

ISTITUTO DI DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE
Sezione del Dipartimento di scienze giuridiche della Sapienza, Università di Roma
I.S.DI.T. — ISTITUTO PER LO STUDIO DEL DIRITTO DEI TRASPORTI
ANNO XXX - N. 1



DIRITTO DEI TRASPORTI 2017

1988-2017
30 anni del “Diritto dei Trasporti”



RIFLESSIONI CRITICHE (E CONSIDERAZIONI PRATICHE) SULL'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

RAFFAELE CAVANI

1. — Quasi trent'anni, e non sono affatto volati. La mia *madeleine* della nascita del «Diritto dei trasporti» è un viaggio ferroviario per Roma, per una delle prime riunioni della rivista. In quell'aula dell'Istituto di diritto della navigazione della Sapienza ho conosciuto nuovi amici, un club di intelligenze serie ma non seriose, rigore analitico, metodo scientifico, la capacità di affrontare temi alti con leggerezza e ironia. E ho imparato che uno dei lussi della ricerca è anche il piacere del paradosso e di potere variare su spartiti tradizionali. Questo intervento vuol essere anche un tributo a quell'antica lezione.

2. — L'abuso di dipendenza economica, disciplinato dall'art. 9 legge n. 192/1998 (c.d. legge Subfornitura) ⁽¹⁾, è una regola di applicazione generale,

⁽¹⁾ «*Abuso di dipendenza economica* — 1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. 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. / 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. / 3. Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. / 3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della l. 10 ottobre 1990 n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della l. 10 ottobre 1990 n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lg. 9 ottobre 2002 n. 231, posta

non limitata ai soli rapporti di subfornitura, finalizzata a tutelare la correttezza e la buona fede nei rapporti contrattuali tra imprese ⁽²⁾. In estrema sintesi, presuppone l'esistenza di un contratto, di una situazione di dipendenza economica in un rapporto contrattuale tra imprese, e l'abuso che di tale situazione venga compiuto da parte dell'impresa forte, vale a dire di quella che possa determinare un eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali delle parti. Nata con la finalità di contrastare lo strapotere economico delle imprese economicamente preminenti (ma non necessariamente dominanti) e attrezzata per fornire uno strumento di tutela contrattuale al soggetto economicamente dipendente (ma non necessariamente al consumatore finale), è stata ritenuta astrattamente configurabile in una moltitudine di settori, tra i quali la concessione di vendita ⁽³⁾, il *franchising* ⁽⁴⁾, l'appalto ⁽⁵⁾ e il trasporto ⁽⁶⁾. È quindi corretto ritenere che si possa applicare sostanzialmente a tutti i rapporti di collaborazione tra imprese, sia nella fase della produzione, sia nella fase della distribuzione ⁽⁷⁾.

Questa impostazione contrattual-privatistica è stata ampliata dal legislatore del 2001, che ha introdotto nell'art. 9 Subfornitura il comma 3-*bis*, pre-

in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

⁽²⁾ Tra le altre, in questi termini: Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Foro it.* 2002, I, 2178; Trib. Taranto 17 settembre 2003, in *Foro it.* 2003, I, 3440; Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Riv. dir. comm.* 2004, II, 1; Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Danno e resp.* 2004, 426; Trib. Trieste 21 settembre 2006, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 2109; Trib. Torre Annunziata 30 marzo 2007; Trib. Torino 21 novembre 2013, in *Foro it.* 2014, I, 610; Trib. Massa 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014; Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro it.* 2015, I, 3344. In giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. un., 25 novembre 2011 n. 24906, in *Giust. civ.* 2013, I, 739, e Cass. 16787/2014.

⁽³⁾ Cfr. fra le altre, Trib. Torino 12 marzo 2010, in *Foro it.* 2011, I, 271 (con nota di PALMIERI); Trib. Torino 21 novembre 2013, *cit.*

⁽⁴⁾ Cfr. fra le altre, Trib. Taranto 17 settembre 2003, *cit.*; Trib. Trieste 21 settembre 2006, *cit.*; Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Giur. merito* 2006, 2149. V. anche V. FARINA, *Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, in *Obbligazioni e contratti* 2011, 806.

⁽⁵⁾ Trib. Roma 30 novembre 2009, in *Foro it.* 2011, I, 256.

⁽⁶⁾ Trib. Forlì 27 ottobre 2010, in *Foro it.* 2011, I, 1578.

