

TRATTATO  
DEI CONTRATTI

diretto da

P. RESCIGNO

E. GABRIELLI

15

I  
CONTRATTI  
NELLA  
CONCORRENZA

a cura di  
ANTONIO  
CATRICALÀ  
ed  
ENRICO  
GABRIELLI

**UTET**  
GIURIDICA

TRATTATO DEI CONTRATTI

DIRETTO DA PIETRO RESCIGNO ED ENRICO GABRIELLI

I CONTRATTI  
NELLA  
CONCORRENZA

a cura di  
ANTONIO CATRICALÀ ed ENRICO GABRIELLI

con CD-Rom

**UTET**  
GIURIDICA

## CAPITOLO SETTIMO

### ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

**SOMMARIO:** Sezione I - Storia e *ratio*. - 1. La norma. I precedenti. L'iter legislativo. - 2. *Ratio* e collocazione sistematica. - Sezione II - La dipendenza economica. - 3. L'ambito di applicazione "soggettivo": la nozione di impresa. - 4. L'ambito di applicazione "oggettivo": le nozioni di cliente, fornitore e rapporti commerciali. - 5. La nozione di dipendenza economica. Il criterio dell'eccessivo squilibrio. - 6. (*Segue*). Il criterio della mancanza di alternative. - 7. (*Segue*). La dominanza plurima. - 8. Le ipotesi tipiche di dipendenza economica. - 9. (*Segue*). La dipendenza da assortimento. - 10. (*Segue*). La dipendenza da rapporti commerciali. - Sezione III - L'abuso. - 11. La nozione di abuso in generale. - 12. (*Segue*). L'elemento materiale. - 13. (*Segue*). Il giudizio di illiceità in senso stretto. - 14. (*Segue*). L'elemento soggettivo (dolo, colpa e giustificati motivi). - 15. Le ipotesi tipiche di abuso: il rifiuto di contrarre. - 16. (*Segue*). L'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie. - Sezione IV - I rimedi. - 17. La nullità: *ratio*. - 18. (*Segue*). Regime. - 19. (*Segue*). L'invalidità parziale. - 20. Il risarcimento dei danni. - 21. Riparazione in forma specifica, inibitorie e obbligo a contrarre. - Sezione V - Abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante. - 22. I rapporti tra divieto di abuso di dipendenza economica e divieto nazionale di abuso di posizione dominante.

#### Sezione I - STORIA E *RATIO*

##### 1. *La norma. I precedenti. L'iter legislativo.*

L'art. 9, l. n. 192/1998 (c.d. legge sulla subfornitura, l. subf.) prevede e disciplina il divieto di abuso di dipendenza economica (a.d.e.) tra imprese. Nel vietare l'a.d.e. (1° co., 1° periodo), l'articolo in questione definisce lo stato di dipendenza economica (1° co., 2° e 3° periodo), individua alcu-

ne ipotesi di abuso (2° co.), elenca i rimedi civili (3° co.), e prevede infine una limitata competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (3° co. bis).

Fonte d'ispirazione dichiarata della normativa italiana sono disposizioni delle leggi *antitrust* tedesca e francese. Nato nel 1973, come integrazione del *Diskriminierungsverbot*, la più importante norma sull'abuso di potere contenuta nella legge *antitrust* tedesca, il divieto è stato ripreso una decina di anni dopo, con alcune variazioni, dal legislatore francese; per poi trovare ingresso, in tempi recenti, nelle discipline monopolistiche di altri Stati membri e non; fino a diventare, nel Reg. CE n. 1/2003, parte integrante facoltativa dei diritti della concorrenza nazionali.

In Italia, il divieto, concepito in origine come regola specifica ai rapporti di subfornitura, a un certo punto dell'*iter* legislativo veniva riformulato, come regola di portata generale, dal tenore largamente coincidente con la disposizione attuale; ed era destinato alla legge *antitrust* (l. n. 287/1990, legge *antitrust*), a integrazione del divieto di abuso di posizione dominante.

Al divisato inserimento nella legge *antitrust* si opponeva tuttavia, a più riprese, l'AGCM, verosimilmente anche nel timore di una dilatazione eccessiva delle proprie competenze, eccessiva rispetto alle risorse disponibili. Con qualche modifica, il divieto ha quindi trovato la sua collocazione definitiva nella legge sulla subfornitura.

Nel 2001, infine, il legislatore, riprendendo il proposito originario, ma con soluzione di compromesso, ha aggiunto l'attuale limitata competenza dell'Autorità garante<sup>1</sup>.

## 2. Ratio e collocazione sistematica.

Nella ricostruzione del divieto di a.d.e., una questione centrale, trattandosi di una clausola generale, è l'individuazione della sua *ratio* e collocazione sistematica.

Sul punto si possono distinguere, con un certo sforzo di semplificazione, due principali tendenze.

Un primo orientamento, ad oggi prevalente, è quello delle tesi che si possono definire "civilistiche".

<sup>1</sup> Sui precedenti e sugli omologhi stranieri, nonché sull'*iter* legislativo, si rinvia a FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 7 ss., nonché 88 ss. (ed ivi riff. ult.).

In buona :  
per cui il div  
al diritto dei  
caso tutti e t  
in genere<sup>2</sup>. M  
divieto andre  
presa dipende  
eventualmen  
trae l'ulterior  
fare riferimer

<sup>2</sup> All'orienta  
menti e livelli di  
contratto e riequ  
*L'abuso di dipen  
dente*, a cura di C  
dipendenza econ  
Lipari, *Nuove ley  
pendenza econor  
tori*, Padova, 199  
"verticali": la rec  
*Resp. comun. in  
di abuso di dipe  
CERADI*, Rome  
*nica nella nuovi  
e con la legge an  
pendente*, Napol  
a.d.e. ai principi  
una critica sul p  
*applicabile all'abus  
GEMMA*, *Abuse o  
priv.*, 2000, 357  
*imprese*, *Riv. dir  
nomica*, in A.A.V  
MAZZIOTTI DI C  
*tura - Commento*  
236 ss., 241; Os  
9 ss., 44 ss.; PIN  
*e diritto antitrus  
to nella normati  
2004*, 105 ss., sp  
*disciplina del co  
cia*, Torino, 199  
*del mercato*, En  
*tra autonomia e*  
<sup>3</sup> ALBANESE  
*op. cit.*, 170 e p  
*op. cit.*, spec. 12

In buona sostanza, questo orientamento si riassume nell'affermazione per cui il divieto di a.d.e. appartiene sistematicamente al diritto civile, al diritto dei contratti ovvero ad un diritto dei contraenti deboli, in ogni caso tutti e tre da contrapporre al diritto *antitrust* o della concorrenza in genere<sup>2</sup>. Molti autori precisano che, data la sua natura "civilistica", il divieto andrebbe inteso come rivolto esclusivamente alla tutela dell'impresa dipendente, a prescindere dagli effetti che la condotta incriminata eventualmente dispiega sul gioco della concorrenza<sup>3</sup>. Qualche autore ne trae l'ulteriore corollario che, per la valutazione dell'abuso, bisognerebbe fare riferimento alla clausola generale di buona fede, in quanto anch'essa

<sup>2</sup> All'orientamento civilistico si possono ascrivere, pur nella varietà di posizioni, argomenti e livelli di approfondimento, ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, *Eur. dir. priv.*, 1999, 1179 ss., 1181 e *passim*; BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 297 ss., 311 e *passim*; CERIDONO, *sub art. 9, Abuso di dipendenza economica*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Lipari, *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 429 ss., 434 e *passim*; CRESCI, *sub art. 9, Abuso di dipendenza economica*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 720 ss.; D'ERCOLE, *Riflessioni su abuso di posizione dominante e accordi "verticali": la recente normativa comunitaria (regolamento del 22 dicembre 1999 n. 2790)*, *Resp. comun. impr.*, 2000, 369 ss., 373; DE GENNARO, *Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante*, in *Working Papers CERADI*, Roma, 2001, 141 ss., spec. 161 ss.; DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss., 836 e *passim*; FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004, 104 ss., spec. 107 (con il tentativo anche di collegare il divieto di a.d.e. ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di cui all'art. 2497 c.c.: per una critica sul punto FABBIO, *L'abuso*, cit., 527 ss.); FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 230 ss., 233; GEMMA, *Abuse of Economic Dependence between Competition and Contract Law*, *Eur. dir. priv.*, 2000, 357 ss.; LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, *Riv. dir. civ.*, 345 ss., 346 e *passim*; MAFFEIS, *sub art. 9, Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998, 77 ss., 77; MAZZIOTTI DI CELSO, *sub art. 9, Abuso di dipendenza economica*, parte I, in *La subfornitura - Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di Alpa e Clarizia, Milano, 1999, 236 ss., 241; OSTI, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, *Merc. conc. reg.*, 1999, 9 ss., 44 ss.; PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389 ss., 393 e *passim*; PIRODDI, *Contratto e mercato nella normativa comunitaria antitrust*, in *Contratto e mercato*, a cura di Azzaro, Torino, 2004, 105 ss., spec. 122-123; RINALDI e TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di Sposato e Coccia, Torino, 1999, 121 ss., 122-123; TESAURO e TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 112 ss., 128; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, spec. 146.

<sup>3</sup> ALBANESE, *op. cit.*, 1181; CERIDONO, *op. cit.*, 434; CRESCI, *op. cit.*, 721; DE GENNARO, *op. cit.*, 170 e *passim*; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 241; PINTO, *op. cit.*, spec. 411; PIRODDI, *op. cit.*, spec. 122-123; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 122-123; TESAURO e TODINO, *op. cit.*, 128.

nozione "civilistica"<sup>4</sup>. Sulla stessa linea di pensiero, infine, si collocano coloro che sembrano voler risolvere la questione della *ratio*, descrivendo il divieto dell'art. 9 l. subf. come il complemento, nei rapporti tra imprese, degli artt. 1469 *bis* ss. c.c. (ora artt. 33 ss. c. cons.) sui contratti dei consumatori in generale<sup>5</sup>.

Raramente si va oltre l'affermazione di principio. Quando ciò accade, l'ulteriore sforzo di concretizzazione del divieto non necessariamente tiene conto dell'iniziale affermazione di principio. Oppure la questione della *ratio* e della collocazione sistematica del divieto è ignorata dall'inizio, semplicemente perché il divieto è ricostruito secondo un approccio *law & economics* di tipo prescrittivo, avendo cioè come unico riferimento criteri di efficienza economica<sup>6</sup>.

Di là della loro inconferenza e/o equivocità al fine della ricostruzione della disciplina, queste tesi "civilistiche" riflettono tendenze assai discutibili, presenti nel dibattito generale in tema di giustizia del contratto<sup>7</sup>. In particolare, si disconosce in esse il ruolo centrale che la promozione e la tutela della concorrenza assumono nel vigente sistema di economia di mercato, tanto più là dove si tratti di rapporti tra imprese.

Preferibile in realtà, appare una ricostruzione filo-concorrenziale dell'istituto. Ricostruzione in qualche modo già presente in dottrina<sup>8</sup>, e che si lascia giustificare come segue:

<sup>4</sup> CERIDONO, *op. cit.*, 411 ss.; CRESCI, *op. cit.*, 725-726; LONGU, *op. cit.*, 346 e *passim*; OSTI, *Riflessioni*, cit., 48 ss.; PINTO, *op. cit.*, 411.

<sup>5</sup> BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 183-184; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 837 e *passim*, spec. 842; MAFFEIS, *op. cit.*, 77; NICOLINI, *Subfornitura ed attività produttiva - Commento alla L. 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, 124; SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 119 ss., 140.

<sup>6</sup> Così soprattutto RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, *Riv. dir. impr.*, 2000, 243 ss. e TASSONE, *"Unconscionability" e abuso di dipendenza economica*, *Riv. dir. priv.*, 2001, 527 ss.

<sup>7</sup> Per un tentativo di ricognizione e valutazione critica di queste tendenze, sia consentito rinviare al mio FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Bari, 2008, 153 ss.

<sup>8</sup> Più o meno dichiaratamente, con varietà di impostazioni e livelli di approfondimento, CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, *Riv. dir. priv.*, 1998, 712 ss., 733; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; FABBIO, *L'abuso*, cit.; GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss., 111; GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, 189; LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa "antitrust" e sistema giuridico italiano. Un bilancio applicativo della legge 287*, *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 491 ss., 503-505; ID., *Posizione dominante individuale*

– l'art  
cretizzata  
do un app  
rali dell'or  
per la rea  
stione;

– tratta  
plina dei r  
ferimento  
si ricavano

Mutanc  
tare che, e  
za tra impr  
impiegati c  
vanno prin  
namento d

Rispetta  
ne filo-con  
maticament  
applicativi.

Detta ri  
lere un tale  
menti nazio  
divieto di a  
inserito nell  
con la previ  
previsti nel  
delle legisla

Ovvio, p  
mento dei n  
terprete<sup>9</sup>.

e posizione do  
Abuso di dipen  
LI, *L'abuso di c*  
PLAIA, *Nozione*  
parametro di c  
contratto giusto  
<sup>9</sup> Per alcun

– l'art. 9 l. subf. detta una clausola generale, che come tale va concretizzata – secondo l'indirizzo metodologico oggi prevalente – adottando un approccio normativo-sistematico, cioè guardando ai principi generali dell'ordinamento, e soprattutto ai principi più direttamente rilevanti per la realtà alla quale si intende applicare la clausola generale in questione;

– trattandosi, nel caso dell'a.d.e., di una clausola generale per la disciplina dei rapporti di mercato tra imprese, i principi ai quali si deve fare riferimento sono quelli in materia di buon funzionamento dei mercati, quali si ricavano in particolare dal diritto *antitrust* e della concorrenza in genere.

Mutando parzialmente l'angolo di osservazione, si può anche argomentare che, essendo la concorrenza, come bene giuridico tutelato, concorrenza tra imprese, allora tutte le discipline che incidono sulla scelta dei mezzi impiegati dalle imprese nei rapporti di produzione e commercializzazione vanno primariamente inquadrare in relazione ai principi di buon funzionamento dei mercati.

Rispetto al rinvio a generiche istanze solidaristiche, questa ricostruzione filo-concorrenziale, della *ratio* dell'a.d.e., è da preferire, perché sistematicamente più coerente, oltre che idonea a consentire concreti sviluppi applicativi.

Detta ricostruzione, inoltre, si presenta in linea – per quanto possa valere un tale argomento comparatistico – con l'esperienza di altri ordinamenti nazionali, a partire da quello tedesco, nei quali l'omologo del nostro divieto di abuso di dipendenza economica si trova anche materialmente inserito nella legislazione di tutela della concorrenza; ed è altresì in linea con la previsione dell'art. 3, Reg. CE n. 1/2003, che fa dei divieti di a.d.e., previsti nel diritto interno degli Stati membri, parte integrante facoltativa delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza.

Ovvio, poi, che anche il rinvio ai principi in materia di buon funzionamento dei mercati lascia ampi spazi all'attività di razionalizzazione dell'interprete<sup>9</sup>.

e posizione dominante collettiva, *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 543 ss., 555 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 141-143, 218-21; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 22 ss., 47 ss.; PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, *Foro it.*, 2003, I, 340 ss., 342; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss., 31.

<sup>9</sup> Per alcuni esempi, ci si permette di rinviare ancora a FABBIO, *Disparità*, cit., 167 ss.

## Sezione II – LA DIPENDENZA ECONOMICA

## 3. L'ambito di applicazione "soggettivo": la nozione di impresa.

Con il termine "impresa" la legge individua i destinatari, attivo e passivo, del divieto.

Considerata l'imperfetta tecnica redazionale, che si ritiene caratterizzi complessivamente la legge sulla subfornitura, ci si può chiedere se il legislatore non abbia in realtà voluto riferirsi alla tradizionale nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. Nella nomenclatura codicistica, infatti, il termine "impresa" designa piuttosto l'attività, mentre è "imprenditore" il soggetto che la esercita. Inoltre, all'art. 1 l. subf., che definisce l'ambito applicativo della l. n. 192/1998, le parti del rapporto di subfornitura sono qualificate ora come "imprenditore" ora come "impresa".

Diversi, tuttavia, sono gli argomenti nel senso della coincidenza tra la nozione d'impresa rilevante agli effetti dell'art. 9 l. subf. e quella consolidata del diritto comunitario della concorrenza<sup>10</sup>.

In tal senso depongono la lettera, i precedenti stranieri (dove si parla di impresa nel senso dell'*antitrust*) la genesi (ovvero l'originaria destinazione alla legge *antitrust* 287) e la lettera della norma. Di impresa nel senso dell'*antitrust* si parla nelle omologhe disposizioni straniere. Una conferma, ancora, viene dal 3° co. *bis* aggiunto, che prevede una competenza dell'Autorità garante in materia.

La norma si applica perciò anche agli esercenti professioni intellettuali protette<sup>11</sup>.

Altro corollario di quest'impostazione è che, pure rispetto al divieto di a.d.e., si può dare una divergenza tra impresa e soggetto giuridico<sup>12</sup>, qua-

<sup>10</sup> Nel senso del testo PINTO, *op. cit.*, 402, ed ora anche FERRARO, *op. cit.*, 218.

<sup>11</sup> Nel senso del testo anche NATOLI, *L'abuso*, cit., 105-106. Al contrario, dà per scontato che il divieto non si applichi alle libere professioni, verosimilmente assumendo che il termine "impresa" sia usato dal legislatore come sinonimo di "imprenditore" e quindi nel senso di cui all'art. 2082 c.c., CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, *Contr. impr. Eur.*, 2003, 715 ss., 737.

Nella giurisprudenza tedesca proprio il divieto di a.d.e. è stato applicato in più di un'occasione a liberi professionisti, altamente specializzati (architetti ed ingegneri) ed economicamente dipendenti nei confronti di grandi committenti, essenzialmente pubbliche amministrazioni. Cfr. LEHMANN, *Zur kartell- und wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Nachfragemacht im Zusammenhang mit der Vergütung von Architekten- und Ingenieurleistungen*, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1984, 179 ss. (ed ivi riferimenti ulteriori).

<sup>12</sup> Sulla distinzione tra soggetto di diritto e impresa nell'*antitrust* comunitario, riassuntivamente, MESTMÄCKER e SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004, 224-225.

le si riscontra  
distinti soggetti

## 4. L'ambito di rapporti con

I) In relazioni al problema se definiti dall'art. 101 del Trattato di Roma come imprese di fatto o di diritto, l'opinione è divergente.

L'opinione è recepita nei mattoncini del contratto in una legge in principio a t

<sup>13</sup> Sull'impresa dell'applicabilità del divieto di a.d.e. nel gruppo della responsabilità cit., Cap. VIII.

