

La tutela della parte debole, tra equità ed efficienza, nella prospettiva del divieto italiano di abuso di dipendenza economica

Discussion paper per il Convegno annuale dell'Associazione dei Professori Italiani di Diritto Commerciale "Orizzonti di Diritto Commerciale" – Roma, 10 febbraio 2012

Philipp Fabbio

(Testo provvisorio)

Abstract: *Viene esaminata nella prospettiva del tema generale del Convegno la disciplina italiana dell'abuso di dipendenza economica.*

Nella prima parte si tratta della rilevanza sistematica del divieto, in particolare del ruolo che questo ha svolto e continua a svolgere nei tentativi dottrinali di costruire un "nuovo diritto dei contratti", che si vuole caratterizzato da principi generali di "tutela del contraente debole" e/o di "giustizia sostanziale del contratto". Questi tentativi vengono in parte sottoposti a critica, tra l'altro per il loro tendenziale eccesso di astrazione e di concettualismo, come anche per il frequente disconoscimento del ruolo che dovrebbe invece attribuirsi ai principi di buon funzionamento del mercato nell'interpretazione di normative intese a regolare rapporti tra imprese.

Nella seconda parte si affronta il problema dei criteri da adottare nella concretizzazione del divieto di a.d.e., con particolare riguardo all'alternativa tra "equità" ed "efficienza" suggerita dal titolo del Convegno. Dapprima vengono illustrate e criticate le tesi prevalenti, che possono definirsi "civilistiche", e che ai fini della concretizzazione del divieto pretendono di ricondurre il medesimo divieto a generali principi di buona fede o di giustizia contrattuale, o alla figura dell'abuso del diritto, o ancora all'equità, in contrapposizione a criteri di efficienza economica. Dopodiché si passa ad argomentare per un'interpretazione filo-concorrenziale del divieto, basandola su considerazioni di ordine sistematico, funzionale, storico e comparatistico. Seguono alcune valutazioni ed esemplificazioni (sull'ambito di applicazione del divieto, su certi limiti delle non frequenti applicazioni giurisprudenziali, nonché su possibili ipotesi applicative tipiche).

INDICE-SOMMARIO: 1. Introduzione. – PARTE PRIMA. 2. Il divieto di a.d.e., tra equità ed efficienza, nell'esperienza di altri ordinamenti (cenni). – 3. La rilevanza sistematica del divieto di a.d.e. nel dibattito sulla tutela del contraente debole. Sui limiti di tale dibattito. – PARTE SECONDA. 4. I criteri di concretizzazione del divieto di a.d.e. Le tesi "civilistiche". – 5. Per una ricostruzione alternativa del divieto di a.d.e. in chiave filo-concorrenziale. – 6. Il significato della competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 9, comma 3-bis, l. subf., in particolare agli effetti della contrapposizione tra tesi civilistiche e tesi filo-concorrenziali. – 7. Alcune esemplificazioni dei risvolti operativi di una concezione filo-concorrenziale del divieto di a.d.e.

1. Introduzione.

Oggetto della mia relazione è il divieto italiano di abuso di dipendenza economica (a.d.e.), come previsto e disciplinato dall'art. 9 legge 192/98, cd. legge sulla subfornitura.

In precedenti edizioni del Convegno annuale dell'Associazione, altre relazioni si sono già occupate di questa disciplina. Rispetto al tema generale di quest'anno (*"La tutela della parte debole tra equità ed efficienza"*), e rispetto al tipo di problemi che questo titolo può evocare, il divieto di a.d.e., con le sue vicende dottrinali, giurisprudenziali e perfino legislative, offre ugualmente un'esemplificazione interessante. L'interesse è, a mio avviso, almeno duplice.

Da un lato, il divieto di a.d.e. ha fatto la sua comparsa in un momento, in Italia, in cui era avviato ormai da diversi anni un esteso ed intenso dibattito sulla "tutela del contraente debole". In questo dibattito esso ha finito per fare in qualche modo da catalizzatore. In molti hanno difatti ritenuto di poter ravvisare nel divieto di a.d.e., più che in altre nuove discipline legislative e novità giurisprudenziali, il punto di emersione a livello di sistema di nuovi principi generali, di "tutela del contraente debole", di "giustizia sostanziale del contratto" ecc., capaci di caratterizzare un "nuovo diritto dei contratti". Il divieto di a.d.e. ha quindi svolto, e continua a svolgere, un ruolo importante nella ricostruzione sistematica del diritto dei contratti, ad opera soprattutto della dottrina civilistica.