⁽⁷⁾ Cfr. *ex multis*: Trib. Bari 6 maggio 2002, *cit.*; Trib. Roma 5 novembre 2003, *cit.*; Trib. Catania 5 gennaio 2004, *cit.*; Trib. Isernia 12 aprile 2006, *cit.*; Trib. Trieste 21 settembre 2006, *cit.*; Trib. Roma 5 febbraio 2008 n. 2688, in *Giur. merito* 2008, 2248; Trib. Parma 15 ottobre 2008, in *Obbl. e contratti* 2009, I, 77; Trib. Roma 30 novembre 2009, in *Foro it.* 2011, I, 256; Trib. Bassano del Grappa 2 maggio 2013, in *Giur. comm.* 2015, II, 774; Trib. Vercelli 14 novembre 2014, *cit.* In giurisprudenza di legittimità, V. Cass., sez. un., 25 novembre 2011 n. 24906, *cit.*

vedendo poteri di diffida e di sanzione del Garante della concorrenza nei casi in cui l'abuso assuma rilevanza appunto anche nell'ottica della tutela del mercato e della concorrenza. Un successivo intervento legislativo, dettato in materia di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, ha ulteriormente innovato sul tema, disponendo che in caso di violazione reiterata e diffusa del d.lg. 231/2002 ai danni delle imprese (in specie quelle piccole e medie) l'abuso si configuri a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica.

Anche dopo molti anni dalla sua entrata in vigore, e malgrado sembri di intuitiva interpretazione, l'art. 9 Subfornitura rimane tuttavia per numerosi aspetti una norma ambigua, specie sotto il profilo delle sue applicazioni pratiche. La sua intrinseca ambiguità deriva anche, a mio parere, dalla sua natura paradossalmente eversiva. Nata per consentire una più effettiva tutela contrattuale al contraente ritenuto debole, si presta in teoria a venire brandita come strumento sostanzialmente ricattatorio (e quindi intrinsecamente abusivo) da parte degli stessi soggetti che il legislatore intendeva proteggere, con una possibile inversione di ruoli tra soggetto abusante e soggetto abusato.

3. — Norma di travagliata genesi, l'abuso di dipendenza economica è semisepolto tra i titoli di coda della legge Subfornitura. È divenuto con il tempo una sorta di ornitorinco giuridico, con una originaria anima privatistica progressivamente contaminata (dopo le novelle del 2001 e del 2011) da influenze pubblicistiche, caratterizzate dai poteri istruttori e di intervento attribuiti all'Autorità garante della concorrenza, «anche su segnalazione di terzi» (art. 9.3-*bis*). Già la rubrica — «abuso di dipendenza economica» — sembra evocare una specie di *cover* all'incontrario dell'art. 3 della legge n. 287/1990 (c.d. legge Antitrust), ove l'abuso di dipendenza economica sembrerebbe essere, in soldoni, un abuso di posizione dominante visto dalla prospettiva dell'agnello. In questa prospettiva di tutela della parte negoziale debole, il giudice ordinario è competente a conoscere delle azioni esperibili a correzione dell'eccessivo squilibrio contrattuale, incluse quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. In parallelo, questa tutela contrattuale coesiste con il ruolo dell'Autorità garante, che può agire *ex officio* o su segnalazione di terzi qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica rilevi per la tutela della concorrenza e del mercato.

La norma ha quindi nel tempo sviluppato due registri interpretativi: da un lato quello tradizionale, contrattual-privatistico, rimesso all'impulso della parte che si pretende abusata, e che si risolve sostanzialmente in una de-

clinazione dell'obbligo di buona fede nella conclusione ed esecuzione del contratto. Dall'altro, quello più marcatamente pubblicistico, che affida all'autorità regolamentare il potere-dovere di garantire (anche su impulso di terzi) che il rapporto contrattuale negoziato e concluso tra le parti non risulti illegittimo né lesivo del corretto gioco della concorrenza.

4. — Se l'obiettivo sistematico del legislatore era quello di proteggere il contraente debole, nessun dubbio che l'arsenale di tutele giuridiche disponibili sia stato ben articolato: declaratoria di nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica; azioni inibitorie e risarcitorie a tutela del soggetto «economicamente dipendente»; in ogni caso, il fantasma del possibile abuso di posizione dominante e dell'intervento dell'AGCM, in alcuni casi anche indipendentemente dall'accertamento della effettiva esistenza di una dipendenza economica.

Dopo quasi vent'anni, ci si può interrogare se tanto spiegamento di forze non sia stato forse eccessivo, posto che la effettiva carriera di questa norma non sembra mai essere stata all'altezza delle originarie ambizioni. Se l'art. 9 Subfornitura doveva essere il fratello «contrattuale» dell'art. 3 Antitrust, con la funzione di consentire la possibilità di un riequilibrio giudiziale delle situazioni nelle quali un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti contrattuali con un'altra impresa, un «eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» (art. 9.1), forse già la scelta terminologica della rubrica dell'art. 9 può essersi prestata a qualche equivoco e avere occasionato una certa freddezza applicativa da parte della giurisprudenza. In altre parole, siamo davvero sicuri che l'art. 9 tuteli (solo) la parte debole di un rapporto contrattuale?