<sup>14</sup> V., tra gli altri, DE NOVA, *La responsabilità civile, a cura di Buco* 11<sup>a</sup> ed., Napoli, 2004, 187; C.M. BIANCHI, *Il contratto*, in *Tratt. di diritto civile*, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 187.

<sup>15</sup> Decine gli A

neralizzata del divieto in questa sede. Il dubbio che la portata di istituto generale (resoconto sommario del Senato). I. DE NOVA e TURITTO, *op. cit.*, a cura di Scialoja, Milano, 2005, 141 ss. *La responsabilità contrattuale* Russo, *Imprenditore e contratto*, *Contr. impr. e diritto*, cit., 187. *Le prestazioni contrattuali e la responsabilità del mercato generale* ristretto o sub-nazionale sembrerebbe dare peso nelle attività produttive

le si riscontra nell'*antitrust*, potendo in particolare l'impresa articolarsi in distinti soggetti di diritto (impresa di gruppo)<sup>13</sup>.

#### 4. *L'ambito di applicazione "oggettivo": le nozioni di cliente, fornitore e rapporti commerciali.*

I) In relazione all'ambito di applicazione "oggettivo", si pone anzitutto il problema se il divieto si applichi ai soli rapporti di subfornitura, come definiti dall'art. 1, l. n. 192/1998; o abbia, al contrario, portata tendenzialmente generale.

L'opinione assolutamente prevalente in dottrina, tanto da essere la sola recepita nei manuali di diritto privato e commerciale, come anche nei trattati sul contratto in generale<sup>14</sup>, è nel senso che il divieto, pur essendo inserito in una legge contenente per il resto una disciplina di settore, si applica in principio a tutti i rapporti tra imprese<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sull'impresa di gruppo, quale destinataria del divieto di a.d.e. (sulla questione, cioè, dell'applicabilità del divieto al gruppo), v. *infra*, par. 7. Sull'applicabilità invece del divieto di a.d.e. nel gruppo, vale a dire sui rapporti tra divieto di a.d.e. e disciplina codicistica della responsabilità per attività di direzione e coordinamento di società, v. FABBIO, *L'abuso*, cit., Cap. VIII.

<sup>14</sup> V., tra gli altri, LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2005, 867 ss., 882; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli, 2004, 1177 e 1357; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 40<sup>a</sup> ed., Padova, 2004, 187; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, 405; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 926; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 611.

<sup>15</sup> Decine gli Autori che si sono espressi per o comunque assumono l'applicabilità generalizzata del divieto, tanto che sarebbe eccessivo volerli elencare nominativamente in questa sede.

Il dubbio che la collocazione del divieto nella l. n. 192/1998 potesse comprometterne la portata di istituto generale era espresso durante i lavori preparatori dal relatore On. Micele (resoconto sommario della seduta n. 137 del 31 marzo 1998 della 10<sup>a</sup> Commissione permanente del Senato). In dottrina hanno argomentato in senso restrittivo, inizialmente, RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 124 ss., ed ancora di recente MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 2003, 483 ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 141 ss., spec. 145; SCARSO, da ultimo in *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust* (I parte), *Resp. civ. prev.*, 2008, 261 ss., 261, nonché RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto*, *Contr. impr.*, 2009, 120 ss., 135. Incidentalmente LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, 252 e DI PORTO, *L'individuazione del mercato geografico rilevante nei casi di abuso di posizione dominante: il mercato ristretto o sub-nazionale*, in *Working Papers CERADI*, Milano, 1999, 199 ss., 240. Infine, sembrerebbe dare per scontata la soluzione restrittiva RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: "correzione" del-*



Gli argomenti comunemente addotti sono: nella lettera della legge (che parla di imprese «clienti» e «fornitrici», anziché di «committenti» e «fornitori», e prevede come ipotesi tipica di abuso il rifiuto e di vendere e di comprare, quando le rimanenti disposizioni della legge sono intese a proteggere il solo subfornitore); nei precedenti stranieri (espressamente richiamati dal legislatore storico e aventi portata generale); nell'iter legislativo (l'originario proposito del legislatore di inserire il divieto in una legge non settoriale, la legge nazionale *antitrust* 10 ottobre 1990, n. 287; i pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, pur argomentando contro l'inserimento del divieto nella l. n. 287/1990, sembrano darne per scontata la portata generale); e, infine, nel sistema (la competenza comunque successivamente attribuita all'Autorità garante, a conoscere dell'a.d.e. avente rilevanza concorrenziale). Pure altri argomenti, sebbene non altrettanto convincenti, sono stati addotti<sup>16</sup>. Intrinsecamente infondati, per contro, appaiono gli argomenti addotti a sostegno della tesi restrittiva<sup>17</sup>.

Nonostante il pressoché unanime orientamento della dottrina, qualche tribunale ha accolto la soluzione restrittiva<sup>18</sup>.

Il dato non va tuttavia sopravvalutato, atteso il numero limitato di provvedimenti in tal senso e in considerazione del fatto che si tratta per lo più di prime pronunce, oltretutto quasi solo cautelari. Inoltre, si può constatare che l'orientamento restrittivo appare ormai in via di superamento anche in giurisprudenza. Più che un reale contrasto si è in definitiva avuta un'incertezza iniziale, spiegabile verosimilmente con le difficoltà di comunicazione tra «teoria» e «prassi», che affliggono il funzionamento del sistema giuridico reale.

*l'autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole, Resp. comun. impr.*, 1998, 403 ss., 409.

<sup>16</sup> Sul punto sia consentito rinviare, anche per riff. ult., al mio FABBIO, *L'abuso*, cit., 102.

<sup>17</sup> Per una rassegna critica di tali argomenti, v. FABBIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>18</sup> In senso restrittivo, T. Bari, 2 luglio 2002, *Foro it.*, 2002, I, 3208 ss.; T. Taranto, 22 dicembre 2003, *ivi*, 2004, I, 262 ss.; T. Roma, 29 luglio 2004, *Ann. it. dir. aut.*, 2005, 533 ss.; T. Torino, 8 novembre 2006, *DeJure* (il divieto sarebbe applicabile solo nell'ambito della subfornitura, ma a beneficio tanto del fornitore quanto del committente).

Per la soluzione estensiva, T. Bari, 6 maggio 2002, *Foro it.*, 2002, I, 2178 ss.; T. Taranto, 17 settembre 2003, *ivi*, 2003, I, 3440 ss.; T. Roma, 27 ottobre - 5 novembre 2003, *ivi*, 2003, I, 3440; T. Catania, 5 gennaio 2004, *ivi*, 2004, I, 262 ss.; T. Bari, 22 ottobre 2004, *Danno resp.*, 2005, 750 ss.; T. Messina, 3 giugno 2005, *DeJure*; T. Isernia, 12 aprile 2006, *Giur. mer.*, 2006, 2149 ss.; T. Trieste, 21 settembre 2006, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 902 ss.; T. Roma, 24 gennaio 2007, *DeJure*; T. Torre Annunziata, 30 maggio 2007, *Giur. mer.*, 2008, 341 ss.; T. Nola, 20 maggio 2008, *DeJure*. Sembrano altresì presupporre il carattere generale dell'art. 9 l. subf., T. Roma, 16 agosto 2002 e T. Roma, 12 settembre 2002, *Foro it.*, 2002, I, 3207 ss.; T. Roma, 26 gennaio 2009, *DeJure*.

Ancora i  
tendenza  
tativi più re  
to, esteso a  
dell'equilibr  
un verso o  
i principi pr  
vata, della

Questa j  
nell'ordinan  
tutela del co  
tratto e simi  
struire l'inte

Ciò non  
l. n. 192/199  
fronte del r  
tà materiali  
richiede è u  
re e circosc  
«debole» è  
sulla base c

II) Sem  
to, è da chi  
nitore" e "i

Per ciò  
mente com  
*antitrust* in  
co «rifiuto  
slatore ha c  
della doma  
che l'impre  
correnza d  
zio di abus  
tale tra le j

<sup>19</sup> SCARSO  
l'altro, che il  
comunitaria,

<sup>20</sup> Sul pu

Ancora di recente si è peraltro cercato in dottrina, ma in assoluta controtendenza, di sostenere la soluzione restrittiva. All'origine di questi tentativi più recenti vi è, più o meno espressa, la preoccupazione che il divieto, esteso a tutti i rapporti tra imprese, possa condurre ad un sindacato dell'equilibrio del contratto *tout court* o ad una tutela del contraente per un verso o per l'altro debole, incontrollati e in definitiva in contrasto con i principi propri di un sistema di economia di mercato, dell'autonomia privata, della libertà d'iniziativa economica, dell'auto-responsabilità, ecc.<sup>19</sup>.

Questa preoccupazione, di dover reagire al convincimento diffuso che nell'ordinamento possano oggi utilmente individuarsi principi generali di tutela del contraente debole *tout court* e/o di giustizia sostanziale del contratto e simili, e che in funzione di questi principi possa essere sensato ricostruire l'intero sistema del diritto dei contratti, è in principio condivisibile<sup>20</sup>.

Ciò non importa però che l'ambito d'applicazione del divieto *ex art. 9, l. n. 192/1998*, debba rimanere circoscritto alla sola subfornitura. Piuttosto, a fronte del rischio di una tutela ingiustificata dal punto di vista della realtà materiale e/o della compatibilità con il sistema giuridico, quel che si richiede è un particolare impegno da parte dell'interprete, nell'individuare e circoscrivere le situazioni, nelle quali l'impresa di fatto dipendente o «debole» è anche meritevole di tutela, alla stregua dei principi generali e sulla base di un'adeguata conoscenza dei fenomeni reali.

II) Sempre con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo del divieto, è da chiedersi poi quale sia il contenuto delle locuzioni "cliente", "fornitore" e "rapporti commerciali".

Per ciò che attiene anzitutto alla qualificazione delle parti rispettivamente come "cliente" e "fornitore", i precedenti stranieri, la terminologia *antitrust* in genere, nonché la previsione tra le ipotesi di abuso del generico «rifiuto di vendere o di comprare», portano alla conclusione che il legislatore ha qui inteso designare semplicemente le connotazioni economiche della domanda e dell'offerta in un dato mercato. Nulla esclude, peraltro, che l'impresa dipendente si trovi contestualmente in un rapporto di concorrenza diretta con la controparte dominante, e che in tal caso il giudizio di abusività coinvolga anche valutazioni attinenti al rapporto orizzontale tra le parti.

<sup>19</sup> SCARSO, *op. cit.*, 261 ss.; RUSSO, *op. cit.*, 135 ss. (con l'improbabile argomentazione, tra l'altro, che il divieto di a.d.e., come in genere la l. n. 192/1998, sarebbe diritto di derivazione comunitaria, e perciò di stretta interpretazione).

<sup>20</sup> Sul punto sia consentito rinviare a FABBIO, *Disparità*, cit., 154 ss.

comun.

cit., 102.

Taranto,  
t., 2005,  
l'ambito

Taranto,  
vi, 2003,  
, *Danno*  
6, *Giur.*  
, 902 ss.;  
r., 2008,  
generale  
2002, I,

È rimasta giustamente isolata invece la tesi, secondo cui le espressioni "cliente" e "fornitore" implicherebbero un'ulteriore limitazione della nozione di dipendenza, ai soli casi in cui l'impresa dipendente già intrattiene rapporti commerciali con la controparte al momento dell'abuso<sup>21</sup>.

III) Per quel che riguarda l'espressione "rapporti commerciali", è stato sostenuto che si tratterebbe semplicemente di un sinonimo di "rapporti giuridici", e quindi di una mera ridondanza, inidonea come tale a circoscrivere l'ambito di applicazione del divieto<sup>22</sup>. Altri invece ne ricavano che la norma non si applicherebbe a determinati contratti, quali, ad es., i contratti bancari, di garanzia e la transazione<sup>23</sup>.

Né l'una né l'altra tesi si possono condividere. Non la prima, posto che, nell'interpretazione dei testi legislativi, occorre muovere da una presunzione di non ridondanza. Non la seconda, e ciò per le seguenti ragioni.

La tesi che, facendo leva sull'espressione "rapporti commerciali", esclude dall'ambito di applicazione del divieto contratti bancari, di garanzia, ecc., sottintende: *i*) che il riferimento legislativo circoscriva l'ambito in cui si può manifestare l'abuso; *ii*) che l'aggettivo "commerciali" vada inteso in maniera restrittiva. Il divieto, in altri termini, colpirebbe soltanto gli abusi realizzati attraverso contratti, che sono l'esplicazione immediata della funzione economica, di fornitore o acquirente di determinati beni o servizi, che l'impresa svolge sul mercato. Tale spiegazione, peraltro, non si ataglia ai contratti bancari, la cui esclusione – si deve supporre – è fatta discendere da una contrapposizione tra attività bancaria e attività commerciale in senso stretto, quale si rinviene, ad es., all'art. 2195 c.c.<sup>24</sup>.

Senonché, sembra difficilmente accettabile l'idea che una limitazione così rilevante della sfera di operatività del divieto possa fondarsi su di una dizione legislativa, di per sé suscettibile di letture alternative.

Discutibile, inoltre, è la tesi secondo cui il riferimento legislativo ai "rapporti commerciali" circoscriverebbe l'ambito in cui si può manifestare l'abuso. Di fatto, l'impresa dominante può sfruttare la dipendenza della controparte, oltre che attraverso l'imposizione od il rifiuto di contratti per la fornitura di beni o servizi, che formano l'oggetto tipico dell'attività principale di entrambe, ad es., anche attraverso un contratto di garanzia,

<sup>21</sup> V. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 248-249, 251-252.

<sup>22</sup> BARBA, *op. cit.*, 298.

<sup>23</sup> MAFFEIS, *op. cit.*, 78; ripreso da NICOLINI, *op. cit.*, 123, nt. 3; nonché da BERTELOTTI, *op. cit.*, 180.

<sup>24</sup> In questo senso si direbbe tuttavia orientato T. Roma, 5 febbraio 2008, n. 2688, *DeJure*.

una dil  
termine  
aversi a  
1° peric  
che «è v  
per qua

Infir  
ciali" ri  
la dipen

Semi  
l'ambito  
sano da  
andrà ri

IV) :

trebbe a  
l'art. 197  
enorme;  
corre tra  
denza ec

Sennc  
rale dei c  
causa, del

Il rich  
che in ra  
tende ogg  
vata; e fo  
scissione ;  
riteniamo

In def  
negativa.

V) Un  
to per i c

<sup>25</sup> Con s  
sposizione di  
cabile alla di  
credito di fid  
aziendali per  
intensa (cfr. C  
ed ivi riff. ult

una dilazione di credito, ecc. Non si vede allora perché, sulla base di un termine dal significato e dalla funzione non univoci, nell'un caso potrebbe aversi abuso ai sensi dell'art. 9 l. subf., nell'altro invece no. L'art. 9, 1° co., 1° periodo, l. subf., del resto, nel vietare l'abuso stabilisce genericamente che «è vietato l'abuso di dipendenza economica», senza porre limiti espliciti per quanto riguarda l'ambito, in cui possono dispiegarsi le condotte abusive.

Infine, la tesi restrittiva trascura che l'espressione "rapporti commerciali" ricorre in quella parte della norma che definisce non l'abuso, bensì la dipendenza.

Sembra da escludere, in definitiva, che la locuzione in esame circoscriva l'ambito delle condotte abusive. Il che non toglie evidentemente che possano darsi limitazioni in tal senso. Vi è soltanto che il loro fondamento andrà ricercato altrove<sup>25</sup>.

IV) Per quanto riguarda, in particolare, la transazione, il dubbio potrebbe al limite essere il seguente: se sia analogicamente applicabile l'art. 1970 c.c., secondo cui la transazione non è impugnabile per lesione enorme; e ciò in considerazione della similitudine, che apparentemente ricorre tra l'appropriarsi dell'altrui stato di bisogno e l'abusare della dipendenza economica di un'altra impresa.

Senonché, la transazione va in principio soggetta alla disciplina generale dei contratti; e, quindi, anche alla regola della nullità per illiceità della causa, della quale l'art. 9, 3° co., l. subf., costituisce un'applicazione specifica.

Il richiamo per analogia all'art. 1970 c.c. appare inoltre fuori luogo anche in ragione dell'eccezionalità della norma, tanto più in un sistema che tende oggi verso una concezione sempre più sostanziale dell'autonomia privata; e forse anche in considerazione del fatto che, a differenza della rescissione per lesione enorme, l'istituto dell'a.d.e. – nella ricostruzione che riteniamo se ne debba dare – coinvolge sempre anche interessi generali.

In definitiva, dovrebbe potersi senz'altro concludere per la soluzione negativa.

V) Un limite estrinseco all'applicabilità dell'art. 9 l. subf. va individuato per i contratti c.d. agro-industriali nell'eventualità che il contratto in-

<sup>25</sup> Con specifico riguardo ai contratti bancari va peraltro segnalato che l'omologa disposizione di diritto austriaco (art. 34, 2° co., l. *antitrust*) è pacificamente ritenuta applicabile alla dipendenza, nella quale può versare un'impresa nei confronti del suo istituto di credito di fiducia, sempre che – atteso il tenore della norma (che richiede gravi svantaggi aziendali per il caso di interruzione del rapporto) – tale dipendenza sia sufficientemente intensa (cfr. GUGERBAUER, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 2° ed., Wien-New York, 1993, 260, ed ivi riff. ult.).

individuale riproduca il contenuto di accordi interprofessionali, del tipo di quelli previsti e disciplinati dalla l. n. 88/1988. Nei limiti in cui tali accordi non siano essi stessi in violazione del divieto concorrenziale di intese<sup>26</sup>, il contenuto del contratto individuale conforme non sarà suscettibile di controllo ai sensi dell'art. 9 l. subf., neppure quando il contratto è intervenuto tra una parte forte ed una debole. Ciò non solo per ragioni specificamente inerenti alla materia degli accordi interprofessionali agricoli<sup>27</sup>; ma anche per una considerazione di carattere più generale: la contrattazione collettiva, ponendo le parti su di un piano tendenzialmente paritetico, consente di ovviare – e ciò anche nella valutazione del legislatore, come dimostrano numerosi esempi di diritto positivo (a cominciare dalla contrattazione collettiva dei lavoratori) – alla disparità di potere che può tipicamente ricorrere nel rapporto individuale.

VI) È evidente, poi, che tale considerazione non vale solo per i contratti agro-industriali, ma si estende a tutti quei casi, dove un contratto individuale si conforma al contenuto di accordi collettivi, conclusi da soggetti rappresentativi delle categorie interessate. Con la conseguenza che la dipendenza che tipicamente caratterizza i medesimi rapporti a livello individuale non potrà essere invocata, per sindacare *ex art. 9 l. subf.* il contenuto del singolo contratto conforme<sup>28</sup>. Un esempio in tal senso è quello degli accordi interprofessionali nel settore della subfornitura, contemplati dall'art. 3, 2° co., l. subf.<sup>29</sup>.