Dall'altro lato, vi è l'esigenza, a fronte dell'elevato grado di indeterminatezza che caratterizza il testo normativo dell'art. 9 l. subf., di individuare i criteri per la sua concretizzazione. [Ricordo a margine che è questione ancora aperta, sullo sfondo anche del rinnovato dibattito sulle clausole generali, se l'art. 9 l. subf. contenga una clausola generale (come sembra a me e ad altri); o detti piuttosto una norma generale (come di recente sostenuto per es. da Natoli, ma sulla base di una nozione di clausola generale come norma senza fattispecie, la cui concretizzazione sarebbe affidata per intero al giudice).] L'opzione di vertice suggerita dal titolo del Convegno, equità o efficienza, è quindi di immediata rilevanza per la ricostruzione del divieto di a.d.e., più di quanto non avvenga per altre discipline, dove pure l'alternativa si pone (contratti dei consumatori, pratiche commerciali scorrette, ritardi nei pagamenti tra imprese ecc.); ed anzi tende a riassumere bene i termini del dibattito che si è finora avuto al riguardo.

Con ciò ritengo di avere sufficientemente illustrato l'interesse che la disciplina dell'a.d.e. presenta nella prospettiva generale del Convegno. Cercherò ora di dare conto dei due profili appena richiamati, quello della rilevanza sistematica del divieto da un lato, e quello dei criteri per la concretizzazione del medesimo dall'altro lato.

* * *

2. Il divieto di a.d.e., tra equità ed efficienza, nell'esperienza di altri ordinamenti (cenni).

[...]

* * *

3. La rilevanza sistematica del divieto di a.d.e. nel dibattito corrente sulla tutela del contraente debole. Sui limiti di tale dibattito.

In Italia, l'attenzione della dottrina, soprattutto civilistica, si è subito concentrata, all'indomani dell'introduzione del divieto di a.d.e., sulla sua possibile rilevanza sistematica, prima ancora che sulla ricostruzione della disciplina. In molti hanno difatti ritenuto di potervi ravvisare, più che in altre normative, il punto di emersione, se non la definitiva conferma, di principi generali di "tutela del contraente debole" e/o di "giustizia (sostanziale o materiale) del contratto", capaci di caratterizzare un "nuovo diritto dei contratti".

Questo dibattito sul "nuovo diritto dei contratti" è – come è noto – molto ricco di contributi. La sua evoluzione e i termini generali in cui esso si atteggia sono stati ripercorsi più e più volte in letteratura, e dovrebbero quindi risultare abbastanza noti, da non richiedere di essere in questa sede richiamati in dettaglio.

A grandi linee, basterà ricordare che, secondo l'insegnamento tradizionale, la legge non s'interessa della giustizia sostanziale del contratto. O meglio, siccome al giurista ripugna l'idea che la legge possa consentire un contratto intrinsecamente ingiusto, s'insegna che il contratto è giusto perché esprime ciò che le parti hanno liberamente e consapevolmente voluto. A questa concezione s'ispira notoriamente, nel suo impianto originario, anche il Codice del 1942. Solo in rari casi, tra i quali spicca l'istituto della rescissione, la legge consente un intervento esterno, sul presupposto tra gli altri di una situazione di squilibrio contrattuale.

In tempi recenti si sono tuttavia moltiplicati, spesso su impulso comunitario, interventi legislativi a portata tendenzialmente generale, cioè non settoriali, che in un modo o nell'altro attribuiscono rilievo all'equilibrio sostanziale del contratto, per la tutela di soggetti che il legislatore considera "deboli".

In particolare si possono ricordare: la legge *antitrust*, che all'art. 3, comma 1, lett. a), vieta l'abuso di posizione dominante consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali inique; la legge 6 febbraio 1996, n. 52, che in attuazione della direttiva 93/13/CEE, ha introdotto nel Codice gli artt. 1469-*bis* ss. (ora artt. 33 e ss. cod. consumo), in materia di contratti del consumatore; la legge 7 marzo 1996, n. 108, che ha disciplinato il contratto usurario, modificando l'art. 1815, comma 2, cod. civ.; la legge 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti, che all'art. 1, comma 2, lett. e), riconosce al consumatore un "diritto fondamentale all'equità nei rapporti contrattuali"; l'art. 9 l. subf.; il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE, sui ritardi nei pagamenti commerciali, che all'art. 7, comma 3, attribuisce al giudice il potere officioso di ricondurre ad equità il termine eccessivo pattuito dalle parti.