Se il presupposto necessario dell'abuso di dipendenza economica è l'esistenza di un contratto (a differenza di quanto accade per l'art. 3 Antitrust), forse sulla scacchiera manca qualche pezzo. Il comma 3-bis dell'art. 9 Subfornitura esordisce dando per assodata («ferma restando») la possibile applicabilità dell'art. 3 Antitrust: opera una specie di selezione delle norme di concorrenza comunque applicabili, ma non cita invece l'art. 2 Antitrust (pratiche concordate che limitano la concorrenza). Forse perché si tende ad escludere che il contraente debole sia anche solo in parte (co)responsabile della situazione abusiva alla quale ha comunque in qualche modo contribuito, con la propria volontaria accettazione del contratto (per quanto squilibrato)? O forse perché, evocando anche l'art. 2 Antitrust, si sarebbe dato ingresso alla intricata teoria delle possibili esimenti all'accordo anticoncorrenziale (che, come noto, l'art. 4 Antitrust prevede per il solo caso di intese

restrittive della libertà di concorrenza), depotenziando quindi la mannaia della nullità, prevista dall'art. 9.3 Subfornitura?

Forse è lecito interrogarsi sulla effettiva ragionevolezza della norma, in termini di applicazioni pratiche. In primo luogo, non è chiaro chi effettivamente abusi della dipendenza economica di chi (l'abusante o l'abusato?)⁽⁸⁾. Inoltre, la norma prevede la sanzione della nullità per «il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica» (così l'art. 9.3). Ma in cosa consiste davvero il «patto» potenzialmente nullo? Si tratta di tutto il contratto (ad esempio, di *franchising* o di concessione di vendita o di trasporto) stipulato tra le parti? O si tratta di censurare soltanto una specifica disposizione, per garantire la eventuale conservazione del contratto *ex* art. 1367 c.c.? O non è invece l'intero rapporto di forza economica tra le parti contraenti — che costituisce la premessa ontologica perché si concreti il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica — a poter essere messo in discussione?

Mi sembrano interrogativi non scontati, malgrado in giurisprudenza si tenda pavlovianamente a fare coincidere la nozione di «patto» con quella di contratto. Ma se così è, la sanzione radicale della nullità (e non già della annullabilità ad istanza di parte) postulerebbe che il negozio mancasse di uno dei requisiti essenziali, ovvero fosse contrario a norme imperative, o comunque illecito. Non sarà troppo zelo, visto che anche il contraente debole (che non è, nel caso della Subfornitura, un consumatore *naïf*, bensì un imprenditore professionale) ha pur sempre manifestato la propria volontà di stipulare un accordo, presumibilmente dopo averne valutato le relative implicazioni e conseguentemente risolto per la sua sostanziale convenienza?

E, soprattutto, non è una situazione potenzialmente inefficiente in chiave di diritto della concorrenza, perché consentirebbe a uno dei contraenti (e non mi pare necessariamente soltanto alla parte economicamente dipendente) di staccare la spina a orologeria, allorché ritenesse di non avere più interesse o convenienza economica a permanere nel vincolo contrattuale?

5. — Ammetto che è una lettura maliziosa, ma se accettiamo il piacere del paradosso, dobbiamo andare fino in fondo; e ciò potrebbe avere conseguenze pratiche notevoli. L'esperienza insegna infatti che le imprese «eco-

(8) La letteratura in materia di abuso di dipendenza economica è sterminata. Per tutti, e senza pretesa di esaustività, M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.* 1999, 4, 191; B. TASSONE, *Unconscionability e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.* 2001, 527; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

nomicamente dipendenti» sono spesso tali appunto perché non hanno «reali possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». È questo spesso il caso, ad esempio, dei rapporti di affiliazione commerciale, ove lo squilibrio dei rapporti di forza negoziale tra *franchisor* e *franchisees* è paradigmatico, ma tuttavia non impedisce ai *franchisees* di fare la fila per candidarsi ad entrare a fare parte di *network* dal forte *appeal* commerciale, che possono garantire validi ricavi economici. Considerazioni analoghe valgono per i rapporti di concessione di vendita, ove il concessionario trae lustro e profitto economico dal proporsi come rivenditore di marchi pregiati e lucrativi del concedente. In queste situazioni, è dato di comune esperienza che fino a che la parte forte onori il contratto (per quanto squilibrato) e perduri la bonanza economica per la parte debole, quest'ultima si asterrà dal denunciare l'impresa economicamente preminente e farà buon viso a cattivo gioco, almeno fino a quando non subirà un improvviso recesso, una risoluzione o il rifiuto di rinnovare il rapporto contrattuale.

In quel momento, l'impresa economicamente dipendente potrà schierare le armi dell'art. 9, *in primis* le azioni inibitorie e quindi quelle risarcitorie. Ma se l'ordinamento giuridico sanziona come nulli (e non semplicemente come annullabili) i patti abusivi, ci si può interrogare se — in linea di principio — non possa realizzarsi anche lo scenario opposto, vale a dire che sia la stessa impresa in posizione di supremazia economica a denunciare la nullità del patto; lungi dall'essere un limite contrattuale, la dipendenza economica della controparte sarebbe un mero *quid facti*, che vincolerebbe la parte preminente e la esporrebbe comunque al rischio di ritorsioni.