Stabilito questo, va precisato che, anche in presenza di un accordo collettivo concluso da soggetti rappresentativi delle categorie interessate, il divieto di a.d.e. rimane applicabile quanto meno nei seguenti casi: *i)* rispetto ai contratti individuali, che non riproducono il contenuto dell'accordo collettivo<sup>30</sup>; *ii)* rispetto ai contratti individuali, per la parte che non forma

<sup>26</sup> MAZZONI, *Prime riflessioni sull'abuso di dipendenza economica nei contratti agro-industriali*, *Riv. dir. agr.*, 1999, 159 ss., 167-168.

<sup>27</sup> La conservazione del contratto individuale risponde in questo caso anche all'esigenza di assicurare la stabilità della programmazione collettiva di settore: cfr. MAZZONI, *op. cit.*, 168.

<sup>28</sup> Sostanzialmente in questo senso, sia pure con specifico riferimento ai contratti ai contratti agro-industriali che riproducono il contenuto di accordi interprofessionali *ex l. n. 88/1988*, MAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> GITTI, *Gli accordi interprofessionali "in deroga" alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, *Contratti*, 1999, 300 ss. Per una ricognizione di affinità e differenze delle discipline dettate rispettivamente dalla l. n. 88/1988 e dalla l. n. 192/1998 TAMPONI, *Contratti di subfornitura e contratti agro-industriali: due leggi a confronto*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 36 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, con specifico riguardo ai contratti agro-industriali, MAZZONI, *op. cit.*, 169.

ogget  
non i  
trova  
pica  
V  
dell'e  
Per q  
pensa  
cazion  
delle  
sorge  
si dell  
fornit  
A  
filo es

## 5. La

Il :  
ca att  
un «e  
l'impre  
Sta  
conto  
rio sia  
ausilia

31 V  
32 M  
33 N  
RO, *op. c*  
34 E  
l. subf.,  
dell'art.  
rio inter  
di diritti  
dipender  
Tale  
bilità del  
controlla  
v. FABBIO.

oggetto della disciplina collettiva<sup>31</sup>; *iii*) rispetto alle condotte abusive che non risultano in determinazioni contrattuali<sup>32</sup>; *iv*) rispetto agli abusi che trovano il loro presupposto in situazioni d'inferiorità diverse, da quella tipica cui la contrattazione collettiva tende a porre rimedio.

VII) Per concludere, si può cercare di stabilire in positivo il significato dell'espressione "*rapporti commerciali*", dalla quale il discorso è partito. Per quella che è la sua collocazione all'interno della norma, è plausibile pensare che la locuzione "*rapporti commerciali*" concorra con la qualificazione della dipendenza come "*economica*", nonché con la designazione delle parti come "*cliente*" e "*fornitore*", nel circoscrivere l'ambito in cui può sorgere la dipendenza<sup>33</sup>. In altri termini, una dipendenza rilevante ai sensi dell'art. 9 l. subf. potrà aversi soltanto in relazione all'attività esterna, di fornitore o acquirente di beni o servizi, che l'impresa svolge sul mercato<sup>34</sup>.

A parte ciò, non sembra che la lettera della legge si presti, sotto il profilo esaminato, a fondare restrizioni ulteriori.

##### 5. *La nozione di dipendenza economica. Il criterio dell'eccessivo squilibrio.*

Il 2° co. dell'art. 9 l. subf. definisce la nozione di dipendenza economica attraverso due criteri: la possibilità per una parte di imporre all'altra un «eccessivo squilibrio di diritti e obblighi»; e la «reale» possibilità, per l'impresa dipendente, «di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Stante la lettera della legge («la dipendenza è valutata *anche* tenendo conto della reale possibilità di reperire...»), si direbbe che il primo criterio sia quello principale, e che il secondo svolga invece una funzione solo ausiliaria. In realtà, l'elevato grado di genericità del primo, insieme alla

<sup>31</sup> V. nt. prec.

<sup>32</sup> MAZZONI, *op. cit.*, 170.

<sup>33</sup> Nel senso del testo sembrerebbe orientata LONGU, *op. cit.*, 347; ed ora anche FERRARO, *op. cit.*, 217.

<sup>34</sup> Da ciò consegue che non può qualificarsi come dipendente ai sensi dell'art. 9 l. subf., ad es., l'impresa sociale assoggettata ad un controllo societario interno ai sensi dell'art. 2359, 1° e 2° co., c.c. E ciò nonostante, di fatto, il rapporto di controllo societario interno ponga la controllante in condizione di determinare quell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, che l'art. 9, 1° co., secondo periodo, l. subf. richiede ai fini della dipendenza.

Tale conclusione, tuttavia, ancora non risolve definitivamente il problema dell'applicabilità dell'art. 9 l. subf. nei rapporti infra-gruppo, potendo sempre darsi tra controllante e controllata una situazione in teoria qualificabile come di dipendenza economica. Sul punto v. FABBIO, *L'abuso*, cit., Cap. VIII, par. 4 e 5.

possibilità di appoggiarsi nella concretizzazione della nozione ad una ricca casistica straniera fondata esclusivamente sul secondo, portano nell'opinione corrente ad attribuire al criterio dell'eccessivo squilibrio un ruolo al più residuale<sup>35</sup>.

Storicamente, il criterio dell'eccessivo squilibrio è, rispetto ai precedenti stranieri, spurio. La sua presenza nella disciplina nostrana si spiega con l'intento del legislatore storico di dare in qualche modo seguito ad un'indicazione, venuta dall'Autorità garante durante i lavori preparatori. Indicazione che però nell'intenzione del suo autore serviva verosimilmente come argomento, per contrastare un ampliamento indesiderato delle proprie competenze<sup>36</sup>.

Lo squilibrio non deve essersi necessariamente prodotto in concreto<sup>37</sup>. Ciò che si richiede è invero una situazione che di fatto ne renda possibile l'imposizione all'altra parte. Il giudizio, quindi, sarà di tipo prognostico<sup>38</sup>.

La ricorrenza effettiva dello squilibrio può valere come indizio. Essa va però valutata in combinazione con tutte le altre circostanze rilevanti del caso concreto, in modo da evitare petizioni principio (del tipo: ricorrendo un eccessivo squilibrio, si presume la dipendenza economica della parte svantaggiata, per concludere che l'eccessivo squilibrio è frutto di un'imposizione abusiva<sup>39</sup>). Diversamente, il risultato sarebbe, al di là del vizio lo-

<sup>35</sup> Nel senso della sostanziale irrilevanza del criterio dell'eccessivo squilibrio BARBA, *op. cit.*, 327; BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, 433; CASO e PARDOLESI, *op. cit.*, 734; CERIDONO, *op. cit.*, 436; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, *op. cit.*, 839; MAFFEIS, *op. cit.*, 78; MUSSO, *op. cit.*, 496; OSTI, *Riflessioni*, *op. cit.*, 47; PINTO, *op. cit.*, 405; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 137; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, *Riv. dir. ind.*, 1999, 202. Per VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, 2004, 207, la mancanza di alternative sarebbe addirittura «l'unico indice legale». Per una valutazione più differenziata, sia tuttavia consentito il rinvio al mio FABBIO, *L'abuso*, *cit.*, 124.

<sup>36</sup> Per riff. FABBIO, *L'abuso*, *cit.*, 122.

<sup>37</sup> In questo senso sembrerebbe però essersi orientato T. Bari, 6 maggio 2002, *cit.*, anche se il relativo passaggio nella motivazione non è limpido.

<sup>38</sup> Assai chiaramente, CERIDONO, *op. cit.*, 436.

<sup>39</sup> Similmente OSTI, *Riflessioni*, *cit.*, 47 e RENDA, *op. cit.*, 281.

Diversamente, MAFFEIS, *op. cit.*, 80, secondo il quale «deve ritenersi che il contratto (o la clausola contrattuale) che in concreto contiene un eccessivo squilibrio contrattuale di diritti e di obblighi - oltre a riflettere la sussistenza di una dipendenza economica - è nullo per abuso della dipendenza economica». Nello stesso senso, apparentemente, TESAURO e TODINO, *op. cit.*, 128: «il presupposto dell'illecito è l'accertamento dello stato di dipendenza economica, il quale sussiste in presenza di un forte squilibrio di diritti e obblighi nei rapporti tra un'impresa e le proprie controparti commerciali». Più sfumata la posizione di PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 223 ss., 244 «posizione dominante e suo abuso spesso si evincono proprio dall'accettazione di condizioni sperequate che sono già di per sé, se non sicura prova, serio indizio di debolezza contrattuale».

gico-fo-  
portere  
tout coi  
e ogget

In c  
disciplin  
sia rifer  
renza il  
che (in  
stazioni  
ipotesi t  
tamente  
nomiche

Piutt  
lutare se  
do di im  
scegliere  
non cons  
abuso e  
il criteric  
sa versa  
pregiudiz

La di  
di abuso  
ma, se la  
deve esse  
riconoscil  
chiesti, a  
co, gravi  
dell'impre  
te contra;

Da un  
re tra dip  
perché in  
dipendenz  
zione del  
la posizio

<sup>40</sup> Sul p

gico-formale, quello di avvalorare l'erronea suggestione, per cui il divieto porterebbe ad espressione un'istanza di giustizia sostanziale del contratto *tout court*, svincolata cioè dalla considerazione delle circostanze soggettive e oggettive, nelle quali lo scambio si realizza.

In questa prospettiva, poco conto che, con formula già presente nella disciplina generale dei contratti del consumatore, lo squilibrio in questione sia riferito ai reciproci diritti e obblighi delle parti, escludendo all'apparenza il c.d. squilibrio economico o relativo alle c.d. condizioni economiche (in sostanza, quelle che definiscono i beni o servizi oggetto delle prestazioni principali). Del resto, lo stesso art. 9 prevede poi al 3° co. come ipotesi tipica di abuso l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, senza distinguere – come si vedrà – tra condizioni economiche e normative.

Piuttosto, nell'applicare il criterio dell'eccessivo squilibrio, si dovrà valutare se l'impresa che si assume esser dominante sia effettivamente in grado di imporre condizioni sfavorevoli, che la controparte, se fosse libera di scegliere, ragionevolmente non accetterebbe. Tenuto conto poi che l'abuso non consiste necessariamente nell'imposizione di clausole inique, e che tra abuso e dipendenza si direbbe pur sempre richiesto un nesso di causalità, il criterio può essere così riformulato: dipendenza si ha quando un'impresa versa in una situazione tale, da non potersi sottrarre ai comportamenti pregiudizievoli, realizzati in suo danno dalla controparte.

La dipendenza può poi variare per intensità e qualità, secondo il tipo di abuso che viene lamentato e quindi degli interessi in gioco. Di massima, se la dipendenza è debole, l'area delle condotte potenzialmente abusive deve essere proporzionalmente circoscritta. Sicuramente essa deve essere riconoscibile, e in questo senso rilevante o significativa. Non sono però richiesti, a differenza che, per es., nell'omologa disciplina nel diritto austriaco, gravi svantaggi aziendali che mettano a rischio la stessa sopravvivenza dell'impresa sul mercato, o comunque comportino il pericolo di una pesante contrazione del fatturato o di una drastica riduzione della clientela<sup>40</sup>.

Da un punto di vista pratico e concettuale, è opportuno poi distinguere tra dipendenza di fatto e dipendenza anche giuridicamente rilevante perché in astratto meritevole di tutela. Partecipando l'accertamento della dipendenza al complessivo giudizio di valore, nel quale si risolve l'applicazione del divieto, è possibile che già in questa fase si possa escludere che la posizione di debolezza relativa oggettivamente riscontrabile tra le parti

<sup>40</sup> Sul punto, più diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 136 ss. (ed ivi riff. ult.).



sia anche meritevole di tutela. In questo senso, è dipendenza di fatto priva di rilevanza giuridica quella auto-indotta, conseguenza cioè di un cattivo affare, imputabile soltanto all'incapacità dell'altra parte di gestire i propri interessi<sup>41</sup>. E sempre in questa prospettiva può avere senso procedere – come si vedrà – ad una tipizzazione delle ipotesi di dipendenza, potenzialmente rilevanti agli effetti dell'art. 9 l. subf.

#### 6. (Segue). *Il criterio della mancanza di alternative.*

Con il criterio della mancanza di alternative, la nozione di dipendenza acquista maggiore concretezza. A rigore, il criterio non è esclusivo, ma solo eventuale. Per l'interprete, tuttavia, esso costituisce, per sé stesso e per via dei precedenti stranieri, un riferimento importante.

Attesa la lettera della legge, e avuto riguardo all'esperienza interpretativa tedesca, l'accertamento della dipendenza economica alla stregua di questo criterio si può idealmente distinguere in due fasi. Una prima fase volta a verificare l'esistenza sul mercato di alternative oggettive. La seconda tesa a stabilire se tali alternative siano anche reali e soddisfacenti.

Con riguardo in particolare alla prima fase, è da ritenere che la presenza di alternative oggettive vada accertata con riferimento ad un mercato rilevante, definito secondo i criteri consueti dell'*antitrust*. In questo senso depongono in particolare la lettera della legge e il precedente tedesco<sup>42</sup>. In questo modo è anche confermato che la dipendenza non investe necessariamente l'impresa nella sua interezza, e neppure deve essere tale da condizionarne la sopravvivenza<sup>43</sup>.

Accertata l'esistenza di alternative oggettive sul mercato, il passo successivo è di verificare se le stesse siano in sostanza praticabili dal punto di vista dell'impresa dipendente<sup>44</sup>. Vengono così in considerazione quei profili, che attengono specificamente alla condizione individuale del soggetto dipendente, nonché ai rapporti che questo intrattiene con la controparte dominante.

Sembra poco utile, invece, tentare di distinguere ulteriormente tra il carattere soddisfacente delle alternative e la possibilità reale di farvi ri-

<sup>41</sup> Sul problema della dipendenza "auto-indotta", più diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 143 ss. (ed ivi riff. ult.).

<sup>42</sup> Sul punto, più ampiamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 130 ss.

<sup>43</sup> V. nt. prec.

<sup>44</sup> In questo senso, riprendendo l'esperienza interpretativa tedesca, v. anche BARBA, *op. cit.*, 330 ss.; CERIDONO, *op. cit.*, 433 ss.; PINTO, *op. cit.*, 406 ss.

cor  
que  
esse  
ti co  
l'im  
dell'  
men  
in c  
ragio  
(  
danc  
scett  
I  
che  
di re

7. (S  
L  
C  
quell  
porai  
l'ider  
riferi  
artt.  
prenc

45  
46  
47  
l. n. 57  
Ne  
possa c  
partne  
zioni d  
dall'eff  
sanzi  
bra ine  
dipend  
48

corso<sup>45</sup>. Il senso complessivo delle due specificazioni rimane in ogni caso quello di una progressiva soggettivizzazione del giudizio.

Elementi sintomatici di una dipendenza di tipo soggettivo possono poi essere in particolare: la convertibilità e l'ammortamento degli investimenti compiuti in funzione dei rapporti commerciali che s'intrattengono con l'impresa dominante; la durata di tali rapporti; il grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore; l'affidamento provocato dall'impresa dominante nella prosecuzione delle relazioni in corso; l'impossibilità di ricorrere ad altri metodi di fabbricazione; l'irragionevolezza dell'offerta di altre imprese; specifici vincoli contrattuali<sup>46</sup>.

Questi ed eventualmente altri fattori possono variamente combinarsi, dando luogo di volta in volta ad assetti d'interessi differenti, e quindi suscettibili di valutazioni normative differenziate.

Isolatamente, ma in maniera poco convincente, si è anche sostenuto che la dipendenza può risultare attenuata dall'operare di c.d. meccanismi di reputazione<sup>47</sup>.

#### 7. (Segue). *La dominanza plurima.*

La dipendenza può sussistere nei confronti di una «o più imprese».

Come per i divieti *antitrust* di abuso di posizione dominante, l'ipotesi è quella della dominanza plurima, facente capo cioè a più imprese contemporaneamente. Data la parziale sovrapposizione delle fattispecie, nonché l'identità delle formule, è anzi da ritenere che pure per il resto si possa far riferimento all'elaborazione in tema di dominanza plurima ai sensi degli artt. 3 l. *antitrust* e 102 TFUE<sup>48</sup>. Salvo verificare se l'art. 9 l. subf. comprenda anche ipotesi ulteriori.

<sup>45</sup> Per un tentativo in tal senso, però, BARBA, *op. cit.*, 333.

<sup>46</sup> V. *infra*, par. 10.

<sup>47</sup> Circ. Assonime n. 46/2001, *Riv. soc.*, 2002, 610 ss., 614-615 (a commento della l. n. 57/2001, recante «Disposizioni in materia di apertura e regolazione di mercati»).

Nella letteratura economica, in realtà, è controverso se e fino a che l'impresa forte possa esser distolta da comportamenti opportunistici, per il timore di crearsi una fama di *partner* commerciale "cattivo" o "disonesto", con il quale non conviene intrattenere relazioni d'affari (cfr. OSTI, *Riflessioni*, cit., 26-27; RENDA, *op. cit.*, 277-278). A prescindere poi dall'effettività dei c.d. meccanismi di reputazione, resta il fatto che il timore dell'eventuale sanzione (giuridica e non) non impedisce di per sé l'illecito. Da qui la conclusione, ci sembra inevitabile, che l'operare di tali meccanismi non può influire sull'accertamento della dipendenza rilevante ai sensi dell'art. 9 l. subf.

<sup>48</sup> Per un quadro recente, LIBERTINI, *Posizione*, cit., 543 ss., 563 ss.

Si esclude così che dia luogo ad una posizione dominante collettiva quella facente capo a più imprese di un medesimo gruppo. Se queste sono assoggettate ad una direzione unitaria, tale da privarle della possibilità di adottare una linea di condotta autonoma, il gruppo si considera ai fini dell'*antitrust* come un'impresa unica.

In secondo luogo, secondo la prassi degli organi comunitari, più imprese detengono congiuntamente una posizione dominante, quando, per effetto di un'intesa in violazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, esse si presentano sul mercato come un'entità unica, capace di agire in modo significativamente indipendente rispetto a concorrenti, fornitori e clienti. Una variante di tale figura è la condivisione di una risorsa essenziale, che ugualmente consente alle imprese partecipanti di dominare il mercato.

Non è ancora stato definitivamente chiarito se, al di fuori di tali ipotesi, il concetto di posizione dominante collettiva ex art. 102 TFUE sia suscettibile di applicazioni ulteriori. In particolare, si discute se il divieto possa essere impiegato per il controllo del c.d. *conscious parallelis* oligopolistico. Secondo un'opinione abbastanza diffusa, il parallelismo di condotte di un oligopolio ristretto, se non presenta carattere episodico, ma è sufficientemente stabile nel tempo, determina una posizione dominante collettiva, e può risultare in condotte sanzionabili ai sensi dell'art. 102 TFUE. Si parla allora di dominanza collettiva "strutturale".

