessa efficacia di cui già godevano le decisioni della Commissione ai sensi dell'art. 16 del regolamento 1/2003, seppur con alcune differenze. Anzitutto, l'efficacia vincolante riguarda solamente i provvedimenti nazionali che hanno accertato una violazione del "diritto della concorrenza"; differentemente le decisioni della Commissione vincolano il giudice nazionale qualunque sia, in linea di massima (13)¹³, la loro natura. inoltre, le

¹¹ (11) Deterrente ma non punitiva, come ci tiene a precisare l'art. 3 secondo il quale "il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura". RASSEGNA AVVOCATURA 4 dello stato - n. 2/2017

¹² (12) Come auspicava gran parte della dottrina. Ex multis, VILLA, La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione, in *Corriere Giur.*, 2015, 3, p. 301; Bruzzone e SAJA, Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 257.

¹³ (13) Per una completa analisi dell'art. 16 del regolamento 1/2003 e della portata del vincolo da questo stabilito in relazione ai vari esiti del procedimento iniziato dalla Commissione europea si rimanda a L.F. PACe (a cura di), *Dizionario sistematico*, cit., e più precisamente al cap. 4 (I rapporti tra public e private enforcement dei divieti antitrust), parte ii, dell'opera.

decisioni delle autorità nazionali vincolanti sarebbero solamente quelle “definitive”, mentre le decisioni della Commissione vincolano anche se non definitive (14)¹⁴.

Sebbene l'articolo 16 del regolamento 1/2003 abbia posto non pochi problemi di coordinamento con l'ordinamento nazionale, le problematiche che schiude l'art. 9 della direttiva, oggi trasposto nell'art. 7 del d.lgs n. 3 del 2017, sono sensibilmente differenti.

Pur non potendo dare conto delle ipotesi ricostruttive (15)¹⁵ elaborate dalla dottrina nazionale con riferimento al vincolo disposto dall'art. 16 del regolamento 1/2003, che esulerebbero dall'oggetto della presente analisi, ci si può qui limitare a constatare come la violazione da parte del giudice nazionale della decisione della Commissione possa contrastare, come rilevato dalla Sentenza *masterfoods* (16)¹⁶, col principio di leale collaborazione sancito dall'odierno art. 4 del TUE, atteso che l'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione si giustifica col fine di garantire un'uniforme applicazione del diritto europeo della concorrenza. Tutte considerazioni che, a ben vedere, mal si attaglierebbero ai provvedimenti delle Autorità nazionali.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, l'art. 9 della direttiva 104/2014/Ue interviene su una giurisprudenza della Corte di Cassazione che, dopo iniziali tentennamenti, si era assestata nel riconoscere efficacia di “prova privilegiata” della violazione delle norme antitrust al provvedimento dell'AGCM, sul quale, inoltre, veniva fondata anche la presunzione della sussistenza del danno e del nesso di causalità. Un'efficacia probatoria dunque, suscettibile di una prova contraria che (seppur a maglie molto strette) veniva comunque riconosciuta all'impresa convenuta.

¹⁴ (14) Anche se solo “contemplate” durante il procedimento. A tal fine il giudice nazionale può decidere, sempre ai sensi dell'art. 16, anche di sospendere il giudizio di risarcimento del danno in attesa della decisione della Commissione.

¹⁵ (15) numerose voci in dottrina (Negri, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della commissione CE*, in *Int'l Lis*, 2009, 3-4, p. 133; Rodorf, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust in Società*, 2014, 7, p. 784; Trotta, *Il rapporto*, cit., pp. 363-364) non hanno mancato di rilevare come l'art. 16 del regolamento 1/2003, rendendo vincolante per il giudice civile l'accertamento in punto di fatto e di diritto compiuto dalla Commissione, autorità amministrativa, porrebbe problemi di coordinamento con i principi fondamentali del nostro ordinamento sanciti dagli artt. 24, 101 e 102 della Costituzione, tanto da chiamare in causa la nota teoria dei “controlimiti” (valuta invece positivamente l'art. 16 del reg. 1/2003 Libertini, *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014, pp. 459-461). vi è anche chi (Vasques, *Private enforcement della Dottrina 5 Disciplina antitrust in italia: si può fare?*, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, p. 824), con l'intento di trovare una forma di compatibilità tra la norma in questione ed i sopracitati principi fondamentali, non ha ritenuto possibile attribuire efficacia vincolante alle decisioni della Commissione, che possono avere, al più, il valore di “prova particolarmente pregnante”. Secondo tale ordine di idee, i fatti accertati da una decisione della Commissione sarebbero suscettibili di essere sconfessati da prova contraria. Tale interpretazione dell'art. 16 del regolamento 1/2003 non convince appieno in quanto eccessivamente “creativa” e lontana dal tenore letterale della norma, che fa indubbio riferimento ad un vincolo che viene stabilito dalle decisioni della Commissione

¹⁶ (16) Corte Giust. Ue, causa C-344/98, *masterfoods ltd c. HB Ice cream ltd*, su eur-lex.europa.eu, punto 49 “inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge che l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto euro-unitario e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato vale per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali”. *Rassegna Avvocatura dello stato* - n. 2/2017

Obiettivo del presente lavoro è quello di analizzare la graduale evoluzione della giurisprudenza nazionale *ante* direttiva in materia al fine di provare a comprendere quale sarà il reale effetto innovatore del recente intervento operato dal legislatore europeo. Allo stesso tempo, cercheremo di identificare appigli normativi, se ve ne sono, in grado di coniugare il rispetto della normativa comunitaria ed i principi (anche costituzionali) che regolano il nostrano processo civile, i diritti dei soggetti danneggiati da una condotta anticoncorrenziale e i diritti di difesa dell'impresa convenuta.

2. La decisione dell'AGCM nei giudizi civili follow on ante direttiva 104/2014/UE ovvero la graduale "erosione" dei diritti di difesa dell'impresa convenuta.

Prima dell'avvento della direttiva e della espressa previsione di vincolatività della decisione emanata dalle Autorità nazionali nel giudizio civile di risarcimento del danno, la Corte di Cassazione, partendo dal considerare la decisione dell'AGCM quale "*prova privilegiata*", era arrivata nelle pronunce più recenti ad estendere notevolmente (forse eccessivamente) l'efficacia probatoria della decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, riducendo, da un lato, gli oneri di parte attrice ad una minimale allegazione e, dall'altro, rendendo soverchiamente difficile (se non praticamente impossibile) la difesa dell'impresa convenuta nei giudizi *follow on*.

Anzitutto, il procedimento iniziato dall'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (così come la sua eventuale appendice giurisdizionale) ed il giudizio civile di risarcimento dal danno sono stati tradizionalmente ritenuti nel nostro ordinamento indipendenti l'uno dall'altro (17)¹⁷. Come rilevato anche dalla giurisprudenza (18)¹⁸, infatti, i due procedimenti hanno funzionalità differenti, seppur affini: l'AGCM cura l'interesse pubblico dato dal corretto funzionamento del mercato, mentre la cognizione del giudice civile ha ad oggetto il diritto al risarcimento del danno cagionato dalla lesione di un "*interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del [...] carattere competitivo del mercato, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere*" (19)¹⁹. Insomma, il procedimento amministrativo ed il giudizio civile di risarcimento del danno hanno formalmente corso (almeno fino all'entra in vigore della direttiva) su due binari

¹⁷ (17) Sul punto Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'unione europea*, eDi, 2015, pp. 213-215; Rodorf, *Il ruolo del giudice*, cit.; Trotta *Il rapporto*, cit., p. 363.

¹⁸ (18) Cass., SS.UU., del 4 febbraio 2005, n. 2207, su www.pa.leggiditalia.it. Tale arresto delle Sezioni Unite è di cruciale importanza perché i giudici di legittimità, cassando la sentenza di merito, hanno ritenuto legittimati attivi ex art. 33 legge n. 287/1990 non solo gli imprenditori danneggiati, ma anche i consumatori, atteso che "la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato". Par tali motivi, la Corte rileva come, mentre il giudizio innanzi al giudice civile sia volto alla tutela di un interesse individuale del danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale, il procedimento amministrativo abbia come preminente obiettivo la tutela "di un più generale bene giuridico" costituito da "la struttura concorrenziale del mercato di riferimento". Sulla diversità di presupposti e di fini del private enforcement rispetto al public enforcement e sulla consapevolezza di queste differenze da parte del legislatore euro-unitario nell'elaborazione della Direttiva in dottrina si veda Malagoli, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 104/2014/UE del 26 novembre 2014*, in *Contratto e Impresa*. Europa, 1, 2015, p. 393.

¹⁹ (19) Cass., SS.UU., del 4 febbraio 2005, n. 2207.

paralleli. non a caso veniva esclusa ogni forma di sospensione del processo civile in pendenza sia del procedimento amministrativo (20)²⁰ che delle sue eventuali appendici giurisdizionali (21)²¹, a differenza di quanto previsto espressamente dall'art. 16 del regolamento 1/2003 che, con riferimento ai procedimenti iniziati dalla Commissione, si spinge fino a prevedere una peculiare ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio civile in pendenza del procedimento amministrativo (22)²². Si ritiene di non condividere questa impostazione per due ordini di ragioni: innanzitutto, perché la legge nazionale non prevedeva alcun vincolo in capo al giudice civile, e, secondariamente, perché il fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno è costituito dalla violazione delle norme antitrust, oggetto di accertamento da parte del giudice civile, non dal provvedimento amministrativo.