A fronte di tali novità, la dottrina registra anzitutto la crescente propensione del legislatore a dare rilievo all'equilibrio del contratto, per la tutela di soggetti deboli. Spesso, però, l'approccio dei teorici, lontano dal rimanere solo descrittivo, diventa – con minore o maggiore consapevolezza, secondo i casi – una proposta di ricostruzione alternativa del sistema. Sono così rivisitati istituti tradizionali del codice civile, si valorizzano in una prospettiva sistematica le finalità sociali perseguite in ampi settori della legislazione speciale (si pensi ad esempio alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato), si caricano di nuovi significati orientamenti giurisprudenziali recenti e meno recenti, si dà ampio risalto a tendenze riscontrabili a livello internazionale (principi UNIDROIT, progetti di codificazione sovranazionali). Perno ricorrente di tali ricostruzioni è un generale principio di tutela del contraente debole e/o di giustizia sostanziale del contratto o, in alcune formulazioni, di proporzionalità o di non eccessivo squilibrio. In questo movimento s'inserisce anche la giurisprudenza di legittimità più recente in tema di recesso *ad nutum* arbitrario.

In tutto questo dibattito, un ruolo centrale è spesso attribuito al divieto di a.d.e. Ciò accade verosimilmente per due ragioni.

La prima è che le ricostruzioni dottrinali in parola muovono per lo più, storicamente e sistematicamente, dalla considerazione della disciplina codicistica (ora Codice del consumo) dei contratti del consumatore. La quale disciplina, in effetti, individua un caso tra i più significativi (per il carattere non settoriale e per l'intensità) di tutela del contraente debole, attuato attraverso un controllo dell'equilibrio (in questo caso tendenzialmente solo normativo) del contratto. Sennonché, la protezione di cui agli artt. 33 ss. cod. consumo è circoscritta ai soli consumatori. Con la conseguenza che la tutela del contraente debole agli occhi di molti si poteva presentare, fino all'introduzione del divieto di a.d.e., come un

appannaggio più o meno esclusivo del diritto dei consumi. L'art. 9 l. subf., introducendo nei rapporti tra imprese una forma di tutela del contraente debole, attuata anch'essa attraverso un controllo dell'equilibrio contrattuale, è apparso perciò come il tassello mancante, per affermare la portata generale del principio.

La seconda ragione è che la tutela apprestata dall'art. 9 l. subf. è per certi versi più intensa di quella risultante dalla disciplina generale dei contratti del consumatore. Il divieto di abuso di dipendenza economica, infatti, non protegge un soggetto considerato dal legislatore istituzionalmente debole, come il consumatore nella definizione dell'art. 33, lett. a), cod. consumo; ma richiede che il bisogno di tutela sia accertato di volta in volta in concreto. Inoltre, quando l'abuso prende forma nell'imposizione di condizioni contrattuali inique, il sindacato del giudice può investire l'equilibrio – secondo la terminologia invalsa per i contratti del consumatore – non solo normativo, ma anche economico. Ne risulta così una tutela sotto questi aspetti più penetrante e duttile. Ciò ha contribuito indubbiamente a far apparire l'art. 9 l. subf. come una punta avanzata, nel progressivo movimento dell'ordinamento verso una sempre più intensa tutela del contraente debole.

Oggi, al di là del ruolo svolto in questa vicenda dal divieto di a.d.e., e pur nella varietà di posizioni che concorrono nel dibattito, sembra ormai accolta, a livello di enunciati generali e di comune sentire, l'idea che si debba coltivare una concezione più sostanziale dell'autonomia privata, rispetto a quella consegnata dalla tradizione; e in particolare che, in presenza di una parte in vario modo debole, possano aversi forme di controllo dell'equilibrio contrattuale o comunque del merito degli atti di autonomia privata, anche in assenza di previsioni legislative specifiche, attraverso il ricorso a clausole e principi generali (abuso del diritto, buona fede ...).

Ciò posto, bisogna tuttavia anche rilevare che le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, che si propongono di costruire un "nuovo diritto dei contratti", e che a tal fine hanno fatto perno tra l'altro anche sul divieto di a.d.e., presentano dei limiti, che appare utile evidenziare.

*

1) Un primo limite – che è anche il più evidente, ed è ormai riconosciuto dai più – riguarda la possibilità, che viene talvolta affermata in dottrina, di sindacare l'equilibrio del contratto *tout court*.

Sono cioè sicuramente eccessive le posizioni di quegli autori che, anche in tempi recenti, hanno ritenuto di poter utilmente affermare l'esistenza di un principio di equilibrio o di giustizia contrattuale puro e semplice. Vale a dire, la possibilità di un sindacato dell'equilibrio del contratto slegato – almeno per come questi autori presentano la questione – dalle circostanze in cui il contratto stesso è venuto in essere.

Una tale ipotesi, in realtà, è del tutto eversiva dei principi di concorrenza, autonomia e auto-responsabilità, che rimangono comunque centrali in un sistema di economia di mercato. In ogni caso, essa non trova alcun riscontro a livello di diritto positivo. Quando la legge ammette una qualche forma di controllo sull'equilibrio contrattuale, lo fa sul presupposto che ricorrano contestualmente situazioni “esterne”, tali giustificare un intervento correttivo. Così, nel caso dell'a.d.e. sono richiesti appunto una situazione di dipendenza economica ed il suo abuso. Pure nella disciplina della *gross disparity* dettata nei Principi Unidroit si richiede che lo squilibrio sia ingiustificata, e tipicamente è questo il caso quando ricorrono elementi che interferiscono con la formazione della volontà delle parti, per quanto in un catalogo più ampio di quello contemplato del codice civile italiano (sono per esempio considerate anche l'inesperienza e l'ignoranza). Il punto si può ad ogni modo considerare acquisito al senso comune, e qui lo si ribadisce più che altro per completezza.