Secondo una recente tesi dottrinale, individua un'ipotesi rilevante ai sensi degli artt. 3 l. *antitrust* e 102 TFUE anche la posizione dominante « plurima, ma non collettiva » o plurima disgiunta. Questa ricorre quando (di solito) poche imprese (*i.e.* un oligopolio) sono in grado, ciascuna separatamente dalle altre, di influenzare in maniera determinante il funzionamento di un medesimo mercato. Nella prospettiva dei soggetti, nei confronti dei quali tale potere si esercita, si tratta di quei casi in cui un'impresa, per competere su un dato mercato, ha necessità di contrarre (a condizioni eque e non discriminatorie), se non con tutti, almeno con alcuni degli oligopolisti. Si può perciò parlare di dipendenza "relativa" o "di gruppo"<sup>49</sup>.

Le ipotesi fin qui considerate sono originariamente pensate con riferimento a situazioni di potere di mercato, aventi carattere obiettivo e generale. La dipendenza ex art. 9 l. subf. può però essere anche soggettiva,

<sup>49</sup> Sul punto sia consentito rinviare a FABBIO, *Obblighi di contrarre e distribuzione farmaceutica, tra diritto comune e regolamentazione di settore. Appunti per una teoria della dipendenza relativa o di gruppo ovvero della posizione dominante plurima non collettiva o disgiunta*, Riv. dir. comm., 2005, II, 338 ss., ed ivi riff. ult.

ciò de  
viduale  
la conti  
sto che  
di più i  
collettiv  
legate t  
ad un c

## 8. Le i

In c  
za tede  
in tema

Qu  
mo inc  
vieta d  
present  
stano r  
o men  
valore,

## 9. (Seq

Un  
Nel  
to rigu

<sup>50</sup> I  
437; Coi  
denza e  
5 marzo  
disciplin  
Osti, Ri  
rimento  
della di  
ma non  
mercato  
telletua

cioè derivare da circostanze specificamente attinenti alla condizione individuale dell'impresa dipendente, ed ai rapporti che questa intrattiene con la controparte forte. È da ritenere che pure tale forma di dipendenza, posto che la legge non distingue al riguardo, possa sussistere nei confronti di più imprese congiuntamente. In particolare, una dipendenza soggettiva collettiva può, di fatto, ricorrere nei riguardi di una pluralità di imprese legate tra loro da un'intesa restrittiva della concorrenza. Si pensi, ad es., ad un cartello di cooperazione negli acquisti.

#### 8. *Le ipotesi tipiche di dipendenza economica.*

In dottrina si tende a distinguere, per lo più sulla falsariga dell'esperienza tedesca, ma in parte anche sulla scorta della letteratura giuseconomica in tema di contratti relazionali, alcune ipotesi applicative tipiche.

Questa tipizzazione mira a fornire alla prassi schemi, utili per un primo inquadramento dei problemi che possono essere affrontati con il divieto di a.d.e. Nell'utilizzare questi schemi, occorre tuttavia tenere sempre presente che le varie ipotesi sono in tutto o in parte pensate, o si manifestano nell'esperienza reale, in relazione a specie di abuso a loro volta più o meno tipiche; e tendono in ogni caso ad anticipare parte del giudizio di valore, nel quale si risolve l'applicazione della norma.

#### 9. (Segue). *La dipendenza da assortimento.*

Una prima ipotesi è la dipendenza da assortimento<sup>50</sup>.

Nella sua variante originaria e più tipica, la dipendenza da assortimento riguarda l'intermediario commerciale, grossista o dettagliante, che per

<sup>50</sup> La figura è richiamata in numerosi autori: BARBA, *op. cit.*, 337; CERIDONO, *op. cit.*, 437; COLANGELO, *op. cit.*, 72 e 115; FERRARO, *op. cit.*, 232 ss.; MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57, Conc. merc.*, 2001, 223 ss., 225; M.R. MAUGERI, da ultimo in *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica, Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 1062 ss., 1069; OSTI, *Riflessioni*, cit., 12-13; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 133 e nt. 129. Pur senza fare riferimento alla casistica tedesca, sembrerebbe orientato nel senso di riconoscere la rilevanza della dipendenza da assortimento dell'intermediario commerciale ai sensi dell'art. 9 l. subf., ma non anche degli artt. 3 l. *antitrust* e 102 TFUE, SPOLIDORO, *Marchi rinomati e potere di mercato* (testo provvisorio), Relazione al Convegno SISPI *Diritto e mercato: Proprietà intellettuale e Antitrust*, Perugia, 26 maggio 2001, 19 ss. del manoscritto.

essere competitivo deve poter condurre nel proprio assortimento una o più marche tra le più note del momento. Oggi essa va ricostruita in coerenza con i principi e le regole che il diritto comunitario detta in materia di distribuzione selettiva, e che si ricavano in particolare dal Reg. CE n. 2790/1999. La sua utilità pratica si coglie tra l'altro sotto i profili della ripartizione dell'onere probatorio nel giudizio civile, della facilità applicativa, e dell'idoneità a superare le lacune derivanti dall'impossibilità di dilatare la nozione di intesa oltre una certa misura<sup>51</sup>.

Un'altra variante è la dipendenza del riparatore o ricambista indipendenti, i quali, per riuscire competitivi, hanno bisogno di accedere al mercato dei ricambi originali, di regola controllato dai produttori del bene principale. Indicazioni di principio rilevanti, nel senso della maggiore apertura possibile del mercato secondario ai ricambisti e riparatori indipendenti, si possono trarre sempre dal diritto *antitrust*, e soprattutto dal Reg. CE n. 1400/2002. I vantaggi sono analoghi a quelli che presenta la figura della dipendenza da articolo di marca, rispetto al divieto di intese<sup>52</sup>.

Altre varianti ancora, presenti nell'esperienza applicativa tedesca, sono: la dipendenza dell'esercente indipendente di sala cinematografica, rispetto ai distributori di pellicole; degli aspiranti espositori, nei confronti degli organizzatori di fiere, mostre, esposizioni e concorsi; del produttore o del fornitore, che possono raggiungere dettaglianti e/o consumatori finali solo o soprattutto canali distributivi organizzati da altre imprese.

#### 10. (Segue). *La dipendenza da rapporti commerciali.*

L'altra ipotesi di dipendenza economica, sufficientemente tipizzata a livello di elaborazione dottrinale, è quella da rapporti commerciali<sup>53</sup>.

Fattori quali: investimenti, specializzati e difficilmente recuperabili in usi alternativi, effettuati dall'impresa dipendente in funzione di quella relazione, la lunga durata o la tendenziale esclusività della stessa, fanno sì che l'impresa dipendente non possa agevolmente cambiare partner commerciale, esponendola di conseguenza al rischio di comportamenti opportunistici della controparte.

Alla luce soprattutto di argomenti di efficienza economica, che si rinven-

<sup>51</sup> Sull'utilizzabilità della figura nell'ordinamento italiano, ampiamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., Cap. III.

<sup>52</sup> V. FABBIO, *L'abuso*, cit., 235 ss.

<sup>53</sup> Cfr. FABBIO, *L'abuso*, cit., 230 ss.

gor  
cor  
del  
al F  
cial  
l'as  
l'ag

ratt  
ugu  
suffi  
nell  
sim  
visc  
dall

den  
(art  
ad i

nei  
mer  
del

:  
op. c  
ne in  
CERI  
conti  
Cafa  
plina  
ro, R  
MAC  
di di

delle  
a FAE  
5  
5  
5  
5

La c  
Dirit  
6

gono alla base anche di altre soluzioni positivamente accolte dal legislatore comunitario o nazionale (v. in particolare: la vecchia disciplina del recesso del fornitore nel rapporto di distribuzione automobilistica integrata di cui al Reg. CE n. 1400/2002; la disciplina della durata dell'affiliazione commerciale nella l. n. 129/2004), si ritiene in linea di principio che vada protetta l'aspettativa dell'impresa dipendente<sup>54</sup>, se del caso anche integrale e con l'aggiunta di un congruo utile, tenuto conto della sua redditività concreta<sup>55</sup>.

Se invece la dipendenza deriva principalmente dalla durata e dal carattere tendenzialmente esclusivo della relazione, l'impresa dipendente sarà ugualmente tutelata, in linea di principio, ma solo per un tempo limitato, sufficiente per "guardarsi intorno". Diversamente, infatti, si sconfinerebbe nella protezione sociale, in contrasto con i principi<sup>56</sup>. Indicazioni di massima su quale potrebbe essere in tali ipotesi un congruo termine di preavviso si dovrebbero poter trarre dalla disciplina dell'agenzia, segnatamente dall'art. 1750 c.c.<sup>57</sup>.

Varianti tipiche legali di dipendenza da rapporti commerciali sono tendenzialmente la subfornitura (art. 1 l. subf.)<sup>58</sup> e l'affiliazione commerciale (art. 1, l. n. 129/2004)<sup>59</sup>. In entrambi i casi, il divieto interviene per lo più ad integrare la disciplina speciale, per gli aspetti sostanziale e/o rimediabile.

Si discute, infine, se il divieto possa esser impiegato per controllare, nei rapporti tra imprese, le condizioni generali di contratto tendenzialmente per sé considerate, sulla falsariga di quanto previsto per i contratti del consumatore<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Si segnalano al riguardo le approfondite analisi di OSTI, *Riflessioni*, cit.; RENDA, *op. cit.*; e TASSONE, *op. cit.* (ed ivi ampi riferimenti alla letteratura economica anglosassone in materia). Si vedano inoltre, a seguire, in particolare BASTIANON, *L'abuso*, cit., 435 ss.; CERIDONO, *op. cit.*, 437-438; COLANGELO, *op. cit.*, 23 ss.; IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2004, 125 ss., 153 ss., nonché (riassuntivamente) a 174; ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS, Trento, 4-5 giugno 1999, par. 25 ss.; MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali*, cit., 160 ss.; NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica contrattuale*, *Giur. it.*, 2003, 724 ss., 725-726.

<sup>55</sup> Sulla tipologia degli investimenti protetti, e sull'opportunità di tener conto anche delle concrete prospettive di reddito legate all'investimento protetto, sia consentito rinviare a FABBIO, *L'abuso*, cit., 284 ss.

<sup>56</sup> Sul punto, più diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 301 ss. (ed ivi riff. ult.).

<sup>57</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 305.

<sup>58</sup> V., anche per uno stato dell'arte, FABBIO, *L'abuso*, cit., 345 ss.

<sup>59</sup> Cfr., da ultimo, SALAMONE, *I contratti della distribuzione, in generale ed integrata. La concessione di vendita. L'affiliazione commerciale (franchising)*, in LIPARI e RESCIGNO, *Diritto civile*, Milano, 2009, II/III, 639 ss., 690 ss.

<sup>60</sup> Per un tentativo in questo senso, FABBIO, *L'abuso*, cit., 305 ss. (ed ivi riff. ult.). In ar-

## Sezione III - L'ABUSO

11. *La nozione di abuso in generale.*

L'art. 9 l. subf. vieta l'abuso di dipendenza economica in genere, senza definirlo; e contiene inoltre un elenco di ipotesi specifiche di abuso, avente carattere esemplificativo (2° co.: «l'abuso può anche consistere»). Tali ipotesi nominate consistono: «nel rifiuto di vendere o di comprare»; «nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie»; «nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

La tecnica normativa adottata è la medesima dei divieti comunitario e nazionale di abuso di posizione dominante. La coincidenza si spiega verosimilmente con l'originaria intenzione del legislatore di fare della norma sull'a.d.e. una specificazione del divieto di a.p.d. In larga parte, la nozione di abuso rilevante nel contesto dell'art. 9 l. subf. può in effetti essere in larga parte ricostruita in aderenza a quella valevole per i divieti di a.p.d.

Volendo ad ogni modo definire un concetto minimo o essenziale di abuso, le questioni di maggiore rilievo riguardano: *i*) l'elemento materiale, ed in relazione a tale elemento in particolare la natura del pregiudizio, nonché il nesso di causalità che deve (se deve) ricorrere tra la dipendenza e il suo abuso; *ii*) i criteri del giudizio di illiceità (in senso stretto); *iii*) la rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, motivi).

12. (Segue). *L'elemento materiale.*

Dal punto di vista materiale, l'abuso consiste in condotte dell'impresa dominante, commissive od omissive, le quali possono eventualmente qualificarsi come atti negoziali (ad es., dichiarazione di recesso dal contratto) o sortire un atto negoziale come effetto (così nell'ipotesi tipica dell'imposizione di condizioni contrattuali inique).

Tali condotte devono poi determinare, di fatto, un pregiudizio per l'impresa dipendente. Il divieto, infatti, appare rivolto in prima linea a proteggere l'impresa dipendente. Il che non esclude che il giudizio di illiceità possa tener conto anche di interessi più generali<sup>61</sup>.

gomento, v. anche DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, Riv. dir. comm., 2006, 789, spec. 823-824.

<sup>61</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 372.

noi  
l'ab  
to,  
dar

inte

pica  
nep  
sare

pres  
da r  
trop  
ne s  
del :

l  
abus  
zion  
ne c  
tame  
chie:

13. (

F  
la su  
I  
una v  
rarsi

62

63

64

65

librio  
op. cit.  
obblig  
«ragio

Il pregiudizio deve attenersi specificamente alla libertà d'iniziativa economica dell'impresa dipendente<sup>62</sup>. Di conseguenza, non è necessario che l'abuso procuri all'impresa dipendente un danno patrimoniale in senso stretto, attuale o anche solo potenziale. Esso può risolversi anche in un mero danno c.d. concorrenziale<sup>63</sup>.

Relativa sempre all'elemento materiale è la questione del nesso che deve intercorrere tra lo stato di dipendenza ed il suo abuso.

Un nesso di causalità materiale è senz'altro necessario per l'ipotesi tipica di abuso consistente nell'imposizione di condizioni inique. Altrimenti, neppure potrebbe parlarsi di imposizione, e più in generale la tutela non sarebbe più giustificata.

Quanto ai casi rimanenti, un nesso di causalità sembra ugualmente imprescindibile, e precisamente nel senso che la dipendenza deve essere tale, da rendere la condotta dell'impresa dominante atta a pregiudicare la controparte dipendente. Diversamente, verrebbe infatti meno la giustificazione sostanziale della tutela, incentrata com'è quest'ultima sulla dipendenza del soggetto da proteggere.

Netta è perciò la differenza, sotto questo profilo, rispetto ai divieti di abuso di posizione dominante. Oggi si tende infatti a ritenere che la posizione dominante individui in principio solo un presupposto di applicazione obiettivo del divieto<sup>64</sup>. Ovviamente fanno eccezione gli abusi di sfruttamento, dove un nesso di causalità tra la dominanza e il suo abuso è richiesto per definizione.

### 13. (Segue). *Il giudizio di illiceità in senso stretto.*

Riscontrato l'elemento materiale, occorre procedere alla valutazione della sua liceità in senso stretto.

In ordine alle modalità, la dottrina tende a sottolineare la necessità di una valutazione caso per caso, aggiungendo per lo più che essa dovrà ispirarsi al criterio della buona fede<sup>65</sup>. In alcuni commenti si evoca in verità

<sup>62</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 35-36 e 372.

<sup>63</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 372, testo e nt. 6.

<sup>64</sup> Cfr., anche per riff. ult., FABBIO, *L'abuso*, cit., 373.

<sup>65</sup> Così, ad es., BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, 231 ss., 230 ss.; CERIDONO, *op. cit.*, 440; FERRARO, *op. cit.*, 241 e *passim* (che trova anzi sensato evocare la figura degli obblighi di protezione); LONGU, *op. cit.*, 352; MUSSO, *op. cit.*, 519 («buona fede "oggettiva"», «ragionevolezza», «proporzionalità» e «usi di settore») e 522 («spirito di partenariato» e



anche l'equità, ma per lo più senza chiarire se il richiamo vada inteso in senso tecnico (come giustizia del caso concreto, contrapposta allo stretto diritto; oppure, ancora – secondo la terminologia propria dell'analisi economica – come equità contrapposta ad efficienza economica)<sup>66</sup>, o stia piuttosto a rimarcare che il giudizio di illiceità va tendenzialmente svolto caso per caso<sup>67</sup>. Qualcuno ritiene altresì di poter evocare la figura dell'abuso del diritto<sup>68</sup>, sebbene non si comprenda quale utilità possa trarsi da tale richiamo sul piano operativo. Isolatamente e da ultimo, si è infine sostenuto che il parametro, sul quale misurare l'abuso, potrebbero essere i principi di corretta gestione imprenditoriale, di cui al riformato art. 2497 c.c.<sup>69</sup>.

In realtà, il richiamo alla buona come criterio di valutazione è qui inconferente. In questo modo si pretende infatti di concretizzare una clausola generale, quale è il divieto di a.d.e., attraverso il rinvio ad altra clausola generale, caratterizzata da un grado di astrattezza ancora più elevato. Di condivisibile, nell'opinione comune, c'è semmai che la qualifica d'illiceità *ex art. 9 l. subf.* si fonda su di una tecnica dispositiva "a maglie larghe". La quale impone, pertanto, un bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti<sup>70</sup>, che sarà però da effettuarsi alla stregua (non tanto di una generale clausola di buona fede, a sua volta bisognosa di essere concretizzata, quanto) dei principi generali dell'ordinamento, ed in particolare di quelli propri del vigente sistema d'economia di mercato. Tanto richiede un approccio normativo nella concretizzazione della clausola generale dell'art. 9 l. subf.

#### 14. (Segue). *L'elemento soggettivo (dolo, colpa e giustificati motivi).*

Un fatto di violazione si può configurare anche in assenza di dolo o colpa<sup>71</sup>. L'elemento soggettivo, nella forma alternativamente del dolo o della

«correttezza e buona fede»); OSTI, tra l'altro in *Riflessioni*, cit., spec. 51 ss.; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 350; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 140 e 143.

<sup>66</sup> Apparentemente in senso tecnico, ad es., BARBA, *op. cit.*, 347.

<sup>67</sup> Così, tra gli altri, CERIDONO, *op. cit.*, 441.

<sup>68</sup> V., in particolare, TORIELLO, *sub art. 9, Abuso di dipendenza economica*, parte I, *La subfornitura - Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di Alpa e Clarizia, Milano, 1999, 236 ss.

<sup>69</sup> Per la relativa critica sia consentito rinviare al nostro *L'abuso*, cit., 527 ss.