Per tali ragioni deve ritenersi che, almeno fino alla trasposizione della direttiva 104/2014/UE, nell'ordinamento nazionale non vi fosse alcuna "pregiudizialità amministrativa".

In tale quadro normativo le Sezioni Unite, avanzando nel solco già tracciato dalla sentenza n. 2207 del 2005 (23)²³, hanno sancito con sentenza 3640 del 2009 (24)²⁴ che la decisione dell'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato (pur non definitiva) era da considerarsi quale "prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita e del suo abuso".

La sentenza, nonostante la creazione della figura, dai contorni indefiniti, della prova atipica "privilegiata", appariva tutto sommato abbastanza equilibrata e tarata sulle peculiarità del procedimento di *private enforcement* (25)²⁵. La decisione dell'AGCM costituiva (soprattutto in virtù della natura estremamente tecnica dell'Autorità e dei suoi incisivi e penetranti poteri istruttori) prova privilegiata (26)²⁶ ovvero prova

²⁰ (20) Rodorf, Il ruolo del giudice, cit.; LiBerTini, Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust, in Giur. Comm., 1998, p. 659; TroTTA, Il rapporto, cit., p. 363; CASTeLLi, Disciplina antitrust, cit., pp. 104-111; Negri, Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, Giappicchelli, 2006, pp. 141-145. in giurisprudenza si veda Cass. SS.UU. del 13 febbraio 2009, n. 3640, su www.pa.leggiditalia.it, che ha definito il giudizio di *private enforcement* "un binario percorribile in via autonoma rispetto alla tutela in via amministrativa".

²¹ (21) Su questo punto vi è però chi, (Libertini, Il ruolo del giudice, cit.) ritenendo già prima della direttiva che il provvedimento dell'AGCM avesse efficacia vincolante nel processo civile conseguente, Dottrina 7

²² (22) c.f.r. nota n. 14.

²³ (23) Cass. SS.UU. del 4 febbraio 2005, n. 2207, su www.pa.leggiditalia.it, vedi nota n. 16.

²⁴ (24) Cass. SS.UU. del 13 febbraio 2009, n. 3640.

²⁵ (25) Frignani, La cassazione prosegue l'erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow on, in Diritto e fiscalità dell'assicurazione, fasc. 3, 2013, p. 291. L'Autore, nonostante critichi il concetto di prova privilegiata, riconosce in ogni modo che le conclusioni della Corte di Cassazione si rivelavano di grande equilibrio laddove avevano limitato l'efficacia del "privilegio" probatorio alla sola condotta; della stessa opinione Negri, Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza, vol. ii, La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile, Giappicchelli, 2012, pp. 306-307.

²⁶ (26) vi è chi aveva concepito (Chieppa, Il recepimento, cit.; Villa, L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza, in Corriere Giur., 2017, 4, p.441) la prova privilegiata alla stregua di una presunzione semplice. in realtà, era stato correttamente rilevato (Castelli)Disciplina antitrust, cit., pp. 112-116) come la prova privilegiata non avrebbe potuto considerarsi una presunzione in quanto il fatto noto (la violazione delle norme antitrust) avrebbe avuto il medesimo contenuto del fatto ignoto da provare. in aggiunta, l'A. da ultimo citato, avendo accolto la distinzione tra oneri di allegazione e oneri probatori e avendo ricompreso la produzione della decisione dell'AGCM nell'ambito degli oneri di allegazione, considerava la prova privilegiata riconducibile alla figura della c.d.

dotata di un'efficacia logico - persuasiva maggiore rispetto alle prove "ordinarie" del comportamento anticoncorrenziale, potendo l'A.g.o. solamente disapplicarlo, giungeva a riconoscere un rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra il provvedimento amministrativo ed il giudizio *follow on* e, conseguentemente, a ritenere che in pendenza del giudizio amministrativo di impugnazione quello civile dovesse essere sospeso *ex art. 295 c.p.c.* , **in aggiunta, la Corte di Cassazione, già a partire dal 2007 aveva fondato sul provvedimento dell'AGCM anche la presunzione della sussistenza del danno e del nesso di causalità.**

Ad esempio, con riferimento ad un filone di pronunce del 2011 concernenti domande di risarcimento del danno cagionato da un'intesa tra alcune compagnie assicurative, la Corte di Cassazione ha ritenuto che **"il provvedimento sanzionatorio non ha accertato [...] solo il carattere potenzialmente lesivo dei benefici della concorrenza e degli interessi economici dei consumatori, ma anche che tale comportamento ha prodotto un'ingente ed ingiustificata lievitazione dei premi sul mercato generale italiano delle polizze rCA"** e che, dunque, **"l'assicurato che agisca in risarcimento dei danni [...] ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento collusivo"** insomma, alla decisione dell'Autorità garante è stato attribuito, oltre che efficacia di "prova privilegiata" con riferimento alla condotta anticoncorrenziale dell'impresa, anche valore presuntivo della sussistenza del nesso causale e del danno. In aggiunta, non si dimentichi che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritenevano (e ritengono ancor oggi) di applicare per analogia ai giudizi di private enforcement l'art. 2600 c.c. , secondo il quale provato l'elemento oggettivo dell'illecito, quello soggettivo si presume..

Tale soluzione teneva conto dell'asimmetria informativa in cui si trova la parte attrice nei procedimenti di private enforcement, della natura degli atti dell'AGCM nonché dei diritti di difesa dell'impresa convenuta, considerato che la peculiare efficacia probatoria della decisione dell'AGCM veniva limitata al solo "comportamento" anticoncorrenziale e che le **Sezioni Unite avevano premura di precisare come "nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno di tale accertamento (quello dell'AGCM n.d.r), che riguardino più direttamente la posizione del singolo danneggiato, sia prove contrarie".** in definitiva, la "prova privilegiata" nell'ottica delle Sezioni Unite del 2009 costituiva una prova particolarmente pregnante ma, comunque, superabile.

presunzione impropria o verità interinale, atteso che l'efficacia del provvedimento dell'AGCM nel processo civile avrebbe fatto ritenere provato il comportamento anticoncorrenziale fino a prova contraria. Tale concezione avrebbe fatto riferimento, dunque, ad una regola di inversione dell'onere della prova, ovvero ad una deroga all'art. 2697 c.c., che potrebbe, in realtà, essere disposta solo dalla legge, non anche dal giudice. Al contempo, a prescindere dalla distinzione tra oneri di allegazione e oneri probatori non può non rilevarsi come il provvedimento dell'AGCM, nella lettura della Suprema Corte, restava pur sempre una prova, quindi soggetta al principio dispositivo ed espressione dell'art. 2697 c.c. Per un'analisi sui rapporti tra prova, presunzione e presunzione impropria si rinvia a PATTI, Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione, in riv. Dir. Civ., 2001, 4, p. 1047. Rassegna Avvocatura dello Stato - n. 2/2017

Ciò detto, può ben comprendersi come, di fatto, gli oneri di allegazione e di prova di parte attrice erano stati da quest'orientamento ridotti a ben poca cosa. e di questo "stato dell'arte" ne è stata ben consapevole la Corte di Cassazione quando, sempre con riferimento al caso *rC auto*, ha affermato che "Per ottenere il risarcimento dei danni l'assicurato ha (solamente n.d.r) l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale manifestazione della condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento in sede amministrativa della partecipazione dell'assicuratore all'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria)", in quanto "il Provvedimento dell'AGCM offre tutti i dati probabilistici e presuntivi che, ai sensi della pronuncia n. 2305/2007 di questa Corte, valgono a dimostrare che il premio applicato in polizza all'assicurato, nel periodo in cui la compagnia è stata ritenuta partecipe del comportamento collusivo, è ingiustificatamente elevato, nella misura indicata".

Il sistema sarebbe potuto sembrare comunque ben calibrato (atteso che, venendo comunque riconosciuta all'impresa la prova contraria, l'efficacia riconosciuta al provvedimento dell'AGCM era pur sempre superabile) se non fosse che le stesse sentenze del 2011, intervenendo sulla misura della prova contraria, giungevano a conclusioni che, oltre a non essere previste nemmeno implicitamente dal dato normativo, dimidiavano notevolmente (*rectius* eccessivamente) i diritti di difesa delle imprese convenute.

Anzitutto, le sentenze del 2011, infatti, hanno affermato che "la prova dell'insussistenza del nesso causale non può essere tratta da considerazioni di carattere generale attinenti ai dati che influiscono sulla formazione dei premi nel mercato generale delle polizze assicurative, ma deve riguardare situazioni e comportamenti che siano specifici dell'impresa interessata: che attengano, cioè, alla singola impresa assicuratrice, al singolo assicurato od alla singola polizza, che siano tali da dimostrare che - nel caso oggetto di esame - il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori". Tale prima conclusione non avrebbe dovuto suscitare eccessive perplessità in dottrina (38) se solo si considera che, potendosi l'attore avvalere della presunzione del nesso di causalità data dall'accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte dell'AGCM, la prova contraria del convenuto avrebbe dovuto vertere *naturaliter* su circostanze peculiari e relative alla specifica situazione di fatto tali da sconfiggere il ragionamento inferenziale, di per sé generale ed astratto, ammesso dalle pronunce della Corte di Cassazione.