6. — Non meno perplessi lascia l'assenza di parametri per accertare l'effettiva esistenza di una situazione di dipendenza economica: la legge non offre infatti ricostruzioni sistematiche e si limita ad esemplificazioni. Secondo l'art. 9.1 Subfornitura, «si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi». La stessa norma aggiunge che questa situazione è valutata «tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Analogamente a quanto avvenuto in altri ordinamenti giuridici ⁽⁹⁾, il legislatore nazionale sembra avere privilegiato un approccio empirico, in

⁽⁹⁾ Ad esempio, L-420-2(2) del codice di commercio francese, che non detta limiti quantitativi e impone una disamina caso per caso, per determinare l'effettiva esisten-

quanto non ha ritenuto opportuno fissare soglie di (ir)rilevanza quantitativa. Neppure la giurisprudenza ha suggerito criteri di valutazione oggettivi (ad esempio in termini di rilevanza del fatturato dell'impresa dipendente rispetto a quella prevalente) ⁽¹⁰⁾, contrariamente a quanto è stato invece ampiamente sviluppato dalla giurisprudenza comunitaria per definire i parametri della nozione di dominanza sul mercato ⁽¹¹⁾. Ciò ha favorito alcune discutibili interpretazioni da parte di alcune corti di merito, che hanno ritenuto la nozione di dipendenza economica una funzione della mera valutazione dimensionale delle parti in causa, senza ulteriori approfondimenti in ordine all'assetto contrattuale esistente tra le stesse ⁽¹²⁾.

Si tratta quindi, a mio parere, di una disposizione intrinsecamente ambigua sotto molteplici profili. Un certo squilibrio di forza contrattuale è *naturaliter* implicito nella generalità dei negozi giuridici, e questo dato di fatto è tollerato dall'art. 9 Subfornitura. Ma è tollerato soltanto fino a che non «sia in grado di determinare» uno squilibrio definito come «eccessivo». Il distinguo terminologico del legislatore induce quindi a considerare che la soglia della astratta punibilità sia anticipata allo stadio della potenzialità, cioè alla mera idoneità a creare le condizioni per un assetto negoziale ritenuto antiggiuridico. Si tratta, a ben vedere, di una formulazione potenzial-

za di una situazione di dipendenza economica. Cfr., tra le altre, Consiglio della concorrenza, n. 1-D-49 del 31 agosto 2001, LawLex200203430JBJ; n. 02-D-77 del 27 dicembre 2002, LawLex20030000715JBJ. In *Reims Bio*, Consiglio della concorrenza, n. 04-D-26 del 30 giugno 2004 (confermata dalla Corte di appello di Parigi del 25 gennaio 2005; Corte di cassazione francese del 28 febbraio 2006), l'abuso di dipendenza economica venne ravvisato nel caso di una impresa il cui fatturato dipendeva per circa il 90% da un singolo fornitore. In dottrina, L. VOGEL-J. VOGEL, *Abuse of Dominance under French Law: Desirable Evolutions*, in *The European Antitrust Review* 2012, 1. Non dissimile la situazione nella legislazione tedesca, che tratta il tema dell'abuso di dipendenza economica nel § 2082 GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). La giurisprudenza tedesca distingue tra differenti tipi di dipendenza economica, a seconda che essa derivi da una linea di prodotto o da un marchio particolarmente forte (tra le altre, caso *Rossignol*, Corte federale, 1976, WuW/E 1391, 1393 ss.); ovvero da una situazione di dipendenza relativa al tipo di *business* esercitato; ovvero derivi da scarsa disponibilità di prodotto; ovvero da considerazioni di natura tecnica.

⁽¹⁰⁾ Trib. Bergamo 4 gennaio 2017, *inedita*. Il giudice cautelare ha ritenuto che una incidenza pari al 25% generato dal fatturato dell'impresa concedente, in assenza di esclusiva, fosse insufficiente a determinare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica.

⁽¹¹⁾ Per tutte, tra le numerose altre, i leading cases: *United Brands Company and United Brands Continental BV c. Commissione*, causa 27/76 [1978] ECR 207; *Hoffman-La Roche & Co AG c. Commissione*, causa 85/76 [1979], ECR 461.

⁽¹²⁾ Così, ad esempio, Trib. Bari 6 maggio 2002, *cit.*

mente addirittura più severa della lettera dell'art. 3 Antitrust, che non prevede valutazioni ipotetiche (tutte le condotte vietate sono infatti declinate all'indicativo).