<sup>70</sup> Alla tecnica tedesca dell'*Interessenabwägung* fa esplicito riferimento BARBA, *op. cit.*, 345 e *passim*. Il concetto si trova inoltre richiamato in OSTI, tra l'altro in *Riflessioni*, cit., 50.

<sup>71</sup> Conclude sostanzialmente nel senso del testo FERRARO, *op. cit.*, 240.

Secondo una diversa tesi, il rifiuto di contrarre, costituendo esercizio di una prerogativa privata, e segnatamente della libertà d'iniziativa *ex art. 41 Cost.*, integra un illecito solo se

colp:  
segu  
lianc  
di sa  
com  
3° co  
S  
i mc  
corr  
pure  
min:  
I  
valo  
to<sup>73</sup>  
ordi  
imp:  
un'i:  
ciò,  
l'ille  
]  
si le

dolo:  
Pros  
tivi e  
realt  
econ  
qual  
in ap  
poss

Kon  
riff.

162  
degl  
sub  
17. I  
varr  
EW:  
HILF

colpa, è semmai richiesto ai fini della responsabilità per danni, come conseguenza dell'applicazione delle generali regole in materia di illecito aquiliano. Esso è altresì richiesto, in conformità alle generali regole in materie di sanzioni amministrative, agli effetti delle ammende che possono essere comminate dall'Autorità garante in base al combinato disposto degli artt. 9, 3° co. *bis*, l. subf. e 15 l. *antitrust*.

Sempre con riguardo all'elemento soggettivo, ci si può domandare se i motivi che hanno ispirato l'agire dell'impresa dominante possano concorrere nel determinare l'illiceità della condotta *ex art. 9 l. subf.* (come pure è stato sostenuto<sup>72</sup>); o possano, viceversa, dispiegare efficacia scriminante.

In realtà, i motivi soggettivi dell'agente assumono nell'*antitrust* al più valore indiziario, ma non assurgono mai ad elementi costitutivi dell'illiceità<sup>73</sup>. Alle finalità dell'*antitrust* rimane difatti estranea ogni valutazione di ordine morale o psicologico<sup>74</sup>. La medesima impostazione, poi, si dovrebbe imporre per il diritto della concorrenza sleale, una volta accettata l'idea di un'interpretazione funzionale dell'intera disciplina<sup>75</sup>. Analogamente, perciò, si deve concludere, considerate la *ratio* e la sistematica del divieto, per l'illiceità da a.d.e.

Infine, al tema dell'elemento soggettivo, e dei motivi in particolare, si lascia apparentemente ricondurre il problema dei giustificati motivi o

doloso, cioè se sorretto da mala fede in senso soggettivo PINTO, *op. cit.*, 420-421, ripreso da PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, 290, nt. 58. L'argomento, al di là delle questioni vertice, in realtà prova troppo. Ogni condotta di mercato costituisce esercizio della libertà d'iniziativa economica costituzionalmente garantita. Laddove si seguisse il ragionamento qui criticato, qualsiasi repressione non a titolo di dolo sarebbe da escludere. Il che sarebbe in molti casi in aperta contraddizione già con il dato positivo, oltre che con il diritto vivente.

Per Musso (ma senza precisi argomenti), *op. cit.*, 523, l'abuso richiederebbe «per quanto possibile» un *animus nocendi* (*idem* a 512)

<sup>72</sup> Cfr. nt. prec.

<sup>73</sup> In luogo di molti, in dottrina, SCHRÖTER, *sub art. 82*, in SCHRÖDER, JAKOB e MEDERER, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 2003, Rdnr. 162 (ed *ivi* *riff. ult.*).

<sup>74</sup> Per l'opinione assolutamente prevalente, in luogo di molti, SCHRÖTER, *op. cit.*, Rdnr. 162 (ed *ivi* ampi riferimenti conformi). In senso contrario, sia pure limitatamente al caso degli abusi d'impedimento che si rivolgono direttamente a danno dei concorrenti, JUNG, *sub art. 82*, in GRABITZ e HILF, *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, München, 17. Lfg. (2001), Rdnr. 110; nel senso che in casi estremi determinate circostanze soggettive varrebbero ad escludere o a costituire l'abuso, GLEISS e HIRSCH, *sub art. 86*, *Kommentar zum EWG - Kartellrecht*, Heidelberg, 4° ed., 1993, Rdnr. 58, e KOCH, *sub art. 86*, in GRABITZ e HILF, *EWGV-Kommentar*, München, 4. Lfg. (1986), Rdnr. 50.

<sup>75</sup> Sul punto sia consentito rinviare a FABBIO, *L'abuso*, cit., Cap. I, par. 10.

dell'obiettivo giustificazione (*legitimate business reasons, sachlich gerechtfertigter Grund*), idonei a scriminare comportamenti altrimenti abusivi.

Il problema si pone, evidentemente, solo per quelle ipotesi di a.d.e. che raggiungono un sufficiente grado di tipizzazione, legale o sociale, sicché la qualifica d'illiceità può esser evitata dall'interessato solo dimostrando la sussistenza in concreto di particolari cause di giustificazione.

Queste possono a loro volta presentare un grado di tipicità più o meno elevato, e portata più o meno generale.

È escludere che la causa di giustificazione possa in concreto ridursi ad una generica istanza di libertà d'azione dell'impresa dominante (cioè allo "esercizio del diritto" di libertà di iniziativa economica).

Il contenuto delle legittime cause di giustificazione, o dei giustificati motivi, può evidentemente variare, secondo l'atteggiarsi della fattispecie concreta. In genere, la legittimità sarà da valutarsi – come già s'è detto – alla luce dei principi generali dell'ordinamento, e soprattutto di quelli in materia di buon funzionamento dei mercati. Dalla natura del giudizio (bilanciamento degli interessi coinvolti) discende inoltre l'applicabilità di un principio di proporzionalità, nel senso che il mezzo concretamente adottato (*i.e.* la condotta controversa) non deve essere sproporzionato al fine perseguito (la protezione dei propri legittimi interessi)<sup>76</sup>.

Le cause di giustificazioni possono riguardare, secondo una classificazione meramente descrittiva, circostanze relative:

*i)* alla sfera del soggetto dipendente (nel caso di rifiuto di contrarre, ad es., gravi e ripetuti inadempimenti contrattuali; insufficiente affidamento in ordine al regolare svolgimento del rapporto<sup>77</sup>; atti di concorrenza sleale idonei a screditare l'immagine commerciale anche della controparte dominante, o in altro modo direttamente od indirettamente pregiudizievoli per la stessa; la dichiarazione di fallimento o l'assoggettamento a procedure affini, che rendano in concreto insostenibile per la controparte forte la prosecuzione della relazione);

*ii)* alla sfera del soggetto dominante (sempre per il caso del rifiuto di contrarre: esigenze di riorganizzazione aziendale; razionalizzazione della

<sup>76</sup> Analogo principio di proporzionalità – si ricorda – vale pacificamente per il giudizio d'illiceità richiesto da disposizioni affini all'art. 9 l. subf., quali sono l'art. 102 TFUE (tra gli altri, SCHRÖTER, *op. cit.*, Rdnr. 180 e *passim*; MÖSCHEL, *sub art.* 86, in IMMENGA e MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, München, 1997, I, Rdnr. 148; in giurisprudenza C. Giust., 14 febbraio 1978, 27/76, *United Brands*) e gli artt. 19 e 20 GWB (*v.*, ad es., MARKERT, *sub art.* 20, in IMMENGA e MESTMÄCKER, *GWB – Kommentar zum Kartellgesetz*, Rdnr. 142).

<sup>77</sup> PINTO, *op. cit.*, 419; T. Nola, 20 maggio 2008, *cit.*

rete distri  
di uscire d  
che lega l'

iii) circ

Sempre  
un'importa  
mini possi  
in materia  
nante i po  
scritament

## 15. Le ipc

Ipotesi  
zione com  
viene spes

<sup>78</sup> Cfr. R  
dei rapporti  
Riv. dir. com

<sup>79</sup> BARBA

<sup>80</sup> Così s

Laddove  
screzionalità  
giustificazion

Così, nel  
tenersi libera  
di far salvi gl  
comune. La l  
più generale  
dell'impresa

<sup>81</sup> BARBA

ne, tuttavia, c  
della concorr

<sup>82</sup> Per l'e  
tiguio divieto  
matica) prese

*application o*

*pa.eu.int/con*

zione costitui

ricorrente ne

bito del divie

*v.* anche LIBE

e antitrust, a  
tecnico e bila

rete distributiva<sup>78</sup>; genericamente impossibilità economica<sup>79</sup>; la decisione di uscire dal mercato<sup>80</sup>; l'impedimento giuridico derivante da un'esclusiva che lega l'impresa dominante a terzi<sup>81</sup>); oppure ancora

iii) circostanze esterne ai rapporti tra le parti.

Sempre con riguardo, infine, al merito delle cause di giustificazione, un'importante precisazione è che, dovendo il divieto concretizzarsi in termini possibilmente filo-concorrenziali, in coerenza con i principi generali in materia di concorrenza, allora devono anche poter valere come scriminante i possibili guadagni di efficienza, che si collegano alla condotta asseritamente abusiva, valutati secondo i criteri dell'art. 101, par. 3, TFUE<sup>82</sup>.

### 15. *Le ipotesi tipiche di abuso: il rifiuto di contrarre.*

Ipotesi nominata d'abuso è il rifiuto d'iniziare o di proseguire una relazione commerciale con l'impresa dipendente, cioè quello che nell'*antitrust* viene spesso chiamato rifiuto di contrarre o di contrattare.

<sup>78</sup> Cfr. Reg. CE n. 1400/2002 e le nostre osservazioni in FABBIO, *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale*, *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 9 ss., 13 ss.

<sup>79</sup> BARBA, *op. cit.*, 351.

<sup>80</sup> Così sempre BARBA, *op. loc. ult. cit.*

Laddove non si tratti tuttavia di una scelta costretta, ma rimessa interamente alla discrezionalità dell'impresa dominante, tale scelta non è detto in realtà che possa fornire una giustificazione valida in ogni caso.

Così, nel caso di dipendenza da rapporti commerciali, l'impresa dominante non può ritenersi libera di cessare il rapporto da un momento all'altro, ma rimane soggetta all'obbligo di far salvi gli interessi della controparte, che ha investito e si è legata le mani nell'interesse comune. La libertà d'uscita dal mercato, infatti, rimane pur sempre una facoltà inerente alla più generale libertà d'iniziativa, al cui esercizio l'art. 9 l. subf. pone dei limiti nell'interesse dell'impresa dipendente e del mercato in genere.

<sup>81</sup> BARBA, *op. loc. ult. cit.* L'efficacia scriminante dell'impegno così assunto presuppone, tuttavia, che l'esclusiva sia lecita, e non integri in particolare una restrizione illegittima della concorrenza.

<sup>82</sup> Per l'applicabilità dei criteri dettati dall'art. 101, par. 3, TFUE per le intese al contiguo divieto di a.p.d., v. l'importante (e pienamente condivisibile, attesa la coerenza sistematica) presa di posizione della Commissione in *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, dicembre 2005, in [www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_review.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html). Questa presa di posizione costituisce – vale la pena di ricordare – un superamento definitivo dell'affermazione, ricorrente nella dottrina italiana (ma non solo), secondo cui non vi sarebbe spazio, nell'ambito del divieto di a.p.d., per una *rule of reason* come quella dell'art. 101. In questo senso v. anche LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Bari, 2008, 89 ss., 127 e TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano, 2009, 58 ss.

La norma, a rigore, distingue tra il «rifiuto di vendere o di comprare» e l'«interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Il rifiuto di vendere o comprare, in particolare, va inteso in senso lato (non come rifiuto di concludere contratti di compravendita ai sensi dell'art. 1470 c.c., bensì) come rifiuto di intrattenere rapporti commerciali con un'impresa cliente o fornitrice<sup>83</sup>.

L'ipotesi del rifiuto, pertanto, assorbe quella dell'interruzione. Ciò nonostante, l'espressa previsione dell'interruzione come ipotesi abusiva non è superflua. Essa sta tra l'altro ad indicare che il divieto può servire a proteggere anche il *newcomer*<sup>84</sup>.

Il termine «interruzione» può essere assunto a sinonimo di cessazione di fatto. La locuzione «relazioni commerciali in atto» va ugualmente intesa nella sua accezione economica, come sinonimo di rapporto d'affari.

Dal punto di vista delle categorie tradizionali del diritto civile, l'interruzione delle relazioni in atto può poi qualificarsi, secondo le circostanze, come disdetta di un contratto a termine rinnovabile, mancato rinnovo *tout court*, recesso da un contratto a tempo indeterminato, comportamenti pretestuosamente dilatori tenuti nel corso delle trattative, e addirittura coincidere con un inadempimento contrattuale<sup>85</sup>.

Tali qualifiche, e le regole ed i principi collegati, operano tuttavia su di un piano distinto, anche se per alcuni aspetti interferente, sul quale il divieto di a.d.e. in linea di massima prevale. E ciò in considerazione sia del tenore letterale della norma sia di quella che è la sua finalità specifica, consistente – secondo la ricostruzione a nostro avviso da preferire – nella tutela della libertà di movimento dell'impresa dipendente sul mercato, tenuto conto dei principi generali dell'ordinamento, ed in particolare di quelli in materia di buon funzionamento dei mercati. La situazione è in

<sup>83</sup> Considerazione scontata è poi che il rifiuto, se non si tratta dell'interruzione di una relazione già in corso, presuppone una richiesta in tal senso, proveniente dall'impresa dipendente (così, ad ogni modo, PINTO, *op. cit.*, 416).

Non è indispensabile, invece – almeno ci sembra –, che l'offerta sia anche «valida», nel senso di presentare tutti i necessari requisiti di validità di una proposta contrattuale suscettibile di diretta accettazione (in tal senso, però, PINTO, *op. loc. ult. cit.*), bastando invece che si tratti di un'offerta plausibile (ossia seria e riconoscibile).

<sup>84</sup> *Contra*, ma alla fine contraddicendosi, MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 248-249; nonché VOLPE, *op. cit.*, 160-162 (con argomenti di non immediata evidenza e comunque apodittici). Nel senso del testo, per tutti, PINTO, *op. cit.*, 412.

<sup>85</sup> Tendenzialmente nello stesso senso, anche se non con uno spettro d'ipotesi altrettanto ampio, e non sempre in maniera altrettanto esplicita, BARBA, *op. cit.*, 350; CERIDONO, *op. cit.*, 449-450; NICOLINI, *op. cit.*, 130; OSTI, *Riflessioni*, cit.

definit  
dipend  
sempre

Va:

quali,  
confon  
terruci  
plica p  
to<sup>86</sup>.  
sapevo  
tà di t  
sulle t  
sultato  
mentar  
contrat  
l'abuso  
*priori*  
del cor

Un  
profilo,  
galmen  
all'impe

In r

Eloque:

<sup>86</sup> Ci  
tori o ser  
*op. cit.*, 5  
412; MAF  
ritenuto c  
volontà d  
arbitraria  
scioglime  
rapporto

Nel s  
<sup>87</sup> V.  
<sup>88</sup> M.

nella legg  
Il pu  
giudiziari  
v. ad es.,

<sup>89</sup> Cc  
che MAZZ

definitiva analoga a quella che si riscontra per i divieti di a.p.d., la cui indipendenza e/o prevalenza sulle regole del diritto civile comune si è finora sempre data per scontata.

Vanno respinte, di conseguenza, quelle interpretazioni restrittive, le quali, con minore o maggiore consapevolezza secondo i casi, tendono a confondere i due ambiti; e concludono, per es., che, nel caso in cui l'interruzione prenda corpo in un inadempimento contrattuale, non si applica più la disciplina dell'abuso, bensì quella relativa all'inadempimento<sup>86</sup>. Come anche quelle tesi le quali, anch'esse più o meno consapevolmente, si sforzano di fondare ulteriormente la qualifica d'illiceità di fatti, che già costituiscono una violazione del divieto di a.d.e., sulle tradizionali categorie e regole del diritto civile comune, con il risultato: *i*) di svuotare sostanzialmente il divieto; e spesso *ii*) di frammentare il regime della responsabilità da a.d.e. in contrattuale, extracontrattuale e/o precontrattuale, secondo il concreto atteggiarsi dell'abuso<sup>87</sup>. Ugualmente vanno respinte tesi come quella che esclude *a priori* l'abuso, quando l'interruzione coincide con la naturale scadenza del contratto<sup>88</sup>.

Un altro indirizzo interpretativo restrittivo, ma riguardante tutt'altro profilo, è quello secondo cui il rifiuto di contrarre, nelle sue due forme legalmente tipiche, rilevarebbe ai sensi dell'art. 9 l. subf. solo se strumentale all'imposizione di condizioni inique<sup>89</sup>.

In realtà, nulla nel testo della disposizione autorizza simili deduzioni. Eloquenti sono inoltre le esperienze straniere, dove l'autonoma rilevanza

<sup>86</sup> Così, però, con vari argomenti, per lo più generici, se non apodittici o contraddittori o semplicemente sbagliati nel merito: BERTOLOTTI, *op. cit.*, 194-195 (ripreso da Musso, *op. cit.*, 523); DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 841; NATOLI, *L'abuso*, cit., 141; PINTO, *op. cit.*, 412; MAFFEIS, *op. cit.*, 83. In giurisprudenza, T. Bari, 22 ottobre 2004, cit., ha erroneamente ritenuto che, nel caso di mancato rinnovo di un contratto di affiliazione commerciale per volontà dell'affiliante, l'applicabilità dell'art. 9 l. subf., sotto specie di divieto d'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, presupporrebbe in ogni caso «la liceità dello scioglimento del rapporto contrattuale dal punto di vista delle regole legali e negoziali del rapporto medesimo», ivi compresa la clausola generale di buona fede.

Nel senso del testo, invece, in particolare BARBA, *op. cit.*, 350 e CERIDONO, *op. cit.*, 439.

<sup>87</sup> V. *infra*, par. 20.

<sup>88</sup> MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 245; dubitativo FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi sostanziali*, *Contratti*, 1999, 188 ss., 197.

Il punto non ha invece mai sollevato incertezze nel diritto tedesco. Per un precedente giudiziario, di a.d.e. consistente nel mancato rinnovo di un contratto a tempo determinato, v. ad es., BGH, 23 febbraio 1988, KZR 20/86, *Opel Blitz*, WuW/E BGH, 2491.

<sup>89</sup> Così BERTOLOTTI, *op. cit.*, 193 ss.; BORTOLOTTI, *op. cit.*, 146-147; tendenzialmente anche MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 252, e MUSSO, *op. cit.*, 523.

del rifiuto di contrarre come ipotesi abusiva non è mai stata messa seriamente in discussione. Il rifiuto di contrarre, anzi, si considera un esempio classico, e tra i più gravi, di abuso monopolistico.