*

2) Un secondo limite – limite che ho cercato di evidenziare nel mio libro sull'a.d.e., e che ormai è anch'esso riconosciuto da più parti – è nella tendenza di alcune delle costruzioni qui evocate verso un eccesso di astrazione.

Segnatamente, la tendenza che si nota è ad astrarre troppo, nella ricostruzione dei principi, dal dato normativo positivo; e quindi ad obliterare le differenze – quanto ad interessi tutelati e a tecniche di tutela utilizzate – che pure sussistono tra le diverse discipline, che in vario modo proteggono una parte per un verso o per l'altro “debole”. Così, ad es., si è preteso ad un certo punto di leggere il divieto di a.d.e. come l'omologo nei rapporti tra imprese della disciplina dei contratti dei consumatori. Oppure, su di un piano più generale, ci si accontenta di parlare genericamente di “tutela del contraente debole”, senza cercare di prendere una chiara posizione neppure sull'alternativa di massima, tra equità o efficienza, suggerita dal

titolo di questo Convegno; e si perde così di vista che quello che si pretende essere un principio normativo diventa in questo modo una mera formula descrittiva, incapace di fornire reali indicazioni prescrittive.

Vero è poi anche che questi tentativi di ricostruzione del sistema spesso sono intrapresi senza una precisa consapevolezza dell'obiettivo perseguito, e non sono accompagnati da un serio sforzo di chiarirne le possibili implicazioni operative. Rimane, tuttavia, il rischio di costruzioni inconferenti e/o di operazioni di analogia troppo disinvolute.

*

3) Un terzo limite – che sembra di poter cogliere in diversi contributi, ma che nel senso comune non si direbbe avvertito quanto il primo ed il secondo – riguarda il ruolo dei principi di promozione e tutela della concorrenza nella ricostruzione delle normative di tutela della parte debole, specialmente quando la cd. parte debole è essa stessa un'impresa (come nel divieto di a.d.e.).

Argomenti storici generali (“mercato e concorrenza” come modello di governo dell'economia oggi affermatosi), esigenze di interpretazione conforme alla Costituzione (la concorrenza come situazione di fatto socialmente utile tutelata a livello costituzionale) e ai principi generali espressi nei Trattati europei (un’“economia sociale di mercato altamente competitiva” come modello ideologico di riferimento), nonché ragioni di generica coerenza sistematica (l'esistenza nel nostro ordinamento di una legge generale per la tutela della concorrenza e del mercato), conducono oggi a riconoscere nella promozione e nella tutela della concorrenza principi ordinanti tendenzialmente di tutta la materia dei rapporti economici; e impongono di (ri)considerare alla luce di questi principi interi settori dell'ordinamento, dalla regolazione amministrativa dei mercati al diritto dei consumatori, attraverso la disciplina della concorrenza sleale, della proprietà intellettuale, il diritto sindacale ed altro ancora.

L'esaltazione, invece, di generiche istanze solidaristiche, che caratterizza molta parte dell'attuale dibattito in tema di tutela del contraente debole, si traduce, più o meno consapevolmente, nel disconoscimento del ruolo pur sempre centrale che, nel sistema vigente, il principio di tutela della concorrenza è chiamato a svolgere.

Manifestazione particolare di quest'atteggiamento è poi tra l'altro l'idea, diffusa e che emerge soprattutto quando viene posto il problema della collocazione del divieto di a.d.e., che diritto della concorrenza e diritto dei contratti vadano concepiti come settori dell'ordinamento equiordinati (dal punto di vista della funzione che tali partizioni assolvono nel sistema) e reciprocamente impermeabili (sotto il profilo dei valori che essi esprimono). L'idea, in altri termini, che il diritto dei contratti individui un sistema normativo particolare, contrapposto a quello del diritto della concorrenza, risultando portatore di istanze diverse, quando non contrastanti.

Talvolta queste istanze – in maniera, si direbbe, abbastanza intuitiva – sono più o meno esplicitamente identificate con un generico solidarismo, da contrapporre alla dura legge del mercato, la quale si troverebbe invece giuridicizzata nel diritto della concorrenza.