Non meno ambiguo sembra l'aggettivo «eccessivo», con il quale l'art. 9.1 Subfornitura qualifica lo squilibrio contrattuale determinato dalla dipendenza economica di una parte. È evidente che il termine eccessivo allude a una situazione che supera la normalità e postulerebbe la necessità logica di un termine di raffronto (quantitativo o qualitativo). Nel silenzio della norma, l'interprete è tenuto ad una disamina che, per essere effettiva, non può che essere condotta caso per caso e, come tale, ben difficilmente può essere assunta a standard paradigmatici di riferimento. Quali sono, dunque, i confini dell'«eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi»? Una parte della giurisprudenza ha fatto riferimento ai criteri dimensionali delle parti contraenti, e fatto coincidere la parte tiranna con quella economicamente più forte. Pur se ideologicamente suggestiva, mi pare che questa impostazione rischi di fondarsi su un postulato indimostrato (e anzi spesso smentito dall'evidenza pratica). Quanto meno ugualmente credibile, come alternativa, può forse essere il criterio della rispettiva forza contrattuale specifica, la fungibilità o meno della prestazione fornita, e, appunto, il grado di sostituibilità con «alternative soddisfacenti»; o ancora, il rapporto tra la quota di mercato in termini assoluti dell'impresa forte e l'incidenza relativa sul fatturato della impresa debole ⁽¹³⁾.

La legge enumera in maniera non tassativa le possibili fattispecie di abuso e specifica che esso «può anche consistere nel rifiuto di vendere o di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto». Questa formulazione sembra riecheggiare l'elencazione compilativa dell'art. 3 Antitrust: in quel caso si legge che «è inoltre vietato», qui invece l'abuso può consistere «anche» (e quindi non solo) in una serie di condotte tipizzate. A mio avviso, tuttavia, il parallelismo finisce qui: la fatti-

⁽¹³⁾ Interessante, in quest'ottica, la tavola sinottica in P. KELLEZI, *Abuse below the Threshold of Dominance?*, in *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, vol. 5, 2008, 71, ove si ricostruisce il rapporto tra quota di mercato in termini assoluti e l'incidenza del fatturato sulla impresa economicamente dipendente in alcuni casi europei. Ad esempio, in *Rossignol* (Germania), a fronte di una quota di mercato assoluta dell'8% della impresa prevalente, la porzione di fatturato della dipendente era solo del 3% (da qui la conclusione dell'assenza di una situazione di dipendenza economica); in *ABG/Oil* (di rilevanza comunitaria), le percentuali erano rispettivamente del 26% e del 75% (da cui si evince la sussistenza di una dipendenza economica, pur in assenza di una dominanza di mercato); in *Carrefour/Promodes* (pure di rilevanza comunitaria), le percentuali erano del 25% e del 22% rispettivamente (e l'ultimo dato configura la soglia di rischio della dipendenza economica).

specie *antitrust*, come noto, richiede e postula l'esistenza di determinate quote di mercato, definite da copiosa e risalente giurisprudenza, mentre non risulta che una analoga verifica sia richiesta per l'applicazione dell'art. 9 Subfornitura.

Probabilmente l'art. 9 Subfornitura pecca per eccesso, in quanto richiede al soggetto che ha subito l'abuso un onere della prova estremamente gravoso. A ben vedere, le stesse condotte abusive (ad esempio, un recesso *ad nutum* da un rapporto di concessione pluriennale) potrebbero rilevare, se non alla luce dell'art. 9 della legge n. 192/1998, quantomeno alla luce della teoria della buona fede e dell'abuso del diritto in generale. A far tempo dal *leading case* della Cassazione n. 20106/2009 (il c.d. caso degli *ex* concessionari Renault), la giurisprudenza di legittimità ha affermato la possibilità di un sindacato giudiziario dell'atto di autonomia privata, nell'ottica di pervenire ad un bilanciamento o equilibrio degli interessi contrapposti ⁽¹⁴⁾.

Inoltre, il *key test* della dipendenza economica è duplice: non devono esistere «alternative soddisfacenti»; e la parte debole non deve avere una reale possibilità di reperirle sul mercato. *Quid iuris*, ove la parte abusata non si attivi per ricercare alternative, ma si limiti a constatare che nessuna delle opzioni astrattamente possibili non sia qualificabile come soddisfacente? Posto che il termine soddisfacente è intrinsecamente opinabile, rimette sostanzialmente il giudizio alla valutazione soggettiva *ex post* della parte abusata; la variabile soggettiva è evidentemente insita in questa analisi quantitativa-qualitativa. Ancora una volta, la vaghezza terminologica può generare mostri pratici: è ad esempio da considerare soddisfacente il riaccasarsi con un committente dal *brand* meno prestigioso, ma che garantisca un maggiore fatturato o una più stabile durata contrattuale (ovvero l'inverso)? O se invece si accettasse una versione minore dell'aggettivo, come improprio sinonimo di «non deteriore», quale sarebbe il limite (quantitativo o qualitativo) oltre il quale non sarebbe più possibile parlare di «alternativa soddisfacente»? E, da ultimo, indipendentemente dalle interpretazioni semantiche, se per qualsiasi motivo (inclusa ad esempio la eventuale specificità e non sostituibilità della impresa forte) non ci fossero *tout court* alternative disponibili? Una possibile conseguenza sarebbe, a mio avviso, devastante in ter-