L'interpretazione che qui si critica si spiega quindi solo come un errore di prospettiva (esaltazione di una generica *ratio* di giustizia materiale del contratto) e con la conseguente difficoltà di fornire una spiegazione coerente per fattispecie di violazione diverse da quella che gli Autori in questione a torto assumono essere l'unica ragione del divieto, dell'imposizione di condizioni contrattuali inique<sup>90</sup>.

16. (Segue). *L'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie.*

L'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie è l'ipotesi che finora ha attirato maggiormente l'attenzione della dottrina, per il suo ritenuto carattere innovativo, e soprattutto in considerazione delle sue possibili ricadute sistematiche. In alcune trattazioni sull'argomento, anzi, l'imposizione di clausole inique finisce con l'esser presentata come l'unica ragion d'essere dell'art. 9 l. subf., non solo praticamente – del che si può ugualmente dubitare –, ma anche a livello normativo, cioè nell'economia complessiva del precetto<sup>91</sup>.

Scopo del divieto, per la parte in cui esso considera l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose, è ad ogni modo quello di proteggere l'impresa dipendente da abusi c.d. di sfruttamento. L'abuso di sfruttamento diventa poi abuso d'impedimento, quando la controparte sfruttata è anche un concorrente diretto, attivo sul mercato a monte o a valle. Da non trascurare, infine, che l'ingiustificata gravosità delle condizioni imposte può derivare anche o principalmente dagli effetti anticoncorrenziali, che la condizione per sé considerata dispiega nei confronti di terzi e sul funzionamento del mercato in genere<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Rappresentativo di un tale atteggiamento è ad es., nel complesso, RENDA, *op. cit.*, il quale però – a differenza degli autori precedentemente citati – non arriva a sostenere la completa irrilevanza del rifiuto di contrarre come ipotesi autonoma di abuso.

<sup>91</sup> Da ultimo, peraltro in contrasto con quanto sostenuto in scritti precedenti, DELLI PRISCOLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1163 ss., 1180.

Per alcuni dei corollari di tale atteggiamento (non condivisibile, perché privo di ogni riscontro positivo), v. FABBIO, *L'abuso*, cit., Cap. I, par. 6, 17 ss.

<sup>92</sup> Più diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 351 ss.

Per la parte in cui si prevede espressamente l'imposizione di condizioni discriminatorie, il divieto mira invece a colpire quelle condotte dell'impresa dominante, le quali alterino indebitamente le posizioni di mercato reciproche delle imprese operanti al livello precedente o successivo del ciclo economico, anche là dove tali imprese non siano concorrenti diretti del soggetto dominante (c.d. *secondary-line competition*).

In ordine alla nozione centrale di «condizioni», s'impone un'accezione economica e quindi ampia, dove il termine "condizioni" diventa sinonimo di "trattamento nella relazione commerciale" "condizioni dello scambio", "contenuto materiale dell'affare", ecc. Si può assumere, tuttavia, che normalmente tali "condizioni" sfoceranno in corrispondenti clausole negoziali, contrattuali o meno, scritte e non scritte.

La nozione ampia qui accolta implica, o meglio non esclude, che il sindacato di legittimità possa investire direttamente il corrispettivo e, in genere, le pattuizioni più propriamente economiche<sup>93</sup>.

Con riferimento al prezzo, s'insegna, nelle trattazioni di diritto della concorrenza, che ingiustificatamente gravoso è il prezzo sproporzionato al valore economico del bene o servizio. Si può immaginare, tuttavia, che i casi, in cui manca ogni correlazione plausibile con il valore della controprestazione, siano piuttosto rari.

Sono altresì note le difficoltà, teoriche e pratiche, che il controllo *anti-trust* dei prezzi importa<sup>94</sup>; come anche la questione di vertice, di come si

<sup>93</sup> Soluzione generalmente accolta, sia pure tra qualche esitazione: si vedano, per es., ALBANESE, *op. cit.*, 1194; BARBA, *op. cit.*, 342; BERLOTTI, *op. cit.*, 185; CERIDONO, *op. cit.*, 444; LONGU, *op. cit.*, 348 e *passim*; MAFFEIS, *op. cit.*, 80; M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 145; PILIA, *op. cit.*, 377; RENDA, *op. cit.*, spec. 299.

Isolata rimane invece la contraria opinione (PERFETTI, *op. cit.*, 174 ss.), che vorrebbe il controllo sulle "condizioni" limitato – mutuando dal linguaggio dei contratti del consumatore – alle clausole contrattuali c.d. normative, con esclusione di quelle economiche. La soluzione restrittiva dell'Autore è verosimilmente ispirata da una resistenza psicologica, ad ammettere un controllo contenutistico del contratto (anche quando – come qui – il controllo sembrerebbe espressamente previsto; ed avverrebbe sempre sul presupposto di un accertato stato di dipendenza economica, meritevole di tutela alla stregua dei principi), nel timore che questo possa risultare nell'affermazione di un generale principio di equivalenza oggettiva delle prestazioni contrattuali. Il dato testuale, poi (si parla pur sempre di "condizioni", senza specificare), è ignorato. Le affinità con il divieto di a.p.d. sono invece negate (177); e ciò in base ad un ragionamento – a noi sembra – abbastanza sfuggente (nei presupposti come nello sviluppo), secondo cui un controllo sui prezzi, mentre troverebbe giustificazione nell'ambito di norme a tutela della concorrenza come il divieto di a.p.d., non sarebbe invece più giustificato nell'ambito della normativa sulla subfornitura (che rappresenterebbe – secondo l'Autore –, un qualcosa di paragonabile, dal punto di vista funzionale, alla normativa di tutela del lavoro subordinato a domicilio: spec. 173).

<sup>94</sup> Su tali difficoltà v. tra gli altri WHISH, *Competition Law*, 4<sup>a</sup> ed., London, 2001, 633 ss.



possa giustificare un controllo sulla giustizia intrinseca del prezzo, laddove si privilegi una prospettiva dinamica, nella quale la concorrenza si presenta per definizione come un gioco a risultato aperto<sup>95</sup>.

Quando la dipendenza è specifica al rapporto, anziché comune all'intero mercato, sarà di regola più facile trovare termini di paragone, o sullo stesso mercato o negli analoghi rapporti, che la parte dominante intrattiene con altri partner commerciali (o, al limite, in contratti intercorsi in precedenza tra le stesse parti<sup>96</sup>).

Oltre al prezzo, l'abuso può riguardare anche altre condizioni<sup>97</sup>. La distinzione in realtà non è netta, posto che le condizioni diverse dal prezzo possono ugualmente influire sulla complessiva convenienza dell'affare e quindi sono – almeno teoria – traducibili in moneta.

In generale, come tecnica di giudizio varrà pure qui quella del bilanciamento degli interessi in gioco, da effettuarsi nel modo che si è detto. Indicazioni di principio possono poi trarsi dall'elaborazione *antitrust*, in materia di a.p.d. e di intese. Un valore indiziario può essere inoltre riconosciuto agli elenchi di clausole abusive o presuntivamente abusive di cui agli artt. 1341, 1469 *bis* e 1469 *quinquies* c.c. (ora, rispettivamente, artt. 33 e 36 c. cons.)<sup>98</sup>, tanto più qualora si ritenga di impiegare il divieto di a.d.e. per un controllo delle c.g.c. tendenzialmente per sé considerate<sup>99</sup>.

In Italia, una ricognizione recente dei principali metodi utilizzati nel controllo *antitrust* dei prezzi (equa remunerazione dell'investimento, *Vergleichsmarkt*, ecc.) si trova in M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 23 ss.

<sup>95</sup> Cfr., in particolare, MÖSCHEL, *op. cit.*, Rdnr. 132 ss.

<sup>96</sup> FERRARO, *op. cit.*, 252.

<sup>97</sup> *Contra* M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 154.

<sup>98</sup> In questo senso, sostanzialmente, BARBA, *op. cit.*, 343; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 253; MUSSO, *op. cit.*, 481; PILIA, *op. cit.*, 310 e 340; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, *Rass. dir. civ.*, 1999, 639 ss., 645; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 139; UBERTAZZI, *Concorrenza e contratti bancari: vent'anni dopo*, *Dir. banc.*, 2003, 353 ss., 370 ss. Fa riferimento all'elenco dell'art. 1341 c.c. anche FERRARO, *op. cit.*, 252. *Contra* M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 154; più di recente, Id., *Licenze open source e clausole abusive, vessatorie o con abuso di dipendenza economica*, *Ann. it. dir. aut.*, 2004, 269 ss., 278-280, testo e note.

<sup>99</sup> Per un tentativo in questo senso, sia consentito il rinvio a FABBIO, *L'abuso*, cit., 305 ss. (ed ivi riff. ult.).

## Sezione IV – I RIMEDI

17. *La nullità: ratio.*

La “nullità” «del patto attraverso il quale si realizza l'abuso» è il primo, ed in origine unico, rimedio previsto. Gran parte delle trattazioni in materia di a.d.e. si concentrano perciò su questo solo rimedio<sup>100</sup>.

Nonostante il maggiore approfondimento o, forse, proprio per questo, le opinioni, circa la funzione ed il regime della “nullità” da a.d.e., si presentano variegata, nei risultati come anche nei percorsi argomentativi, in ciò riflettendo lo stato del generale dibattito sulle “nuove” nullità.

In ordine alla *ratio*, è ad ogni modo maggioritaria la tesi che, assumendo che il divieto sia rivolto in prima linea a proteggere l'impresa dipendente, riconosce alla “nullità” da a.d.e. la funzione di invalidità di protezione<sup>101</sup>. La difficoltà, diffusamente avvertita, diventa così quella di conciliare il nome legale con il regime che della nullità è in generale proprio, soprattutto con le regole della legittimazione aperta, sulla nullità parziale e della rilevabilità d'ufficio.

18. (Segue). *Regime.*

I numerosi tentativi di stabilire il regime proprio della nullità da a.d.e. si lasciano raggruppare in tre principali orientamenti.

Un primo gruppo di tesi ha il suo minimo comune denominatore nella proposta di costruire in via d'interpretazione un regime *ad hoc*: o facendo riferimento ad uno statuto generale delle invalidità di protezione, ricavato per analogia da normative speciali e/o di settore, in particolare dalle discipline dei contratti del consumatore<sup>102</sup>; oppure operando – sulla falsa-

<sup>100</sup> Sulla nullità da a.d.e. si segnalano, per approfondimento, in particolare ALBANESE, *op. cit.*; DI GIOVANNI, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009; LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, *Riv. dir. comm.*, 2002, 452-453, 456 ss.; LONGU, *op. cit.*; M.R. MAUGERI, *Abuso*, *op. cit.*, 157 ss.; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 184 ss.; PILIA, *op. cit.*, 351 ss.; PROSPERI, *Il contratto*, cit., 319 ss.

<sup>101</sup> Da ultimo e per tutti, LIBERTINI, *La causa*, cit., 128.

<sup>102</sup> La soluzione si trova diffusamente argomentata in particolare in PROSPERI, *Il contratto*, cit., 319-320.

riga di costruzioni dottrinali tedesche – una riduzione teleologica delle regole codicistiche<sup>103</sup>.

La tesi della analogia (o delle analogie) presenta tuttavia il limite della varietà e, quindi, soprattutto dell'incertezza dei percorsi argomentativi e delle soluzioni operative, cui pervengono i diversi autori. Varietà ed incertezza quasi inevitabili, perché dovute anche o soprattutto alla frammentarietà del quadro legislativo assunto a riferimento.

Da questo punto di vista la tesi della riduzione teleologica appare più persuasiva. Il suo limite è dato piuttosto dalla minore coerenza sistematica e, quindi, dalla maggiore opinabilità nei risultati, rispetto alla diversa ed ulteriore soluzione – sulla quale *infra* – dell'annullabilità.

Un secondo indirizzo ritiene invece che i vari tentativi di costruire per la "nullità" da a.d.e. un regime *ad hoc*, oltre che intrinsecamente discutibili, sarebbero semplicemente inutili<sup>104</sup>. L'ordinario regime della nullità (con riferimento in particolare alle regole della legittimazione assoluta e della rilevabilità d'ufficio), combinato con l'attribuzione al giudice di un ampio potere di sostituzione d'ufficio delle clausole invalide, basterebbe a realizzare la funzione di protezione, che va riconosciuta in ogni caso all'invalidità da a.d.e.; ed anzi consentirebbe di realizzarla in maniera più aderente alla peculiarità degli interessi coinvolti, giacché l'impresa dipendente è meglio aiutata se altri al suo posto può far valere e rilevare l'invalidità<sup>105</sup>.

A questa tesi si obietta che, se la funzione del divieto di a.d.e. è di permettere all'impresa dipendente tra l'altro un esercizio libero e in definitiva responsabile della propria autonomia negoziale, sarebbe più coerente che fosse rimesso alla libera scelta di questa, se e come agire a tutela dei propri interessi<sup>106</sup>. Si rileva inoltre che anche nella ricostruzione più "tradizionalista" si omette di considerare la questione della coerenza (forse perché, come altri, la si dà per scontata), rispetto alla *ratio* di protezione dell'invalidità,

<sup>103</sup> La tesi è sostenuta soprattutto da ALBANESE, *op. cit.*, 1184 ss. Inoltre, si esprime in termini analoghi, anche se più generici, PILIA, *op. cit.*, 359, 371 e *passim*.

<sup>104</sup> M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 178 e *passim*.

<sup>105</sup> M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 200 ss.; tendenzialmente nella medesima direzione, DI GIOVANNI, *op. cit.*, 109 ss.

<sup>106</sup> Cfr., con riguardo in generale alle invalidità di protezione, SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss, 510 (che però conclude che, al di là di quest'incoerenza, la rilevabilità d'ufficio rappresenta comunque un rafforzamento della tutela); e, più di recente, BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 861 ss., 896 (dove si argomenta che il potere officioso del giudice incontra comunque limiti, derivanti dalla funzione propria della nullità di protezione).

Con specifico riguardo alla nullità da a.d.e., AMADIO, *op. cit.*, 300 (secondo il quale la regola della rilevabilità d'ufficio risulterebbe qui semplicemente irrazionale).

di tutte le altre regole che il codice detta in materia di nullità: imprescrittibilità, inammissibilità della convalida, conversione, opponibilità ai terzi.

Il terzo indirizzo, infine, propone di rifarsi in via di *analogia juris*, alla disciplina che il codice detta agli artt. 1441 ss. per l'annullabilità, che andrebbe elevato a regime generale delle invalidità da abuso dell'autonomia d'impresa<sup>107</sup>.

Il fatto poi che il nome legale dell'invalidità sia, come nell'art. 9 l. subf., quello della nullità, e non invece dell'annullabilità, non rappresenta – come già da altri rilevato – un dato testuale insuperabile. La povertà tecnica che spesso affligge la legislazione più recente, ma anche le indicazioni provenienti dal sistema<sup>108</sup>, suggeriscono che il legislatore, nell'usare il termine "nullità", abbia qui inteso riferirsi genericamente ad una tutela di tipo invalidatorio, e non anche operare un rinvio vincolante al regime della nullità di cui agli artt. 1419 ss. c.c.<sup>109</sup>.

#### 19. (Segue). *L'invalidità parziale.*

La valutazione di iniquità – come si è visto – può estendersi all'intero negozio o appuntarsi anche solo su singole previsioni<sup>110</sup>. L'invalidità, di conseguenza, può colpire anche solo singole clausole. Dal punto di vista testuale, depone in questo senso pure l'espressione «patto» [3° co.: «il patto (...) è nullo»]<sup>111</sup>, che nell'uso legislativo corrente si trova per lo più impiegato come sinonimo di clausola o, più specificamente, di regola contrattuale<sup>112</sup>.

Diffusamente avvertito è perciò il problema dell'applicabilità o meno, ovvero in quali termini, dell'art. 1419, 1° co., c.c. Ammettere che l'invalidità di una parte possa travolgere il negozio nella sua interezza, perché quella parte è – nella considerazione del soggetto che abusa – essenziale, appare difatti contrastante con la *ratio* di protezione che in questo caso dell'invalidità è propria<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> LIBERTINI, *Autonomia*, cit., 456 ss.; ID., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, *Danno resp.*, 2005, 237 ss., 249; MELI, *op. cit.*, 190 ss.

<sup>108</sup> LIBERTINI, *Autonomia*, cit., 458.

<sup>109</sup> LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>110</sup> V. *supra*, par. 16.

<sup>111</sup> Nel senso del testo anche BERLOTTI, *op. cit.*, 196; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 840, nt. 15; M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 158-159; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 256; MUSSO, *op. cit.*, 538.

<sup>112</sup> Cfr. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 3.

<sup>113</sup> Nel senso, tuttavia, dell'applicabilità dell'art. 1419, 1° co., c.c.; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 841; MAFFEIS, *op. cit.*, 83; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 256 (che però suggerisce di

Il divieto di a.d.e. tutela anche (o, in alcune interpretazioni, principalmente o addirittura esclusivamente) l'interesse (positivo) dell'impresa dipendente, ad intrattenere relazioni commerciali (a condizioni eque e non discriminatorie) con la controparte dominante; ed è ben possibile che questo interesse risulti adeguatamente soddisfatto già con l'invalidità, anziché dell'intero contratto, della sola clausola abusiva<sup>114</sup>; ferma restando, in ogni caso, l'esperibilità degli ordinari rimedi restitutori e/o risarcitori per il tempo in cui la parte dipendente ha dovuto subire l'esecuzione dell'accordo iniquo.

Diverse allora le soluzioni che, riprendendo teorie più generali, si sono prospettate al riguardo: chi richiama per analogia la previsione dell'art. 1469 *quinquies* c.c. (ora art. 36 c. cons.); chi muove direttamente dalla *ratio* della specifica ipotesi di invalidità, per inferirne l'inapplicabilità dell'art. 1419, 1° co., c.c.<sup>115</sup>; chi, ancora, mostra di considerare il punto superato, attesa la (ritenuta) possibilità di interventi integrativi o sostitutivi *ope iudicis*<sup>116</sup>.

Quando poi l'abuso prende corpo nell'imposizione di un termine eccessivamente lungo, di un prezzo troppo alto e più in generale di condizioni eccessive (nel tempo, nello spazio o nell'oggetto), non dovrebbe esservi ostacolo ad ammettere, sulla scorta anche delle indicazioni provenienti dalla vicina esperienza tedesca<sup>117</sup>, e con la suggestione – se si vuole –

seguire per la nullità da a.d.e., attesi gli interessi coinvolti, l'interpretazione c.d. oggettiva dell'art. 1419, 1° co., c.c.); MUSSO, *op. cit.*, 538.

<sup>114</sup> In questo senso NATOLI, *L'abuso*, cit., 155 e 157.