Altre volte, in maniera più tecnica ed apparentemente neutrale, la contrapposizione tra diritto della concorrenza o *antitrust* e “diritto dei contratti” diventa un modo, per portare ad espressione l'idea secondo cui il primo avrebbe di mira essenzialmente la tutela di interessi collettivi, il secondo soltanto di interessi individuali. Da cui, probabilmente, la contrapposizione, proposta da qualche autore, tra un art. 9 l. subf. deputato ad una tutela “individuale” dell'impresa dipendente, ed un diritto *antitrust* inteso a proteggere un astratto interesse generale alla concorrenzialità del mercato.

Non occorre, tuttavia, giungere al paradosso, secondo cui ogni norma giuridica è posta nell'interesse comune, per cogliere l'artificialità della contrapposizione, almeno nelle sue manifestazioni più semplificanti e radicali. In realtà, deve ritenersi che la contrapposizione pecchi di superficialità, e rifletta il disagio che taluno probabilmente avverte di fronte a differenze indubbiamente rilevanti sul piano dell'organizzazione giuridica (segnatamente, l'esistenza di un'autorità amministrativa, preposta all'applicazione ufficiosa della normativa *antitrust*), ma non anche – almeno ci sembra – su quello dell'assiologia di riferimento, che deve invece rimanere fondamentalmente unitaria.

*

4) Un quarto limite riscontrabile nel generale dibattito sulla tutela della parte debole – e si tratta a mio avviso di un limite decisamente sottovalutato, tenuto conto anche che questo dibattito dura ormai da tempo – riguarda infine la consapevolezza e la ricerca delle implicazioni operative, ovvero il lavoro di ricostruzione delle regole di dettaglio, a partire dall'una o dall'altra opzione di vertice o di sistema.

Così, ad es., la recente e commentatissima sentenza della Cassazione, del 2009, sull'esercizio arbitrario del recesso *ad nutum* da parte del fornitore nel contratto di distribuzione automobilistica integrata è stata giustamente criticata, oltre che per l'eccessiva disinvoltura

nell'uso di termini e concetti della teoria generale ("clausola generale", "principio", "obbligo" ecc.), anche perché non fornisce al giudice del rinvio indicazioni più precise, in ordine ai criteri di concretizzazione del divieto di recesso arbitrario. La dottrina, dal canto suo, nella discussione stimolata da questa sentenza sembra aver concentrato l'attenzione più che altro sull'alternativa teorica tra abuso del diritto e clausola generale di buona fede; in alcuni casi si è magari posta il problema generale dei criteri di concretizzazione dell'uno o dell'altra, e in particolare se questi debbano essere criteri extra-giuridici o, al contrario, interni al sistema normativi; e quasi per nulla si è invece interrogata – tolta qualche significativa eccezione – sull'applicazione del controllo dell'atto di recesso affermato dalla Cassazione, in casi come quello da cui traeva origine la controversia decisa.

La dottrina e la giurisprudenza italiane sembrano cioè mostrare una netta predilezione per le questioni di ordine più generale o "di vertice" o, ancora, "di sistema" (abuso del diritto o buona fede; plausibilità di un principio di tutela del contraente debole; ecc.), senz'altro importanti se non fondamentali; ma spesso rinunciando *tout court* o non impegnandosi più di tanto nel verificare la tenuta delle proprie ricostruzioni teorico-sistematiche, attraverso l'individuazione – secondo un equilibrato approccio tipologico – di ipotesi applicative tipiche.

Alla base di questo atteggiamento, psicologico e culturale, vi è verosimilmente la convinzione che simili operazioni attengano più all'applicazione del diritto, e pertanto possano o addirittura debbano essere lasciate ai giudici, attesa anche una certa loro maggiore vicinanza ai fatti. Non è escluso poi che in tutto ciò abbiano un ruolo anche sentimenti di realismo giuridico.

In realtà, la dottrina, quando si ritira nella discussione delle questioni che appaiono sufficientemente "di vertice", e quindi delega alle corti l'eventuale applicazione delle soluzioni raggiunte a quel livello, per poi annotare gli esiti giurisprudenziali per così dire "a cose fatte", rinuncia al proprio compito, sicuramente impegnativo ma anch'esso nobile e legittimante per la stessa dottrina, di preparare "schemi di soluzione", vicini abbastanza ai problemi reali, da poter essere prontamente utilizzati dagli operatori "pratici". La giurisprudenza, d'altra parte, procede inevitabilmente in ordine sparso, decidendo sul singolo caso e solo quando questo è portato alla sua attenzione; e, in assenza di riferimenti che alla fine può essere solo la dottrina a fornire, rischia di decidere male, nella sostanza e/o sul piano della motivazione in diritto e in fatto.