Foriero di maggiori problematiche è stato l'orientamento della Corte di Cassazione quando ha stabilito che, **"quanto all'efficacia probatoria degli accertamenti dell'AGCM, in primo luogo questa Corte ha rilevato che il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dall'Autorità Garante, e poi in sede di giustizia amministrativa [...] pur non precludendo la facoltà, per la compagnia assicuratrice, di fornire la prova contraria, impedisce che possano rimettersi in discussione proprio 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 ragionamento della corte di Cassazione pare abbastanza fariseo laddove, facendo formalmente salvo il diritto alla prova contraria dell’impresa convenuta, ritiene non possano rimettersi in discussione oltre alle valutazioni che l’Autorità Garante ha dato delle prove presentate in sede amministrativa, financo le argomentazioni della stessa. Le conclusioni a cui giunge la Suprema Corte si sgretolano al vaglio dei principi che regolano il processo civile. Anzitutto, vengono gravemente pregiudicati i diritti di difesa della parte convenuta. questa, non solo si trova parte in un procedimento in cui è sostanzialmente tenuta, più che a difendersi dalle argomentazioni e dalle prove fornite da parte attrice, a giocare “all’attacco”, dovendo in sostanza sconfessare le conclusioni dell’AGCM concernenti il comportamento anticoncorrenziale e dimostrare l’insussistenza del nesso di causalità, ma non può nemmeno avvalersi delle prove sulla base delle quali l’Autorità Garante ha già giudicato o rimettere in discussione le argomentazioni sulla base delle quali la stessa ha deciso. il provvedimento definitivo dell’AGCM configura in sede civile una sorta di “preclusione del dedotto” che non consente alla parte convenuta di esplicitare a pieno i propri diritti di difesa .

Da quanto detto consegue un’ulteriore considerazione: i risultati a cui giunge l’interpretazione della Corte di Cassazione, a meno di non voler cadere in un artificioso formalismo , pongono in capo al giudice civile un vincolo rispetto a quanto stabilito dall’AGCM. il giudice, infatti, non può discostarsi dalle conclusioni e dalle argomentazioni cui è giunta l’Autorità sulla base delle prove prodotte nel procedimento amministrativo. Potrebbe addivenire a risultati differenti, sempre in base a fatti nuovi o a nuove prove, ammesso e non concesso che l’impresa ne allegghi o ne produca. in definitiva, la Suprema Corte, già prima dell’entrata in vigore della direttiva e della sua trasposizione nell’ordinamento italiano, aveva di fatto riconosciuto al provvedimento definitivo dell’AGCM un’autorità che, al di là delle formule pedissequamente seguite dalla giurisprudenza, era ben più “ingombrante” di quella di prova privilegiata e presuntiva, addivenendo a sottrarre alla cognizione del giudice civile tutto ciò che era stato dedotto dinanzi all’AGCM. quest’ultima, sebbene dotata di mezzi “tecnici” tali da rendere particolarmente pregnante un suo provvedimento, è pur sempre un’*authority*, non un giudice. In aggiunta, non si dimentichi che tale evoluzione si è affermata esclusivamente per via pretorile, nulla dicendo la legge che per tale silenzio riconosceva l’autonomia del giudizio civile rispetto agli accertamenti dell’AGCM .

A tal proposito si rivelano estremamente fondate le considerazioni di chi , in maniera molto realistica, aveva rilevato come nei giudizi *follow on*, salvo l’allegazione di nuovi fatti, il giudice civile fosse stato degradato a mero liquidatore di un danno già accertato altrove.

La situazione della parte convenuta nei giudizi *follow on* appare ancor più penalizzante se solo si tiene in considerazione che, sebbene il provvedimento dell’AGCM possa essere impugnato dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, questi svolgono sul

provvedimento un sindacato c.d. “debole” che può portare il giudice a rimodulare la sanzione ma non a sostituirsi all’Amministrazione con riferimento alle valutazioni connotate da un “*margin di opinabilità*”.

Dunque, riannodando i fili di quanto detto, le valutazioni dotate di un “margin di opinabilità”, non possono essere sindacate né dal giudice amministrativo, né tantomeno da quello civile, ma vengono definite, in maniera incontestabile, dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con buona pace dei diritti di difesa dei convenuti e della soggezione, solo alla legge, del giudice

3. La trasposizione della direttiva nell’ordinamento italiano: innovazioni e problemi di compatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento.

Su tale stato dell’arte è intervenuta la direttiva europea 2014/104/UE, trasposta in Italia nel d.lgs. n. 3 del 2017. È necessario definire la portata delle innovazioni introdotte dalla direttiva per ben comprendere come queste possano essere efficacemente fatte proprie dall’ordinamento nazionale.

Anzitutto, l’art. 9 della direttiva (49)²⁷ è stato trasposto, in termini sostanzialmente analoghi a quelli adottati dal legislatore europeo, nell’art. 7 del d.lgs. n. 3 del 2017, ai sensi del quale “Ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione (50)²⁸ davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”. In aggiunta, in maniera molto accorta, il legislatore nazionale ha precisato che “quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno” (51)²⁹.

²⁷ (49) Alcuni stati membri come regno Unito e Germania avevano già previsto prima dell’entrata in vigore della direttiva la vincolatività della decisione delle autorità nazionali nei processi civili. In Germania era stata addirittura prevista la vincolatività anche delle decisioni straniere. riguardo quest’ultimo profilo si rinvia alle considerazioni di neGri, Giurisdizione e amministrazione, cit., pp. 109- 120.

²⁸ (50) Accogliendo gli inviti di autorevole dottrina (ex multis ChiePPA, Il recepimento, cit.) che riteneva come il riferimento dell’art. 9 della direttiva alla “decisione definitiva relativa ad un’infrazione” dovesse essere letta ricomprendendo non solo quelle decisioni divenute definitive per esaurimento dei mezzi di impugnazione ma anche quelle divenute inoppugnabili.

²⁹ (51) Parte della dottrina era già giunta a tali conclusioni interpretando l’art. 9 della direttiva. Ex multis, SirACUSA (L’effetto delle decisioni, cit.) non aveva mancato di rilevare come il vincolo disposto dall’art. 9 dovesse essere limitato “alle determinazioni dell’AnC concernenti gli elementi costitutivi dell’infrazione, quali la definizione di mercato rilevante, l’esistenza di un’intesa o di una posizione dominante, le parti coinvolte. qualsiasi altra valutazione non essenziale ai fini della contestazione di un’infrazione, anche se inclusa nella decisione definitiva dell’AnC, dovrebbe essere considerata come «incidentale» e di conseguenza come irrilevante”. L’autore dimostra di accogliere la distinzione elaborata dai giudici del regno Unito (dove già prima dell’entrata in vigore della direttiva era stata prevista la vincolatività della decisione dell’autorità nazionale della concorrenza, v. nota 49) tra accertamenti essenziali ai fini dell’accertamento dell’infrazione e accertamenti periferici o incidentali; Chieppa, (Il recepimento, cit.) secondo il quale, quandanche la decisione dell’AGCM si spinga a considerare gli effetti della condotta anticoncorrenziale “l’effetto vincolante si estenderà all’accertamento che l’illecito ha prodotto effetti ma non potrà

Ci si potrebbe chiedere se, nonostante il vincolo costituito dalla decisione dell'AGCM non si estenda né al nesso di causalità né all'esistenza del danno, possa comunque applicarsi quella giurisprudenza che *ante* direttiva aveva dotato la decisione dell'autorità garante di efficacia di prova presuntiva con riferimento ai suddetti elementi della fattispecie.

Tale conclusione deve escludersi in quanto, laddove la direttiva ha voluto estendere l'efficacia della decisione dell'AGCM al nesso di causalità e al danno lo ha fatto, come all'art. 17, secondo il quale "Si presume che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno. L'autore della violazione ha il diritto di fornire prova contraria a tale presunzione (52)" (in termini analoghi, l'art. 14 del d.lgs n. 3 del 2017). Insomma, l'efficacia di prova presuntiva con riferimento al nesso di causalità ed al danno può valere con riferimento ai cartelli, ma non alle altre fattispecie anticoncorrenziali per le quali nulla è previsto (53). In aggiunta, non si dimentichi che ai sensi del considerando n. 47 "È opportuno limitare ai cartelli questa presunzione relativa, dato il loro carattere segreto che aumenta l'asimmetria informativa e rende più difficile per l'attore ottenere le prove necessarie per dimostrare il danno subito". Ciò posto, si dubita vi siano consistenti ragioni giuridiche per discostarsi dalla valutazione di "opportunità" del considerando. Conseguentemente, deve ritenersi definitivamente superata quella giurisprudenza della Corte di Cassazione (da rifiutarsi, per i motivi già esposti, già in assenza della direttiva) che aveva notevolmente ristretto le chances di prova contraria nei confronti della presunzione del nesso di causalità e del danno.

Sia la direttiva che il decreto legislativo di attuazione, infatti, con riferimento ai cartelli fanno salvo il pieno diritto alla prova contraria dell'impresa. In aggiunta, la limitazione della prova contraria contrasterebbe con la lettera della direttiva atteso che questa limita espressamente il vincolo al giudice civile alla "violazione del diritto della concorrenza definitivamente constatata da una decisione definitiva". Ciò posto, qualora si accogliesse la giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2011 la latitudine del vincolo dell'AGCM si estenderebbe non solo alla violazione bensì anche agli accertamenti che hanno riguardato il nesso causale e il danno, contravvenendo sia all'art. 9 che all'art. 17 della direttiva, atteso che quest'ultimo articolo introduce, in realtà, solo una "ordinaria" presunzione relativa.