<sup>115</sup> Tra gli altri, BERTI e GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, 2ª ed., Milano, 2005, 192; LONGU, *op. cit.*, 373; PROSPERI, *Il contratto*, cit., 320; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e la nullità a tutela della parte debole del contratto*, *Contr. impr.*, 2005, 149 ss., 174 e 183; FABBIO, *L'abuso*, cit., 492.

<sup>116</sup> Cfr., in particolare, M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 183 ss., nonché FERRARO, *op. cit.*, 265.

<sup>117</sup> In termini generali, sulla costruzione dottrinale e giurisprudenziale della *quantitative Teilnichtigkeit*, in particolare del contratto in violazione della clausola generale di *Sittenwidrigkeit* di cui all'art. 138 BGB (si parla al riguardo anche di «riduzione conservativa in caso di contrarietà al buon costume per eccessività», *geltungserhaltende Reduktion bei Sittenwidrigkeit wegen Übermaßes*), da ultimo e diffusamente SACK, *sub art. 138*, in *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §§ 134-163*, Berlin, 2003, Rdnr. 109 ss. (ove anche, insieme alla rappresentazione dello stato dell'arte negli ordinamenti tedesco austriaco e svizzero, il convincente tentativo di generalizzare la regola; e ciò contro l'orientamento ancora dominante, che tende invece ad ammettere il ricorso alla figura solo in ipotesi particolari).

Con specifico riguardo alla nullità parziale quantitativa per violazione di norme *antitrust*, per tutti, BUNTE, *Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen § 1*, in *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, a cura di Langen e Bunte, 10ª ed., Neuwied, 2006, Rdnr. 286 (ed *ivi* riff. ult.).

di esperienze storiche<sup>118</sup>, anche un'invalidazione parziale c.d. quantitativa, circoscritta cioè alla parte eccedente il limite massimo del consentito<sup>119</sup>.

## 20. *Il risarcimento dei danni.*

Una tutela invalidatoria, anche quando l'abuso consiste nell'imposizione di condizioni inique, può non essere sufficiente, e ciò sotto almeno due profili. L'impresa dipendente può aver dovuto nel frattempo subire l'esecuzione del contratto imposto; ed il semplice annullamento non è detto che realizzi ancora l'interesse (positivo) dell'impresa dipendente, ad intrattenere con la controparte una relazione equa.

L'abuso, inoltre, può prendere forma, anziché in atti negoziali, dei quali possa predicarsi l'invalidità, in meri comportamenti. Va da sé che in tal caso il rimedio non opera.

Già prima della riforma del 2001, si concludeva perciò, in applicazione dei principi e delle regole generali, per una responsabilità risarcitoria dell'impresa dominante<sup>120</sup>.

Incertezze, quando non veri e propri contrasti di opinioni, si registravano tuttavia, ed in parte si registrano tuttora, su svariati punti, alcuni dei quali di notevole rilevanza pratica. Si tratta, segnatamente, dei rapporti tra le tutele invalidativa e risarcitoria, della natura della responsabilità, dell'elemento soggettivo di imputazione, della determinazione del danno risarcibile, dell'ammissibilità di un ordine giudiziale di contrarre.

In parte queste incertezze riflettono difficoltà più generali (nella delimitazione reciproca tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sui rapporti tra risarcimento per equivalente e riparazione in forma specifica, ecc.), in parte nascono da ambiguità ed equivoci nella ricostruzione dell'istituto dell'a.d.e. (sugli interessi protetti dalla norma, sui rapporti con l'*antitrust* o con il diritto dei contratti comune, ecc.).

<sup>118</sup> Il riferimento è ad una disposizione, contenuta nel par. 103 del codice sassone del 1863, per cui «se la nullità dipende dal fatto che l'oggetto del negozio supera una data dimensione, questo rimane valido per l'ammontare permesso» (di tale disposizione riferisce da noi GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1045 ss., 1053, ove anche il rinvio all'approfondimento in *Id.*, *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Milano, 1984, 110 ss.).

<sup>119</sup> Per un tentativo di approfondimento, sia consentito rinviare al mio *L'abuso*, cit., 492 ss.

<sup>120</sup> Tra gli altri, ALBANESE, *op. cit.*, 1197 ss.; CERIDONO, *op. cit.*, 452; MAFFEIS, *op. cit.*, 82; PINTO, *op. cit.*, 425; SPOLIDORO, *Riflessioni*, cit., 209-210.

I) Sulla natura della responsabilità le opinioni si dividono: extracontrattuale<sup>121</sup>, contrattuale<sup>122</sup>, precontrattuale<sup>123</sup> o addirittura tutt'e tre<sup>124</sup> secondo l'atteggiarsi della fattispecie concreta. Preferibile, ad avviso di chi scrive, è la tesi della natura esclusivamente aquiliana. Il problema, tuttavia, si direbbe essenzialmente di teoria generale della responsabilità civile. All'atto pratico, la principale differenza risiede difatti nella diversità dei termini di prescrizione<sup>125</sup>.

II) Circa l'elemento soggettivo di imputazione, si è sostenuto in dottrina che l'illecito da a.d.e. è essenzialmente doloso, che il dolo sarebbe però spesso *in re ipsa*, ecc.<sup>126</sup>. La tesi è rimasta giustamente isolata<sup>127</sup>. La regola di imputazione della responsabilità per a.d.e. rimane dunque quella generale della colpa; ed anzi da più parti si ritiene che la presunzione (relativa) di colpa, che l'art. 2600 c.c. stabilisce per gli atti di concorrenza sleale, valga, per analogia, anche per l'a.d.e.<sup>128</sup>. La prova contraria può avere ad oggetto l'errore, di diritto o di fatto, scusabile.

III) Con riguardo alla determinazione del danno risarcibile e alla sua quantificazione, appare diffusa la convinzione, enunciata in maniera per lo più apodittica e spesso confusa, che il risarcimento, almeno nei casi in cui l'illecito sarebbe fonte di responsabilità precontrattuale, resti circoscritto ad un interesse negativo, variamente individuato, a non entrare in affari con l'impresa dominante.

Senonché, il divieto di a.d.e. può venire a proteggere (ed è questa anzi, nello stato dell'arte, la *ratio* principale della norma) l'interesse (positivo) dell'impresa dipendente, ad intrattenere con la controparte dominante rapporti commerciali equi.

La tesi del risarcimento limitato all'interesse negativo, per quello che è dato

<sup>121</sup> Diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 501 ss.; v. altresì MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 261, e PINTO, *op. cit.*, 415.

<sup>122</sup> FRANZINA, *op. cit.*, spec. 238; MUSSO, *op. cit.*, 532; NATOLI, *L'abuso*, cit., 155.

<sup>123</sup> SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, *Foro it.*, 2002, IV, 84 ss., 88-89.

<sup>124</sup> BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di Vettori, Padova, 2005, 415 ss., 509; CERIDONO, *op. cit.*, 452; PILIA, *op. cit.*, 358; SPOLIDORO, *Riflessioni*, cit., 209-210 (ripreso pedissequamente da FERRARO, *op. cit.*, 269).

<sup>125</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 504-505.

<sup>126</sup> PINTO, *op. cit.*, 420.

<sup>127</sup> Per la relativa critica v. *supra*, par. 14.

<sup>128</sup> V., in particolare, MUSSO, *op. cit.*, 534. In generale, e di recente, sulla presunzione di colpa dell'art. 2600, 3° co., c.c., come regola generale del diritto della concorrenza, A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005, 218 ss.

dest  
quei  
supp  
reali  
ad ar  
bligh  
I)  
sente  
quell  
vime  
richia  
ritene  
na (n  
prosp  
danne  
conto,  
zionar  
IV  
validat  
previsi  
cui, a  
caso a  
senso v  
riforma  
I da  
dente d  
in linea  
non - c

129 C  
concorren  
concorren  
SISPI (Ca  
130 C  
131 LI  
132 Ne  
recente an  
denza eco  
133 C  
134 Cc  
135 Cc  
ALBANESE,

desumere dalla laconicità dei vari contributi, è piuttosto il risultato di una sequenza di assonanze concettuali. È anche possibile – ma si tratta solo di una supposizione – che, in qualche caso, questa difficoltà, a riconoscere gli interessi realmente protetti dal divieto, nasca dalla resistenza, spesso mero pregiudizio, ad ammettere, fuori delle ipotesi di obblighi legali a contrarre veri e propri, obblighi a contrarre giudiziali, come sanzione di un illecito extracontrattuale.

In generale, nel delimitare il danno risarcibile occorre poi tenere presente, che l'illecito da a.d.e. colpisce tipicamente un'impresa, ed incide su quella che – con espressione sintetica – si è chiamata la sua libertà di movimento sul mercato. Di qui una serie di corollari<sup>129</sup>, dei quali vale la pena richiamare in breve i principali: *a*) nell'accertamento del nesso causale deve ritenersi ammesso il ricorso a criteri probabilistici; *b*) il danno si determina (non guardando semplicemente al passato, bensì) in una valutazione prospettica<sup>130</sup>; *c*) il rischio di insuccesso di iniziative assunte dall'impresa danneggiata in seguito all'illecito grava sull'autore di questo; *d*) va tenuto conto, infine, come specifica voce di danno, del pregiudizio al c.d. "posizionamento strategico dell'impresa sul mercato"<sup>131</sup>.

IV) Per quel che riguarda infine i rapporti tra tutela risarcitoria e invalidatoria, la riforma dell'art. 9 l. subf., affiancando alla nullità l'espressa previsione del risarcimento dei danni, sembra confermare l'idea, secondo cui, a fronte di un patto invalido perché abusivo, la vittima può in ogni caso agire anche per il risarcimento dei danni<sup>132</sup>. Un'indicazione in tal senso viene del resto pure dal precedente, pressoché contemporaneo alla riforma, della Corte di Giustizia in *Courage*<sup>133</sup>.

I danni risarcibili sono, in questo caso, quelli derivati all'impresa dipendente dall'aver dovuto dare esecuzione al patto abusivo. Protetto è difatti, in linea di massima, l'interesse a poter contrarre a condizioni eque<sup>134</sup>; e non – come pure è stato sostenuto<sup>135</sup> – l'interesse meramente negativo, a

<sup>129</sup> Cfr. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Atti del Convegno organizzato da SISPI (Castel Gandolfo, 20-22 marzo 2003), Milano, 2004, spec. 70.

<sup>130</sup> Così, opportunamente, anche NATOLI, *L'abuso*, cit., 155.

<sup>131</sup> LIBERTINI, *Il risarcimento*, cit., 176-177.

<sup>132</sup> Nel senso del testo in particolare NATOLI, *L'abuso*, cit., 153-154. Ma v. altresì, più di recente ancora, BERTI e GRAZZINI, *op. cit.*, 191 e TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: presupposti e rimedi*, *Riv. dir. civ.*, 2005, 719.

<sup>133</sup> C. Giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage / Crehan*.

<sup>134</sup> Correttamente, PILIA, *op. cit.*, 359 e 363.

<sup>135</sup> Così, però, con specifico riguardo all'ipotesi di imposizione di condizioni inique, ALBANESE, *op. cit.*, spec. 1202-1203 e FERRARO, *op. cit.*, 270.



non perdere tempo, denaro, ecc., in trattative risultate poi in un contratto invalido.

**21. Riparazione in forma specifica, inibitorie e obbligo di contrarre.**

Il risarcimento per equivalente può anch'esso costituire un rimedio inadeguato, e le ragioni di ciò sono in generale note. Rispetto poi all'a.d.e., che è un illecito tipicamente imprenditoriale e concorrenziale, il rimedio rischia di rivelarsi ancor più carente.

La delimitazione e la quantificazione del danno risarcibile si fanno di fatti più approssimativi. L'illecito, inoltre, può non essersi ancora esaurito, e risultare anzi in una causa permanente di danno. Ancora: l'abuso ha – non solo nei fatti, ma anche nella considerazione della norma, per quella che si direbbe essere la ricostruzione preferibile – riflessi, a volte più immediati altre volte meno, sul funzionamento del mercato. Di questo interesse generale rende evidentemente meglio ragione una tutela in forma specifica<sup>136</sup>. Il rischio, poi, di vedere interrotti i rapporti commerciali con la controparte dominante può trattenere l'impresa dipendente dall'agire in giudizio, specie se la dipendenza è di tipo esistenziale. La prospettiva di una tutela specifica e, quindi, più effettiva potrebbe infine contribuire a riequilibrare in senso virtuoso i rapporti di forza tra le parti, già nella gestione ordinaria della relazione.

A fronte di tutto ciò, risponde tuttavia (o, almeno fino alla riforma del 2001, rispondeva) ad una convinzione diffusa che la vittima di un a.d.e. possa chiedere, oltre all'invalidazione dell'eventuale patto abusivo, soltanto il risarcimento dei danni per equivalente<sup>137</sup>. Inammissibili, invece, sarebbero provvedimenti giudiziali tendenti a realizzare una tutela specifica, in funzione reintegratoria e/o preventiva. In pratica, ciò vuol dire soprattutto che si tende a considerare inammissibile un ordine giudiziale di contrarre. In ogni caso si nega, da parte dei più, la ricorrenza di un obbligo di contrarre legale<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> Per uno spunto in tal senso, PILIA, *op. cit.*, 365.

<sup>137</sup> Con varietà di argomenti e livelli di approfondimento, BARBA, *op. cit.*, 351; CERIDONO, *op. cit.*, 453; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 841; MAFFEIS, *op. cit.*, 82; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 259; PINTO, *op. cit.*, 425.

<sup>138</sup> Con motivazioni varie, ALBANESE, *op. cit.*, 1202, nt. 64; BERTOLOTTI, *op. cit.*, 189; BASTIANON, *L'abuso*, cit., 437-438; ID., *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, *Danno resp.*, 2002, 1068; CERIDONO, *op. cit.*, 453; FABBIO, *Interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza*

Se  
legale  
principi  
go di  
Un  
de un'  
proseg  
tropart  
essenzi  
un obbi  
nel sens  
minante  
condizio  
di contr  
rie: l'im  
di favore  
scrimina  
il divieto  
residuanc  
secondo  
la relazio  
Nei cc  
le circosta  
In ogn  
relazione c  
fica, l'attiv  
di uno o p  
anzitutto p  
sieme alla

economica, *Ri*  
*op. cit.*, 259; F  
altro per il fat  
le. *Contra Nicc*  
contenuto del c  
<sup>139</sup> FABBIO,  
267-268; M.R. F  
*dell'abuso di di*  
NI, *op. cit.*, 720  
«art. 85 e 86 de  
<sup>140</sup> Il termi  
la di konkreter i

Secondo un diverso orientamento, pur non configurandosi un obbligo legale, un ordine giudiziale di contrarre come sanzione dell'illecito è in principio ammissibile<sup>139</sup>, almeno nei casi in cui è integrato un c.d. obbligo di contrarre concreto<sup>140</sup>.

Un tale obbligo ricorre quando al comportamento abusivo corrisponde un'unica alternativa lecita, consistente evidentemente nell'avviare o nel proseguire a determinate condizioni in una relazione d'affari con la controparte dipendente (si pensi, ad es., al rifiuto di "contenuti" privilegiati, essenziali per operare su di un mercato collegato); oppure, in alternativa, un obbligo di contrarre concreto che potremmo chiamare "condizionato", nel senso che tra le più alternative lecite a disposizioni dell'impresa dominante vi è anche quella di intrattenere relazioni commerciali, a certe condizioni, con la controparte dipendente (si pensi, ad es., ad un rifiuto di contrarre discriminatorio o all'applicazione di condizioni discriminatorie: l'impresa che abusa può, alternativamente, sospendere il trattamento di favore riservato alle altre imprese oppure estenderlo all'impresa discriminata); o, ancora, un obbligo di contrarre "variabile", nel senso che il divieto è in concreto rispettato se solo l'impresa dominante contrae, residuando per il resto un certo margine di libertà, più o meno ampio secondo i casi, nella determinazione dell'oggetto e delle condizioni della relazione.

Nei contenuti, l'ordine del giudice può variamente specificarsi, secondo le circostanze del caso concreto e il tenore della domanda.

In ogni caso, è da ritenere che l'ordine di avviare o proseguire nella relazione commerciale includa, anche quando il provvedimento non specifica, l'attività negoziale necessaria allo scopo, generalmente la conclusione di uno o più contratti, collegati o anche che si susseguono nel tempo. Ciò anzitutto per la ragione, eminentemente pratica, che solo un contratto, insieme alla relativa disciplina imperativa e dispositiva, può regolare la rela-

*economica*, Riv. dir. comm., 2002, II, 37 ss., 342; MAFFEIS, *op. cit.*, 81; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 259; PINTO, *op. cit.*, 414; implicitamente DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 841, se non altro per il fatto di ritenere il rifiuto di contrarre fonte di responsabilità extracontrattuale. *Contra* NICOLINI, *op. cit.*, 135, secondo cui il ricorso all'art. 2932 sarebbe ammesso, se il contenuto del contratto è determinabile *aliunde*.

<sup>139</sup> FABBIO, *Interruzione arbitraria*, cit., 342 ss.; *Id.*, *Note*, cit., 36 ss.; FERRARO, *op. cit.*, 267-268; M.R. MAUGERI, *Le modifiche*, cit., 1078; *Id.*, *Abuso*, cit., 215; OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, *Corr. giur.*, 2002, 2190; PILIA, *op. cit.*, 358; TRECCANI, *op. cit.*, 720 ss. Di obbligo legale di contrarre (in senso lato, visto l'accostamento agli «arti. 85 e 86 del trattato C.E.E.») parla SACCO, *Il contratto*, I, cit., 612.

<sup>140</sup> Il termine ed il concetto sono mutuati dalla dottrina *antitrust* tedesca, dove si parla di *konkreter Kontrahierungszwang*: più diffusamente FABBIO, *L'abuso*, cit., 396, nt. 74.

zione compiutamente e per tutte le evenienze, tanto più quando si tratta di relazioni complesse e destinate a protrarsi nel tempo<sup>141</sup>. La soluzione, inoltre, rende meglio ragione ai principi dell'autonomia privata e della libertà d'iniziativa, perché l'intervento dell'Autorità può esser così ridotto all'indispensabile, mentre alle parti è lasciato di regolare i propri interessi per il resto, nel modo da entrambe ritenuto più conveniente<sup>142</sup>.

Secondo che si versi, poi, in una delle tre ipotesi sopra indicate (obbligo di contrarre puro e semplice, "alternativo" o "variabile"), il provvedimento del giudice si attingerà diversamente, come ordine di contrarre: *i) tout court*; *ii)* alternativo ad altra condotta ugualmente lecita e positivamente determinata nel provvedimento stesso; oppure, ancora; *iii)* come ordine di contrarre riferito ad una gamma di opzioni tutte ugualmente lecite.