Il problema è indubbiamente generalizzato, nel senso che esso trascende il dibattito sulla “tutela della parte debole”, per investire un po’ tutti i settori dell’ordinamento giuridico. Nelle discussioni sulla “tutela della parte debole”, esso sembra però farsi particolarmente grave. A fronte della genericità e insieme dell’innovatività rispetto alla tradizione di certe soluzioni che vengono oggi proposte, il rischio, in assenza di un adeguato lavoro da parte della dottrina di concretizzazione ovvero di traduzione in regole di dettaglio, è che queste proposte non trovino più di tanto seguito in sede applicativa (per ragioni di diffidenza e/o di praticabilità); oppure che l’applicazione che eventualmente se ne faccia non sia poi abbastanza meditata e suscettibile di un controllo razionale dall’esterno.

Lo stesso divieto di a.d.e., che è pur sempre posto da esplicite disposizioni di legge, deve probabilmente la sua scarsa applicazione (almeno stando ai repertori di giurisprudenza) anche all’indeterminatezza del testo legislativo e, insieme, alla vaghezza delle indicazioni che molti in contributi in materia danno in ordine alla sua concretizzazione (per cui si legge, per esempio, che l’abuso andrebbe valutato secondo il canone della buona fede). Così come si deve probabilmente anche alla difficoltà di figurarsi e di giustificare dal punto di vista normativo le sue possibili applicazioni, la convinzione di qualche autore che il divieto di a.d.e. esprima una norma eccezionale nel sistema e comunque non suscettibile di applicazione al di fuori dei rapporti di subfornitura.

Sempre con riguardo alla concretizzazione delle clausole o norme generali che tutelano parti deboli, è poi da ritenere che le ipotesi applicative tipiche o le regole di dettaglio vadano possibilmente ricostruite guardando anche alla loro praticabilità in giudizio, e quindi scegliendo un grado di tipizzazione tale da non caricare la parte che invoca la norma di protezione di oneri di sostanziazione e probatori eccessivamente gravosi.

* * *

4. Sui criteri di concretizzazione del divieto di a.d.e. Le tesi “civilistiche”.

Questi ed altri limiti, che segnano (alcune del)le concezioni presenti nel generale dibattito in tema di tutela del contraente debole, hanno finito per incidere sulla ricostruzione del divieto

di a.d.e. A cominciare dalla questione – centrale, trattandosi di una clausola generale – dell'individuazione della sua *ratio* e della sua collocazione sistematica.

Sul punto è possibile individuare, con un certo sforzo di semplificazione, due tendenze di fondo.

Un primo grande orientamento, ad oggi prevalente, è quello delle tesi che si possono definire “civilistiche”. 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. 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. 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 nozione “civilistica”. 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* e ss. cod. civ. (ora artt. 33 e ss. cod. consumo) sui contratti dei consumatori in generale.

Raramente, in queste ricostruzioni, 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.

Diverse le critiche, alle quali si prestano, nella loro varietà, le tesi civilistiche.

Qui, al di là di ogni altra considerazione più specifica, vale soprattutto la pena di rimarcare che queste tesi, nella misura in cui traggono origine dalla suggestione esercitata dalla formula “contraente debole”, ne subiscono facilmente anche i limiti. Ed in questo senso si lascia leggere la circostanza che dall'inquadramento del divieto di a.d.e. in un “diritto dei contratti”,

in un “diritto civile comune” ecc., non si sia finora saputo derivare conseguenze significative sul piano operativo.

Al più, si può supporre che tale inquadramento abbia contribuito a rafforzare la convinzione, diffusa ma tutto sommato aprioristica, perché senza un preciso riscontro nella lettera della legge ed anzi smentita dalla previsione del comma 3-*bis* aggiunto dell’art. 9 l. subf., che il divieto di a.d.e. sia completamente altro rispetto ai divieti, nazionale e comunitario, di abuso di posizione dominante, e che tra i due ordini di norme non possano quindi darsi interferenze.

* * *

5. Per una ricostruzione alternativa del divieto di a.d.e. in chiave filo-concorrenziale

Preferibile in realtà, anche alla luce di quanto sopra, appare una ricostruzione filo-concorrenziale dell’istituto. Ricostruzione in qualche modo già presente in dottrina, e che si può giustificare come segue:

- 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 inquadrate 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 regolamento 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.

* * *

6. Il significato della competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 9, comma 3-bis, l. subf., in particolare agli effetti della contrapposizione tra tesi civilistiche e tesi filo-concorrenziali

Un cenno, trattando di tutela del contraente debole e a.d.e., va fatto alla previsione del comma 3-*bis* dell'art. 9 l. subf. Aggiunta successivamente, nel 2001, tale disposizione attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza a conoscere dei casi di abuso aventi rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

Qualche autore ha sostenuto che il legislatore avrebbe così finito col dare ragione tanto alle tesi civilistiche quanto a quelle filo-concorrenziali.