(14) Con peculiare riferimento all'ipotesi del recesso, si evidenzia la necessità di una procedimentalizzazione dell'atto, che si sostanzia nella previsione di trattative, nel riconoscimento di indennità, ecc. Non è quindi in discussione la libertà del concedente di svincolarsi dal contratto, per ridisegnare la propria rete di vendita, optando per un altro concessionario, ma si tratta anche di garantire la controparte, consentendole a sua volta di riorganizzarsi, entro un congruo periodo di tempo. In termini, cfr. Trib. Bergamo, ord. 4 gennaio 2017, inedita.

mini di compressione della libertà di impresa: il soggetto forte sarebbe costretto a rimanere imprigionato a tempo indeterminato in un rapporto contrattuale nel quale non avrebbe più volontà o interesse a rimanere, con probabili profili anche di illegittimità costituzionale.

7. — Neppure sotto il profilo delle applicazioni pratiche, l'art. 9 Subfornitura sembra uno strumento di sicura efficacia, soprattutto per quanto riguarda le misure cautelari. In effetti, l'art. 9 richiede un onere probatorio molto gravoso per il contraente debole. In primo luogo, che lo stato di dipendenza economica esista al momento della conclusione del contratto («si trova», art. 9.1), mentre la norma sembra essere silente rispetto alla possibilità che tale situazione si sviluppi nel corso della evoluzione contrattuale, con plausibili incertezze in merito alla rilevanza o meno di una situazione *in progress*. In secondo luogo, si richiede la prova della mancanza di «alternative soddisfacenti», e frequentemente anche della non riconvertibilità degli investimenti specifici fatti a favore della impresa prevalente.

Inoltre, spesso la cura cautelare rischia di creare situazioni non meno abnormi di quelle alle quali si cerca di porre rimedio. Si pensi, ad esempio, all'ordine giudiziale di estendere il periodo di preavviso del recesso contrattuale, prolungando *iussu iudicis* (ma ovviamente non a tempo indeterminato) il vincolo tra le parti. Un simile provvedimento potrebbe, all'atto pratico, avere effetti diffusamente anticompetitivi: sia nei confronti della impresa forte, che evidentemente sarà (almeno temporaneamente) vincolata a proseguire un rapporto contrattuale evidentemente non più gradito; sia nei confronti dell'eventuale *newcomer*, che si troverà frenato ai blocchi di partenza fino al decorso dell'ulteriore *grace period* concesso all'*incumbent*, e che sarà costretto a congelare le risorse già allestite e gli investimenti promozionali effettuati; e in definitiva sia nei confronti della parte economicamente dipendente, una sorta di re per una notte senza prospettive di continuità (ma con l'onere di mettersi già alla ricerca di alternative per il tempo successivo alla cessazione del vincolo contrattuale).

Non è forse un caso che la più recente giurisprudenza abbia manifestato una certa riluttanza a concedere misure cautelari in materia di abuso di dipendenza economica ⁽¹⁵⁾, preferendo ricorrere ad argomentazioni fondate

⁽¹⁵⁾ Cfr. tra le altre, Trib. Milano 1 febbraio 2016 n. 1344; Trib. Napoli 19 febbraio 2016 n. 2226; Trib. Roma 26 maggio 2016 n. 10677; Trib. Bologna 7 giugno 2016 n. 1497; Trib. Bergamo 8 settembre 2016 n. 2677; Trib. Bergamo ord. 4 gennaio 2017.

sull'abuso del diritto in generale, come declinazione della buona fede contrattuale. Il rischio sembra infatti quello di qualificare la situazione di dipendenza economica alla stregua di un salvacondotto di stabilità commerciale o, peggio, di assicurazione a tempo indeterminato anche per imprese economicamente deboli perché inefficienti ⁽¹⁶⁾.

Per contro, va considerato che la tutela offerta dall'art. 9 Subfornitura è, quasi per definizione, un rimedio *ex post*. Infatti, nel corso della vigenza del contratto, è quantomeno inusuale che l'impresa dipendente eccepisca in ordine alla propria subalternità economica: banalizzando, meglio fare affari con l'orco ricco, che non farne pochi o non farne affatto. Non stupisce quindi che la casistica giurisprudenziale sia concentrata soprattutto su misure cautelari, sollecitate dai contraenti deboli in seguito a fattispecie di recesso *ad nutum*, risoluzione contrattuale o rifiuto di rinnovo di contratto da parte dell'impresa economicamente preminente, magari dopo avere tollerato (a volte per periodi anche molto lunghi) situazioni contrattuali affatto caratterizzate da un apparente «eccessivo squilibrio» di rapporti. In un'ottica di tutela del mercato e della concorrenza, e quindi in una prospettiva di interessi diffusi, pare lecito dubitare della efficienza sistematica di queste iniziative individuali, che nascono da necessità egoistiche e vengono spesso risolte in un'ottica transattiva.