A questo punto, atteso che la direttiva concerne unicamente le decisioni definitive dell'AGCM, ci si potrebbe chiedere se alle decisioni non definitive potrà riconoscersi (con esclusivo riferimento all'elemento oggettivo della violazione) quel valore di prova privilegiata che le era stato riconosciuto già prima dell'intervento del legislatore europeo. La questione, che dovrà essere risolta dalla giurisprudenza, risente comunque della nozione fluida ed indefinita di prova privilegiata. nulla osterebbe a che si continui a considerare la decisione dell'AGCM prova privilegiata. Allo stesso tempo però, anche qualora non si volesse condividere questa opinione non potrebbe comunque negarsi che, di fatto, quanto accertato dall'Autorità in sede

ovviamente dilatarsi sino a comprendere la valutazione dello specifico nesso di causalità, né l'esistenza o la quantificazione del danno".

amministrativa possa essere tenuto in preminente considerazione dal giudice civile investito di una domanda di risarcimento del danno, indipendentemente dall'etichettare o meno la decisione dell'AGCM come prova privilegiata (ammesso che ci si intenda, cosa molto difficile, riguardo al concetto di prova privilegiata).

Poste queste necessarie premesse, ci si deve a questo punto interrogare su che tipo di vincolo è stato introdotto in capo al giudice civile da parte della direttiva.

Orbene, prima di esaminare funditus tale questione, è necessario tenere a mente che, come è noto, le direttive europee fissano un risultato, e che spetta agli ordinamenti nazionali predisporre le forme ed i mezzi (o utilizzare quelli che vi sono) per conseguirlo.

Ciò posto, ai sensi della direttiva 104/2014/UE gli ordinamenti nazionali devono assicurare che la decisione dell'AGCM vincoli il giudice civile nelle domande di risarcimento del danno *follow on* quanto all'accertamento della violazione delle norme della concorrenza.

Orbene, è ovvio che riconoscere efficacia di cosa giudicata alla decisioni decisive dell'AGCM, anche laddove confermate dal giudice amministrativo (55)³⁰, potrebbe collidere con i principi costituzionali del nostro ordinamento (56)³¹ (primo fra tutti quello dell'indipendenza e della soggezione del giudice solo alla legge), fino a chiamare in causa la nota teoria dei "controlimiti" (57)³². Ci si potrebbe chiedere, però, se alla decisione dell'AGCM possa essere riconosciuto valore di prova legale, atta a vincolare il giudice con riferimento al fatto costituito dalla condotta anticoncorrenziale prevista dalle norme *antitrust* (58)³³.

³⁰ (55) Si fa qui riferimento a quella tradizionale giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale in caso di sentenza di rigetto il rapporto sostanziale rimane comunque regolato dall'atto amministrativo, non anche dalla sentenza passata in giudicato (solo formale). Ex multis, Cons. Stato, sez. vi, n. 7725 del 2003; Cons. Stato, sez. vi, n. 580 del 1996 secondo il quale "La portata precettiva della sentenza del giudice amministrativo va individuata con riferimento non solo delle statuizioni formali contenute nel dispositivo, ma anche delle enunciazioni della motivazione dirette in modo univoco all'accertamento delle posizioni delle parti, solo quando il dispositivo della decisione di merito contenga comunque una pronuncia di accertamento o di condanna, ma non è estensibile al caso di rigetto della domanda o del gravame".

³¹ (56) Rodorf, Il ruolo del giudice, cit.

³² (57) Corte Cost., n. 183 del 1973 su DeJure; Corte Cost. n. 170 del 1984 su DeJure; GiUSSANI, Direttiva e principi del processo civile italiano, in alDa, fasc. 1, 2015, p. 251, secondo il quale "Se si considera che la garanzia dell'azione e del contraddittorio e la regola della soggezione del giudice alla sola legge costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento idonei a prevalere, in caso di contrasto fra valori costituzionali, persino sul diritto internazionale consuetudinario, sembra quindi ragionevole prevedere che la teoria dei c.d. contro-limiti possa attenuare l'impatto del dettato dell'art. 9, c. 1, della Direttiva, a dispetto delle recenti propensioni, condivise dal legislatore italiano oltre che da quello europeo, al "respingimento" di quanti aspirano alla pienezza della tutela giurisdizionale".

³³ (58) Per via del d.lgs. n. 3 del 2017 il legislatore avrebbe predeterminato "in via generale e astratta il valore che a quella prova deve essere attribuito" in quanto "Le regole di prova legale eliminano cioè l'eventualità di una valutazione discrezionale da parte del giudice in ordine all'efficacia che va attribuita alla prova. Di solito si tratta di regole in funzione delle quali l'esito della prova è pieno ed incontestabile, sicché la prova produce la «verità legale» sul fatto. Si tratta dunque di regole che appartengono alla disciplina giuridica della prova" (TARUFFO, Prova (in generale) nel processo civile, in Dig. iv, disc. priv. sez. civ., Xv, Torino, 1997, pp. 5 ss.). Insomma, si può ben ritenere che la decisione divenuta definitiva dell'AGCM, in virtù della sua composizione estremamente tecnica possa essere portatrice di "verità legale" sul (solo) fatto costituito dalla violazione delle norme antitrust.

Tale ricostruzione, oltre al pregio di non configgere frontalmente con norme costituzionali, si rivelerebbe anche più vicina alla *ratio* del legislatore europeo. Con riferimento al profilo in oggetto, infatti, la relazione che ha accompagnato la proposta di direttiva (così come il Libro Bianco (59)³⁴ ed il Libro verde che avevano aperto il dibattito che ne ha poi portato all'adozione) ricomprendeva espressamente (60) tra gli obiettivi dell'intervento normativo quello di riconoscere alle decisioni delle autorità nazionali un "effetto probatorio" vincolante. L'obiettivo del legislatore euro-unitario è stato, dunque, quello di riequilibrare gli oneri probatori nei giudizi di private enforcement al fine di garantire un effettivo diritto al risarcimento del danno per i soggetti danneggiati dalla violazione di norme antitrust (61).

Ulteriore conferma del fatto che l'intervento riformatore si sia mosso in un ambito essenzialmente probatorio potrebbe essere il riconoscimento dell'efficacia di prova prima facie (62) alle decisioni definitive provenienti da autorità nazionali di altri stati membri. Insomma, la direttiva avrebbe inteso alleviare gli oneri probatori di parte attrice nei giudizi follow on riconoscendo efficacia di prova legale alle decisioni nazionali ed efficacia di prova prima facie a quelle spiccate da autorità straniere (63). Tale impostazione avrebbe il pregio di ricostruire in maniera organica e lineare l'intervento legislativo.

Al tal proposito è stato rilevato (64) come il legislatore euro-unitario, sebbene intendesse preliminarmente agire sul piano della prova, si sia tuttavia spinto oltre nella stesura della direttiva, facendo riferimento ad una vera e propria efficacia di accertamento laddove afferma che la violazione delle norme antitrust constatata da un'autorità nazionale deve ritenersi "definitivamente accertata" da parte del giudice civile. ebbene, tale obiezione può essere agevolmente superata laddove si consideri che l'interpretazione qui proposta, seppur forse non strettamente aderente al dato letterale, non determinerebbe comunque uno stravolgimento della lettera della norma ma sarebbe, al contrario, un utile adattamento di questa al fine di coniugare il rispetto del diritto euro-unitario ed i principi fondamentali del nostro ordinamento.

In aggiunta, riconoscere efficacia di giudicato alla decisione dell'AGCM significherebbe ricostruire un rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra questa ed il conseguente processo civile, con il corollario che laddove la decisione venga impugnata, il giudice civile sarebbe tenuto a sospendere il processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Tale conclusione risulterebbe contraria alla direttiva che, oltre a non aver disposto alcuna ipotesi di sospensione in pendenza del procedimento amministrativo alla stregua di quanto disposto dall'art. 16 del regolamento 1/2003 con riferimento alle decisioni "contemplate" dalla Commissione, nulla dice anche con riferimento alla contestuale pendenza della fase giurisdizionale di impugnazione.

³⁴ (59) "La Commissione non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo 81 o 82 da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (eCn) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust". DoTTrinA 17

Si pensi che la soluzione contraria minerebbe l'effettività della tutela stand alone, in quanto la parte che si ritiene danneggiata e che vorrebbe agire senza attendere la decisione dell'AGCM sarebbe tenuta ad aspettare il formarsi del giudicato formale sulla decisione (o che si concluda il giudizio di primo grado (65)). Tutto ciò in palese contrasto con gli obiettivi del legislatore eurounitario che, come correttamente rilevato (66), ha inteso incoraggiare la proposizione delle azioni stand alone (si pensi solo alla previsione della innovativa disciplina della discovery agli artt. 5 e 6 della direttiva).

In definitiva, la soluzione più razionale sembrerebbe quella di assicurare autonomia tra fase amministrativa (anche giurisdizionale) e civile, e di considerare le decisioni divenute definitive alla stregua di prove legali. ovviamente, resta inteso che la prova vincolante non ha ad oggetto la violazione in sé, che è un (giudizio di) disvalore e non un fatto, bensì il comportamento anticoncorrenziale come accertato dal provvedimento definitivo dell'AGCM.

4. osservazioni conclusive con riferimento al perdurante problema del rispetto dei diritti di difesa.