Ragioni storiche (l'opposizione, manifestata a più riprese dall'Autorità, all'inserimento del divieto di a.d.e. nella legge *antitrust*, nel timore di un conseguente "intasamento" dei suoi uffici; il carattere di compromesso della soluzione accolta con il comma 3-*bis* dell'art. 9 l. subf.), sistematiche (l'interpretazione estensiva dell'art. 102 TFUE, seguita da una parte autorevole della dottrina e dagli Organi comunitari; la previsione, in materia di intese e di

abusi di posizione dominante, di soglie di rilevanza, dalle quali è fatta dipendere – per ragioni di buon andamento dell'amministrazione – la competenza dell'Autorità amministrativa, a livello comunitario e nazionale) e comparatistiche suggeriscono in realtà che la novità rileva piuttosto sul piano dell'organizzazione giuridica. Per esigenze di buon andamento della pubblica amministrazione, segnatamente di efficienza e di equità dell'azione repressiva svolta dall'Autorità garante, s'impone di distinguere tra condotte che incidono sul funzionamento del mercato in maniera tale, da giustificare l'intervento di un'autorità nazionale con il suo apparato repressivo pubblicistico; e condotte che una tale attitudine non hanno, e la cui sanzione può rimanere affidata all'azione privata davanti al giudice ordinario.

Sul piano sostanziale, invece, una volta ammesso che il divieto di a.d.e. va ricostruito secondo parametri coerenti con il vigente sistema di economia di mercato, è anche da ritenere che una vera e propria divaricazione funzionale della fattispecie, secondo la minore o maggiore rilevanza per la tutela della concorrenza, vada esclusa.

Una volta precisata così la *ratio* del criterio della rilevanza *ex comma 3-bis*, resta ovviamente da trovare allo stesso un contenuto giuridicamente fondato e in concreto praticabile (per un tentativo in questo senso mi permetto di rinviare al mio lavoro monografico sull'a.d.e., cap. VI).

* * *

7. Alcune esemplificazioni dei risvolti operativi di una concezione filo-concorrenziale del divieto di a.d.e.

Conclusivamente, appare appropriato tentare alcune esemplificazioni di quanto fin qui sostenuto.

Nella ricostruzione del divieto di a.d.e., il riferimento primario ai principi in materia di buon funzionamento dei mercati, e quindi ai principi del vigente diritto della concorrenza e alle concezioni di politica che vi sono sottese, permette – si è detto in sostanza – di giustificare e precisare svariate ipotesi applicative tipiche.

1) Un primo esempio può riguardare allora quella che viene ormai correntemente denominata dipendenza “da assortimento”, e che è propria dell’impresa la quale necessita di “contenuti” privilegiati in titolarità di altre imprese per operare in mercati a valle, e di conseguenza si trova esposta al rischio di abusi di sfruttamento e di impedimento.

Tradizionalmente versa in questa situazione l’impresa di distribuzione commerciale che ha bisogno, per un assortimento competitivo, di uno o più articoli di marca particolarmente apprezzati dal pubblico. Oggi, la figura giuridica della dipendenza da articolo di marca va evidentemente ricostruita utilizzando i principi dell’*antitrust* comunitario in materia di distribuzione selettiva, ora ricavabili in particolare dal regolamento CE n. 330/2010.

Dipendenza da assortimento può essere poi anche la situazione in cui si trova l’impresa fornitrice di servizi di assistenza e riparazione, rispetto ai produttori del prodotto principale, posto che questi ultimi controllano di regola anche il mercato derivato dei ricambi originali. In questo caso, i principi applicabili si desumono sempre dall’*antitrust* comunitario ed in particolare dal regolamento CE n. 461/2010 sugli accordi di distribuzione nel settore automobilistico (regolamento che è sì settoriale, ma le cui *rationes* devono ritenersi non eccezionali nel sistema).

2) Un altro gruppo di ipotesi applicative, che si può portare come esempio, è la dipendenza – cd. da rapporti commerciali – dell’impresa che, in ragione degli investimenti compiuti, della durata della relazione con la controparte, ed in genere per il fatto essersi concentrata su di una certa relazione commerciale, ne diventa “prigioniera”.

Qui, la teoria della concorrenza come anche talune indicazioni di diritto positivo che si ricavano dal sistema suggeriscono in principio di dare tutela all’investimento, specializzato in funzione della relazione e difficilmente convertibile in usi alternativi, attraverso la tendenziale garanzia del recupero dell’investimento e vietando eventuali tentativi di estorsione ad opera della controparte. Ciò alla luce, in particolare, dell’esigenza di non scoraggiare il dinamismo concorrenziale sotto specie di investimenti imprenditoriali specializzati, come anche – in certi contesti – l’esigenza di garantire l’eventuale attivismo, in termini di successive iniziative di mercato, dell’impresa che ha compiuto l’investimento.