Infine, si pone il problema di quali siano le clausole, che debbono valere per il contratto imposto.

In realtà, laddove sia controverso soltanto il diritto alla conclusione del contratto, sarà sufficiente, il più delle volte, il rinvio alle condizioni che l'impresa dominante pratica abitualmente<sup>143</sup>, o a quelle dei rapporti intrattenuti con la controparte dipendente in precedenza. Diversamente, è opportuno, ma non necessario, che il provvedimento del giudice determini in linea di massima (*v. infra*) quegli elementi del contratto che, se fossero lasciati alla libera determinazione dell'impresa dominante, potrebbero risultare in una proposta o contro-proposta contrattuali non meno abusive del rifiuto di contrarre, al quale si vuole porre rimedio.

È probabile, tuttavia, che la controversia verta anche o in via esclusiva su clausole specifiche, che saranno generalmente quelle aventi per oggetto la determinazione del corrispettivo, della quantità di beni che deve esser venduta o comprata, della durata. Qui, il provvedimento del giudice, accertata l'abusività delle condizioni controverse, dovrà anche, se del caso, determinare in positivo e – sempre secondo quelli che sono la fattispecie concreta ed il tenore della domanda – in maniera più o meno specifica le diverse condizioni, alle quali il contratto va concluso.

Per la sua duttilità ed in genere per la sua maggiore aderenza agli interessi in gioco, in particolare sotto il profilo della compatibilità con i principi dell'autonomia contrattuale e della libertà di iniziativa (non sempre

<sup>141</sup> KÖHLER, *Durchsetzung des kartellrechtlichen Durchleitungsanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung*, *Betriebs-Berater*, 2002, 584 ss., 587-588.

<sup>142</sup> Per uno spunto in tal senso, TRECCANI, *op. cit.*, 731.

<sup>143</sup> Da ultimo, KÖHLER, *op. cit.*, 588.

occo  
conti  
sua 1  
anch  
esten  
giudi  
a pre  
che n  
"i pre

22. I r  
zio

In c  
divieto  
fin dall  
delle di

144 L  
altre dete  
RI, *Abuso*  
l. subf. -,  
cit., 265; N  
Per un  
o per anal  
(con l'argo  
dendo sem  
mente rico  
di cui parti  
<sup>145</sup> V.,  
*op. cit.*, 13;  
378 e *passim*  
cit., 10 e *pa*  
*natura*, *Riv.*  
269 e *passim*  
la non inter  
*to della con*  
civ., 2005, II

occorre difatti che il giudice determini in positivo uno specifico contenuto contrattuale, sostitutivo di quello iniquo), ma a ben vedere anche per la sua maggiore linearità concettuale, la soluzione si lascia a nostro avviso anche preferire alla diversa tesi che, con un'interpretazione particolarmente estensiva dell'art. 1339 c.c., al punto da apparire anti-letterale, attribuisce al giudice il potere/dovere di sostituire d'ufficio le clausole giudicate abusive, a prescindere dall'esistenza di una norma legale diversa dall'art. 9 l. subf. che nella specie predetermini, in via generale ed astratta, "le clausole" o "i prezzi di beni o servizi"<sup>144</sup>.

Sezione V – ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA  
E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

22. *I rapporti tra divieto di abuso di dipendenza economica e divieto nazionale di abuso di posizione dominante.*

In ordine ai rapporti tra il divieto di a.d.e. di cui all'art. 9 l. subf. e il divieto nazionale di a.p.d. di cui all'art. 3 l. *antitrust*, le opinioni sono state fin dall'inizio divise. Mentre alcuni assumevano una reciproca estraneità delle due entità giuridiche, dal punto di vista della struttura<sup>145</sup> e/o della

<sup>144</sup> La tesi della sostituzione automatica ex art. 1339 c.c. delle clausole abusive con altre determinate giudizialmente si trova approfonditamente argomentata in M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., 179 ss. Sulla stessa falsariga, inoltre – e sempre con riferimento all'art. 9 l. subf. –, si collocano BARBA, *op. cit.*, 354; possibilista CERIDONO, *op. cit.*, 451; FERRARO, *op. cit.*, 265; Musso, *op. cit.*, 539.

Per una critica della tesi che in materia di a.d.e. e/o di a.p.d. si richiama, in via diretta o per analogia, all'art. 1339 c.c., già, autorevolmente, LIBERTINI, *Ancora sui rimedi*, cit., 248 (con l'argomento in particolare che l'eventuale sostituzione giudiziale della clausola, richiedendo sempre un apprezzamento delle circostanze del caso concreto, si lascia più coerentemente ricondurre al sistema del risarcimento del danno, piuttosto che a quello dell'invalidità di cui partecipa la regola dell'art. 1339 c.c.).

<sup>145</sup> V., tra gli altri, ALBANESE, *op. cit.*, 1181; CASO e PARDOLESI, *op. cit.*, 733; CERIDONO, *op. cit.*, 133; DE GENNARO, *op. cit.*, 162; DELLI PRISCOLI, *L'abuso*, cit., 839; GEMMA, *op. cit.*, 378 e *passim*; MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, 241; MAZZONI, *op. cit.*, 164-165; OSTI, *Riflessioni*, cit., 10 e *passim*; PARMIGGIANI, *Controllo e dominio nella disciplina antitrust e nella subfornitura*, *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 209 ss., 222; PROSPERI, *Subfornitura*, cit., 643; RENDA, *op. cit.*, 269 e *passim*; RINALDI e TURITTO, *op. cit.*, 132. Ancora da ultimo, sembra dare per scontata la non interferenza dei due concetti NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (Note in margine a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*, *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 495 ss., 518.

funzione; altri ritenevano che tra le due norme si dessero invece ampie sovrapposizioni<sup>146</sup>.

Il 3° co. *bis* aggiunto ha sostanzialmente avvalorato quest'ultimo orientamento<sup>147</sup>, in quanto impone di distinguere almeno tre situazioni: *i*) casi in cui l'a.d.e. integra *anche* gli estremi dell'a.p.d. ex art. 3 l. *antitrust*; *ii*) casi in cui l'a.d.e. *non* integra gli estremi dell'a.p.d. ex art. 3 l. *antitrust*; *iii*) e, rispetto a tale seconda ipotesi, casi in cui l'Autorità garante «ravvisi» una «rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato», e casi in cui una tale rilevanza non è ravvisabile (dipendenza economica semplice).

Lo scopo della norma è almeno duplice.

Anzitutto, per la parte in cui è fatta salva l'applicabilità dell'art. 3 l. *antitrust*, la previsione del 3° co. *bis* assicura che, anche laddove siano contemporaneamente integrati gli estremi dell'art. 9 l. subf., l'impresa dipendente, vittima dell'abuso, possa continuare ad agire in primo grado innanzi alla corte d'appello, secondo quanto prevede l'art. 33, 2° co., l. *antitrust*<sup>148</sup>.

In secondo luogo, la norma mira complessivamente a circoscrivere, per ragioni di buon andamento della pubblica amministrazione, i poteri di intervento dell'Autorità garante a quei casi, in cui la portata degli interessi coinvolti è tale da giustificare l'azione amministrativa di un'autorità indipendente nazionale, preposta alla tutela della concorrenza e del mercato. In tal senso depongono la storia della norma ed il contesto istituzionale nel quale essa s'inserisce; il confronto con le esperienze straniere; l'interpretazione estensiva che parte della dottrina dà dell'art. 102 TFUE<sup>149</sup>.

La funzione della distinzione, imposta dal 3° co. *bis*, tra a.p.d. e a.d.e., come anche del requisito della rilevanza concorrenziale, è in altri termini analoga a quella svolta dalle soglie di rilevanza (numerica per le concen-

<sup>146</sup> FABBIO, *Der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit nach italienischem Recht, Wirtschaft und Wettbewerb*, 2001, 834 ss., 840-841; LIBERTINI, *Caratteristiche*, cit., 504; M.R. MAUGERI, *Abuso dell'altrui dipendenza economica*, Catania, 2000, 96 ss.; PINTO, *op. cit.*, 400, 425-426; SPOLIDORO, *Riflessioni*, cit., 193 ss. (che parla però, prudentemente, di «sovrapposibilità empirica»). Nello stesso senso sembrerebbero orientati inoltre BASTIANON, *L'abuso*, cit., 419 e BARBA, *op. cit.*, 320 ss.

<sup>147</sup> In questo senso, in particolare, FABBIO, *L'abuso*, cit., 432 ss.; LIBERTINI, *Posizione*, cit., 556 ss.; ID., *Autonomia*, cit., 452 e *passim*; FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, 185; FLORIDIA e CATELLI, *Diritto antitrust*, Milano, 2003, 349; TESAURO e TODINO, *op. cit.*, 128. Similmente BENUCCI, *La dipendenza*, cit., 238 e *passim*.

<sup>148</sup> In questo senso anche FATTORI e TODINO, *op. cit.*, 185.

<sup>149</sup> Riff. in FABBIO, *L'abuso*, cit., 444 ss.

trazioni  
cui alla  
Dov  
classific  
rano an  
zione, c  
stano; n  
ziale, pe  
Le ij  
i) l'e  
superior  
minante  
(la figur  
Marktste  
ii) l'e  
contiguo  
concorre  
iii) l'  
integrata  
sfruttata  
iv) il  
tenuti" e  
l'impresa  
dente - r  
v) il p  
principale  
parazione  
vi) il  
della dom  
zione [e  
zione di p  
aftermark  
vii) il  
o anche d

<sup>150</sup> FABBIO, *so di posizio*  
Mazzamuto,  
<sup>151</sup> LIBERTINI

trazioni, merceologica e/o geografica per i divieti di intese e di a.p.d.) di cui alla l. n. 287/1990.

Dovendo poi concretamente distinguere, si è prospettata in dottrina una classificazione delle situazioni di potere/dipendenza ovvero (se si considerano anche le dominanze orizzontali, verso i concorrenti) di potere/soggezione, che tiene conto della direzione nella quale tali situazioni si manifestano; nonché della loro minore o maggiore pericolosità, attuale o potenziale, per estensione e per rilevanza degli interessi coinvolti<sup>150</sup>.

Le ipotesi considerate sono le seguenti:

i) l'egemonia orizzontale, verso i concorrenti diretti, derivante da una superiorità finanziaria, organizzativa, tecnica, di *marketing*, dell'impresa dominante, tale da scoraggiare iniziative aggressive da parte dei concorrenti (la figura si trova codificata nella legge *antitrust* tedesca come *überragende Marktstellung*: art. 19, 2° co., n. 2, GWB);

ii) l'egemonia orizzontale risultante dalla dominazione di un mercato contiguo, che può avere ugualmente l'effetto di scoraggiare l'iniziativa dei concorrenti sul mercato più debole;

iii) l'egemonia, sempre sui concorrenti, che un'impresa verticalmente integrata deriva dalla titolarità di una risorsa essenziale, opportunamente sfruttata nel mercato a monte o a valle;

iv) il potere di mercato verticale, che consegue alla titolarità di "contenuti" essenziali per operare su mercati a monte o a valle, sui quali però l'impresa dominante – a differenza che nell'ipotesi di cui al punto precedente – non è attiva;

v) il potere di mercato, sempre verticale, che il produttore di un bene principale può esercitare sui mercati derivati dei servizi di assistenza e riparazione dei propri prodotti;

vi) il potere di mercato risultante dall'essere «titolare unico (o quasi) della domanda rivolta a mercati minori (assistenza, manutenzione e riparazione [e – aggiungiamo noi – della subfornitura], e che richiede la formazione di piccole imprese specializzate; anche in questo caso vi sono degli *aftermarkets*, seppur diversi»<sup>151</sup>;

vii) il potere economico bilaterale o contrattuale o specifico al rapporto o anche dipendenza da rapporti commerciali.

<sup>150</sup> FABBIO, *L'abuso*, cit., 461 ss.; LIBERTINI, *Posizione*, cit., 555 ss., ora anche in Id., *L'abuso di posizione dominante*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazza, III, *Impresa. Lavoro*, Milano, 2007, 271 ss., 278 ss.

<sup>151</sup> LIBERTINI, *Posizione*, cit., 558-559.

I) Nelle ipotesi *sub i)* e *ii)* si può ritenere che vi sia posizione dominante, e non anche dipendenza economica, posto che la dipendenza economica è per definizione il riflesso di un potere che si manifesta nei rapporti verticali, tra imprese clienti e fornitrici.

II) Nelle ipotesi *sub iii)* e *iv)* ricorre invece tra le due discipline un'interferenza piena, con conseguente potestà di intervento dell'Autorità; nonché con la possibilità, per la vittima dell'abuso, di rivolgersi per l'azione civile alternativamente alla corte d'appello *ex art. 33, 2° co., l. antitrust* o al tribunale *ex art. 9, 3° co., l. subf.*<sup>152</sup>.

III) Per le ipotesi *sub v)* e *vi)*, dei mercati "derivati" o "specializzati", si è sostenuto che l'interferenza tra le due discipline sarebbe "solo eventuale"<sup>153</sup>. La soglia della rilevanza *antitrust* sarebbe difatti superata solo se, per «la dimensione notevole (...) (discrezionalmente apprezzata)» dell'*aftermarket*, «l'Autorità *antitrust* ritenga che i relativi comportamenti abbiano "rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato"»<sup>154</sup>.

Qui è verosimilmente più modesta, infatti, l'incidenza che gli eventuali abusi commessi su mercati di questo tipo possono avere sul benessere collettivo. È bensì vero che tali situazioni possono determinare distorsioni del processo concorrenziale, consentendo anche ad imprese medio-piccole lo sfruttamento di rendite di posizione acquisite. D'altra parte, però, l'impresa che controlla l'*aftermarket* se non detiene una posizione dominante sul mercato del prodotto principale, subisce un'indiretta pressione concorrenziale anche sul mercato derivato. In molti casi, inoltre, si tratterà di mercati di dimensioni geografiche ridotte ed in ogni caso di modesto rilievo economico.

Non va trascurato poi che, ammettendo in queste ipotesi una competenza indiscriminata dell'Autorità garante, si rischierebbe verosimilmente di introdurre un'ulteriore distorsione della concorrenza, oltre che un elemento di forte iniquità. L'azione repressiva svolta in questo campo dall'Autorità sarebbe per forza di cose più selettiva del normale, trattandosi di colpire lo sfruttamento di posizioni di privilegio, che tutte le imprese, anche medie o piccole, possono acquisire sui mercati derivati ciascuna del proprio prodotto.

Una potestà d'intervento dell'Autorità appare perciò giustificata solo in casi particolari, quando, ad es., si tratti di colpire pratiche generalizzate, vale a dire attuate uniformemente dalla maggior parte delle imprese attive

<sup>152</sup> Per la soluzione del concorso, v. *infra* nel testo.

<sup>153</sup> LIBERTINI, *Posizione*, cit., 559.

<sup>154</sup> LIBERTINI, *op. loc. ult. cit.*

sul mercato derivato economica,

Dov non intendere un

Qua adottati alla giu

1° co., l

Sul ti a favore distinta

3° co. b

IV) principi mercato

Lad porti tr un event per la qui cor

Neq estesa, lizzato, te inde

Una nel sen ziativa mercia ne influ

155

a dipend della co dipende di costr in un m nifesta serie di anticon

sul mercato principale, sfruttando ciascuna il proprio potere sul mercato derivato; e/o quando si tratti di *aftermarkets* di notevole importanza economica, in assoluto e/o rispetto al mercato del prodotto principale.

Dovrebbero dunque essere soprattutto questi i casi di a.d.e. che, pur non integrando gli estremi dell'a.p.d. ex art. 3 l. *antitrust*, possono giustificare un intervento repressivo dell'Autorità.

Quanto al controllo giurisdizionale, si deve ritenere che i provvedimenti adottati dall'Autorità sulla base dell'art. 9, 3° co. *bis*, l. *subf.*, siano soggetti alla giurisdizione esclusiva del T.A.R. Lazio, in applicazione dell'art. 33, 1° co., l. *antitrust*.

Sul versante, invece, delle competenze civili, prevalgono gli argomenti a favore di una generalizzata competenza del tribunale, a conoscere indistintamente di tutte le ipotesi di a.d.e., comprese quelle che ai sensi del 3° co. *bis* legittimano l'intervento dell'Autorità garante.

IV) Per ciò che concerne, infine, l'ipotesi *sub vii*), sembra da escludere, in principio, che ricorra qui una rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, tale da giustificare l'azione amministrativa dell'Autorità garante.

Laddove, infatti, la dipendenza nasca da circostanze intrinseche ai rapporti tra le parti, si può ragionevolmente supporre che le ripercussioni di un eventuale abuso sulle posizioni degli altri attori economici e in genere per la concorrenza siano più modeste, che in tutte le altre situazioni fin qui considerate.

Neppure si può qui ravvisare, in principio, una situazione di pericolo estesa, come quella che ricorre nel caso di un potere di mercato generalizzato, suscettibile di essere sfruttato ai danni di una serie potenzialmente indeterminata di soggetti.

Una rilevanza per la tutela di concorrenza e mercato dunque c'è, ma nel senso (lato e certo non rispondente alla *ratio legis*) che, come ogni iniziativa imprenditoriale, anche l'abuso di una dipendenza da rapporti commerciali, per il solo fatto di costituire una mossa del gioco concorrenziale, ne influenza lo svolgimento<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> Occorre tuttavia sottolineare "in principio". Neppure in relazione ad abusi legati a dipendenze da rapporti commerciali si può escludere *a priori* una rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, tale da giustificare l'intervento dell'AGCM: una singola dipendenza da rapporti commerciali potrebbe in ipotesi consentire all'impresa dominante di costringere la controparte dipendente a condotte significativamente anticoncorrenziali in un mercato di dimensioni notevoli, diverso ed ulteriore rispetto a quello in cui si manifesta la dipendenza; ad una medesima impresa dominante potrebbe far capo un'intera serie di analoghe dipendenze commerciali, con un effetto sinergico sul piano degli effetti anticoncorrenziali.



Pure con riferimento alla dipendenza da rapporti commerciali, possono infine valere le considerazioni svolte al punto precedente, in ordine al pericolo di interventi pubblicitistici eccessivamente selettivi.

V) Si ritiene in dottrina che tra i due divieti si dia, nelle ipotesi di interferenza reciproca, un concorso reale, con conseguente duplicazione delle competenze civili<sup>156</sup>.

<sup>156</sup> Diffusamente, FABBIO, *L'abuso*, cit., 476 ss. Nello stesso senso LIBERTINI, *Posizione*, cit., 559; M.R. MAUGERI, *Abuso dell'altrui dipendenza*, cit., 105 ss.; e, sostanzialmente, anche SPOLIDORO, *Riflessioni*, cit., 212 ss.