Sebbene il riconoscimento del vincolo di prova legale alle decisioni definitive dell'AGCM possa ritenersi un utile compromesso tra le esigenze comunitarie di applicazione della disciplina del *private enforcement* e quelle nazionali di rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento (dotato, come si è cercato di dimostrare, di consistenti appigli normativi), non può nascondersi come il vincolo dalla stessa disposto, qualunque sia lo strumento normativo utilizzato al fine di assicurarne il rispetto da parte dell'ordinamento nazionale, sollevi dubbi ancor più consistenti con riferimento alla compatibilità del c.d. "sindacato debole" sugli atti dell'AGCM con i diritti di difesa dell'impresa convenuta (67)³⁵e, segnatamente, con l'art. 6 della CeDU e l'art. 47 della Carta di Nizza, secondo i quali ogni cittadino ha diritto che la propria causa vertente su diritti e doveri a carattere civile sia esaminata da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge.

Le conclusioni cui si era assestata la giurisprudenza amministrativa, infatti, risultano confermate dal legislatore, che accoglie espressamente il modello del sindacato debole all'art. 7 del d.lgs n. 3 del 2017, laddove afferma che "il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima".

Sebbene la CeDU abbia già ritenuto il sindacato del giudice amministrativo conforme all'art. 6 (68)³⁶, il sistema meriterebbe un ripensamento atteso che un controllo da parte degli organi di giustizia amministrativa delle valutazioni, anche quelle opinabili

³⁵ (67) Su questo punto imprescindibili sono le puntuali osservazioni di SirAGUSA, L'effetto delle decisioni, cit., al quale si rinvia.

³⁶ (68) Corte eDU, causa a. menarini Diagnostic c. Italia, ricorso n. 43509/08, sentenza del 27 settembre 2011, su www.giustizia.it.

(69)³⁷, dell'Amministrazione diventerebbe a questo punto ineludibile considerato che le decisioni dell'AGCM, oltre che essere già state riconosciute dalla CeDU come "convenzionalmente" penali alla luce degli Engels criteria (70), acquistano oggi, a seguito della citata direttiva, efficacia vincolante anche nel processo civile.

Altra soluzione potrebbe essere, de jure condendo, quella di devolvere alla giurisdizione del giudice civile le controversie inerenti all'impugnazione dei provvedimenti antitrust, condividendosi le opinioni di coloro (71)³⁸ che ritengono che siano (tendenzialmente) di diritto soggettivo le situazioni giuridiche tipiche che si confrontano con il provvedimento dell'AGCM.

Tale soluzione garantirebbe un effettivo controllo di tutte le valutazioni dell'Autorità sul modello, già sperimentato, del giudizio sulle sanzioni amministrative ex legge 689/1981 che si svolge, secondo tralatizia formula giurisprudenziale, "sul rapporto non sull'atto" (72).

³⁷ (69) Villa (L'attuazione della direttiva, cit.) ha analizzato le formule delle sentenze del giudice amministrativo addivenendo alla conclusione che non vi sia un concetto chiaro e univoco di ciò che rientra nel margine di opinabilità. "Peraltro, in una situazione che è figlia della ripartizione tra la discrezionalità dell'amministrazione e l'operato del giudice, continuano a non essere sindacabili le scelte che abbiano margini di opinabilità, rinviando così ad un ambito, i cui confini non sono affatto chiari, se solo si analizzano le formule che al proposito sono impiegate nelle sentenze. Così si legge che il sindacato del giudice sui profili tecnici si arresta "quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento delle intese restrittive della concorrenza", dal momento che tale sindacato "oltre un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati". Da queste definizioni circolari, in cui in sostanza si richiede di stabilire quanto un giudizio opinabile sia opinabile, si passa ad un periodare di sapore esoterico quando si afferma, sempre con riferimento al mercato rilevante, che la sua determinazione "implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di 'mercato rilevante' (...) che è sindacabile in sede di legittimità per violazione di norme di legge (...) nei limiti in cui la censura abbia ad oggetto l'operazione di 'contestualizzazione' delle norme, all'esito di una valutazione giuridica complessa che adatta al caso specifico concetti giuridici indeterminati, quali il 'mercato rilevante' e 'l'abuso di posizione dominante". Secondo l'Autore, tale limite al sindacato del giudice amministrativo porrebbe problemi di costituzionalità con riferimento agli artt. 76 e 87 Cost. perché, oltre a non esser imposto dalla direttiva, "risulta estraneo ai principi fissati dalla legge-delega".

³⁸ (71) Negri, Giurisdizione e amministrazione, cit., pp. 247-288. Pur non condividendosi le conclusioni dell'A. laddove giunge ad auspicare la formazione di sorta di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario nei confronti degli atti e dei provvedimenti dell'autorità garante, si condividono le sue argomentazioni laddove ritiene che "i principali provvedimenti antitrust, e segnatamente quelli di diffida cui spesso si accompagna la sanzione pecuniaria per violazione grave, in quanto non discrezionali in senso proprio siano inidonei a degradare il diritto soggettivo perfetto e costituzionalmente garantito alla libera iniziativa economica e perciò non possono ricondursi all'esercizio di poteri "autoritativi"; allora l'art. 33, primo comma, legge n. 287 del 1990 non può che risultare palesemente incompatibile con l'art. 103 Cost. secondo l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi: giacché certamente non appare conforme ai principi stabiliti dalla Consulta l'idea che l'intero settore di contenzioso relativo agli atti e provvedimenti dell'autorità garante delle concorrenze e del mercato possa essere ricondotto alla giurisdizione amministrativa per il solo fatto che tra quei provvedimenti ve ne sono alcuni, in concreto tutt'altro che prevalenti (.....), che siano il frutto di potere discrezionale". Bisogna comunque rilevare che la questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta manifestamente infondata da Cass. SS.UU. n. 8882 del 2005, su DeJure. Al di là della questione di costituzionalità, è auspicabile l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie nate dall'impugnazione degli atti dell'AGCM in tutti quei casi (e sono la netta maggioranza venendo esclusi solo quelli concernenti le autorizzazioni in deroga e le concentrazioni) nei quali si faccia questione di diritti soggettivi.

18.Fascicolo 1/2018

Obiettivo 2. La responsabilità civile fra il giudice e la legge

Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile di Claudio Scognamiglio

La responsabilità civile per violazione della disciplina antitrust, nel quadro della regolamentazione della medesima contenuta nel decreto legislativo 3/2017, si delinea come un istituto suscettibile di essere ricondotto largamente alla disciplina generale del codice civile, benché in materia antitrust il procedimento valutativo che è imposto al giudice dall'articolo 2043 codice civile si svolga essenzialmente attraverso la tecnica della rilevazione dello scopo di protezione della norma violata.

1. Giudice e legge nel danno antitrust

Nell'ambito di una riflessione sulla fisionomia della responsabilità civile fra il giudice e la legge, secondo il titolo suggestivo che ci è stato proposto dal curatore di questo fascicolo, non poteva certamente mancare la trattazione dell'argomento del danno da violazione della disciplina antitrust: e questo per una duplice ragione.

Infatti, da un primo angolo visuale, è noto che, già in prospettiva generale, il procedimento valutativo nel quale si risolve la qualificazione del danno nel senso dell'ingiustizia interpella in pieno la questione dell'ambito dei poteri spettanti al giudice in sede di concretizzazione della clausola generale racchiusa nell'art. 2043 cc ovvero, secondo una diversa linea ricostruttiva circa la portata di questa disposizione, nella rilevazione della situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento, la lesione della quale possa innescare la tutela aquiliana[1]. Lo stesso procedimento – così come si avrà modo di verificare sinteticamente tra breve – pare in effetti delinearsi in termini ancora più articolati, e dunque per ciò stesso più suggestivi, in materia di danno antitrust: infatti, in quest'ultimo ambito, a voler condividere un'ipotesi ricostruttiva dottrinale già da tempo formulata, «l'ingiustizia del danno è affidata ad una più complessa valutazione alla stregua della quale il danno è contra ius se, e solo se, discende dalla trasgressione di norme poste a presidio di un bene irriducibile alla sfera giuridico patrimoniale del privato»[2]. Su questa premessa, l'attribuzione della tutela risarcitoria implica, nella materia del danno antitrust, una verifica preliminare, inevitabilmente affidata all'attività valutativa del giudice, quanto al contenuto di tutela della norma violata, secondo il modello dello Schutzgesetz, presente - com'è noto - nel sistema germanico di responsabilità civile (al § 823, Abs. II) oltre che specificamente nella materia concorrenziale (dove è contemplato dal § 35 GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)[3].

Se la notazione appena svolta si colloca evidentemente nel momento iniziale del giudizio di responsabilità civile, vi è un altro aspetto della questione del risarcimento del danno antitrust, pure attinente all'ambito dei poteri del giudice, ed ai rapporti tra

questi e la disciplina normativa della materia, che si pone invece nel momento finale del procedimento che si chiude con la condanna risarcitoria: e cioè la quantificazione del danno, la quale, come affermato in un considerando della Direttiva 2014/104/UE, «nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi»^[4]. Su questo secondo piano del discorso viene in considerazione, com'è noto, la disciplina del d.lgs 19 gennaio 2017 n. 3 che ha dato appunto attuazione alla Direttiva 2014/104/UE: quest'ultima, a sua volta, si colloca, ed anche qui si tratta di un rilievo sufficientemente acquisito, nella prospettiva di agevolare le azioni civili volte ad ottenere il risarcimento del danno causato dalla violazione della normativa antitrust, sulla premessa che la repressione delle condotte anticoncorrenziali sia in grado di conseguire meglio gli obiettivi che si prefigge se quelle azioni civili si collocano accanto alle tecniche rimediali di natura pubblicistica promosse dalla Commissione europea o dalle singole autorità garanti dei diversi ordinamenti giuridici^[5]. Da questo ulteriore angolo visuale, dunque, una riflessione sul risarcimento del danno antitrust intercetta anche l'argomento delle funzioni della responsabilità civile, che ha conosciuto, da ultimo, una ripresa di interesse soprattutto a seguito dell'intervento delle Sezioni unite sulla delibabilità della sentenza del giudice straniero recante condanna al risarcimento di danni punitivi^[6]; e questo benché, com'è noto, la disciplina normativa del risarcimento del danno antitrust, così come racchiusa, sul punto, all'art. 1, co. 2° del d.lgs 19 gennaio 2017 n. 3, stabilisca senz'altro che «il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensozioni», in questo modo collocando in pieno il risarcimento del danno antitrust all'interno delle tradizionali coordinate della funzione compensativa della responsabilità civile^[7].