Forse varrebbe la pena valorizzare in maniera più puntuale l'alternativa risarcitoria, ad esempio quantificando — sulla scorta di quanto avviene per il danno alla persona — i termini del ristoro all'impresa economicamente dipendente, in un'ottica sostanzialmente non dissimile a quella di una caparra penitenziale (che, ovviamente, ben difficilmente si riscontra in contratti caratterizzati da un «eccessivo squilibrio» di diritti e doveri tra le parti).

8. — In aggiunta alla (ed indipendentemente dalla) possibile esistenza di una fattispecie di abuso di posizione dominante, l'Autorità garante della concorrenza può, anche *ex officio* ovvero su segnalazione di terzi, procedere ad una istruttoria per accertare l'esistenza di una fattispecie di abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. In caso di violazione accertata, l'Autorità ha il potere di comminare le diffide e sanzioni di cui all'art. 15 Antitrust (nei casi più gravi,

⁽¹⁶⁾ Trib. Bari, 6 maggio 2002, cit. V. anche F. BORTOLOTTI, Riduzione delle commesse e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto: i limiti dell'abuso di dipendenza economica, in Giur. it. 2010, 2561.

fino al 10% del fatturato) nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso tale abuso.

La fattispecie di abuso non riguarda quindi più soltanto la vittima, ma anche i terzi (inclusi *in primis* i consumatori e/o le associazioni dei consumatori e gli stessi concorrenti) che da tale abuso possono subire un pregiudizio indiretto. Sarebbe quindi auspicabile attendersi un sempre più penetrante controllo da parte dell'Autorità della concorrenza, sulla scorta dei propri poteri istruttori e sanzionatori, *anche su segnalazione di terzi* (e quindi senz'altro anche da parte delle associazioni di consumatori), nei confronti dell'impresa (o delle imprese) che abbiano effettivamente commesso tale abuso. Al contrario, ad oggi l'Autorità regolamentare non sembra avere valorizzato le possibilità applicative di questa norma, essendosi limitata ad un recente, isolato intervento su una fattispecie del tutto peculiare ⁽¹⁷⁾. L'Autorità ha infatti irrogato una sanzione sulla base dell'ultimo periodo dell'art. 9.3-*bis* Subfornitura, e cioè per un caso di «violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lg. 9 ottobre 2002 n. 231 [introdotto nell'ordinamento ai fini del recepimento della più recente dir. 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali] posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». Si tratta di una norma notevole, ma affatto eccezionale, in quanto ha introdotto una fattispecie legislativamente tipizzata di abuso di dipendenza economica che si configura nei casi in cui uno o più creditori subiscano violazioni reiterate e diffuse della disciplina sui termini di pagamento. Costituisce il limite estremo della protezione del contraente debole, in quanto, ai fini dell'irrogazione della sanzione, l'Autorità non è tenuta ad accertare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica e la situazione di abuso è presunta.

Questa semplificazione istruttoria sembra essere giustificata dalla *ratio* sottesa alla norma, vale a dire dalla volontà di qualificare il soggetto che sopporta il ritardo nel pagamento della prestazione debitoria come parte contrattuale debole *ex se*, allorché subisce reiteratamente ritardi nei pagamenti che gli spettano. Ne consegue, pertanto, che la rilevanza per la concorrenza e il mercato dei ritardi dei pagamenti è da ricondurre al concetto di «violazione reiterata e diffusa» (e non isolata) che l'Autorità è chiamata

⁽¹⁷⁾ AGCM, decisione 23 novembre 2016, *HERA s.p.a.* La vicenda prende le mosse da una segnalazione da parte di ANIMA (Federazione associazioni nazionali industria meccanica) e ha portato alla irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di € 800.000 a carico di HERA.

ad accertare. Ciò sul presupposto che un singolo ritardo nei pagamenti, mentre può assumere rilievo nell'ambito della tutela privatistica della relazione commerciale cui afferisce, non si presta ad aver alcun impatto ai fini del corretto dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nei due livelli della filiera in cui operano le parti della transazione.