Al contempo, sempre l'esigenza di assicurare un adeguato dinamismo concorrenziale può portare – si pensi alla particolare ipotesi del distributore integrato – a ricercare un contemperamento tra l'interesse del distributore, ad esser tutelato nella propria aspettativa di recuperare l'investimento, e quello dell'impresa fornitrice a capo del sistema, a poter riorganizzare la propria rete distributiva per adattarla prontamente ai mutamenti di mercato. Contemperamento che – ad avviso di chi scrive – può realizzarsi ammettendo, almeno in questo caso particolare, soltanto il risarcimento per equivalente, e non anche una tutela in forma specifica del distributore, tendente ad assicurare in via giudiziale la prosecuzione della relazione controversa.

3) Sempre per restare nell'ambito della dipendenza cd. da rapporti commerciali, è possibile che, su di un piano di fatto, la dipendenza risulti, anziché da investimenti in senso proprio, principalmente dalla durata e dalla tendenziale esclusività della relazione commerciale intrattenuta con la controparte.

Dal punto di vista dell'economista, la concentrazione dell'impresa su pochi grandi clienti o fornitori e la continuità della relazione nel tempo danno per lo più luogo ad una situazione cd. di *asset specificity*. Cercare e trovare nuovi clienti o fornitori, e negoziare nuovi contratti, richiede tempo ed importa dei costi. Nel corso della collaborazione, inoltre, si sarà accumulato un sapere specifico. In ogni caso la cessazione del rapporto può porre l'impresa di fronte all'ignoto. Pur di non rinunciare alla relazione in corso, la parte dipendente sarà allora disposta a concessioni. La cessazione della relazione sarà percepita, almeno nell'immediato, come uno svantaggio o addirittura come esiziale, e magari effettivamente lo è. Sembrerebbero di conseguenza ricorrere pure qui gli estremi della dipendenza economica ex art. 9 l. subf., che il legislatore definisce anzitutto come la possibilità di imporre rapporti contrattuali squilibrati.

Senonché, una dipendenza risultante semplicemente dalla continuità ed esclusività del rapporto non solo è meno tangibile e quindi più difficilmente misurabile, rispetto ad una dipendenza da investimenti in senso proprio. In una prospettiva di tutela della concorrenza e del mercato, essa non sembra neppure altrettanto meritevole di protezione. Una tutela che si risolvesse nel riconoscere fondamentalmente un diritto alla prosecuzione del rapporto per un tempo indefinito, ad arbitrio del soggetto dipendente (fatta salva forse la giusta causa), porterebbe ad un irrigidimento eccessivo, a livello della fornitura o dell'acquisto, delle

strutture di mercato esistenti. Con un effetto di chiusura degli accessi per i nuovi entranti, e verosimilmente anche di riduzione dello stimolo concorrenziale per le imprese che verrebbero ad essere così protette.

In particolare, la teoria dell'impresa come insieme di risorse culturali, se da un lato suggerisce di riconoscere rilievo giuridico alla dipendenza "da condizionamento culturale cumulativo", equivalente ad un investimento in immobilizzazioni materiali prolungato nel tempo; dall'altro lato consiglia però anche di accordare una maggiore tutela all'investimento concentrato, che è fattore di dinamismo concorrenziale, diversamente dall'investimento cumulativo, la cui tutela rischia facilmente di risolversi in una difesa conservativa dello *status quo*.

In questi casi, dunque, – e salvo il ricorrere di particolari circostanze ulteriori, le quali impongano una diversa valutazione – appare ragionevole riconoscere in principio all'impresa dipendente solo un periodo di transizione, che le consenta di mettersi alla ricerca di un nuovo *partner* commerciale. Non occorrerà invece attendere l'effettiva conversione dell'impresa dipendente su di un nuovo cliente o fornitore.

Bibliografia essenziale

La presente relazione riprende e sviluppa riflessioni già svolte in Ph. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, spec. cap. I, al quale ci si permette di rinviare per riferimenti e approfondimenti ulteriori. Della letteratura successiva si possono segnalare tra gli altri: G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B2b)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1333; R. Catalano, *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene, Napoli, 2009; G. Di Lorenzo, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009; F. Di Marzio, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, p. 789 ss.; Id., *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 491 ss.; G. Olivieri – A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Bari, 2008; M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 273 ss.; Id., *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. e merc.*, 2011, p. 491 ss.; F. Macario, *Dai "contratti delle imprese" al "terzo contratto": nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss.; R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I contratti*, 2010, p. 524 ss.; S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 45 ss.; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.; A.P. Scarso, *Il contraente "debole"*, Giappichelli, Torino, 2006; A. Villella, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo di contrarre*, ESI, Napoli, 2008; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, p. 515 ss.; G. Gitti – G. Villa, *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale tra imprese*, il Mulino, Bologna, 2008.