Le notazioni introduttive fin qui svolte sono di per sé sufficienti a rendere evidente le ragioni di interesse di una riflessione che selezioni, in relazione alla prospettiva evocata nel titolo di questo breve scritto, gli spunti di maggiore significato della questione del risarcimento del danno antitrust: riflessione che muoverà dalla verifica circa le possibilità ricostruttive offerte, in generale e nello specifico settore del risarcimento del danno antitrust, dal modello della responsabilità per violazione di norme di protezione, per poi volgersi, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal d.lgs 3/2017, ad alcune considerazioni sul modo in cui si inserisca nel sistema il rimedio risarcitorio che dallo stesso sembra accreditato.

2. Risarcimento del danno antitrust e norma di protezione

Nel solco di quanto da ultimo accennato, si delineano due questioni, la prima delle quali, che sarà affrontata in questo capitoletto, è attinente di nuovo ad una prospettiva ricostruttiva generale dell'istituto aquiliano, e cioè la stessa utilizzabilità, nell'ambito del sistema italiano di responsabilità civile, della tecnica dello *Schutzgesetz* o norma di protezione^[8]; mentre la seconda si interroga circa la possibilità di configurare in tali termini le norme racchiuse nella l. 287/90.

Dal primo punto di vista, si deve riconoscere che la mancata previsione, nel nostro sistema di responsabilità civile, di una regola analoga a quella del § 823 Abs. II BGB – che appunto introduce, quale ulteriore possibile criterio di valutazione del danno risarcibile, l'ipotesi in cui il comportamento dell'agente, pur non incidendo su uno dei beni specificamente protetti in sede aquiliana, violi una norma posta a protezione dell'interesse di un soggetto - non può certamente condurre di per sé alla conclusione che la tecnica della norma di protezione sia affatto estranea al nostro ordinamento. Del resto, l'art. 185 cp, laddove accolla all'autore di un illecito penalmente rilevante l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale o non patrimoniale che ne sia derivato, senza richiedere un'ulteriore qualificazione di ingiustizia di tale danno, sembra effettivamente riprodurre un assetto normativo analogo a quello che si realizza, nell'ambito del sistema tedesco, attraverso lo Schutzgesetz. E si è da tempo sottolineato in dottrina che la norma di protezione può costituire una tecnica di tutela di portata tendenzialmente generale ed antitetica a quella che si realizza attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi, negandosi anzi che tale tecnica possa vedere "appiattita" la propria funzionalità sulle sole ipotesi di rilevanza penale della condotta del danneggiante[9].

Peraltro, la presenza – all'interno del nostro sistema di responsabilità civile – della qualifica di ingiustizia come peculiare parametro di rilevanza del danno nel senso della sua risarcibilità impone a questo punto di interrogarsi sulla relazione che si instaura tra tale criterio di qualificazione del danno e "norme" dell'ordinamento, di per sé intese alla tutela di un bene giuridico irriducibile a schemi appropriativi tradizionali di un singolo individuo, ma con riferimento alle quali sia dato ravvisare altresì uno scopo di protezione di una sfera patrimoniale individuale: cosicché dalla loro violazione si possa desumere la conseguenza della risarcibilità, in favore del singolo individuo, del danno che ne discende.

In realtà, come è stato dimostrato, la tecnica dello Schutzgesetz, nell'ambito del sistema germanico di responsabilità civile, integra una clausola generale di responsabilità (o, come pure è stato detto, una "mini"clausola generale), volta a temperare - insieme alla previsione del § 826 BGB in materia di danno cagionato dolosamente ed in maniera contraria ai buoni costumi - la rigidità della tipicità enumerativa degli illeciti affermata dal § 823 Abs. I BGB[10]: pertanto, non sembrano sussistere ostacoli di rilievo al suo innesto in un sistema che – secondo una linea ricostruttiva per molti aspetti persuasiva[11] – deve essere definito in termini di tipicità evolutiva degli illeciti.

Si vuol dire che, se la tecnica della norma di protezione ha potuto essere inserita senza difficoltà all'interno di un sistema di responsabilità imperniato sull'Enumerationsprinzip, tanto più essa potrà trovare concreta utilizzazione nell'ambito di un sistema a tipicità evolutiva, come tale non vincolato appunto ad una enumerazione dei beni protetti in via aquiliana, ma in grado di dare ingresso alla tutela

risarcitoria tutte le volte che vi sia un indice normativo apprezzabile in tal senso^[12]: infatti, da questo angolo visuale, il requisito dell'ingiustizia del danno – posto dall'art. 2043 cc come generale parametro di valutazione del danno ai fini della sua risarcibilità – potrà essere ritenuto sussistente proprio a seguito dell'individuazione dello scopo di protezione della norma (come accade, ad esempio, nell'ambito del già citato art. 185 cp ovvero all'interno della previsione dell'art. 872 cc^[13]).

D'altra parte, la compatibilità della tecnica della norma di protezione con il nostro sistema della responsabilità civile è disposta empiricamente da alcune ipotesi nelle quali la giurisprudenza, ravvisando l'esistenza di una fattispecie di responsabilità aquiliana, ha finito per utilizzare, sia pure inconsapevolmente, proprio quella tecnica^[14]. Il riferimento è, in particolare, a due casi di responsabilità di organi di vigilanza (il Ministero dell'industria, condannato a risarcire il danno derivato ai risparmiatori a seguito delle attività delle società fiduciarie facenti capo al finanziere Sgarlata^[15], il Ministero della Sanità, chiamato a riparare il pregiudizio subito da soggetti che avevano contratto gravissime patologie a seguito del mancato o tardivo controllo espletato da parte di quest'autorità sulle modalità di produzione degli emoderivati^[16]), in entrambi i quali la ratio decidendi delle sentenze si fonda sull'accurata individuazione degli ambiti di protezione di discipline normative, all'apparenza destinate soltanto a presidio di un indifferenziato interesse pubblico, ma in effetti ritenute dalle pronunce in grado di sporgersi al di là di quel livello, assicurando rilevanza anche all'interesse del privato^[17].

3. Il danno antitrust tra specificità degli interessi tutelati e disciplina del codice civile

L'ulteriore aspetto dell'indagine è costituito dalla ricognizione degli interessi di cui la disciplina antitrust possa considerarsi presidio: snodo del discorso che ha trovato, in anni ormai non recenti, ampio sviluppo nell'ambito dibattito dottrinale e quello giurisprudenziale in materia, nel diritto italiano^[18], per poi approdare ad una soluzione che può dirsi ormai consolidata e che trova ulteriori elementi di riscontro normativo anche nel d.lgs 3/2017.

Si rammenterà che, sul punto, nella elaborazione dottrinale alla quale si è fatto cenno l'alternativa ricostruttiva era stata netta. Alla stregua di un primo indirizzo, in particolare, si era ritenuto che la disciplina antitrust «è dichiaratamente rivolta alla concorrenza, che come tale è categoria dell'impresa»^[19], da ciò traendosi il corollario che l'art. 33, 2° co., poc'anzi citato, dovesse vedere circoscritta la propria funzione alla individuazione del giudice competente: in altre parole, secondo questa impostazione «la dichiarata funzione processuale della norma non consente di attribuirle portata sostanziale», nel senso che «da essa non si possa ricavare il radicamento di una ipotesi nuova di responsabilità civile, diversa perciò da quella che può nascere per disciplina generale», mentre la norma dovrebbe essere interpretata «nel senso che, così come per la nullità, la competenza che essa attribuisce riguardo alle azioni di risarcimento del danno, si riferisce ai soggetti le cui condotte la legge

intende regolare per il danno che a taluno di essi possa derivare dalla violazione della disciplina medesima contenuta nella legge»[20]. Pertanto, in capo al consumatore finale non potrebbe dirsi instaurata «la situazione soggettiva necessaria...a comporre la fattispecie di responsabilità extracontrattuale, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno prevista dall'art. 2043 cc»[21].

Secondo un contrapposto orientamento dottrinale, invece, l'esclusione della posizione dei consumatori dal novero degli interessi tutelati dalla disciplina antitrust non sarebbe stata sostenibile alla luce della finalità sottesa al riconoscimento della libertà di impresa ex art. 41 Cost., riconoscimento che non sarebbe fine a se stesso, rappresentando, invece, lo strumento per consentire il raggiungimento del maggiore benessere collettivo, in coerenza con le coordinate fondamentali del pensiero liberale: in questa prospettiva, si dovrebbe affermare «la collocazione della legge antitrust fra le discipline che si legittimano costituzionalmente per la finalità di evitare che l'iniziativa economica privata si svolga in contrasto con l'utilità sociale» e sarebbe «coerente ritenere che, fra le ragioni di utilità sociale che giustificano i divieti antitrust alla libertà di comportamento delle imprese, vi sia l'interesse del consumatore a scegliere liberamente e consapevolmente nel mercato ed a massimizzare il proprio benessere»[22].