9. — In questa situazione, può valere la pena ipotizzare alcune considerazioni sulla applicazione della recente dir. 2014/104/UE (la c.d. direttiva Danni), entrata in vigore nel dicembre 2014, che disciplina il risarcimento del danno derivante dalla violazione degli art. 101 (pratiche concordate che limitano la concorrenza) e 102 (abuso di posizione dominante) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Essa mira a fornire un quadro uniforme tale da assicurare, in materia di illecito anticoncorrenziale, un livello di tutela analogo tra i Paesi membri dell'Unione europea, affinché si garantisca che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta (considerando 1 della direttiva). Vero è che resta esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva la disciplina delle azioni di risarcimento del danno relative a violazioni del diritto nazionale della concorrenza che non incidono sul commercio tra Stati membri ai sensi degli art. 101 e 102 TFUE (considerando 10). *Quid iuris*, però, nel caso in cui le due imprese contraenti (la preminente e la dipendente) siano di Paesi diversi, ovvero la preminente sia parte di un gruppo multinazionale (e le attività direttive e decisionali siano quindi assunte *aliunde*, ma si riverberino all'interno del Paese membro ove si trova l'impresa debole)? Sembrerebbe del tutto in linea con lo spirito della direttiva concludere nel senso della sua applicabilità, sulla base dell'art. 4 della stessa, relativo ai principi di efficacia e di equivalenza (che recepisce un'affermazione che si rinviene nella giurisprudenza della Corte di giustizia), a mente della quale le procedure relative alle azioni di risarcimento del danno per violazione degli art. 101 e 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale. Un ulteriore elemento a favore di questa interpretazione si può evincere dal considerando 6, ove la direttiva sottolinea che il canale privatistico (di competenza del giudice ordinario) e quello pubblicistico (di spettanza delle autorità garanti della concorrenza) debbano interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza.

Particolarmente suggestivo, con riferimento al tema della legittimazione ad agire, il dato che la Commissione abbia attribuito a chiunque abbia subito un danno causato da una violazione di norme *antitrust* il potere di chie-

dere il risarcimento davanti ai tribunali ordinari, estendendo quindi tale facoltà anche agli acquirenti indiretti, ovvero a coloro che non abbiano avuto alcun rapporto commerciale con l'autore dell'infrazione e che tuttavia abbiano subito un danno per traslazione, lungo la catena di distribuzione, di un sovrapprezzo illegale. In quest'ottica, sembra corretto ritenere che tra i terzi legittimati all'azione risarcitoria rientrino pacificamente anche i soggetti già legittimati alla segnalazione di cui all'art. 9.3-*bis* della legge Subfornitura, quali portatori di interessi collettivi (come previsto dall'art. 140-*bis* del codice del consumo, di cui al d.lg. 206/2005). Questa conclusione pare del resto coerente con la giurisprudenza della Corte europea di giustizia, che ha più volte ribadito il diritto per chiunque di chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, salva l'ipotesi in cui sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza ⁽¹⁸⁾.

10. — È senza dubbio prematuro trarre conclusioni sulla possibile nuova vita dell'art. 9 Subfornitura, a seguito della entrata in vigore della direttiva Danni; allo stato, manca evidentemente alcuna casistica giurisprudenziale nazionale che consenta anche solo di ipotizzare possibili percorsi evolutivi. Non mi pare azzardato, però, prevedere una probabile virata pubblicistica dell'ambito applicativo della nozione di abuso di dipendenza economica, con riferimento particolare alle fattispecie di internazionalità delle imprese coinvolte, e ancora più in dettaglio con riferimento alla contrattualistica della grande distribuzione ovvero dell'affiliazione commerciale, ove gli interessi in gioco hanno — quasi per definizione — un più marcato respiro comunitario, e il tema della reale possibilità di alternative soddisfacenti per il contraente abusato è terreno oltremodo scivoloso. Se infatti da un lato l'allargamento geografico del campo da gioco potrebbe teoricamente agevolare lo *switching* ad altra franchigia, è dato di comune esperienza che questa ipotesi è nei fatti preclusa agli *small businesses*, sia in forza del carattere marcatamente territoriale (e spesso, in realtà, assolutamente locale) della loro attività di impresa, sia della difficoltà di riconvertire a favore di un nuovo *principal* gli investimenti già effettuati, in particolare se tarati sulle specifiche caratteristiche ed esigenze della propria controparte contrattuale.

(18) Per tutte, C. giust. UE 20 settembre 2011, causa C-453/99, *Courage e Crehan*.

In una prospettiva di garantire il rispetto delle regole della corretta concorrenza, è probabile che la direttiva Danni possa fornire un ulteriore *assist* al ruolo operativo delle associazioni di categoria e/o ai movimenti civici, di cui è riaffermata la diretta legittimazione a proporre azioni risarcitorie, e non già soltanto di mera segnalazione. Questo potrebbe, tra l'altro, contribuire a superare il problema pratico della tradizionale riluttanza delle parti contrattuali abusate ad assumere iniziative giudiziali in costanza del rapporto contrattuale, sia per timore di rappresaglie economiche sia, più banalmente, per possibile violazione degli impegni contrattuali (legittimamente o meno) assunti.