La considerazione della struttura normativa, oltre che della funzione, delle regole contenute nella l. 287/90 rendeva, in effetti, fin da subito più persuasiva la tesi che escludeva si potesse circoscrivere ai rapporti tra imprenditori il reticolo delle situazioni di interesse dalle stesse contemplate.

Appariva decisivo, in tale ordine di idee, e già prima dell'entrata in vigore del d.lgs 3/2017, il rilievo che la stessa sanzione di nullità delle intese in violazione della normativa antitrust costituisce il punto di emersione di una ratio normativa che trascende le tradizionali dinamiche «corporative» del diritto della concorrenza sleale[23] e rende evidente il configurarsi di quella disciplina normativa come «una serie di regole di diritto oggettivo che si impongono alle imprese nell'interesse collettivo al buon funzionamento del mercato»[24]: conclusione che è, del resto, rafforzata dalla previsione, di una sanzione di tipo affittivo che colpisce le intese vietate dalla norma[25].

Assunta questa premessa, il passo era breve, ed infatti è stato compiuto nei termini dei quali ora brevemente si dirà, per giungere ad affermare che la ratio di rilevanza sovraindividuale dell'interesse non si esaurisce in una generica esigenza di conservazione degli equilibri concorrenziali del mercato, appuntandosi, invece, e concretizzandosi, proprio sullo scopo di protezione dei consumatori, al soddisfacimento dei bisogni dei quali il mercato è, come sopra si osservava, funzionale.

Del resto, la consapevolezza che siano proprio i consumatori ad avere interesse, tra gli altri, se non soprattutto, a che la disciplina della concorrenza si svolga nel migliore dei modi, era propria anche della dottrina che escludeva, poi, che i consumatori stessi siano soggetti ai quali le disposizioni della l. 287/90 si applichi^[26]: senonché, una volta chiarito, alla stregua di un'interpretazione teleologica della legge, che la stessa era funzionale altresì alla tutela degli interessi dei consumatori, sarebbe stato solo un esplicito diniego, contenuto nella stessa, di legittimazione (sostanziale e processuale) dei consumatori ad avvalersi dei rimedi previsti da essa, che avrebbe consentito di circoscrivere lo scopo di protezione della medesima.

Non essendo tuttavia dato ravvisare un diniego di tale portata, si imponeva appunto la conclusione nel senso della configurabilità anche dei consumatori tra i soggetti destinatari della protezione somministrata dalle norme contenute nella l. 287/90. Questo è stato, infatti, l'esito ermeneutico cui è pervenuta, da tempo, la Corte di cassazione, affermando che «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»^[27].

Può pertanto convenirsi con quell'orientamento dottrinale^[28] che, già anni addietro, ravvisava tre categorie di soggetti, gli interessi dei quali possono dirsi pregiudicati da una condotta posta in essere in violazione della disciplina della l. 287/90: i concorrenti, in senso stretto, dell'impresa (o delle imprese) responsabili della condotta antiggiuridica, i loro fornitori ed utilizzatori ed infine i consumatori finali, orientamento dottrinale che trova, secondo una notazione largamente condivisa, una conferma sufficientemente univoca proprio nella direttiva 2014/104/UE e, poi, nella sua disciplina di attuazione^[29].

Naturalmente, il discorso appena tratteggiato si ricollega, una volta di più, al problema del ruolo che possa essere attribuito al private enforcement in materia antitrust^[30]: e da questo punto di vista la formulazione contenuta nell'art. 1 della direttiva 2014/104/UE, e ripresa nell'art. 1 del d.lgs 3/2017, secondo il quale la regolamentazione da esso introdotta si riferisce a «chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese» è stata interpretata nel senso che la stessa assolverebbe senz'altro un ruolo sociale, configurandosi, cioè, come un apprezzabile strumento di protezione sociale dei cittadini dell'Unione, accanto al diritto dei consumatori^[31].

Non mancano tuttavia, anche da ultimo, posizioni assai più scettiche circa l'effettiva idoneità degli strumenti della responsabilità civile ad essere utilizzati proficuamente quando si tratti di reagire a comportamenti posti in essere in violazione della disciplina normativa antitrust: da questo angolo visuale, si è sottolineato, ad esempio,

che le conseguenze dannose che possono scaturire da comportamenti posti in essere in violazione della disciplina antitrust possono essere «conseguenze indirette, frazionate, in parte attenuate da aggiustamenti, di difficile valutazione: dunque con le caratteristiche, per lo più, della lesione di interessi diffusi, contro la quale la responsabilità civile non è lo strumento più appropriato e comunque opererebbe con difficoltà»^[32].

Non sembra tuttavia che la posizione da ultimo evocata sia sostenibile fino in fondo in presenza delle soluzioni normative delineate dal d.lgs 3/2017, che, da un lato, rivendicano, come si è già più volte detto, un ruolo di significativa importanza per la responsabilità extracontrattuale nella costruzione del disegno complessivo della tutela a fronte delle violazioni della disciplina normativa antitrust, dall'altro, lo collocano in pieno all'interno della disciplina codicistica dell'istituto aquiliano anche per quello che concerne il problema, di particolare delicatezza nella prassi applicativa della materia^[33], della quantificazione del danno. Infatti, una delle caratteristiche della disciplina di attuazione della direttiva 2014/104/UE sulla quale è stato posto l'accento è proprio quella di avere ricondotto integralmente la regolamentazione della materia nell'ambito di quella dettata dal cc in punto determinazione del quantum risarcitorio, senza neanche raccogliere esplicitamente l'invito, pure formulato con la direttiva, a che gli Stati membri attribuissero ai giudici nazionali «il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'autore ha subito un danno, ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili»^[34]: questa esigenza non si poneva, infatti, concretamente proprio in relazione al fatto che il nostro sistema della quantificazione del danno contiene già una regola che attribuisce al giudice il potere di procedere alla liquidazione equitativa del danno e cioè, com'è ovvio, l'art. 1226 cc, puntualmente richiamato, accanto agli artt. 1223 e 1227 cc, all'art. 14, 1° co. d.lgs 3/2017.

Si può allora dire, volgendosi, a questo punto, alla conclusione del discorso, che la fisionomia della responsabilità civile per violazione della normativa antitrust che emerge dal d.lgs 3/2017, all'esito dell'evoluzione giurisprudenziale della quale si è cercato di dare molto sinteticamente conto in questa sede, è quella di una tecnica di tutela che si inserisce in pieno all'interno del sistema del codice civile: sia per quel che concerne il momento iniziale della valutazione del danno nel senso della sua risarcibilità, attraverso la concretizzazione del concetto di ingiustizia del danno affidata alla tecnica della norma di protezione, sia per quanto riguarda il momento finale della sua liquidazione, integralmente ricondotta alle corrispondenti regole del codice civile, al fine di assicurare l'obiettivo del pieno risarcimento contemplato dall'art. 1, co. 2° d.lgs 3/17.

[1] Cfr., per una ricostruzione delle linee generali del dibattito – particolarmente vivace fino alla fine del secolo scorso – circa l'alternativa, evocata nel testo, se il nostro

sistema di responsabilità civile sia costruito secondo la tecnica della clausola generale o della norma generale, ci si permetta il rinvio al nostro *L'ingiustizia del danno*, in *Tratt. Dir. priv. diretto da M. Bessone*, Torino, 2005.

[2] Così L. Nivarra, *La tutela civile: profili sostanziali*, *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi, Zanichelli, Bologna, 1993, II, pp. 1452 ss.

[3] Per questa conclusione, cfr. L. Nivarra, *Diritto antitrust*, cit., p. 1452, nt. 6

[4] Cfr. il considerando 45 della Direttiva, che prosegue osservando che: «La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento».

[5] Si vedano, per una prima individuazione delle linee di fondo della direttiva, G. Fonderico - M. Todino - E. Camilleri - C. Osti - M. Granieri - G. De Cristofaro - J. Drexl - B. Giliberti - M. Trimarchi - E. Arezzo - A. Giussani, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in *AIDA*, 2015, 1 - 1257; G. Pulejo, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/Ue*, in *Resp. civ. prev.* 2016, pp. 1082 ss.; G. Villa, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.* 2015, 3, p. 301.

[6] La letteratura sull'argomento è ormai vastissima; ci si permetta il rinvio, per una prima rilevazione dei temi che, da questo angolo visuale, vengono in discussione, ai nostri *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1120 ss.; *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, ivi, 2017, pp. 1109 ss.

[7] All'interno della disciplina del risarcimento del danno antitrust, la scelta di escludere l'ammissibilità di meccanismi di sovracompensazione appare di particolare interesse sistematico, perché la condanna al risarcimento del danno dell'imprenditore, il quale abbia posto in essere (per avere subito riguardo al tema specificamente oggetto delle riflessioni qui proposte) un'infrazione della disciplina antitrust, suscettibile di arrecare pregiudizio al consumatore finale, si risolve, altresì, in generale e dal punto di vista pratico, nella sottoposizione del responsabile ad un costo, destinato ad incidere sulla valutazione di convenienza dello stesso alla eventuale reiterazione dell'illecito: e produce, dunque, un effetto, se non specificamente sanzionatorio, certo configurabile in termini di deterrenza quanto alla ripetizione del comportamento vietato dalla norma. Su questi aspetti, ci si permetta il rinvio al nostro *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 727 ss. In sede di primo commento sul d.lgs 3/2017, osserva G. Villa, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., p. 442, che, con la precisazione contenuta nell'art. 1, comma 1° del d.lgs 3/2017, nel solco

dell'espressa negazione, contenuta nella Direttiva, di ogni forma di "risarcimento punitivo" o "multiplo" (art. 3, comma 3, Direttiva), si sono conservate «all'azione le caratteristiche proprie di un rimedio destinato alla compensazione del danno, come è nella tradizione del diritto continentale della responsabilità civile, scartando così soluzioni di oltre oceano che fanno leva sulla triplicazione del risarcimento quale forte incentivo per privati affinché si sobbarchino i costi ed i rischi delle cause». Sull'approccio compensativo al risarcimento del danno, cfr. anche C. Carli, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel d. lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pisa, 2017, pp. 195 ss.

[8] Si veda, sul punto, quanto osservato da C. von Bar, *Gemeineuropäische Deliktrecht*, I, Muenchen, 1996, pp. 34 ss., il quale tende a svalutare - nella prospettiva della sua ricognizione comparata della struttura dei vari sistemi di responsabilità civile dei paesi europei - la circostanza che taluni contengano un esplicito meccanismo normativo che ricollegghi la conseguenza dell'obbligo risarcitorio alla violazione di *ausserhalb ihrer selbst liegenden gestzlichen Bestimmungen*, mentre altri non utilizzino espressamente una tecnica del genere.

[9] Cfr. A. di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, Riv. crit. dir. priv., 1983, pp. 306 ss. Non sembra peraltro che l'intuizione, indubbiamente feconda, di quest'A. sia stata sviluppata nell'elaborazione dottrinale successiva: e ciò non può che destare sorpresa, ove si consideri che, come si vedrà infra nel testo, sovente la giurisprudenza ha fatto invece ricorso ad una tecnica di giudizio molto prossima a quella della "norma di protezione". Si considerino ad esempio, nell'ambito delle opere di carattere generale, Alpa, *La responsabilità civile*, cit., e M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, Comm. Scialoja - Branca - Galgano (Bologna - Roma 1993), alla cui impostazione pare radicalmente estranea ogni indagine sulla possibilità di utilizzare nel nostro sistema giuridico la tecnica della norma di protezione; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Cedam, Padova, 2005, la quale dedica un cenno al problema (p. 425), ma soltanto nella prospettiva dell'analisi del sistema tedesco. Maggiore attenzione dedica alla questione P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Giappichelli, Torino 1998, p. 225, nell'ottica della lettura dell'ingiustizia come "una teoria complessa", ma accreditando la tesi - che non pare invece condivisibile - secondo cui tali norme potrebbero anche essere di fonte soltanto giurisprudenziale,

[10] Cfr., sul punto, C.W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, Riv. crit. dir. priv., 1983, pp. 572 ss.

[11] Si allude alla ben nota posizione di C. Castronovo, per la quale cfr., ad esempio, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, pp. 6 ss.

[12] Sulla base degli argomenti esposti nel testo, riteniamo pertanto di modificare, in parte, l'impostazione che avevamo sviluppato nel nostro *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 727, cit., dove ci era parso che fosse pur sempre necessario, per integrare il requisito di ingiustizia del danno, che il fatto posto in violazione di norme antitrust, determinasse altresì la violazione di una specifica situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento.

[13] Disposizione che costituisce, infatti, uno dei "luoghi" classici di ogni riflessione su tecniche di tutela risarcitoria che non si risolvono nell'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive.

[14] Sempre che non si ritenga di poter qualificare quei casi, secondo quanto è stato prospettato di recente ed in generale con riferimento alla responsabilità civile della Pubblica amministrazione, in termini di inadempimento di un obbligo di protezione: si veda, *infra*, per l'illustrazione dei momenti principali di tale tentativo ricostruttivo.

[15] Cfr. App. Roma, sentenza del 20 giugno 1994, *Giur. It.*, 1995, I, 2, p. 837, con nota di R. Weigmann.

[16] È la notissima decisione di Trib. Roma, 27 novembre 1998, *Foro It.*, 1999, I, pp. 313 ss., con nota di richiami di U. Izzo.

[17] Senza poter qui affrontare, e neppure documentare attraverso un adeguato apparato di citazioni, un problema che meriterebbe ovviamente un'autonoma, specifica indagine, ci sembra che - a voler ragionare della responsabilità civile della Pubblica amministrazione in termini di responsabilità aquiliana - la presa di posizione delle Corte di cassazione a Sezioni unite (si tratta della notissima sentenza 22 luglio 1999 n. 500/Su: vedila, tra i moltissimi altri luoghi, in *Europa dir. priv.*, 1999, pp. 1221 ss., con note di S. Agrifoglio, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione* e di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*), incline ad accreditare il danno ingiusto come clausola generale da intendersi come danno non jure avrebbe forse potuto più solidamente ispirarsi alla teorica della norma di protezione.

[18] Cfr., in particolare, i contributi di C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 5/2004, pp. 469 ss.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, 12/2004, pp. 1165 ss.; Id., *Sezioni più unite che antitrust*, nota a Cass. S.U. 4-2-2005 n. 2207, in *Europa dir. priv.*, 2005, pp. 444 ss.; M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 10/2004, pp. 933 ss.; Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, 3/2005, pp. 237 ss.; G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da*

esplorare, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 479 ss.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, pp. 321 ss.; G. Vettori, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, pp. 330 ss.; A.M. Azzaro, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti a danno del consumatore*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, pp. 339 ss.

[19] Così C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 469.

[20] In questi termini ancora C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., loco cit.

[21] Cfr. C. Castronovo, op.cit., 470, con specifico riferimento critico alla tesi, sostenuta – prima della messa a punto della materia ad opera della sentenza delle Sezioni unite della quale si è già fatto cenno – da una parte della giurisprudenza della Suprema corte (si veda, in particolare, Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, in *Danno e responsabilità*, 2003, pp. 1067 ss.) secondo la quale l'accordo in violazione della disciplina antitrust dovrebbe ritenersi nullo, mentre i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo manterrebbero la loro validità e darebbero luogo soltanto ad azioni di risarcimento.

[22] Così M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., p. 935.

[23] Cfr., sul punto, M. Libertini, op. ult. cit., p. 936.

[24] Così, di nuovo, M. Libertini, op. loc. cit.

[25] Come sottolinea M. Libertini, op. cit., p. 935.

[26] Così, infatti, C. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*, cit., p. 445.

[27] Cfr. Cass. sez.un. 4 febbraio 2005 n. 2207, in *Foro It.*, 2005, I, pp. 1014 ss. nonché in *Europa e dir. Priv. cit.*, pp. 435 ss. Nello stesso senso, più di recente, Cass. 2 febbraio 2007 n. 2305, in *Corr. Giur.* 2007, pp. 641 ss., con nota di S. Bastianon.

[28] Il riferimento è ancora all'indagine di L. Nivarra, *La tutela civile cit.*, pp. 1454 s.

[29] Cfr., sul punto, in particolare, G. Pulejo, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/Ue*, cit., 1086, la quale nota che «il riconoscimento di un'ampia platea di soggetti tutelati dal diritto antitrust si iscrive perfettamente nella lunga evoluzione della giurisprudenza europea», posto che «già nel 2001 la celebre sentenza *Courage* aveva sancito il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno derivante da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare

il gioco della concorrenza». Cfr. anche, in epoca più risalente, E. Scoditti, *Il consumatore e l'antitrust*, in nota a Cass. 9 dicembre 2002 n. 17475, in *Foro it.*, 20013, I. 1, pp. 1127 ss., per alcuni spunti sulla rilevanza anche in materia degli elementi di novità introdotti dalla sentenza Cass. sez. un. 500/99.

[30] Afferma, da ultimo, R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico*, e dove trovarlo, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, cit., 15, con accenti di scetticismo sul ruolo del private enforcement in materia, e che rimandano anche al problema generale delle funzioni della responsabilità civile, che «il private enforcement della disciplina antitrust dovrebbe essere in grado di vendicare torti con le caratteristiche su indicate: dispersione su grande numero di vittime, con incidenza individuale sovente limitata, ma portata complessiva a tanti zeri. Quello capace di sortire un risultato di tal fatta e, all'evidenza, un animale fantastico. Che non abita, e con ogni probabilità non abiterà dalle nostre parti. Come si è già anticipato, chi voglia proprio trovarlo deve rassegnarsi a traversare l'Atlantico». La posizione di questo Autore sembra evocare, per certi aspetti, quella di P. Trimarchi, della quale si dirà infra, nota 32.

[31] Cfr., sul punto, M. Barcellona, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium.it.*, il quale sottolinea – e si tratta di rilievo importante anche al fine di delimitare puntualmente l'ambito di operatività in materia dell'istituto della responsabilità civile – che la ratio sociale in questo modo individuata per la disciplina antitrust «non sempre attraversano la responsabilità civile e, comunque, mai la attraversano in un modo che possa sensatamente investire il pregiudizio subito dal consumatore per essersi ritrovato a concludere un contratto a condizioni diverse e peggiori di quello che avrebbe concluso in una condizione di “concorrenza perfetta”».

[32] Cfr. P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 238.

[33] Alla luce della considerazione, anche da ultimo proposta in dottrina, secondo la quale «gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza non sono (direttamente) osservabili. Il solo scenario osservabile è quello nel quale avviene (o che incorpora) la condotta»: così C. Carli, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust ecc.*, cit., p. 205.

[34] Cfr. l'articolo 17 comma 1 della Direttiva.